

DEMELSA BENITO SÁNCHEZ
MARÍA SOLEDAD GIL NOBAJAS
Coordinadoras

14

ALTERNATIVAS POLÍTICO-CRIMINALES FRENTE AL DERECHO PENAL DE LA APOROFOBIA



tirant
lo blanch

**PERSPECTIVAS
IBEROAMERICANAS
SOBRE LA JUSTICIA**

**ALTERNATIVAS POLÍTICO-CRIMINALES
FRENTE AL DERECHO PENAL DE LA
APOROFOBIA**

Volumen 14

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

- MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG**
*Catedrática de Filosofía del Derecho de la
Universidad de Valencia*
- ANA CAÑIZARES LASO**
*Catedrática de Derecho Civil
de la Universidad de Málaga*
- JORGE A. CERDIO HERRÁN**
*Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho
Instituto Tecnológico Autónomo de México*
- JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ**
*Ministro en retiro de la Suprema Corte
de Justicia de la Nación y miembro de
El Colegio Nacional*
- EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT**
*Juez de la Corte Interamericana
de Derechos Humanos
Investigador del Instituto de Investigaciones
Jurídicas de la UNAM*
- OWEN FISS**
*Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la
Universidad de Yale (EEUU)*
- JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ**
*Catedrático de Derecho Mercantil
de la UNED*
- LUIS LÓPEZ GUERRA**
*Catedrático de Derecho Constitucional de la
Universidad Carlos III de Madrid*
- ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ**
*Catedrático de Derecho Civil de la
Universidad de Sevilla*
- MARTA LORENTE SARIÑENA**
*Catedrática de Historia del Derecho de la
Universidad Autónoma de Madrid*
- JAVIER DE LUCAS MARTÍNDD**
*Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía
Política de la Universidad de Valencia*
- VÍCTOR MORENO CATENA**
*Catedrático de Derecho Procesal
de la Universidad Carlos III de Madrid*
- FRANCISCO MUÑOZ CONDE**
*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*
- ANGELIKA NUSSBERGER**
*Catedrática de Derecho Constitucional e Internacional
en la Universidad de Colonia (Alemania)
Miembro de la Comisión de Venecia*
- HÉCTOR OLASOLO ALONSO**
*Catedrático de Derecho Internacional de la
Universidad del Rosario (Colombia) y
Presidente del Instituto Ibero-Americano de
La Haya (Holanda)*
- LUCIANO PAREJO ALFONSO**
*Catedrático de Derecho Administrativo de la
Universidad Carlos III de Madrid*
- TOMÁS SALA FRANCO**
*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*
- IGNACIO SANCHO GARGALLO**
*Magistrado de la Sala Primera (Civil) del
Tribunal Supremo de España*
- TOMÁS S. VIVES ANTÓN**
*Catedrático de Derecho Penal de la
Universidad de Valencia*
- RUTH ZIMMERLING**
*Catedrática de Ciencia Política de la
Universidad de Mainz (Alemania)*

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

ALTERNATIVAS POLÍTICO-CRIMINALES FRENTE AL DERECHO PENAL DE LA APOROFOBIA

Volumen 14

Coordinadoras:

DEMELSA BENITO SÁNCHEZ
MARÍA SOLEDAD GIL NOBAJAS



tirant lo blanch

Valencia, 2022

Copyright © 2022

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia

Directores:

HÉCTOR OLASOLO
CAROL PRONER

© VV. AA.

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
ISBN: 978-84-1130-104-6
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

Directores de la colección:

HÉCTOR OLASOLO

Presidente del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos); Catedrático de Derecho internacional en la Universidad del Rosario (Colombia), donde dirige el Programa de Maestría en Derecho Internacional, la Clínica Jurídica Internacional (CJI), el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP) y la Colección International Law Clinic Reports (ILCR); Coordinador General de las Redes de Investigación “Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia” y “Respuestas a la Corrupción Asociada al Crimen Organizado Transnacional”; Senior Lecturer en la Universidad de La Haya para las Ciencias Aplicadas (Países Bajos).

CAROL PRONER

Directora para América Latina del Instituto Joaquín Herrera Flores (Brasil); Codirectora de la Maestría en Derechos Humanos, Multiculturalidad y Desarrollo, Universidad Pablo Olavide y Universidad Internacional de Andalucía (España); Profesora de Derecho Internacional de la Universidad Federal de Río de Janeiro (Brasil).

Nota

El presente libro hace parte de los trabajos del grupo de justicia nacional de la “Red de Investigación Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia”, coordinada desde el Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH) (Países Bajos). El libro es resultado del proyecto de investigación “Hacia un modelo de justicia social: alternativas político-criminales” (Referencia RTI2018-095155-A-C22), dentro del proyecto coordinado “Aporofobia y Derecho Penal” (Referencia RTI2018-095155-B-C21), financiados ambos por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades del Gobierno de España en la convocatoria del año 2018 de ayudas a proyectos de I+D+i “Retos investigación” correspondientes al Programa Estatal de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad, en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020.

Agradecimientos

A la Dirección de Investigación e Innovación y la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia), al IIH (Países Bajos) y al Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades del Gobierno de España por la financiación recibida para desarrollar este proyecto.

A la Editorial Tirant lo Blanch, el Instituto Joaquín Herrera Flores (España/Brasil) y el IIH (Países Bajos), por haber hecho posible la creación de la Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia, en la que se publican los trabajos de la Red de Investigación del mismo nombre coordinada desde el IIH.

Índice

Coordinadoras	17
Autores	19
Abreviaturas.....	25

Parte I INTRODUCCIÓN

INTRODUCCIÓN.....	31
<i>Demelsa Benito Sánchez</i>	
<i>María Soledad Gil Nobajas</i>	

Parte II PROPUESTAS PARA LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL

Capítulo 1. APOROFOBIA Y DERECHO PENAL EN EL ESTADO SOCIAL.....	41
<i>Ana Isabel Pérez Cepeda</i> (España)	
Capítulo 2. APOROFOBIA Y CORRESPONSABILIDAD.....	75
<i>Rodrigo Fuziger</i> (Brasil)	
Capítulo 3. EL ACUSADO VÍCTIMA DE APOROFOBIA: CULPABILIDAD Y PROCESO PENAL.....	107
<i>Manuel Ollé Sesé</i> (España)	
Capítulo 4. LA ALTERACIÓN EN LA PERCEPCIÓN: ¿EXIMIENTE PARA DELITOS COMETIDOS EN CONTEXTOS DE EXCLUSIÓN SOCIAL?	147
<i>Demelsa Benito Sánchez</i> (España)	
Capítulo 5. EXCLUSIÓN SOCIAL Y POBREZA COMO MOTIVOS DE ODIOS: LA RESPUESTA PENAL ANTE LA DELINCUENCIA APOROFOBIA EN LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DEL ART. 22.4ª CP	177
<i>Miguel Bustos Rubio</i> (España)	

Capítulo 6. LA APOROFOBIA COMO CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE EN EL SISTEMA DE DETERMINACIÓN DE LA PENA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL	205
<i>Héctor Olasolo (Colombia)</i>	
<i>Clara Esperanza Hernández Cortés (Colombia)</i>	
<i>Luisa Villarraga Zschommler (Colombia)</i>	

Parte III PROPUESTAS PARA LA PARTE ESPECIAL DEL DERECHO PENAL

Capítulo 7. LA VIOLENCIA FILIO-PARENTAL: PADRES Y MADRES COMO COLECTIVOS VULNERABLES EN LOS TIEMPOS DE LA COVID-19.....	235
<i>Alfredo Abadías Selma (España)</i>	
Capítulo 8. VIOLENCIA DE GÉNERO Y AGRAVANTE DE DISCRIMINACIÓN EN EL DELITO DE <i>STALKING</i>	269
<i>Itziar Casanueva Sanz (España)</i>	
Capítulo 9. REFLEXIONES ACERCA DEL ESTADO DE NECESIDAD PROVOCADO POR LA POBREZA O LA MISERIA EN LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD.....	297
<i>Alfredo Liñán Lafuente (España)</i>	
Capítulo 10. LA INTRODUCCIÓN DEL VALOR DEL IVA EN LA CUANTÍA DE LO SUSTRÁIDO EN EL DELITO DE HURTO: ¿SUPONE UNA DISCRIMINACIÓN A LA POBREZA?.....	325
<i>Rubén Herrero Giménez (España)</i>	
Capítulo 11. LA ECO-VÍCTIMA: ENFOQUE DESDE LA APOROFOBIA Y LA JUSTICIA AMBIENTAL	353
<i>Miriam Ruiz Arias (España)</i>	
Capítulo 12. LOS RETOS DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL EN LA AMAZONIA BRASILEÑA	383
<i>Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (España)</i>	
Capítulo 13. LA AFECTACIÓN DE LA VIDA Y SALUD DE LOS TRABAJADORES MÁS VULNERABLES Y SU REPERCUSIÓN PENAL	429
<i>Lucía Remersaro Coronel (Uruguay)</i>	

Índice	15
--------	----

Capítulo 14. TRÁFICO DE DROGAS Y ESTADO DE NECESIDAD: ANÁLISIS Y REVISIÓN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL EN RELACIÓN CON LOS CORREOS DE LA DROGA.....	457
<i>María Soledad Gil Nobajas</i> (España)	

Capítulo 15. FAKE NEWS, DISCURSO DEL ODIO Y APOROFOBIA: LA CRIMINALIZACIÓN DE LOS VULNERABLES.....	499
<i>Silvia Mendoza Calderón</i> (España)	

Parte IV
CONCLUSIONES

PROPUESTAS PARA UNA REVISIÓN CON PERSPECTIVA ANTI- APORÓFOBA DEL DERECHO PENAL	555
<i>Demelsa Benito Sánchez</i> (España)	

Coordinadoras

Demelsa Benito Sánchez

Licenciada y doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Magíster en intervención criminológica y victimológica por la Universidad Miguel Hernández (España). Actualmente es profesora contratada doctora en la Universidad de Deusto. Sus investigaciones se centran en las siguientes temáticas: el delito de corrupción transnacional, el delito de trata de personas, el diseño de la política criminal basada en la evidencia y el Derecho Penal de la aporofobia, temas sobre los que posee diversas publicaciones. Ha realizado estancias de investigación en el Instituto de Derecho Penal de la Universidad de Colonia (Alemania) y en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Parma (Italia). Es investigadora principal del proyecto I+D+i “Hacia un modelo de justicia social: alternativas político-criminales”, financiado por el Gobierno de España. ORCID: 0000-0002-8836-5930. Correo electrónico: demelsa.benito@deusto.es.

María Soledad Gil Nobajas

Licenciada y doctora en Derecho por la Universidad de Deusto (España), es actualmente profesora contratada doctora en la misma institución. Sus principales líneas de investigación se centran en la criminalidad empresarial, los delitos de corrupción y pobreza y Derecho Penal, temas sobre los que posee diversas publicaciones. Ha realizado estancias de investigación en el Centro de Derecho Penal de la Universidad de Nanterre-París X (Francia) y en el Instituto de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Universidad de Friburgo de Brisgovia (Alemania). Es investigadora principal (U. Deusto) del proyecto Aristos Campus Mundus “El sistema penal y los objetivos de desarrollo sostenible de la Agenda 2030” (ACM 2021-07). Es investigadora del proyecto I+D+i “Hacia un modelo de justicia social: alternativas político-criminales”, financiado por el Gobierno de España. ORCID: 0000-0001-5333-1127. Correo electrónico: sgil@deusto.es.

Autores

Alfredo Abadías Selma

Licenciado y doctor en Derecho Penal *cum laude* por unanimidad por la Universidad Nacional de Educación a Distancia, UNED (España). Fue profesor de Derecho Penal de la URV de Tarragona. En la actualidad es profesor contratado doctor de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Internacional de La Rioja (UNIR) y de ESERP (Universidad de Vic). Colabora con el Instituto Crimina de la Universidad Miguel Hernández de Alicante. Es presidente de Investigación, Innovación y Desarrollo de SEVIFIP. Pertenecer a grupos de investigación oficiales I+D+i en las universidades de Salamanca, Deusto, Málaga y UNIR (Penalcrim). Es investigador de la Università della Calabria (Italia) y *visiting professor* de esta universidad. Es miembro del Instituto de Estudios Penales “Alimena” – ISPA. Coordinador del Máster oficial en Derecho Penal económico de la UNIR. ORCID: 0000-0003-0941-195X. Correo electrónico: alfredo.abadias@unir.net.

Demelsa Benito Sánchez

Ver sección de coordinadoras.

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Salamanca (España) desde el año 1986, de la que fue rector entre los años 1994 y 2003. En la actualidad es el director del Centro de Estudios Brasileños en esa misma universidad. Fue presidente de la Conferencia de rectores de universidades españolas (CRUE) de 2002 a 2003 y miembro de la comisión redactora del proyecto de Código Penal del año 1992. Es doctor por la Universidad Complutense de Madrid. Fue becario posdoctoral de la Fundación Alexander von Humbolt en la Universidad de Colonia (Alemania). Su trayectoria investigadora abarca una multitud de temas dentro del Derecho Penal y las ciencias penales. Entre sus últimas monografías destacan *Viejo y nuevo Derecho penal* y *Reflexiones penales desde Salamanca*. “*Decían ayer. Decimos hoy. Dirán mañana*”, en donde se analizan los problemas penales de la sociedad actual. Otras de sus áreas de investigación son los delitos de corrupción, la institución del decomiso, los delitos de terrorismo y el Derecho Penal Internacional.

Miguel Bustos Rubio

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad Internacional de La Rioja (España). Es doctor europeo en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (España). Sus investigaciones se centran en la omisión como categoría dentro de la teoría jurídica del delito y en el Derecho Penal económico. Sus últimos trabajos se han desarrollado en temas como la regularización postdelictiva en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos de bancarrota e insolvencias punibles, blanqueo de capitales y corrupción privada. También ha investigado sobre cuestiones como la categoría de la punibilidad en la teoría del delito, y los delitos acumulativos. Actualmente investiga la discriminación socioeconómica sobre colectivos vulnerables (en el marco del proyecto I+D+i en el que se enmarca esta publicación). Ha sido investigador en varios proyectos I+D+i de convocatorias públicas competitivas. Es investigador principal del Grupo de Investigación Reconocido “PENALCRIM” de la Universidad Internacional de La Rioja. ORCID: 0000-0003-0686-649X. Correo electrónico: miguel.bustos@unir.net.

Itziar Casanueva Sanz

Licenciada y doctora en Derecho por la Universidad de Deusto (España), es actualmente profesora doctora encargada en la misma universidad. Sus investigaciones se centran en el delito de tráfico de drogas, el delito de acoso y la imputabilidad, principalmente del psicópata y el drogodependiente. También ha trabajado cuestiones en las que confluyen el Derecho Penal y el Derecho Internacional. Actualmente es investigadora del proyecto I+D+i “Hacia un modelo de justicia social: alternativas político-criminales”, financiado por el Gobierno de España. ORCID: 0000-0003-1461-3601. Correo electrónico: itziar.casanueva@deusto.es.

María Soledad Gil Nobajas

Ver sección de coordinadoras

Clara Esperanza Hernández Cortés

Licenciada en Relaciones Internacionales y en Derecho por la Universidad del Rosario (Colombia). Joven Investigadora de la Facultad de Jurisprudencia de dicha universidad. Correo electrónico: cehc25@hotmail.com

Rubén Herrero Giménez

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (España). Es profesor asociado en la Facultad de Derecho de dicha universidad y

abogado en ejercicio del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Coordinador del Seminario Permanente de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid. Correo electrónico: herrerogimenez@icam.es.

Alfredo Liñán Lafuente

Licenciado en Derecho por la Universidad de Extremadura (España) y Licenciado en Periodismo por la Universidad Carlos III de Madrid (España). Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (España). Actualmente es Profesor contratado doctor de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, UNED (Madrid). Es autor de distintas publicaciones en las siguientes áreas de investigación: el crimen contra la humanidad, el Derecho Penal Internacional, la responsabilidad penal del *compliance officer* y el Derecho Penal económico. ORCID: 0000-0003-1735-3884. Correo electrónico: alinan@der.uned.es.

Silvía Mendoza Calderón

Profesora titular de Derecho Penal en la Universidad Pablo de Olavide (España). Licenciada y doctora en Derecho por la Universidad de Sevilla (España). Como investigadora se ha especializado en los siguientes campos: Derecho Penal Internacional, Derecho Penal Europeo y Transnacional, criminalidad informática, delitos contra la salud pública y el medio ambiente, delitos contra la libertad sexual, violencia de género y corrupción. Posee dos sexenios de investigación y actualmente es una de las investigadoras principales del proyecto “El discurso del odio en Andalucía: análisis de su incidencia y persecución penal”, cofinanciado con fondos FEDER. Ha realizado estancias internacionales en la Università degli Studi di Firenze (Italia) y en la Goethe Universität de Fráncfort (Alemania). Es Directora General de postgrado en la Universidad Pablo de Olavide. ORCID: 0000-0003-3429-1152. smencal@upo.es.

Héctor Olasolo

Licenciado y doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España); Licenciado en Teología por la Universidad Santo Tomás (Colombia); Maestría en Derecho por la Universidad de Columbia (EE. UU). Es actualmente catedrático de Derecho Internacional en la Universidad del Rosario (Colombia), donde dirige los programas de posgrado en Derecho Internacional (Especialización y Maestría), la Clínica Jurídica Internacional, el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP) y el International Law Clinic Reports (ILCR). Es investigador senior de Minciencias (Colombia), investigador principal del Programa 70593 sobre corrupción asociada al crimen organizado transnacional, profesor ad

hoc de la Universidad de La Haya para las Ciencias Aplicadas (Países Bajos) y preside desde 2011 el Instituto Iberoamericano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos). El Prof. Olasolo Alonso se ha desempeñado también como catedrático de Derecho Internacional Penal en la Universidad de Utrecht (Países Bajos, 2010-2012), magistrado auxiliar de la Corte Penal Internacional (2004-2010), miembro de la Fiscalía del Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia (2002-2004) y asesor jurídico de la delegación española en la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional (1999-2002). Ha sido también miembro del Roster de Juristas de Reconocido Prestigio de la Organización de las Naciones Unidas para el Nombramiento de Magistrados Internacionales en las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya y perito ante la Corte Inter-Americana de Derechos Humanos. ORCID: 0000-0001-9724-0163. Correo electrónico: hector.olasolo@urosario.edu.co.

Manuel Ollé Sesé

Profesor (titular acreditado) de Derecho Penal y Derecho Penal Internacional de la Universidad Complutense de Madrid. Doctor en Derecho por la misma universidad. Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Profesor invitado de diferentes universidades extranjeras. Director y ponente en numerosos cursos y conferencias en universidades e instituciones de España y del extranjero. Autor de monografías y de artículos doctrinales en revistas especializadas nacionales e internacionales. Aficionado al fútbol de la Sociedad Deportiva Huesca. ORCID: 0000-0002-5461-4011. Correo electrónico: molle@ucm.es.

Ana Isabel Pérez Cepeda

Catedrática de Derecho Penal en la Universidad de Salamanca (España). Licenciada y doctora en Derecho por la misma Universidad. Ha realizado estancias de investigación en la Universidad de Ámsterdam (Holanda), en el Instituto de Criminología y Derecho Penal Económico en Friburgo (Alemania), en la Universidad de Bolonia (Italia) y en el Birkbeck College (Reino Unido). Sus líneas de investigación han quedado plasmadas en diversas publicaciones, que se centran esencialmente en el Derecho Penal y la inmigración, el Derecho Penal económico, la responsabilidad penal de abogados y procuradores, el terrorismo, la política-criminal en la sociedad postmoderna, el Derecho Penal Europeo e Internacional, la víctima ante el Derecho Penal y el Estado de Derecho y gobernanza global. Es investigadora principal del proyecto I+D+i “Aporofobia y Derecho Penal” (Ref. RTI2018-095155-B-C21), financiado por el Ministerio de

Ciencia, Innovación y Universidades del Gobierno de España. ORCID: 0000-0002-4901-7765. Correo electrónico: cepeda@usal.es.

Lucía Remersaro Coronel

Doctora en Estado de Derecho y Gobernanza Global y Magíster en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca (España). Abogada por la Universidad de la República Oriental del Uruguay. Actualmente es profesora adjunta en el Instituto de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay. Investigadora nivel iniciación del Sistema Nacional de Investigadores de la Agencia Nacional de Investigación e Innovación (ANII, Uruguay). ORCID: 0000-0002-1999-4960. Correo electrónico: luremersaro@gmail.com.

Miriam Ruiz Arias

Licenciada en Derecho, magíster en Derecho Penal y doctora en Estado de Derecho y Gobernanza Global por la Universidad de Salamanca (España). Actualmente es profesora ayudante doctora en la misma institución. Sus investigaciones se centran en los siguientes campos: la responsabilidad penal de las personas jurídicas, los programas de cumplimiento penal, la política criminal ambiental y los delitos ecológicos, en los que cuenta con diversas ponencias y publicaciones. Ha sido investigadora en varios proyectos I+D+i de convocatorias públicas competitivas. ORCID: 0000-0001-6109-1215. Correo: miriam.ruiz@usal.es.

Luisa Villarraga Zschommler

Licenciada en Derecho por la Universidad del Rosario (Colombia). Escribiente nominada en la Sección Tercera del Consejo de Estado (2019-2020). Actualmente se desempeña como Joven investigadora del Programa 70593 sobre corrupción asociada al crimen organizado transnacional en la misma Universidad. Correo electrónico: luisavzschommler@gmail.com.

Abreviaturas

AAP	Auto de la Audiencia Provincial (España)
ALC	Ejército para la liberación del Congo
AP	Audiencia Provincial (España)
Apdo.	Apartado
Art.	Artículo(s)
ATC	Auto del Tribunal Constitucional (España)
ATS	Auto del Tribunal Supremo (España)
C.	Contra
CC	Código Civil
CCOO	Sindicado Comisiones Obreras (España)
CDFUE	Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
Cf.	Confróntese
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial (España)
Coord.	Coordinador(es)
CP	Código Penal
CPI	Corte Penal Internacional/Tribunal Internacional Penal
DESC	Derechos Económicos, Sociales y Culturales
Dir.	Director(es)
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DP	Derecho Penal
DPI	Derecho Penal Internacional
EC	Elementos de los crímenes
ECPI	Estatuto de la Corte Penal Internacional
ECRI	Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa
Ed.	Editor(es)
EE.UU.	Estados Unidos de América
ERS	Ejército de Resistencia del Señor
Etc.	Etcétera
<i>Et al.</i>	Y otros
FGE	Fiscalía General del Estado (España)
FJ	Fundamento jurídico

FPLC	Fuerzas patrióticas para la liberación del Congo
FRPI	Frente de resistencia patriótico de Ituri
FUNAI	Fundación Nacional del Indio (Brasil)
Gr.	Gramo
<i>Ibid.</i>	Misma obra
INE	Instituto Nacional de Estadística (España)
INPE	Instituto Nacional de Investigaciones Especiales (Brasil)
INSSBT	Instituto Nacional de Seguridad, Salud y Bienestar en el Trabajo (España)
INSST	Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (España)
IVA	Impuesto sobre el Valor Añadido
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal (España)
LO	Ley Orgánica (España)
LORPM	Ley Orgánica 5/2010, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (España)
Nº	Número(s)
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OISS	Organización Iberoamericana de la Seguridad Social
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONG	Organización No Gubernamental
OSCE	Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa
OTAN	Organización del Tratado del Atlántico Norte
Para.	Parágrafo
P. ej.	Por ejemplo
PIB	Producto Interior Bruto
PNL	Proposición no de ley
Pp.	Página(s)
Pto.	Punto
Prof.	Profesor
RAE	Real Academia de la Lengua Española
RCa	República Centroafricana
RRP	Reglas de procedimiento y prueba
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional (España)
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial (España)
Secc.	Sección
S.f.	Sin fecha
SJP	Sentencia del Juzgado de lo Penal (España)

SPI	Sala de Primera Instancia
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS	Sentencia del Tribunal Supremo (España)
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia
TS	Tribunal Supremo (España)
TSJ	Tribunal Superior de Justicia (España)
UE	Unión Europea
UGT	Sindicato Unión General de Trabajadores y Trabajadoras (España)
UPC	Unión de patriotas congolese
V.	Versus
VFP	Violencia filio-parental
V. gr.	<i>Verbi gratia</i>
<i>Vid.</i>	Véase
Vol.	Volumen(es)
VV.AA.	Varios autores

Parte I
INTRODUCCIÓN

INTRODUCCIÓN

Demelsa Benito Sánchez
María Soledad Gil Nobajas

El rechazo al pobre y al excluido, es decir, la aporofobia, por utilizar el neologismo acuñado por la filósofa española Adela Cortina, ha sido una constante en el Derecho Penal y en el sistema de justicia penal a lo largo de la historia. En el momento actual, avanzando en la tercera década del nuevo milenio, este rechazo persiste aunque sea en menor medida que en épocas pasadas. La evolución del modelo de Estado y, especialmente, la consolidación del Estado social deberían haber acabado con el trato discriminatorio que se otorga a los más desfavorecidos socioeconómicamente por parte de la legislación penal y del sistema de justicia penal. La realidad, sin embargo, nos muestra que el rechazo a los parias del sistema continúa, quizá por la creencia errónea de que la pobreza y la exclusión generan delincuencia, en el contexto, además, de una sociedad de dos tiempos (Bergalli, 2004: 71), nacida al albur de la globalización económica. La Criminología no ha constatado una relación causal entre estos fenómenos (Neubacher & Bögeleim, 2020: 43-67). Sin embargo, esa suposición que cala en buena parte de la ciudadanía coloca a los más desfavorecidos bajo una sospecha general, alimentada en gran medida por los medios de comunicación y los grupos de poder político y económico que los sustentan. De hecho, aumenta en nuestras sociedades la percepción de la inseguridad y el miedo al delito (Britto & Noga-Styron, 2014: 82), lo que hace que se incrementen los controles sobre estos colectivos, motivo por el cual en las estadísticas sobre criminalidad suelen aparecer sobrepresentados (frente a la criminalidad empresarial y económica) (García Domínguez, 2021: 33-57). También en las estadísticas carcelarias los marginados del sistema son los protagonistas, pues se abandona el ideal resocializador y las prisiones se convierten en depósitos de las personas sobrantes, las personas que no se quieren en la sociedad porque no aportan económicamente (Wacquant, 2010: 282). Se prioriza, de este modo, la cultura del control de la que hablaba Gar-

land (2005) y se ignoran políticas sociales de inclusión y políticas de prevención de delitos (Diéz Ripollés, 2017: 8).

Este libro ofrece una serie de propuestas para mitigar el rigor penal que sufren las personas socioeconómicamente más maltratadas. Se pretende que esas propuestas sirvan para reducir los tintes aporófobos que existen actualmente en la legislación penal y en el sistema penal en España y en otros países de nuestro entorno. Es decir, es una obra que trata de hacer frente al llamado “Derecho Penal de la aporofobia”, como se indica en su título. Esta expresión, que tiene su origen en el reciente trabajo de Terradillos Basoco (2020), hace referencia a un Derecho Penal que trata de manera desigual, peor, a quien carece de recursos socioeconómicos. El Derecho Penal puede ser aporóforo por exceso y por defecto. Lo es por exceso cuando criminaliza conductas de bagatela, conductas de escasa lesividad que son llamadas a ser llevadas a cabo por personas en una situación de carencia económica, como algunos delitos contra el patrimonio. Lo es por defecto cuando no otorga la suficiente protección a los ataques que sufren las personas socioeconómicamente más vulnerables como, por ejemplo, las violaciones de sus derechos como trabajadores. Ambas vertientes se analizan en este volumen.

Para hacer frente al Derecho Penal de la aporofobia se abordan en este libro diferentes temas tanto de la parte general del Derecho Penal como de la parte especial. Todos ellos se consideran esenciales para lograr una legislación penal más sensible a las diferencias socioeconómicas que existen en la sociedad actual, que sitúan a determinadas personas en una posición de notoria desigualdad de derechos y de oportunidades respecto de otras, las que sí tienen acceso a las prerrogativas vinculadas al estado del bienestar. Las propuestas que aquí se hacen complementan otras investigaciones llevadas a cabo en el marco del proyecto *Aporofobia y Derecho Penal*, financiado por el Gobierno de España, que ha sido punto de encuentro de investigadores de diversos países interesados en mitigar los efectos de unas legislaciones penales con vestigios aporóforos. Las investigaciones anteriores del proyecto se han centrado en temas como los fundamentos ideológicos del Derecho Penal de la aporofobia (Berster, 2021; Pena González, 2021; Paredes Castañón, 2021; Terradillos Basoco, 2020), la agravante de discriminación por aporofobia (Bustos Rubio, 2020; Olasolo Alonso & Cortés Hernández, 2020), la criminalización de

la inmigración (Navarro Cardoso, 2020), con especial énfasis en la mujer inmigrante y pobre (Acale Sánchez, 2020), la criminalización de conductas de bagatela en el ámbito de los delitos patrimoniales (Pérez Cepeda, 2021) y de los delitos contra la propiedad industrial e intelectual (Benito Sánchez, 2021), y el Derecho Penal “del amigo”, en contraposición con el Derecho Penal del pobre o del excluido (García Sánchez, 2020). En esta obra se abordan otros temas, tanto de la parte general del Derecho Penal, como de la parte especial, aportando toda una serie de propuestas para frenar el Derecho Penal de la aporofobia; propuestas que en algunas ocasiones necesitan una reforma penal —difícil en el momento actual en países como España, por la coyuntura política— pero que, en otras, no necesitan más que una modificación de los criterios interpretativos que utiliza la jurisprudencia en determinados supuestos.

En la parte general del Derecho Penal se elaboran propuestas que afectan a diversas categorías de la teoría del delito. En el primer capítulo (“Aporofobia y Derecho Penal en el Estado social”), la profesora Ana Pérez Cepeda realiza, precisamente, una revisión de esas categorías, y de otros elementos que influyen en la individualización de la pena con el objetivo de adaptar la respuesta penal al contexto de exclusión social en el que se realiza la conducta típica.

En los capítulos 2 (“Aporofobia y corresponsabilidad”) y 3 (“El acusado víctima de aporofobia: culpabilidad y proceso penal”), el profesor Rodrigo Fuziger y el profesor Manuel Ollé Sesé, respectivamente, se centran en la categoría de la culpabilidad. Fuziger analiza un nuevo instituto dogmático: la corresponsabilidad, es decir, una división de la responsabilidad entre el autor y el Estado por delitos llevados a cabo en determinadas circunstancias, en concreto, en contextos en los que el Estado ha fallado en la garantía de los derechos sociales necesarios para asegurar la dignidad de las personas. Ollé pone el foco en el análisis que dentro del procedimiento penal debe darse a la culpabilidad. En la praxis suele suceder, señala, que el juzgador ignora las circunstancias y condicionamientos personales del acusado, por eso insiste en su trabajo en que en la cavilación judicial se tenga en cuenta que el pobre, el excluido, no ha tenido las mismas oportunidades que otros ciudadanos, lo que ya de entrada vulnera el principio de igualdad. Si, además, en el proceso penal se ignoran esos elementos, se reforzará aún más la desigualdad.

En el capítulo 4 (“La alteración en la percepción: ¿eximente para delitos cometidos en contextos de exclusión social?”), la profesora Demelsa Benito Sánchez se centra en el análisis de una de las categorías de la culpabilidad, en concreto, la imputabilidad. En su estudio del art. 20.3º del Código Penal español reflexiona sobre la posibilidad de aplicar esta circunstancia eximente referida a la alteración en la percepción, prácticamente desconocida por los tribunales españoles, a quien comete un hecho tipificado como delito hallándose en una situación de exclusión social.

Los capítulos 5 y 6 se centran en el estudio de la agravante de discriminación por aporofobia. El profesor Miguel Bustos Rubio analiza en el capítulo 5 (“Exclusión social y pobreza como motivo de odio: la respuesta penal ante la delincuencia aporófoba en la circunstancia agravante del art. 22.4ª CP”) el significado y alcance de esta agravante recientemente incorporada al Código Penal español en el art. 22.4ª y su acomodo a los principios que deben sustentar el sistema penal en el Estado de Derecho. En el capítulo 6 (“La aporofobia como circunstancia agravante en el sistema de determinación de la pena de la Corte Penal Internacional”), el profesor Héctor Olasolo y las investigadoras Clara Hernández Cortés y Luisa Villarraga Zschommerler estudian si la violencia aporófoba puede constituir un crimen internacional a la luz de lo dispuesto en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional.

En la parte especial del Derecho Penal se han seleccionados áreas en las que son más evidentes los tintes aporófobos, bien por tratarse de ejemplos del Derecho Penal de la aporofobia por exceso, bien del Derecho Penal de la aporofobia por defecto, como se comentaba anteriormente. En el capítulo 7 (“La violencia filio-parental: padres y madres como colectivos vulnerables en los tiempos de la COVID-19”), el profesor Alfredo Abadías Selma analiza un problema que afecta con dureza a las familias socioeconómicamente más desfavorecidas, como ha sucedido durante la pandemia cuando se han visto interrumpidas muchas terapias: la violencia filio-parental, que puede tener encaje en diversos delitos de lesiones, en los delitos contra la libertad y en los delitos contra la integridad moral del Código Penal español.

En el capítulo 8 (“Violencia de género y agravante de discriminación”), la profesora Itziar Casanueva Sanz aborda la agravante de discriminación por razones de género. El Derecho Penal puede ser aporóforo por defecto, como se ha señalado, y en este punto, lo es cuando no otorga suficiente protección a las personas más vulnerables. La mujer pobre se convierte en blanco perfecto de determinados delitos y del abuso del sistema penal en determinadas ocasiones, como han puesto de manifiesto otros trabajos vinculados al proyecto Aporofobia y Derecho Penal (Acale Sánchez, 2020). El trabajo de Casanueva reflexiona sobre los requisitos para aplicar la agravante de discriminación por razones de género y su compatibilidad con determinados tipos penales del CP español.

Los dos capítulos siguientes se centran en las manifestaciones aporóforas del Derecho Penal en los delitos patrimoniales. En concreto, en el capítulo 9 (“Reflexiones acerca del estado de necesidad provocado por la pobreza o la miseria en los delitos contra la propiedad”), el profesor Alfredo Liñán Lafuente analiza los requisitos para la aplicación de la causa de justificación del art. 20.5º del Código Penal español, el estado de necesidad, en el caso de delitos contra la propiedad cometidos por personas en una situación de pobreza. Los estrictos requisitos que ha seguido la jurisprudencia española en la aplicación del estado de necesidad llevan a replantear si esta concepción dogmática resulta adecuada o si, por el contrario, resulta oportuno actualizarla teniendo en cuenta la situación del individuo previa a la comisión del delito, el conflicto relativo al que se enfrenta y su motivación al realizarlo, de conformidad con los principios orientadores del Derecho Penal. En el capítulo 10 (“La introducción del valor del IVA en la cuantía de lo sustraído en el delito de hurto: ¿supone una discriminación a la pobreza?”), el profesor Rubén Herrero Giménez analiza un problema específico en los delitos patrimoniales, a saber, la valoración de la cosa sustraída en establecimientos comerciales. La Ley de Enjuiciamiento Criminal española obliga a tomar como referencia el precio de venta al público, es decir, con el impuesto sobre el valor añadido, lo que puede suponer la transformación del delito leve de hurto, que lleva aparejada una pena de multa, al delito del tipo básico, con pena de prisión. El autor reflexiona, por ello, sobre si estamos o no ante una manifestación del Derecho Penal de la aporofobia por exceso.

En los dos capítulos que siguen se abordan ejemplos del Derecho Penal de la aporofobia por defecto. Se plantea en ambos la desprotección de las víctimas de los atentados al medio ambiente, víctimas que con frecuencia son personas socioeconómicamente maltratadas que ven conculcados sus derechos de tercera generación, como el derecho a un medio ambiente saludable. En el capítulo 11 (“La eco-víctima: enfoque desde la aporofobia y la justicia ambiental”) la profesora Miriam Ruiz Arias analiza los diferentes aportes de la Criminología crítica a la regulación de la responsabilidad penal de las empresas, protagonistas de los delitos medioambientales, para tratar de dar una respuesta desde el Derecho Penal a este tipo de criminalidad. En el capítulo 12 (“Los retos del Derecho Penal Internacional en la Amazonia brasileña”) el profesor Berdugo Gómez de la Torre aborda también el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por el llamado ecocidio, partiendo del ejemplo concreto de los desastres medioambientales en la Amazonia brasileña, y reflexionando sobre la necesidad de un abordaje desde el Derecho Penal Internacional.

El Derecho Penal aporófono por defecto también se analiza en el capítulo 13 (“La afectación a la vida y salud de los trabajadores más vulnerables y su repercusión penal”). La profesora Lucía Remersaro Coronel centra su investigación en la desprotección que sufren los trabajadores más vulnerables ante los riesgos laborales de la sociedad actual. Su análisis compara la legislación española con diversas legislaciones de América Latina, continente donde proliferan las empresas multinacionales vinculadas a actividades laborales peligrosas que se benefician de una mano de obra más barata.

En el capítulo 14 (“Tráfico de drogas y estado de necesidad: análisis y revisión de la doctrina jurisprudencial en relación con los correos de la droga”), la profesora Gil Nobajas vuelve al análisis de la causa de justificación del estado de necesidad, esta vez en relación con los delitos de tráfico de drogas protagonizados por los correos de la droga. Las llamadas *mulas*, normalmente personas en situaciones de penuria económica que recurren al tráfico como una de las pocas alternativas que tienen para obtener ingresos. La jurisprudencia española, en una manifestación del Derecho Penal de la aporofobia por exceso, es reacia a aplicar la eximente, completa o incompleta, en estos supuestos, siguiendo unos estrictos requisitos para interpretar el presupuesto de la causa de justificación. Este capítulo analiza esa

jurisprudencia realizando una revisión crítica que tenga en cuenta las circunstancias socioeconómicas del autor.

El capítulo 15 (“*Fake news*, discurso del odio y aporofobia: la criminalización de los vulnerables”) aborda uno de los temas más actuales y complejos: el discurso del odio aporófobo, esencialmente promovido a través de *fake news* y probablemente incrementado en los tiempos de la pandemia en los medios digitales. La profesora Silvia Mendoza Calderón analiza en este detallado capítulo la incidencia del discurso del odio al pobre en los sectores más vulnerables, especialmente, en los inmigrantes, y cómo debe responder el Derecho Penal desde los principios de lesividad y de intervención mínima.

Finalmente, el libro cierra con un capítulo donde se recogen las conclusiones a las que se han llegado en cada uno de los capítulos.

Estamos convencidas que los trabajos que se presentan, fruto de un riguroso análisis académico por parte de sus autores, y las propuestas que contienen, contribuirán a la reflexión de las numerosas cuestiones abordadas para lograr un sistema de justicia penal sin (o con menos) sesgos aporofóbicos. Con esta confianza, y agradeciendo a todos los que han hecho posible la publicación de esta obra, invitamos al lector a adentrarse y disfrutar de su lectura.

En Bilbao, a 24 de septiembre de 2021.

Referencias

- Acale Sánchez, M. (2021). “Mujer inmigrante y pobre: una mina para el Derecho Penal”. *Revista Penal*. Nº 47, pp. 2-23
- Bergalli, R. (2004). “Libertad y seguridad. Un equilibrio extraviado en la modernidad tardía”. En Losano, M. G. & Muñoz Conde, F. (Coords.): *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 59-77.
- Benito Sánchez, D. (2021). “Aporofobia y delito: la criminalización del top manta”. *Revista Penal*. Nº 48, pp. 5-32.
- Berster, L. (2021). “Criminalizing Lifestyles of “Asociality” in Germany. The Historical Experience and a Potential Grounding in the Doctrine of Functionalism”. *Revista Penal*. Nº 47, pp. 24-30.
- Britto, S. & Noga-Styron, K.E. (2014). “Media Consumption and Support for Capital Punishment”. *Criminal Justice Review*. Nº 39-1, pp. 81-100.

- Bustos Rubio, M. (2020). *Aporofobia y Delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22,4ª CP)*. Barcelona: J.M. Bosch Editor.
- Díez Ripollés, J.L. (2017). “El abuso del sistema penal”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Nº 19-01, pp. 1-24.
- García Domínguez, I. (2021). “Exclusión social y criminalidad: un análisis de las instituciones aporófobas a través de los delitos patrimoniales”. *Revista Penal*. Nº 48, pp. 33-57.
- García Sánchez, B. (2020). “Algunas manifestaciones de la política criminal de exclusión. Derecho penal “del amigo”: corrupción pública (la criminalidad de cuello blanco)”. *Revista Penal*. Nº 47, pp. 61-83.
- Garland, D. (2005). *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Barcelona: Gedisa.
- Navarro Cardoso, F. (2020). “Análisis del artículo 89 del Código Penal español, y unas reflexiones con perspectiva aporofóbica”. *Revista Penal*. Nº 47, pp. 193-226.
- Neubacher, F. & Bögeleim, N. (2020). “¿Criminalidad de los pobres —criminalización de la pobreza? Análisis de dos conceptos recalitrantes”. *Sistema Penal Crítico*. Nº 01, pp. 43-67.
- Olasolo Alonso, H. & Cortés Hernández, C. (2020). “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”. *Revista Penal*. Nº 47, pp. 227-247.
- Paredes Castañón, J.M. (2021). “Discurso político-criminal gerencialista y exclusión social”. *Revista Penal*. Nº 48, pp. 132-142.
- Pena González, W. (2021). “El comunitarismo y el Derecho penal de aporofobia”. *Revista Penal*. Nº 47, pp. 248-262.
- Pérez Cepeda, A. I. (2021). “La ocupación de un inmueble sin violencia o intimidación: un delito innecesario”. *Revista Penal*. Nº 48, pp. 143-162.
- Terradillos Basoco, J.M. (2020). *Aporofobia y plutofilia: La deriva jánica de la política criminal contemporánea*. Barcelona: J.M. Bosch Editor.
- Wacquant, L. (2010). *Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social*. Barcelona: Gedisa.

Parte II

**PROPUESTAS PARA LA
PARTE GENERAL DEL
DERECHO PENAL**

Capítulo 1

APOROFOBIA Y DERECHO PENAL EN EL ESTADO SOCIAL

Ana Isabel Pérez Cepeda

Introducción

Partimos de la siguiente realidad, 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. En la actualidad, 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. Incluso como incide Wacquant (2009: 19-20), el encarcelamiento sirve como depósito y neutralización física del excedente de la clase proletaria, de “residuos humanos” a los que hacía referencia Bauman (2005: 15 ss.). En suma, 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.

También se puede inferir que la divergencia económica es el factor determinante de desigualdad en el ejercicio y disfrute de los derechos humanos. Consecuentemente estas situaciones de subordinación, de dependencia y de inferioridad de los colectivos vulnerables económicamente, motivan o determinan la realización de conductas que son calificadas como delictivas. El sistema económico del capitalismo tardío con su ideología neoliberal¹ ejerce una violencia institucional

¹ Como atinadamente denuncia Portillas Contreras (2003: 99-124), la desigualdad social generada por las políticas neoliberales mina cualquier intento de realzar la igualdad necesaria para que la democracia sea creíble.

a través de las dinámicas creadas y mantenidas por los Estados, provocando la privación de necesidades humanas básicas y originando injusticia social, pobreza y desigualdad. La hipótesis inicial es que el actual sistema económico que, por definición, admite y fomenta la segregación de origen económico y la desigualdad material exacerbada genera mayores niveles de violencia, pues esta misma es violencia institucional, vulnerando los principios constitucionales y pervirtiendo los fundamentos teóricos del sistema penal, puesto que, en lugar de prevenir la comisión de hechos delictivos, provoca que la injusticia distributiva desemboque en mayores tasas de criminalidad. Parece, entonces, que la desigualdad tiene un claro impacto en el sistema penal, no solo por esa correlación, ampliamente admitida, entre desigualdad y criminalidad, sino además por el hecho de que cuando una parte importante de la población vive en condiciones de marginalidad, se resienten los presupuestos básicos del Derecho y, en concreto, del Derecho Penal (Cigüela Sola, 2018: 160-161), habitualmente presentado como garante de justicia igual para todos.

En este contexto de crecimiento de la pobreza, desempleo y precariedad, el Derecho Penal legitima este orden excluyente —el control de la desviación tiene como fin mantener las clases dominantes en su situación de poder, siendo ellos quienes definen qué y quién es criminalizado (García Domínguez, 2020: 27 ss.)—, y contribuye a ocultar las contradicciones internas del sistema capitalista, desvelándose, una vez más, la influencia de la economía en los ordenamientos punitivos (De Giorgi, 2006: 56 ss.). En las sociedades se producen niveles insuperables de exclusión social —considerados como inevitables— y, como manifiesta Sales i Campo (2014: 73), a falta de soluciones a las inseguridades reales, se produce una reducción de la efectividad de los derechos sociales en detrimento de la igualdad y favorecimiento de la pobreza. Así, “la gestión neoliberal de la marginalidad y de la pobreza se concreta en la intensificación del uso del sistema penal como herramienta de control de las minorías excluidas en la individualización de los problemas sociales”, en otras palabras, se materializa en políticas criminales de exclusión. Terradillos Basoco (2019: 353) afirma categóricamente: “cuando el modelo económico-político provoca el rechazo directo del pobre y el enervamiento de sus derechos humanos, el sistema penal cómplice, que acepta y reproduce tanto la pobreza

como la desigualdad entre individuos y grupos, es un sistema penal para la aporofobia”.

Esta intervención penal es selectiva, como ya se ha indicado, segregadora, desarrollando un modelo de Derecho Penal aporóforo, discriminador del ya discriminado, convirtiéndose en un instrumento de represión directa a través de la criminalización de delitos de bagatela cometidos por pobres y, en consecuencia, criminalizando la pobreza, cuando se tipifican delitos como: los delitos patrimoniales de escasa cuantía (art. 234 CP), los delitos leves contra la propiedad industrial (top manta), la ocupación pacífica de inmuebles (245.1 CP), el delito de fraude de prestaciones sociales (art. 307 ter CP), la criminalización de la protesta², entre otros. El autor de infracciones menores será, estadísticamente, el sujeto marginal, social y normativamente excluido. Se trata de comportamientos en su mayoría que infringen el principio de lesividad y son antinomias al principio de igualdad por lo que la determinación de la prohibición penal carece de legitimidad suficiente. En este sentido, sería deseable, por un lado, descriminalizar estas conductas al entender que esta tipificación no previene la comisión de hechos delictivos sino que asume, reproduce, perpetúa la pobreza y la marginalidad. Por otro lado, también se trata de erradicar del ordenamiento jurídico las normas sancionadoras que, obedientes a las propuestas de “tolerancia cero” frente al desorden, vetan el ejercicio de alguno de los derechos sociales. Es por ello que se impone derogar

² *Vid.*, más ampliamente, Portilla Contreras (2020: 69 ss.), quien denuncia que el peligro que representan estos grupos como altavoces de las reclamaciones de los colectivos más vulnerables y la réplica institucional ha sido inmediata: reforma del Código Penal y aprobación de una nueva Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana con la finalidad de otorgar un poder omnímodo a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (incluyendo a la seguridad privada), transformando en ilícitas cada una de las legítimas conductas de los movimientos de desobediencia civil. Contra los miembros de esos colectivos que reivindicaban derechos, que cuestionan el neoliberalismo, suelen emplearse técnicas policiales ilícitas que cuentan con respaldo judicial que van desde el recurso policial a la falsa imputación por los delitos de atentado, resistencia y desobediencia contra los que ejercen derechos fundamentales de reunión, manifestación, etc.; a la existencia de bases de datos ilegales que contienen referencias a la ideología y pertenencia sindical del controlado sin antecedentes penales; así como a la genérica impunidad de la conducta consistente en disparar con bolas de goma contra manifestantes no violentos.

estos preceptos, que ajenos a los principios de lesividad e igualdad, convierten al Derecho Penal en refuerzo instrumental de situaciones discriminatorias fruto de la exclusión social junto a una simultánea benevolencia permisiva hacía las prácticas impunes que llevan a cabo los poderosos.

Desde un planteamiento que cuestiona la legitimidad de la norma, lejos del funcionalismo de Jakobs (2006), que lo único que hace es reforzar la vigencia de la norma y del propio Derecho Penal bajo un sesgo supuestamente científico y abstracto de la dogmática, el Derecho Penal se autolegitima, cuando en realidad se convierte en un instrumento funcional del poder estatal, que tiene un significado político intrínseco y contamina incluso su hermenéutica (Liberatore Bechara & Fuziger, 2020: 97). Se propone en las siguientes páginas una reflexión sobre la legitimidad del Estado para ejercer el *ius puniendi*, la necesidad de imponer un límite al mismo, cuando ha incumplido el deber de garante respecto a los derechos políticos, económicos, sociales y culturales, procurando que la persona se encuentre en un contexto de marginación de los beneficios del crecimiento económico. Se trata de repensar la aplicación de los instrumentos de la teoría del delito con el fin de que en nuestro Estado social permita adaptar una respuesta penal racional al contexto de exclusión e injusticia en el que se realiza una conducta típica por una persona motivada por una situación de marginación de la que el Estado es corresponsable. La cuestión que subyace es cómo evitar que el Derecho Penal se convierta en la práctica en un instrumento ideológico y selectivo de poder cuando se determina la antijuridicidad de la conducta y la responsabilidad penal de una persona en un contexto de exclusión económica, pobreza, comete un delito determinado por esa situación.

1. La omisión del Estado y el contexto de la exclusión económica como límites al *ius puniendi*

No estamos en el tiempo de los derechos, como titulaba Bobbio su libro (1991), sino en momentos de graves y profundas desigualdades, y aunque existe la reducción de la capacidad del Estado para la toma de decisiones es evidente que, en la medida en que se ha sustituido “el gobierno público y político de la economía” por “el gobierno privado

y económico de la política”, los gobiernos imponen políticas a los “antisociales” en apoyo de sus intereses (Ferrajoli 2013: 8 ss.). Los Estados no pueden estar exentos de responsabilidad, en la medida en que los pobres de la sociedad lo son como consecuencia de la exclusión económica que padecen fruto de las políticas estatales y el funcionamiento de sus instituciones. La pobreza, según Tadros (2009: 404 ss.), tiende a aumentar la tasa de criminalidad, no por sí sola, sino cuando está motivada por la desigualdad injusta³.

La constatación en la realidad social de desigualdades entre los individuos provocadas por la propia estructura social, en cuanto endógenas al sistema, son fuente de situaciones de injusticia, siendo violado el principio de igualdad de las personas masivamente. Este principio, como ha destacado Hormazábal Malarée (2005: 167 ss.), y la interdicción de toda discriminación que se reconoce en el artículo 14 CE, son el planteamiento básico a partir del cual se puede hacer realidad la justicia que se consagra en el artículo 1 CE como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico.

Desde estos postulados, pero distanciándonos de los aportes de Rawls (1999: 74) a la teoría política liberal referida a su desarrollo de una concepción moderna de la justicia distributiva, entendida como un criterio de rectitud del funcionamiento de las instituciones de la vida social o en comunidad⁴, se puede afirmar que el Estado está obligado a una acción positiva de redistribución de los bienes sociales a fin de hacer efectiva la igualdad, teniendo que asumir la tarea de intervenir en los procesos sociales no solo con el fin de evitar que se profundicen las desigualdades, sino también para que desaparezcan.

Por ende, las tasas de pobreza y la falta de efectividad de derechos sociales ponen en cuestión la garantía de los derechos fundamentales

³ Para Tadros (2009: 404 ss.) la sociedad, a través de sus autoridades jurídicas, ha realizado acciones de gobierno que han causado la situación de exclusión social existente, sabiendo que esta situación aumenta la tasa de delitos por parte de los excluidos.

⁴ Rawls (1999: 74) ha asociado la justicia distributiva, vista desde la perspectiva del principio de la diferencia, proyectado como un principio de solidaridad que obliga, y esto es lo que es difícil de asumir: tratar a los menos favorecidos como una carga que estamos obligados a asumir dado que se trata de una desventaja en último término arbitraria.

como la dignidad de la persona y la libertad, por lo que la intervención estatal también es necesaria para que los derechos y libertades proclamados se garanticen a todos a través de condiciones materiales idóneas para dotarlos de realidad (Cigüela Sola, 2018: 167). Con el fin de cumplir con esta finalidad, se requiere una diligente intervención pública para dirigir los procesos sociales hacia un orden igualitario y libre, que según lo previsto en el art. 9.2 CE, 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” (Terradillos Basoco, 2020: 105). Por tanto, la CE, en su art. 9.2, fija el marco de referencia en el que los poderes públicos se constituyen en garantes y promotores activos de la igualdad material. Esa intervención ha de apuntar a la precisa consagración normativa de los derechos fundamentales de todas las personas y a la real efectividad de las garantías.

En este orden de ideas, frente a políticas sociales cada vez menos intervencionistas, que ha llevado consigo recortes en los gastos “improductivos” (educación, prestaciones sociales...), limitación de los salarios, etc., es necesaria la puesta en marcha de políticas públicas de inclusión que requieren la intervención legislativa que garantice la supervivencia y la reducción de desigualdades, como condiciones de la cohesión y la paz social. Se trata de ir a la raíz, lo que significa, en este caso, afrontar la tarea de remover los elementos determinantes de la desigualdad en las posibilidades de acceso a los derechos económicos, culturales y sociales y llevar a cabo políticas públicas que sean un instrumento de emancipación igualitaria, orientada específicamente a la mejor tutela de los derechos de los vulnerables (Presno Linera, 2020: 55), garantizando los derechos económicos, sociales y culturales, convencionalmente etiquetados como “sociales” para asegurar la irrenunciabilidad e indisponibilidad de los mismos. En el ámbito del sistema penal, como defiende Terradillos Basoco (2020: 89-90), conlleva la necesidad de desarrollar estrategias político-criminales presididas por las ideas de igualdad y de inclusión, que no desdeñen el recurso al Derecho Penal para hacer frente a los ataques más graves a estos derechos cuando así lo avalen los principios de necesidad, merecimiento y oportunidad. Sobre todo, como señala Ferrajoli (2013: 7 ss.), se deben tipificar los crímenes de sistema o crímenes globales, es

decir, las agresiones a los derechos humanos y a los bienes comunes realizados por los Estados y por los mercados.

En contextos estructurales de pobreza la responsabilidad por provocación y por infracción del deber de evitación de la situación corresponde al Estado, puesto que los derechos económicos, sociales y culturales constituyen expectativas positivas de prestaciones dirigidas a reducir las desigualdades materiales y existe la obligación del legislador de introducir leyes de actuación idóneas, por eso el incumplimiento de la obligación de actuar sobre tales derechos representa su violación más grave, pues la ausencia de garantías convierte a los derechos sociales en estructuralmente inefectivos. Las violaciones del principio de igualdad en los derechos se manifiestan en forma de lagunas, según Ferrajoli (2019: 33), “vicios por omisión, o bien antinomias, esto es, vicios por acción”. Hay supuestos en que el Estado lleva a cabo una conducta de omisión cuando existen personas en una situación desamparada motivada por la injusticia distributiva, con riesgo para su vida e integridad, y no adopta ninguna medida que garantice las necesidades básicas para evitar la misma (caso de la Cañada Real en Madrid durante el invierno); también cuando existe una pobreza estructural o esta crece de forma exponencial es cooperador necesario por omisión cuando existe un vacío de Derecho Público, es decir, no reconoce o garantiza los derechos económicos, sociales y culturales a las personas, por ejemplo, el derecho a la salud, educación, vivienda, etc.; o bien puede ser cómplice, cuando adopta medidas parciales pero no suficientes para garantizar estos derechos y medidas de justicia distributiva idóneas para erradicar estos contextos de pobreza, que provocan el aumento de criminalidad (Tadros, 2009).

Esta responsabilidad del Estado en el contexto de la exclusión económica, sobre todo cuando existen situaciones de pobreza estructural, hace que desde la Filosofía Política, vinculada al igualitarismo y las teorías sobre la democracia asociadas a la democracia deliberativa⁵,

⁵ *Vid.*, más ampliamente, Nino (2008). Como sintetiza Gargadella (2011: 41), el pensamiento republicano se fundamenta en la tríada básica de valores normalmente asociados con dicha filosofía —libertad, igualdad, fraternidad—, expresados en el compromiso con los ideales del autogobierno colectivo, las políticas igualitaristas y la vida en comunidad y la teoría de la democracia deliberativa se basa en la idea de que la justificación de las normas públicas se fortalece en la

se pronuncien sobre la falta de legitimidad de un Estado que permite el desarrollo de desigualdades económicas injustas, cuestionando de modo abierto por razones epistémicas, motivacionales y de legitimidad la justificación de la coacción que ejercen los sistemas penales en relación con quienes se encuentran en esa situación. En este sentido, Duff (2001: 195) afirma que si existen individuos o grupos dentro de la sociedad que se encuentran excluidos de modo persistente y sistemático de la participación en la vida política, y de los bienes materiales, “la idea de que ellos se encuentran, como ciudadanos, atados a las leyes y que deben responder a la comunidad, se convierte en una idea vacía”. Las normas penales originadas en sociedades marcadas por la pobreza y la desigualdad, es decir, en comunidades socialmente injustas, conllevan condiciones como defiende Gargadella de alienación legal, que justificarían desafiar una normativa comprometida con la violación sistemática de los derechos fundamentales de toda o parte de la población. Según este autor, en las situaciones de sistemática violación de derechos fundamentales consecuencia de la injusticia social se socava la justicia penal, lo que cuestiona la validez de las normas penales vigentes en sociedades socialmente injustas, por ser “una ley que aparece como ciega a las privaciones de la población, sorda a sus principales reclamos, o decidida a no remediar las afectaciones jurídicas existentes” (Gargadella 2011: 47 ss.).

Ahora bien, la responsabilidad del Estado origina que nos podamos cuestionar no solo la obligatoriedad de las normas penales, sino también la legitimidad para castigar, la autoridad del Estado, cuando una persona excluida jurídica, social y económicamente comete un delito motivado por esta situación, en la medida en que el Estado es corresponsable por su omisión para erradicar o al menos mitigar la misma. Como se ha indicado, el Estado puede ser cooperador por omisión en aquellos casos en que no ha asegurado los derechos económicos, políticos y culturales, así como las condiciones para ejercerlos, cuando no garantiza la satisfacción de las necesidades mínimas, sus necesidades económico-sociales y también más ampliamente, dando

medida en que las mismas resulten de un proceso de toma de decisiones inclusivo, dialogado y en condiciones de relativa igualdad.

lugar a complicidad, cuando no toma las medidas que sean necesarias para que el derecho de igualdad sea una realidad efectiva.

Bajo el planteamiento de Duff (2001: 195), el castigo justo o legítimo de delincuentes socialmente desfavorecidos en nuestra sociedad injusta es imposible. A pesar de ello, Duff (2001: 179 ss.) defiende que para que el juicio penal sea legítimo debe cumplir con las precondiciones de la responsabilidad criminal. Estas son la precondición de autoridad política (relevante para el caso de delitos *mala prohibita*) y la precondición de legitimación para castigar o *standing* (relevante respecto de cualquier delito). En palabras de este autor, “cualquier explicación del castigo que pretenda darle un lugar central a la reflexión sobre la justicia de la pena que se le impone al ofensor debe enfrentar el problema de si podemos castigar de modo justo a sujetos cuyas ofensas se encuentran íntimamente asociadas con injusticias sociales serias que ellos han sufrido” (Duff, 1998: 197). Este cuestionamiento compartido por Gargadella (2001: 46)⁶ lleva a este último a afirmar que “el hecho de que ciertos ofensores sean víctimas de una situación de sistemática injusticia estructural los provee de una defensa parcial o completa para sus acciones de desafío al derecho”. Estas acciones pueden ser excusadas como consecuencia de la “coacción propia de las circunstancias, por ejemplo, o la falta de oportunidades para acceder a bienes normalmente disponibles por medios no criminales” o (parcialmente) justificadas, “si el crimen puede ser visto como una respuesta a, o como un intento para remediar la injusticia”.

Todo parece indicar que frente a sujetos que han sido sistemáticamente excluidos de un goce igualitario o mínimo de los beneficios políticos, económicos y sociales en una sociedad, la autoridad del Estado se ve claramente debilitada y con ella se aminora la posibilidad de justificar el castigo penal. Desde estrictamente la teoría de la pena, sin cuestionarse la injusticia económica, pero con una concepción política del Derecho Penal sobre el impacto de la pobreza en la justificación de las penas, bajo los presupuestos defendidos por Pawlik (2019: 10-11) de que la relación entre el castigo como confirmación de la norma y el equilibrio en la identidad, puede legitimarse a través de la integración “en unos contextos de acción personal y social más amplios y, por

⁶ Pero cuestionado por Chao (2012).

tanto, acoger un modelo de fundamentación holístico”, apoyado en la teoría filosófica de la acción y la argumentación. En otras palabras, el modo de operar del estándar de justicia distributiva respecto de las reclamaciones de titularidad legítima de los individuos es holístico (Scheffler, 2000: 983 ss.). De este modo, no cuestiona la rectitud de una operación de distribución, esto es, escasez relativa y demanda de recursos, siempre atiende al funcionamiento del sistema general de distribución, puesto que la igualdad de condiciones de los individuos a quienes el sistema favorece está presupuesta, o bien es condición de posibilidad del funcionamiento del sistema, y no se introduce en cuestionamientos ulteriores⁷. La teoría liberal es neutral frente a esta cuestión, aunque a favor del requerimiento básico de una consideración individualista a la hora de irrogar o imponer un castigo justo⁸.

En esta línea, Silva Sánchez (2018: 75 ss.), argumenta que Estado ha contribuido por omisión al delito que tiene su origen en la pobreza y que pretende juzgar. Se trata de un interviniente por omisión con dolo eventual que no ha neutralizado el riesgo delictivo existiendo una corresponsabilidad estatal por el delito, que no será a título de coautor ni autor mediato activo o por omisión, en la medida en que la realización autónoma de un resultado típico impide la responsabilidad (a título de autor) por cualquier contribución anterior a la realización del tipo, de ahí que la participación responsable del Estado no obsta para la atribución de responsabilidad individual. Por tanto, este autor matiza y defiende que la desprotección estatal no produce automáticamente una exclusión de la legitimidad del Estado para hacer responsable al agente. El debilitamiento de la posición del Estado no

⁷ Gallego Saade (2012: 168) comparte la dimensión intersubjetiva, donde el trato individual es posible, en oposición a la dimensión del cumplimiento del deber natural de justicia, que comprende el respeto de cada uno frente a las instituciones y se muestra entonces en algún sentido holística. Solo en una de estas dimensiones la institución es capaz de darnos un tratamiento bajo consideraciones puramente individuales, es decir, una pena justa, proporcional y, sobre todo, merecida.

⁸ Para Scheffler (2000: 987), desde la Filosofía Analítica, el concepto de merecimiento (del que depende la justificabilidad de una institución como el derecho punitivo) pone el acento en su carácter maleable o flexible. Así, es posible mostrar la posible convivencia, coherente, entre un estándar de justicia distributiva holístico, y uno de justicia retributiva individualista, subyacente a la justificación del derecho punitivo.

afecta a la constatación de la antijuridicidad del hecho cometido de forma imputable, sino solo al juicio de responsabilidad o culpabilidad sobre el pobre que lo ha llevado a cabo. Es más, afirma que, ni la víctima ni el Estado tienen el deber de tolerancia del delito del indigente, ni siquiera aunque se considere penalmente no prohibido, el Estado debe compensar.

Desde esta teoría política de la pena, se cuestiona, ¿cuál ha de ser la medida de la pobreza para renunciar a la pena por la comisión del delito? Silva Sánchez (2018: 75 ss.) limita las posibilidades de eximir de pena en una situación de pobreza grave y persistente, y junto a Cigüela Sola prevén la posibilidad de aplicar la “eximente de pobreza” sólo respecto a determinados delitos. El primer autor niega la aplicación de la eximente de pobreza cuando el sujeto lesiona bienes personales ajenos. En concreto, estima que no se tendría en cuenta en los delitos naturales, aunque admite la renuncia a la pena cuando se lesiona la propiedad y bienes supraindividuales en los delitos que infringen obligaciones adquiridas (Silva Sánchez, 2018: 98 ss.).

El segundo, Cigüela Sola (2019: 398), que defiende una teoría de la prevención y el castigo necesario siempre que la autoridad que lo imponga respete los principios y garantías constitucionales, considera que la legitimidad depende de la injusticia padecida por el sujeto excluido y la gravedad del delito. De manera tal que, a mayor gravedad de injusticia, de la exclusión, y menor gravedad del delito, mayor probabilidad habrá de que la pena sea deslegitimada, a menor gravedad de le exclusión y mayor gravedad del delito, mayor probabilidad habrá de que la pena se legitime (Cigüela Sola, 2019: 403). Esto será el fundamento para aplicar la inexigibilidad por razón de la instancia de imputación, requiriendo que: el sujeto padezca una grave injusticia social, el hecho delictivo tenga una relación del grado o tipo de injusticia perpetrada por el Estado y el tipo. Además solo se podrá excluir la punibilidad respecto a aquellos comportamientos conectados con la situación excluyente o con el vicio moral producido o tolerado por el propio agente de imputación, o en los que la discriminación esté presente en el propio proceso persecutorio delictivo (Cigüela Sola, 2018: 329 ss.). Por tanto, para este autor, la ilegitimidad del castigo solo es para aquello que se haga como consecuencia de la exclusión, y en especial para paliar, revertir o protestar por esa exclusión. También diferencia entre deberes primarios y deberes secundarios o políticos

y admite la renuncia a la pena, cuando se trata de normas de rango secundario de carácter político-administrativo, incluyendo la protesta y delitos leves (Cigüela Sola, 2018: 359 ss.).

Pero ¿qué pasa cuando se lesiona por el indigente la vida, la libertad o integridad física, que son bienes primarios? Cigüela Sola (2018: 359 ss.) muestra cierta resistencia al entender que frente a la deslegitimación tiene que primar el deber de respetar las condiciones mínimas de convivencia. Esta distinción entre bienes primarios y secundarios, o bien entre los delitos *mala in se* y los delitos *mala prohibita* (Duff, 2007), se trata de una distinción tradicional (Kelsen 1960: 2) que no está exenta de polémica, cuando lo que se defiende es una Política Criminal que mitigue la exclusión económica grave, una penuria que aparece como consecuencia de factores múltiples, pero sobre todo por la injusticia distributiva sistemática, selectiva, progresiva y sedimentada cuya responsabilidad atañe al Estado, que lleva a la persona a cometer un delito, en el que los bienes primarios y secundarios son interdependientes. Desde esta perspectiva, se afirma con acierto que no se puede separar de forma analítica entre derechos para exonerar su responsabilidad o imputar por el delito (Martínez De Bringas, 2020: 45-46). Se trata de valorar cuándo el delito, cualquier delito, es expresión o producto de la exclusión económica grave e injusta, con independencia del delito cometido.

En este sentido, autores como Fuziger (2020: 335 ss.), basándose en la corresponsabilidad del Estado, con carácter general sin diferenciar los bienes jurídicos ajenos que son lesionados ni la gravedad de la lesión, afirma que el Estado solo puede ejercer de forma integral el *ius puniendi* si también ejerce de forma integral los derechos humanos, fundamentales y sociales de la persona, proponiendo reducir la pena de cualquier delito a través de una atenuante cuando la privación o precariedad en la oferta de derechos sociales determine el mismo.

A tenor de lo expresado, sobre la base de que, como se viene reiterando, el Estado que genera injusticia distributiva crea condiciones criminógenas, es corresponsable de los daños que estos puedan ocasionar (Tadros, 2009). Como tal, no pueden reprochar a los autores principales, al tener anulada o disminuida su legitimidad para determinar la antijuridicidad de determinadas conductas realizadas por quienes sufren dicha injusticia económica e imponerles una pena,

siendo corresponsable. Ello motiva la necesidad de desarrollar una teoría del delito permeable a la justicia social, sin embargo, hasta ahora la Dogmática había puesto poco interés en el marginado económico, de hecho, no ha sido suficientemente discutido entre autores funcionalistas. Con la pretensión de que los jueces dejen de ser “simples aplicadores” del Derecho y mirar más allá de las normas penales estrictamente aplicables al caso, para prestar atención a los valores constitucionales involucrados en dicha situación de exclusión económica, a la gravedad de su violación y a la corresponsabilidad del Estado por la falta de garantías de los derechos sociales. Se está demandando introducir la injusticia económica grave, la pobreza, como datos relevantes a la hora de determinar la responsabilidad penal cuando es la causa del delito.

2. La exclusión económica/pobreza en la teoría del delito

La pérdida de legitimidad del Estado social de Derecho por el tránsito a una estructura social excluyente y de pobreza para un amplio sector de la población que pierde sus derechos (sanidad, educación, trabajo, vivienda, pensiones...), convirtiéndose en corresponsable de la producción y desarrollo del Estado económico neoliberal que fomenta las desigualdad, hace que nos cuestionemos la precondiciones necesarias de la Dogmática penal clásica incapaz de romper el vínculo entre la exclusión económica y la criminalización, propugnando la necesidad de un cambio epistemológico capaz de valorar ese contexto de pobreza como determinante de la conducta y los límites del Estado de imponer la obligatoriedad de la norma y una pena cuando es corresponsable.

2.1. *Estado de necesidad —delito por miseria o exclusión—*

El contexto de exclusión económica es frecuentemente determinante, pero no son los únicos supuestos, para que ciertas conductas como el hurto famélico, correo de drogas, narcomenudeo, ocupación de inmuebles, fraude de prestaciones de la Seguridad Social, estafas, apropiaciones indebidas, otras defraudaciones de fluido eléctrico, etc.,

se cometan en estado de necesidad, dando lugar a que la conducta no sea antijurídica. En estos casos, se cuestiona la doctrina si los requisitos tradicionales del estado de necesidad podrían flexibilizarse. Respecto al estado o situación de necesidad, se requiere que sea un mal real, actual e inminente. A la hora de valorar el mal que se pretende evitar, no se exige un peligro para la vida, las personas merecen protección no solo en su supervivencia sino también en su dignidad. Así se estima que, la propia indigencia o la privación de determinados derechos que lleva aparejada entran a formar parte de males remediables en estado de necesidad, aunque se especifica que no se trate de una “mera estrechez económica” (STS de 9 de diciembre de 1985)⁹. Además, con relación al requisito de inevitabilidad, se requiere que no exista otra alternativa que proceder antijurídicamente, y respecto a la subsidiariedad, es preciso que no sea posible poner remedio por vías lícitas. Algunas sentencias como las relativas al hurto famélico, desde la sentencia citada, exigen “que se pruebe que se han agotado todos los recursos que en la esfera de lo personal, profesional y familiar, que podía utilizar (subsidiariedad); que no haya otra solución que proceder de modo antijurídico”. Una reciente SAP de Madrid de 25 de febrero de 2020, nos recuerda que: “El desarrollo social y sistemas de atención primaria a las familias desprotegidas ha llevado a que las instituciones públicas no dejen en manos de la caridad privada dicha atención. Para ello, dicho sistema atiende o debería atender necesidades tan básicas como la comida, la vivienda y el vestido, bien a través de rentas de inserción o bien proveyendo una morada, pero para ello es preciso que se siga un orden y no se legalicen la situaciones de ilegalidad, es decir, se trata de evitar que, a través de la comisión de un delito y saltando por encima de los requisitos establecidos para acceder a dichas ayudas, se alcance el mismo bien, como es obtener una vivienda en perjuicio de otras igualmente necesitadas o con necesidades más graves”.

La valoración de este requisito de subsidiariedad nos obliga en cada caso concreto a tener en cuenta los informes socioambientales de la persona imputada, hay personas migrantes que están excluidas

⁹ En el caso de la ocupación de inmuebles, SAP de Salamanca de 25 de junio de 2014, se aprecia una atenuante, aunque no haya una absoluta precariedad económica cuando hay hijos y a pesar de no haber solicitado una vivienda pública.

de cualquier ayuda y, en numerosas ocasiones, carecen de cualquier red de apoyo (SAP de Barcelona de 6 de marzo de 2000). También a valorar que las prestaciones sociales previstas por el Estado son idóneas para solventar estas situaciones, si la persona concreta las conocía, las ha solicitado, existen dilaciones, etc., por ejemplo, en los delitos de ocupación ilícita de inmuebles, la exclusión residencial y la penuria pueden fundamentar también un estado de necesidad. Pero se exige que pueda probarse por quien la alega. En este sentido alguna sentencia requiere haber acudido a las entidades públicas poniendo de manifiesto la situación de precariedad económica y exclusión residencial, solicitando previamente una solución habitacional sin que haya sido proporcionada¹⁰. La apreciación de la no evitabilidad de la situación de exclusión, cuando no se han agotado las vías lícitas para la salvación del bien, lleva a quienes interpretan la situación de necesidad como un requisito absoluto, a que no cabe tampoco la eximente incompleta ni la atenuante analógica, art. 21.7 CP. Sin embargo, cuando la conducta típica sea necesaria, la no elección de la menos perjudicial puede dar lugar a la aplicación de la eximente incompleta y cuando no haya otro medio menos perjudicial para impedirlo tiene que aplicarse la eximente completa (Molina Blázquez, 2020: 137)¹¹.

Por último, es necesario que la situación de necesidad haya sido aquello que impulse a la persona a causar el mal; el sujeto debe actuar por instancias o impulsos motivados por el estado de penuria. Un requisito causal positivo puede constatarse cómo se torna en negativo cuando se exige que “las cosas o bienes obtenidos sean aplicados a la satisfacción de las necesidades primarias del reto o de su familia, sin que se haya tomado más que lo estrictamente indispensable” (STS de 9 de diciembre de 1985).

El segundo requisito, ponderar que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar, da lugar a la causa de justificación, puesto que cuando se trata de males iguales será una causa de exculpación, según la teoría de la diferenciación. Para poder calibrar la mayor,

¹⁰ SAP de Murcia, de 3 de septiembre de 1998; SAP de Córdoba, de 9 de mayo de 2014; SAP de Madrid, de 24 de noviembre de 2016. No así en otras, como la SAP de Madrid, de 12 de noviembre 2019, donde no se exige.

¹¹ Como ha recordado Molina Blázquez (2020), así lo establece la STS de 24 de noviembre de 1987.

menor o igual entidad de los dos males, el juicio de valor que corresponderá a los tribunales de justicia en el caso concreto, efectivamente atendiendo no solo al valor abstracto de los bienes en la legislación penal, sino igualmente al conjunto de circunstancias que concurren en la situación específica (Cerezo Mir, 1998: 276 ss.). La situación de penuria económica, consecuencia de una injusticia distributiva, afecta a derechos fundamentales, por lo que lejos de meras operaciones de aritmética de cálculo de intereses contrapuestos, en la ponderación de bienes debe tener un carácter prevalente, eso sí, tomando en consideración la afectación y producción de efectos frente a terceros. Desde estos postulados, en el supuesto de los correos de la droga, se ha afirmado por el TS que el mal causado por el tráfico es mayor que la particular situación de dificultad económica (STS de 2 de octubre de 2002). Otras veces solo afirma que la salud pública es mayor y reconoce una atenuante analógica (STS de 30 de abril de 2002). También se admitió como eximente incompleta, al entender que concurren los elementos integradores de la situación de necesidad “entendido como conflicto entre dos bienes en el que uno se ha de sacrificar para la salvaguardia del otro” (STS de 26 de octubre de 2001), cuando es para salvar la vida de un hijo del inminente peligro, tras la denegación de un préstamo para poder operarle. Ante la afirmación de que se trata de bienes incomparables, o bien aprecian solo la eximente incompleta, parece una solución insatisfactoria, ya que sacraliza el bien jurídico salud pública como críticamente se ha mostrado Lorenzo Copello (2019: 29) “en virtud de infinidad de efectos perniciosos que se asocian en bloque y sin distinción alguna a la circulación de drogas (prohibidas) en una comunidad”. En esta línea, Bermejo incide en que la correcta ponderación de los males en conflicto debe incluir cuestiones esenciales como que el daño a la salud no resulta atribuible sino solo muy parcialmente a la conducta de la persona y dichos daños son autoinfligidos por el consumidor, cosa que no sucede en la situación de necesidad de la persona (Bermejo, 2006: 962 ss.).

Respecto al narcomenudeo, con un peligro limitado para la salud pública, se abren las posibilidades de la eximente del estado de necesidad, cuando es posible realizar una comparación razonable con los males concretos que la persona que realiza el hecho trata de evitar con su comportamiento (vida, salud, educación, etc.), sobre todo cuando se producen situaciones de necesidad de penuria económica

consecuencia en numerosas ocasiones de cargas familiares muy importantes e imposibles de atender por vías legales (Laurenzo Copello, 2019: 32). Nos obstante, la exclusión económica como estado de necesidad que justifique la conducta o excluya la pena recientemente no ha sido apreciada por la jurisprudencia, entre otras razones, porque después de la reforma del art. 368 operada mediante la LO 5/2010, en el párrafo segundo se posibilita a los tribunales valorar dichas circunstancias personales del sujeto y rebajar un grado la pena (Molina Blázquez, 2020: 127).

Finalmente, se exige que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto y el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, la obligación de sacrificarse. Dependiendo de si se cumplen o no todos estos requisitos estaremos ante la eximente total o parcial. En estos casos estamos hablando de una situación en la que no se considera contraria a Derecho la conducta. Por ende, se excluye la admisión de una posible legítima defensa por parte de la persona ajena víctima del delito. Si es un delito patrimonial no procede la restitución del bien. Tampoco se puede exigir una responsabilidad civil derivada de posibles perjuicios causados. Por ello, como se ha señalado antes, será el Estado quien deberá indemnizar y reparar a la víctima, porque ha sido su incumplimiento del deber de garante quien ha favorecido o posibilitado la comisión del delito.

Debemos tener en cuenta que los requisitos del estado de necesidad aplicados de una forma rígida y formalista pueden convertir esta causa de justificación en discriminatoria para los pobres. Con el fin de evitar este extremo, basándose en el criterio de la competencia por el origen del peligro (Roxin, 1997: 686), hay un sector de la doctrina y la jurisprudencia que diferencia entre el estado de necesidad agresivo y el defensivo, rebajando las exigencias de la ponderación de males, sustituyéndolo por la prohibición de causar daños desproporcionados¹². La doctrina se muestra unánime en lo que a las consecuencias se refiere, la distinción entre el estado de necesidad agresivo y el defensivo reside en que, en este último caso, por razones de justicia material

¹² *Vid.*, Pawlik (2013: 13-29), para quien el estado de necesidad defensivo ha sido regulado de manera parcial y en el § 228 Código Civil alemán [BGB]. Luzón Peña (1996, 632 ss.) estima que modifica la ponderación de intereses, y por lo tanto es posible causar un mal mayor que el que amenaza.

y de coherencia axiológica, el grado de lesión de los intereses ajenos susceptible de ser justificado debe ser superior (Coca Vila, 2011: 4). El estado de necesidad defensivo, a caballo entre el estado de necesidad y la legítima defensa, estaría justificado cuando, como señala Mirapeix Lacasa (2018: 36) para casos de ocupación pacífica de inmuebles, “el agente, que actúa en estado de necesidad, lesiona intereses del sujeto de cuya esfera emana el peligro”. Precisamente, se puede aplicar el estado de necesidad defensivo en aquellos supuestos en que las situaciones de necesidad son generadas por el Estado al no respetar los mandatos constitucionales de garantizar los derechos fundamentales, como la vivienda, inclusive, por un incremento peligroso aún permitido, cuando el Estado hubiera previsto vías de acceso a un salario mínimo o ayudas a los alquileres, pero las mismas no son idóneas para solucionar la situación de necesidad de la persona concreta en ese momento, debido por ejemplo a las dilaciones del procedimiento, o bien porque sea un extranjero que no tiene derecho a ellos. La organización de un ámbito, incluso conforme a Derecho, como señala (Coca Vila, 2011: 11), no impide “la configuración de posiciones de competencia especial que fundamentan una facultad de defensa en virtud del estado de necesidad defensivo respecto de los peligros que de ese ámbito resulten”, ya que Estado podría haber garantizado esos derechos y evitar así la situación de penuria que motiva el hecho delictivo, de una forma distinta a como lo hizo. En estos supuestos el especial deber de tolerancia quedaría fundamentado en un título de responsabilidad por organización y, permitiría justificar, con base en el estado de necesidad defensivo en situaciones de penuria determinados delitos contra bienes o inmuebles titularidad del Estado o de otras administraciones públicas¹³, cuando pretende cubrir determinadas necesidades básicas.

Vemos como la relajación del principio de subsidiariedad del estado de necesidad, la apreciación de una situación de estado de necesidad defensivo, o bien cuando se trate de un peligro para bienes jurídi-

¹³ Para Mirapeix Lacasa (2018: 29), también el estado de necesidad defensivo es aplicable en aquellos casos en que se produce una ocupación de inmuebles objeto de embargo por parte de entidades bancarias, cuando la actuación de la entidad bancaria hubiese generado el estado de ruina del agente y le hubiera conducido a la incapacidad de acceder o de conservar una vivienda.

cos colectivos, como la salud pública, puede suponer una valoración más laxa de la concurrencia de los requisitos de aplicación de la eximente estudiada. Con esta interpretación de la aplicación del estado de necesidad no existe el peligro a un supuesto “efecto llamada”, que únicamente tendría sentido si se implantara una línea judicial orientada de forma general a declarar que un pobre siempre actúa en estado de necesidad. Como se ha pronunciado Cigüela Sola (2018:318), no parece aceptable negar la justificación de una conducta por lo que pueda pasar en un incierto futuro y dependiente de múltiples factores. Conuerdo con Martínez Escamilla (2004: 707-708) cuando afirma que, en la ponderación del conflicto, no deben incluirse razones preventivo-generales porque lo que se compara son males, el que se trata de evitar y el que se genera para ellos, en todo caso se podrá valorar en la eximente pero no en la causa de justificación¹⁴.

Cierto es que la situación de exclusión económica de la persona, no supone *per se* una situación de necesidad que justifique un delito o exima de pena, no significa que debamos prescindir de los requisitos legales del estado de necesidad, ni que se deban suavizar esas exigencias, sino tomar en consideración los casos de extrema pobreza, cuando una persona no tiene cubierta sus necesidades básicas por la falta de medios necesarios para asegurar una subsistencia biológica o física normal y durante el periodo temporal en que se presenta la situación de necesidad. Por ello, siempre será preciso probar como nos recuerda Laurenzo Copello (2019: 34) con datos concluyentes que en la situación concreta existían unos condicionantes específicos generadores de un peligro real y objetivo para unos bienes jurídicos igualmente concretos y constatables (mal), de modo tal que el reconocimiento de un estado de necesidad será en todo caso excepcional.

¹⁴ Cf., Velázquez Vioque (2020: 148 ss.), quien defiende que el injusto debe impregnarse de contenidos axiológicos ínsitos en los fines y límites de la pena como el principio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad para la apreciación de la eximente incompleta, sin que produzca efectos distorsionadores en su relación con los derechos de intervención y deberes de tolerancia de terceros, en cuanto que no se pronuncia sobre la antijuridicidad de la conducta, que permanece vigente.

2.2. *Legítima defensa*

Hay barrios inseguros, en cada una de nuestras ciudades existen barrios marginales, donde el Estado no asegura la paz social y la protección de las personas. Circunstancia que puede tenerse en cuenta a la hora de aplicar la legítima defensa, que debería tener un mayor alcance y relajar la determinación de los requisitos de esta causa de justificación (Cigüela Sola, 2018: 320 ss.). En atención a las circunstancias concurrentes del supuesto concreto cuando se pueda apreciar una mínima carencia de los requisitos, se debería permitir apreciar la eximente completa¹⁵. En concreto, tendría que poder aplicarse cuando actúa en legítima defensa una persona que vive en la calle, como espacio de exclusión inseguro, respecto a las agresiones de las que, como ha demostrado el estudio de García Domínguez (2020: 78 ss.), suelen ser víctimas —por ejemplo, lesiones, hurtos, etc.—, a la hora de determinar los excesos intensivos, en los que falta la necesidad concreta de defensa, o extensivos. Pese a ello, normalmente a la persona no le es exigible una conducta defensiva diferente en el contexto del *sinhogarismo*, en el cual la persona se defiende para repeler agresiones no solo violentas sino también contra sus escasas pertenencias, en ocasiones, vitales para su subsistencia, por ejemplo, un saco de dormir en invierno.

Las relaciones entre el exceso intensivo en la legítima defensa y el error en los presupuestos de hecho de una causa de justificación son múltiples y muy complejas, ante la apreciación de la eximente incompleta, también es posible excluir su responsabilidad vía el miedo insuperable, como causa de exculpación. La aplicación conjunta de ambas permitiría tener en cuenta todas las circunstancias del caso concreto, ya que la disminución del injusto y la culpabilidad puede tener una repercusión autónoma en la determinación de la pena (Aguado Correa, 2011: 39).

¹⁵ En la STS de 10 de noviembre de 1994, se prevé la posibilidad de una aplicación analógica de la legítima defensa en relación con las condiciones de inexigibilidad.

2.3. *Culpabilidad o responsabilidad penal*

La responsabilidad penal en su función reductora y de contención del *ius puniendi* debe incorporar el dato del carácter selectivo y peligroso del Derecho Penal para ciertas personas vulnerables y procurar compensarlo o reducirlo rebajando su cuota de ilegitimidad hasta donde es posible, cumpliendo con ello su cometido de justicia social. Esta responsabilidad penal puede verse afectada cuando la persona vive en contextos de desigualdad o privación —la pobreza— producto de la injusticia distributiva afectando a la inimputabilidad, la conciencia de antijuridicidad o la exigibilidad de una conducta distinta. En primer lugar, produce conflictos motivacionales que pueden conducir a la exculpación de personas en situación de extrema pobreza que tengan afectadas sus capacidades cognitivas que las permitan interactuar en un sistema social organizado sobre la base de reglas y carecen del control necesario que las permiten ajustar su conducta a las reglas sociales correctamente comprendidas. Si bien, como incide Lorca Ferreccio (2012: 189), la ampliación del ámbito de la inimputabilidad “no conduce necesariamente a una restricción del uso de la fuerza por parte del Estado en la medida que la culpabilidad es reemplazada por la peligrosidad y la pena por terapias o medidas de neutralización, que pueden ser igual o más violentas que ésta”. También la conducta delictiva de personas que vivan en este contexto puede ser una manifestación de una socialización anómala que impida al sujeto relacionarse de modo normal con determinadas normas; se trata de determinar en qué medida la desigualdad y la ausencia de participación ciudadana han influido en la realización de la acción criminal¹⁶. Esto puede dar lugar a que la exclusión económica producto de una injusticia distributiva provoque una alteración de la

¹⁶ En este sentido, como ha señalado la STS de 16 de noviembre de 2006, los aplicadores de la Ley penal deben utilizar instrumentos precisos para asegurar, desde luego, la igualdad en la aplicación de la misma, “lo que supone, no sólo la aplicación igualitaria de la Ley a los supuestos sustancialmente iguales, también posibilitar que en la aplicación de la Ley penal, se tengan en cuenta las desiguales condiciones de los ciudadanos antes la Ley penal esto es, a situaciones en las que la desigualdad se concreta en un deteriorado acceso a la educación, a las ventajas de la sociedad del bienestar, a las situaciones de destrucción social y familiar que pueden ir ajenas a la desigualdad, propiciando que las situaciones de falta de socialización de acentuados déficit puedan ser tenidos en cuenta por la norma

percepción, entendida como distorsión de la comprensión, la eximente del art. 20.3 CP, pudiéndose ampliar a supuestos de exclusión social (Obregón García, 2020: 90 ss.) y cultural¹⁷, siempre que se den el resto de requisitos exigidos en el precepto (desde el nacimiento o desde la infancia y que la alteración de la conciencia de la realidad sea grave), lo que dificulta su aplicación.

En segundo lugar, cuando no se cumplen los requisitos anteriores, siempre es posible acudir, cuando falta la conciencia de la antijuridicidad respecto al hecho cometido, al error de prohibición vencible o invencible (art. 14.3 CP). Parece bastante evidente, en aquellos casos en que a la exclusión económica se une la exclusión cultural, normalmente emparejadas, cuando la situación de marginalidad e indigencia que vive un/a migrante motivan la comisión del hecho delictivo, no es razonable exigir en sus específicas circunstancias, en su contexto, el conocimiento del Derecho porque es un hecho irrefutable que el/la inmigrante irregular puede desconocer la norma, al vetarles las posibilidades de integración y socialización.

En tercer lugar, dentro la causas de inexigibilidad de una conducta distinta, se incluye el estado de necesidad exculpante y el miedo insuperable, donde se podrían encuadrar aquellos supuestos en que la situaciones en las que el sujeto por su contexto de exclusión económica fruto de una injusticia distributiva se encuentra ante la disyuntiva de dos males iguales, la salvaguarda de uno requiere la lesión de otro (Molina Blázquez, 2020: 131), en el primer supuesto, así como cabe la posibilidad de que genere un miedo insuperable que provoca el comportamiento antijurídico (STS de 8 marzo de 2005), en el segundo. En este último caso, no es necesario realizar una ponderación de males, sino que basta con probar la presencia de un temor fundado y razonable a sufrir la agresión en un futuro cercano, pero como ha señalado Lorenzo Copello (2019: 24), se relega injustificadamente la solución al ámbito de la culpabilidad en muchos casos donde una

penal en la fijación de la responsabilidad cuando esa situación ha generado una socialización anómala”.

¹⁷ Según Morales Prats (1990: 88 ss.) el art. 20.3 contempla la imposibilidad de conocimiento o asunción de la antijuridicidad generada por la alteración por la alteración profunda de los procesos que permiten acceder a la norma cultural.

correcta evaluación de la situación de hecho permitiría descartar la antijuridicidad de la conducta.

Empero, el problema no solo tiene que ver con las condiciones de la responsabilidad individual sino más bien con la legitimidad de la práctica punitiva del Estado. De ahí que, lo descrito hasta aquí nos parece insuficiente, y conviene poner de relieve que, un sector de la doctrina alega que las razones estructurales, la existencia de contextos de pobreza extrema, restan o determinan la falta de legitimidad para imponer un castigo, cuando es el propio Estado corresponsable. Desde esta última perspectiva, autores como Zaffaroni *et al.* (2006: 507 ss.), dan un paso más y ponen de manifiesto la peligrosidad del sistema penal para las personas que se encuentran en estado de exclusión y construyen la teoría de la culpabilidad por vulnerabilidad. Parten de una idea, no es la persona la que tiene que demostrar que no estaba en condiciones de cumplir con la norma, sino el Estado el que tiene que demostrar que a esa persona concreta se le podía exigir un comportamiento conforme a la norma. El reproche no se dirige a un ser abstracto dotado de libre albedrío y con una racionalidad homogénea, sino a una persona concreta en una sociedad desigual y discriminatoria. Este concepto de responsabilidad penal lleva implícita la idea de corresponsabilidad en el proceso de criminalización, pues ya no se trata solo del reproche al autor del injusto, sino también una valoración de la actuación estatal (sus acciones y omisiones) en relación al delincuente, buscando determinar si de alguna manera el Estado contribuye al comportamiento delictivo del sujeto, es decir, si el Estado como titular de un poder punitivo irracional se dirige precisamente a los grupos sociales con mayor vulnerabilidad. La tesis defendida es que el juicio de responsabilidad es un factor de valoración que obliga al intérprete a considerar las circunstancias concretas de la persona y la corresponsabilidad sirve como un elemento limitador del *ius puniendi* estatal justamente por causa de la actuación deficitaria o ilegítima sobre la biografía de la persona que determina la comisión del hecho delictivo.

En esta línea, Hormazábal Malarée (2005) estima que no puede partirse de una legitimación genérica del Estado para exigir a la persona una responsabilidad por el injusto, sino que debe legitimarse en cada caso respecto de cada individuo en concreto. En esta legitimación ha de entrar a considerar la forma en que se han distribuido

los bienes sociales y la responsabilidad que el Estado pueda llegar a tener en una distribución desigual de estos respecto del individuo en concreto. En el marco de la responsabilidad penal, en concreto, la inexigibilidad de una conducta conforme a la norma¹⁸, el juez ha de entrar a considerar todas las circunstancias del individuo, especialmente las que tienen relación con sus oportunidades de acceso a los bienes naturales y sociales, considerando no solo la posesión de sus bienes, sino también su carencia de los mismos. Desde estos planteamientos, acude a la creación de una causa supralegal de exclusión de la responsabilidad penal por inexigibilidad de una conducta distinta para acoger los supuestos de exclusión económica producto de una injusticia distributiva, en la medida en que no es lo mismo la responsabilidad de una persona que cuenta con una gran cantidad de bienes sociales, que la de una persona que carece de ellos hasta el punto de no poder satisfacer sus necesidades mínimas.

Podemos constatar que se opta por la no exigibilidad de otra conducta con causa supralegal, teniendo la exigibilidad como fundamento de la reprochabilidad, la posibilidad de excluir la responsabilidad penal en el caso y persona concretos, con independencia de que la eximente legal esté previamente prevista por el legislador, frente aquellos que reducen las causas de inexigibilidad a estas últimas¹⁹. Ello significa que el juez está llamado a valorar la corresponsabilidad del Estado en el contexto de pobreza que motiva el delito, cuando en la situación

¹⁸ Hay quienes ven en la no exigibilidad de otra conducta un criterio regulador e informador de todo el ordenamiento jurídico, aplicable a todos los elementos de la teoría del delito, no solo en la culpabilidad, sino también en la tipicidad y antijuridicidad, incluso, la punibilidad. Es importante el desarrollo como principio general de inexigibilidad de la conducta que ha realizado Aguado Correa (2004), orientado a la protección del individuo frente a las injerencias estatales, como plasmación del principio de justicia propio del Estado de Derecho, de la dignidad de la persona y los derechos fundamentales.

¹⁹ Una posición intermedia defiende Luzón Peña, (2016: 9 ss.) cuando afirma que son admisibles concretas causas supralegales de exculpación por inexigibilidad subjetiva, como el estado de necesidad que desborda los límites de proporcionalidad del CP, disculpable por la situación personal extrema, o la obediencia no debida o el conflicto de conciencia no justificante, disculpables por una situación anormal de práctica imposibilidad o al menos enorme dificultad para el sujeto para determinarse o motivarse por la norma, y una valoración social y jurídica no totalmente negativa de la actuación en tal situación motivacional.

personal del procesado existe un contramotivo relevante, por el incumplimiento constitucional de garantía de los derechos económicos, sociales y culturales respecto a la persona concreta, supeditada, de este modo, a la comprobación de determinadas condiciones, que condiciona que no pueda exigirse al sujeto un comportamiento correcto, o dicho de otra manera, la persona está dispensada en esta situación específica de exclusión económica del cumplimiento de la norma.

No se muestra ajeno a esta discusión Cigüela Sola (2018: 322 ss.), que siguiendo a Robles Planas (2011: 11 ss.) en el caso *Leinenfänger*, aunque no reconoce la corresponsabilidad, vincula la inexigibilidad a las causas de ilegitimidad de la pena, concretamente, la denomina la inexigibilidad por razón de instancias de imputación, ubicándola en la punibilidad, y para eximir de pena, como antes se indicaba, se requiere que: a) El autor de delito padece una grave injusticia social, entendida como aquella que impide al sujeto asegurar su supervivencia y su seguridad, sino también el ejercicio de sus derechos y libertades constitucionalmente reconocidos, una limitación temporal y fácilmente reversible. b) La situación del sujeto es injustamente producida o tolerada por el Estado, esto lleva a indagar la biografía del sujeto, y a analizar si el Estado proporciona protección social, laboral, educativa, vivienda, etc., y la capacidad del individuo de acceder al conjunto de servicios que hubiera alejado al ciudadano del conflicto. c) La conducta delictiva esté conectada con la conducta delictiva, que haga de la punición una solución injusta, irracional, innecesaria o contradictoria. La conducta es expresión o consecuencia precisamente del déficit de prestaciones, que no se trate de una conducta arbitraria no conectada con la exclusión social o discriminación. Sería aplicable, en su opinión²⁰, a la tenencia de armas, el fraude eléctrico, otros casos análogos, la vagancia, prostitución, la recogida de chatarra o leves desórdenes públicos, resistencia pacífica, movilizaciones protestas contra la discriminación, motines de presos, o consecuencia de proceso persecutorio o acusatorio está contaminado por actuaciones discriminatorias.

En contra de la aplicación de la inexigibilidad como exclusión de la responsabilidad penal basada en una causa de inexigibilidad ex-

²⁰ Cf., el cuestionamiento de esta limitación realizada en el apartado 2.

tralegal se ha argumentado, dado hasta ahora su carácter difuso, que supone un debilitamiento de la vigencia de la norma y falta seguridad jurídica (Obregón García, 2020: 103). Sin embargo, abordar en este sentido la inexigibilidad de un comportamiento conforme a la norma, como señala Cigüela Sola (2018: 387), enriquece la culpabilidad, de algún modo humaniza y socializa la teoría del delito, puesto que el poder público se contradeciría a sí mismo cuando, por un lado, exige un comportamiento en un sentido determinado, pero por el otro, no ha ofrecido o es incapaz de ofrecer al sujeto alternativas de actuación para la evitación de un conflicto.

En suma, cuando se determina la responsabilidad penal, en estos casos, no nos encontramos ante una decisión de otorgar preeminencia al interés de carácter personal que alegue el sujeto frente al cumplimiento de la norma, siendo el resultado de una ponderación de carácter axiológico-material que deba decidir el legislador (Rueda Martín, 2020), sino ante una causa de inexigibilidad supralegal, que tampoco está basada en la capacidad de motivación de la “persona media”²¹, sino fundamentada en la falta de legitimidad del Estado para exigir responsabilidad cuando como responsable de la garantía de derechos económicos, sociales y culturales ha incumplido y motivado el contexto personal extremo y el delito realizado, que será mayor y menor a la de la persona que ha cometido un delito a causa de la exclusión y discriminación económica. La responsabilidad así planteada, si se llega a establecer, según Hormazábal Malarée (2005), será una corresponsabilidad de la persona y del Estado. Por ello, deberá valorarse judicialmente en la determinación de la responsabilidad penal la situación personal de penuria concreta de la persona, que motivó la comisión del delito y el grado de cumplimiento de los servicios públicos a la hora de garantizar las libertades y los derechos sociales respecto a la persona concreta. Esto nos llevaría, en caso de incumplimiento absoluto del Estado, a la inexigibilidad de un comportamiento ajustado a la norma, excluyendo la responsabilidad de la persona, y cuando el incumplimiento es parcial o relativo respecto a la persona concreta, solo daría lugar a la eximente incompleta o atenuante de la responsabilidad.

²¹ Luzón Peña (2016), se refiere a “hombre medio”.

2.4. Fase de individualización de la pena. Atenuación de la responsabilidad criminal

En el supuesto de que no se pudiera apreciar la “eximente de pobreza” fundada en la idea de inexigibilidad, las circunstancias personales del sujeto, en particular la exclusión socioeconómica, en tanto que afecten al sujeto y tengan relación con el delito, deben contribuir a graduar la pena, en concreto podría aplicarse la atenuante analógica (art. 21.7 CP). Actualmente, en nuestro ordenamiento, sólo cabe la posibilidad de atender a la exclusión económica como contexto que puede suponer un menor merecimiento de pena, en la última fase de individualización de la pena a través de “las circunstancias personales del delincuente” (art. 60 y el art. 66.1.6 CP), aunque la eficacia de este recurso es sumamente limitada puesto que únicamente opera cuando no concurren ni atenuantes ni agravantes y el margen de juego se restringe a la extensión de la pena “en la extensión que se estime adecuada”. En contra de estas limitaciones, algún autor como Obregón García (2020: 104 ss.), estima que debe formar parte como un elemento valorativo de las circunstancias de la persona infractora y de atenuación de la responsabilidad la exclusión económica, aunque se refiere en un sentido más amplio de exclusión social.

Hay autores que ante la imposibilidad de acceder a la reparación por parte del excluido económico, admiten actos reparadores que no consisten propiamente en dinero²², con el fin de conseguir beneficiarse de la rebaja de pena del art. 66.1.1ª del CP por reparación del daño (art. 21.5 CP).

En aras de una mayor seguridad jurídica, sería deseable que de *lege ferenda* existiera una atenuante de la pena específica para las personas que cometen un delito determinadas por situaciones de exclusión económica, social o cultural ocasionada por la privación o precariedad en la oferta de derechos sociales. Como ha propuesto Fuziger (2020: 335 ss.), la autodeterminación a diferencia del libre albedrío no es absoluta y puede concretamente restringirse por circunstancias, así la situación de exclusión económica, pobreza, puede condicionar las decisiones y el comportamiento de los individuos, por lo que esti-

²² Como puede ser donación de sangre, reparación moral o el perdón. En este sentido, *vid.* Velázquez Vioque (2020: 163).

ma fundamental considerar esas diferenciaciones en el momento de atribución de la responsabilidad de un sujeto por una conducta. El delincuente (como cualquier persona, en cualquier posición social y contexto) es un “actor situado”, pudiendo su comportamiento estar condicionado por las circunstancias del escenario al que pertenece en el espacio-tiempo. Esto unido a la idea de la corresponsabilidad del Estado (vía omisión que condicionó la autodeterminación de la persona) como un elemento contingente de la responsabilidad, conlleva para este autor una función de disminución del juicio de reproche (pero no excluyente de la responsabilidad penal).

2.5. Excusa absolutoria

Se podría excluir la imposición de la pena a través de una excusa absolutoria por razones de conveniencia u oportunidad político-criminal dada la escasa gravedad e injusto material del comportamiento, siempre que el juez constate que la situación de penuria y vulnerabilidad del sujeto fue la que provocó la conducta delictiva y restituya el bien al que ha accedido. Tal y como sucede en la convalidación del matrimonio inválido (art. 218.2 CP), en la regularización de la situación tributaria (305.4 CP) o la situación ante la Seguridad Social (art. 307.3 CP), el reintegro de las cantidades percibidas en el fraude de subvenciones (art. 308.5CP) o en la evitación de la propagación del incendio (art. 354.2 CP). El problema es que el pobre que realiza la conducta delictiva precisamente la realiza porque carece de esos bienes. Esta solución solo podría tomarse en cuenta en la ocupación pacífica de inmuebles. Ello demuestra que todos estos casos, en los que se ha reconocido la excusa absolutoria, en realidad se niega la necesidad de pena y queda gravemente comprometido el principio de igualdad (Ferré Olivé, 2018: 296).

2.6. Indulto

El último recurso para poner fin a la injusticia social por la aplicación de una ley a un caso concreto adaptando las condenas penales a circunstancias de la persona que han cometido un ilícito penal a causa de una situación de exclusión económica, pobreza, cuando no ha sido tenida en cuenta por el Tribunal sentenciador, es el indulto. Empero,

cuanto más permeable sea la teoría del delito a las situaciones de exclusión económica o pobreza y más justas sean las leyes, menos necesidad habrá de recurrir a este derecho de gracia, que es una causa de extinción de la responsabilidad penal, reconocida en el artículo 130.4 CP, y supone el perdón de la pena, no del delito, constituyendo una renuncia al ejercicio del poder punitivo del Estado, fundada en razones de equidad, oportunidad o conveniencia pública. No podemos olvidar que, el Tribunal sentenciador puede directamente solicitar la concesión del indulto cuando la pena resultante de la aplicación de la ley sea excesivamente rigurosa o cuando la norma penal no ofrezca soluciones para determinadas situaciones merecedoras de un trato más benigno (art. 4.3 CP).

3. Conclusión

En la actualidad nos encontramos con un Derecho Penal distópico, imperfecto y profundamente desigual, en el que existe un estrecho vínculo entre la responsabilidad penal y la pobreza. La prevención de la criminalidad ligada a la marginación y la pobreza solo es posible a través de políticas sociales, presididas por los principios de igualdad y solidaridad, es decir, de garantías de los derechos económicos, sociales y culturales para todos y de redistribución de la riqueza, dirigidas a erradicar las desigualdades y los procesos de exclusión. En este estudio, se ha tratado de esbozar una teoría del delito conectada con la justicia social, que implica establecer límites más críticos al poder punitivo del Estado. No obstante, no se trata de un sistema penal utópico que contribuya al funcionamiento armonioso de las sociedades, ni de un mero buenismo social, que se materialice en una empatía hacia los pobres sino que el Derecho, en concreto, el Derecho Penal, no produzca a una mayor injusticia social, lográndose desprender de los discursos políticos de autoafirmación del poder y una aplicación aporofóbica, segregacionista, excluyente y discriminadora. Esta pretensión político-criminal con base dogmática, nos ha llevado a tener en cuenta el contexto de exclusión económica de la persona que comete una conducta tipificada y a la posición de garante del Estado respecto a la garantía de los derechos fundamentales a lo largo de la teoría del delito, asumiendo el reto de que lo opuesto a la pobreza no

es la riqueza sino la justicia (Stevenson, 2014) y, en consecuencia, se ha tratado de perfilar un sistema penal justo en una sociedad injusta, orientado a reforzar la igualdad y a proteger los derechos de los pobres siempre vulnerables.

Referencias

DOCTRINA

- Aguado Correa, T. (2011). “Principio de inexigibilidad de otra conducta en las categorías jurídicas del delito”. *Revista Digital de las Maestrías de Ciencias Penales en la Universidad de Costa Rica*. 3, pp. 22-69.
- Aguado Correa, T. (2004). *Inexigibilidad otra conducta Derecho Penal*. Granada: Comares.
- Bauman, Z. (2005). *Vidas desperdiciadas: la modernidad y sus parias*. Barcelona: Paidós.
- Bermejo, M.C. (2005). “La ponderación de intereses en el Estado de necesidad y el delito de tráfico de drogas”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*. 51, pp. 939-965.
- Chao, P. (2012). “Duff on the Legitimacy of Punishment of Socially Deprived Offenders”. *Criminal Law and Philosophy*. 6 (2), pp. 247-254.
- Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos*. Madrid: Sistema.
- Cerezo Mir, J. (1998). *Curso de Derecho penal español. Parte General*. T. II. 6ª ed. Madrid: Tecnos.
- Cigüela Sola, J. (2018). *Crimen y castigo del excluido social. Sobre la ilegitimidad política de la pena*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cigüela Sola, J. (2019). “Injusticia social y derecho penal: sobre la ilegitimidad política del castigo”. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*. DOXA (42), pp. 389-412.
- Coca Vila, I. (2011). “Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo”. *InDret. Revista para el análisis del Derecho*. 1/2011.
- De Giorgi, A. (2006). *El gobierno de la excedencia. Postfordismo y control de la multitud*. Madrid: Traficante de sueños.
- Duff, R. A. (2001). *Punishment, communication, and community*. Oxford University Press.
- Duff, R. A. (1998). “Law, Language and Community: Some Preconditions of Criminal Liability”. *Oxford Journal of Legal Studies*. 18 (2), pp. 189-206.
- Duff, R. A. (2007). *Answering for Crime: Responsibility and Liability in the Criminal Law*. Oxford: Hart Publishing.

- Martínez Escamilla, M. (2004). “Los “correos de la cocaína” y el Tribunal Supremo: pobreza, estado de necesidad y prevención general”. En De Toledo y Ubieto, O., Gurdíel Sierra, M. & Cortés Bechiarelli, E. (Dir.). *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 701-740.
- Ferrajoli, L. (2013). “Criminología, crímenes globales y Derecho penal: el debate epistemológico en la criminología contemporánea”. *Revista Crítica penal y poder*. 4, pp. 1-11.
- Ferrajoli, L. (2019). *Manifiesto por la igualdad*. Madrid: Trotta.
- Ferré Olivé, J.C. (2018). *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Fuziger, R. (2020). *Del Libre albedrío a la autodeterminación: Hacia una nueva fundamentación de la responsabilidad jurídico-penal*. Salamanca: Ratio Legis.
- Gallego Saade, J. (2012). “El rol del merecimiento en a theory of justice. ¿tiene Rawls una teoría del castigo penal?”. *Revista de Estudios de la Justicia*. 16), pp. 113-170.
- García Domínguez, I. (2020). *La aporofobia en el sistema penal español: especial referencia al colectivo de personas sin hogar*. Salamanca: Ratio Legis.
- Gargadella, R. (2011). “El derecho y el castigo: de la injusticia penal a la justicia social”. *Derechos y Libertades: revista de filosofía del derecho y derechos humanos*. 25, pp. 37-57.
- Hormazábal Malarée, H. (2005). “Una necesaria revisión del concepto de Culpabilidad”. *Revista de Derecho (Valdivia)*. 18 (2), pp. 167-185.
- Jakobs, G. (2006). *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, Madrid: Civitas.
- Kelsen, H. (1960). *Reine Rechtslehre*. 2. Auflage. Wien: Verlag Franz Deuticke.
- Laurenzo Copello, P. (2019). “Mujeres en el abismo: delincuencia femenina en contextos de violencia o exclusión”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 21-21, pp. 1-42.
- Liberatore Bechara, A. E. & Fuziger, R. (2020). “Seleccionar y punir: punitivismo y la dinámica aporofóbica de la criminalización en el derecho brasileño”. *Sistema Penal crítico*. 01, pp. 91-112.
- Lorca Ferreccio, R. (2012). “Pobreza y Responsabilidad penal”. En Gargarella, R. (Coord.). *El Castigo penal en las sociedades desiguales*. Buenos Aires: Miño y Dávila, pp. 173-204.
- Luzón Peña, D. (1996). *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Vol. I. Madrid: Universitas.
- Luzón Peña, D. M. (2016). “Exculpación por inexigibilidad penal individual”. *Revista Justiça e Sistema Criminal*. 8 (14), pp. 9-36.

- Martínez De Bringas, A. (2020). “Exclusión social y gobierno de la pena. Un análisis sobre la legitimidad de la producción penal de la exclusión”. En Benito Sánchez, D. & Gómez Lanz, J. (Dir.). *Sistema Penal y Exclusión social*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, pp. 19-48.
- Mirapeix Lacasa, N. (2018). “Las ocupaciones de inmuebles por motivos de necesidad”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 20-22, pp. 1-41.
- Molina Blázquez, M.C. (2020). “Necesidad y Derecho penal: el hurto famélico los “correos de la coca” y la ocupación pacífica de inmuebles”. En Benito Sánchez, D. & Gómez Lanz, J. (Dir.). *Sistema Penal y Exclusión social*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, pp. 109-142.
- Morales Prats, F. (1990). “La alteración de la percepción. Contenido y límites (artículo 8.3 CP)”. *Cuadernos de política criminal*. 40, pp. 71-96.
- Nino, C. (2008). *Fundamentos de derecho penal*. Barcelona: Gedisa.
- Obregón García, A. (2020). “La exclusión social en la determinación de la pena: aplicabilidad de la eximente de alteraciones en la percepción (art. 20.3 CP) y de otras alternativas”. En Benito Sánchez, D. & Gómez Lanz, J. (Dir.). *Sistema Penal y Exclusión social*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, pp. 83-108.
- Pawlik, M. (2019). *Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad. Sobre la legitimación de la pena estatal*. Barcelona: Atelier.
- Pawlik, M. (2013). “El estado de necesidad defensivo justificante dentro del sistema de los derechos de necesidad”. *Derecho Penal y Criminología*. 34 (96), pp. 13-29.
- Portilla Contreras, G. (2003). “La influencia de las ciencias sociales en el derecho penal: la defensa del modelo ideológico neoliberal en las teorías funcionalistas y en el discurso ético de Habermas sobre elección de intereses penales”. En Arroyo Zapatero, L., Nieto Martín, A. & Neumann, U. (Coords.). *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, pp. 99-124.
- Portilla Contreras, G. (2020). “La represión penal de la protesta anticapitalista en tres ejemplos: las falsas imputaciones policiales, la existencia de listas negras y la impunidad del disparo doloso de bolas de gomas contra manifestantes”. *Sistema Penal Crítico*. 01, pp. 69-90.
- Presno Linera, M.A. (2020). “Estado de alarma por coronavirus y protección jurídica de los grupos vulnerables”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*. 36-37, pp. 54-65.
- Rawls, J. A. (1999). *Theory of Justice*. Revised Edition. Harvard University Press.

- Robles Planas, R. (2011.) “Caso del Leinenfänger”. En Sánchez-Ostiz, P. (Coord.). *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*. Madrid: La Ley, pp. 111-127.
- Roxin (1997). *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del Delito*. Traducción 2ª ed. Madrid: Cívitas.
- Rueda Martín, M. A. (2020). “La inexigibilidad de un comportamiento conforme a Derecho en los delitos de comisión por omisión: una decisión del legislador en la Parte Especial del Código penal”. *Revista General de Derecho Penal*. 33.
- Sales i Campo, A. (2014). *El delito de ser pobre. Una gestión neoliberal de la criminalidad*. Barcelona: Icaria.
- Scheffler, S. (2000). “Justice and desert in liberal theory”. *California Law Review*. 88 (3), pp. 965-990.
- Silva Sánchez, J. M. (2018). *Malum passionis, Mitigar el Dolor del Derecho penal*. Barcelona: Atelier.
- Stevenson, B. (2014). *Just Mercy: A Story of Justice and Redemption*. New York: Spiegel & Grau.
- Tadros, V. (2009). “Poverty and Criminal Responsibility”. *The Journal of Value Inquiry*. 3 (43), pp. 391-413.
- Terradillos Basoco, J.M. (2019). “Un sistema penal para la aporofobia”. En Portilla Contreras, G. & Velásquez Velásquez, F. (Dir.) / Pomares Cinta, E. & Fuentes Osorio, J. L. (Coords.). *Un juez para la democracia: libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*. Madrid: Dykinson, pp. 353-364.
- Terradillos Basoco, J.M. (2020). *Aporofobia y plutofilia: la deriva jánica de la Política Criminal contemporánea*. Barcelona: J. M. Bosch.
- Velázquez Vioque, D. (2020). “Justificación, exculpación y ejecución de la pena en la consideración a situaciones de exclusión social: marginados y marco penal concreto”. En Benito Sánchez, D. & Gómez Lanz, J. (Dir.). *Sistema Penal y Exclusión social*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, pp. 143-172.
- Wacquant, L. (2009). *Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social*. Barcelona: Gedisa.
- Zaffaroni, E. R., Alagia, A. & Slokar, A. (2006). *Manual de Derecho Penal: Parte General*. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar.

JURISPRUDENCIA

Tribunal Supremo (España)

- Tribunal Supremo. (1985). Sala 2ª. Sentencia nº 1788. Ponente: Luis Vivas Marzal. 9 de diciembre de 1985. Citada como STS de 9 de diciembre de 1985.

- Tribunal Supremo. (1987). Sala 2ª. Sentencia nº 2290. Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid. 24 de noviembre de 1987. Citada como STS de 24 de noviembre de 1987.
- Tribunal Supremo. (1994). Sala 2ª. Sentencia nº 3203. Ponente: Enrique Ruíz Vadillo. 10 de noviembre de 1994. Citada como STS de 10 de noviembre de 1994.
- Tribunal Supremo. (2001) Sala 1ª. Sentencia nº 1957/2001. Ponente: Adolfo Prego de Oliver y Tolivar. 26 de octubre de 2001. Citada como STS de 26 de octubre de 2001.
- Tribunal Supremo. (2002). Sala 2ª. Sentencia nº 806/2002. Ponente: Diego Ramos Gancedo. 30 de abril de 2002. Citada como STS de 20 de abril de 2002.
- Tribunal Supremo. (2002). Sala 2ª. Sentencia nº 1629/2002. Ponente: Diego Ramos Gancedo. 2 de octubre de 2002. Citada como STS de 2 de octubre de 2002.
- Tribunal Supremo. (2005). Sala 2ª. Sentencia nº 724/003. Ponente: Andrés Martínez Arrieta. 8 de marzo de 2005. Citada como STS de 8 de marzo de 2005.
- Tribunal Supremo. (2006). Sala 2ª. Sentencia nº 1135/2006. Ponente: Andrés Martínez Arrieta. 16 de noviembre de 2006. Citada como STS de 16 de noviembre de 2006.

Audiencias Provinciales (España)

- Audiencia Provincial. (1998). Murcia. Sección 2ª. Sentencia nº 87/1998. Ponente: María Jover Carrión. 3 de septiembre de 1998.
- Audiencia Provincial. (2000). Barcelona. Sección. Sentencia. 6 de marzo de 2000. Citada como SAP de Barcelona de 6 de marzo de 2000.
- Audiencia Provincial. (2014). Córdoba. Sección 3ª. Sentencia nº 221/2014. Ponente: Francisco de Paula Sánchez Zamorano. 9 de mayo de 2014.
- Audiencia Provincial. (2014). Salamanca. Sección 1ª. Sentencia nº 71/2014. Ponente: José Ramón González Clavijo. 25 junio 2014.
- Audiencia Provincial. (2016). Madrid. Sección 29ª. Sentencia nº 615/2016. Ponente: Alberto Ramón Molinari López-Recuero. 24 de noviembre de 2016.
- Audiencia Provincial. (2019). Madrid. Sección 16ª. Sentencia nº 659/2019. Ponente: Francisco Javier Teijeiro Dacal. 12 de noviembre de 2019.
- Audiencia Provincial. (2020). Madrid. Sección 26ª. Sentencia nº 98/2020. Ponente: Pilar Alhambra Pérez. 25 de febrero de 2020.

Capítulo 2

APOROFOBIA Y CORRESPONSABILIDAD

Rodrigo Fuziger

*“El mundo era tan reciente que muchas cosas carecían de nombre,
y para nombrarlas había que señalarlas con el dedo”*

GABRIEL GARCÍA MÁRQUEZ

Introducción: la potencia de un neologismo

En el fragmento del epígrafe de este artículo, tomado de una de las novelas más estupendas de toda historia de la humanidad, *Cien años de soledad*, el genio colombiano Gabriel García Márquez usó su tinta para describir una realidad inmemorial y fantástica (que poco a poco, en la narrativa, tangencia la condición de posibilidad, credibilidad y verdad, tal es la capacidad del escritor para operar con recursos de verosimilitud). El libro comienza describiendo la memoria de uno de los protagonistas, el coronel Aureliano Buendía, de una época en que las cosas eran tan recientes que no tenían nombres y eran señaladas con el dedo.

Lo que podría parecer, para un lector desprevenido, una descripción prosaica de un pasado incierto (incluso anterior a las referencias a cosas por los sonidos de onomatopeyas o por un rudimentario lenguaje holofrástico) es, en verdad, una aproximación a un tema de intrincada complejidad y enorme relevancia para la humanidad, ya que la gramática del comportamiento humano está profundamente condicionada por la dinámica del lenguaje y por cómo accedemos a la realidad desde la lengua.

El acto de nombrar es, por tanto, un elemento esencial de nuestra cognición del mundo y de las intrincadas y constantes categorizaciones que emprendemos en nuestra experiencia humana.

Para entender mejor estas primeras líneas y adónde quiero ir con esta introducción, aquí me permito, excepcionalmente, escapar del

lenguaje rígido y la forma típica de los textos académicos, sea porque ya estoy usando la primera persona del singular, pero, sobre todo, porque contaré en líneas muy breves, un pasaje que me resultó notable por la comunión de referencias y también por lo que esto puede indicar sobre el poder de la palabra aporofobia para un nuevo horizonte social.

En 2018 tuve la oportunidad de leer por primera vez el libro *Aporofobia, el rechazo al pobre: un desafío para la democracia* de la filósofa política y profesora de la Universidad de Valencia, Adela Cortina. Hecho es que, por absoluta coincidencia o por el efecto de complejas cadenas causales predeterminadas (*maktub*, “estaba escrito”, diría la conocida expresión árabe), algunos días antes de empezar a leer el libro sobre aporofobia (término creado por Adela Cortina en la década de 1990 y que ganó notoriedad tras la publicación del citado libro), decidí releer *Cien años de soledad* de Gabriel García Márquez, porque hablaría semanas después sobre realismo fantástico en una ponencia.

Al comienzo de mi copia gastada del libro, había un fragmento (precisamente el del epígrafe de este artículo) subrayado y con la siguiente anotación (en portugués) en el margen del texto: “Aproximações a partir de Peirce, Saussurre, Bakhtin, Wittgenstein y Foucault”.

El comentario en el margen se relacionó con este fragmento de *Cien años de soledad* como un posible epígrafe de mi tesis de maestría defendida años antes (2014) en la Universidad de São Paulo, en la que busqué acercar la filosofía del lenguaje, la semiótica y la semiología al Derecho Penal, abordando el tema del Derecho Penal simbólico.

El epígrafe de tal tesis resultó ser otro (*Del rigor en la ciencia*, de Jorge Luis Borges), pero cuando abrí el libro de Adela Cortina, días después de iniciar la relectura de *Cien años de Soledad*, para mi sorpresa, la autora utilizó la misma referencia como epígrafe, en una metáfora preciosa que da comienzo a un libro fundamental. Y si no fuera por mi escepticismo, podría atribuir estos encuentros con este “cuasi-epígrafe” a una especie de señal mística que eventualmente me llevaría a investigar el tema de la aporofobia, lo que, de hecho, sucedió...

Este registro anecdótico (inusual en un texto académico) tiene su razón de ser: la potencia del neologismo de la filósofa española ha cruzado océanos y está generando efectos con un tema que ha exorbitado la Filosofía Política y las Ciencias Sociales y ha alcanzado especial relevancia dentro del Derecho, aún más especialmente, del Derecho Penal¹.

Adela Cortina nombró un fenómeno absolutamente conocido por cualquiera que haya mirado la realidad mundial, que aunque antes no tenía nombre, se podía señalar con un dedo en cualquier dirección en la que mirara: el desprecio por la condición de pobreza, dado que este fenómeno desastroso es lamentablemente democrático y global, materializado en diferentes matices, contextos, lugares y épocas, materializado en países pobres y ricos (desde el punto de vista económico), casi como una atávica expresión de una sociedad formada por clases económicas.

Ante este fenómeno, visto y sentido por todos, la autora, recurrió al poder fluido del lenguaje, utilizando un neologismo que ha expandido el vernáculo de varios idiomas, pero que, en rigor, solo revela algo antiguo en la humanidad, anterior al génesis del viejo pueblo imaginario de Macondo, retratado por García Márquez, entonces con “veinte casas de barro y cañabrava construidas al borde de un río de aguas diáfanas que corría por un lecho de piedras pálidas, blancas y enormes como huevos prehistóricos”, en un tiempo fantástico cuando no había suelo fértil para la aporofobia.

El atemporal comienzo del pueblo de Macondo que, si insertado en nuestro espacio-tiempo, posiblemente, sería anterior al momento crucial señalado por Rousseau como el origen de los males de la sociedad, cuando el primer hombre rodeó una parcela de tierra y dijo “esto es mío” (lo que también pasó en Macondo), encontrando gen-

¹ Los efectos de la expresión “aporofobia” van más allá de su incorporación al Diccionario por la Real Academia Española (RAE), su elección como “palabra del año” de 2017, por la Fundación del español urgente (Fundéu BBVA), superando palabras como “*fake news*, *uber* y *bitcoin*”, o el éxito editorial del libro titulado con esa palabra. Más allá de eso, además de la importancia en España y Europa, la palabra “aporofobia” está ganando relevancia en los debates sociales, académicos y legislativos de América Latina, lo que se demostrará en este trabajo a partir del ejemplo de la realidad brasileña.

te lo suficientemente ingenua para arreglarlo, generando los mayores males para la sociedad, porque el Estado surge de un contrato social, no para garantizar los derechos de todos, sino los derechos de quienes poseen la propiedad (Rousseau, 1997: 132).

Antes de entrar en el curso central de este artículo —o sea, abordar la aporofobia relacionada con el Derecho Penal y sus respuestas al fenómeno del rechazo a la pobreza, analizar el rendimiento del concepto de corresponsabilidad y, finalmente, abordar el posible diálogo entre corresponsabilidad y aporofobia— es importante trazar algunas líneas sobre el neologismo de Adela Cortina, teniendo como argumento el epígrafe de este artículo, buscando demostrar la importancia de los aportes conceptuales al Derecho Penal derivados de diferentes tipos de conocimiento.

El mundo ya no es tan reciente como lo era en los albores del fantástico pueblo de Macondo. Por lo tanto, es aún más urgente nombrar un fenómeno deletéreo, que se conoce y se siente colectivamente hace muchísimo tiempo. De esta manera, la creación de la palabra y concepto de aporofobia es fundamental, ya que no se trata solo de un mero ejercicio nominalista, sino de un parámetro para comprender y contener un problema milenario, potenciado por las dinámicas capitalistas.

En este sentido, el neologismo de Adela Cortina cumple la tarea principal de la Filosofía, según Gilles Deleuze y Félix Guattari, que es precipuamente enfocada a la construcción de conceptos (Deleuze & Guattari, 1992: 23). Según Michel Foucault (2000: 163), nombrar es al mismo tiempo dar la representación verbal de una representación y ponerla en un marco general. Así, toda la teoría clásica del lenguaje se organiza en torno a este ser privilegiado: el nombre.

Ya según el miembro del “círculo de Bakhtin”, Valentin Voloshinov (2006), el lenguaje, utilizado de forma práctica, será siempre inseparable de su contenido ideológico, relacionado con la vida cotidiana. La palabra es el fenómeno ideológico por excelencia y ella se crea con una gran carga ideológica, con el objetivo implícito de la aceptación masiva por parte de la población, de una nueva visión del mundo. Aún, para el autor ruso, la palabra siempre será el indicador más sensible de todas las transformaciones sociales, incluso aquellas que todavía no han tomado forma.

Así, si bien es cierto que toda palabra tiene una carga ideológica intrínseca (especialmente en nombres para fenómenos sociales), la creación de un neologismo para designar el rechazo de la pobreza adquiere contornos de gigantesca importancia, ya que resalta y conceptualiza una realidad cotidiana y, en el siguiente movimiento, contextualiza el fenómeno para, finalmente, abrir un horizonte de posibilidades contra el rechazo a la pobreza.

La aporofobia es, por tanto, una expresión que sirve de contrapunto al silencio ensordecedor de lenguajes que hasta entonces no tenían palabra para designar este fenómeno. Y un silencio tan elocuente fue obra de una ideología de invisibilidad de cualquier problema que pudiera afectar el *status quo*.

Además, el neologismo de Adela Cortina constituye una especie de lección a una situación recurrente en la dogmática penal, en la que se crean conceptos casi parnasianos² (a menudo despojados de fundamento material, si no, para empeorar las cosas, conceptos que no son más que nombres nuevos para ideas ya adecuadamente definidas), de manera superflua, constituyéndose en meros aportes nominalistas (en el peor sentido de esa expresión).

Por tanto, corresponde a los criminalistas reflexionar sobre cómo llevar el debate sobre la aporofobia al campo de la dogmática penal y de la política criminal, incluyendo una búsqueda de contribuciones jurídicas para combatir la aporofobia. En este contexto, por hipótesis de este artículo, un nuevo instituto dogmático (también fruto de un neologismo, al menos en el ámbito jurídico-penal) puede ser útil en la lucha contra la aporofobia: la corresponsabilidad.

La idea de corresponsabilidad (que se detallará a lo largo de este artículo) también ocurre desde un escenario ampliamente conocido: la selectividad y desproporcionalidad del sistema penal, frutos de un mecanismo de control social destinado a mantener el *status quo*³.

² En referencia al movimiento literario francés de finales del siglo XIX que repercutió en otros países y continentes. El parnasianismo buscaba una especie de arte puro, ensimismado, en que la estética de la forma superase el contenido de la obra, lo que se sintetizaría en la idea de “el arte por el arte” (“*l’art pour l’art*”).

³ George Rusche y Otto Kirchheimer observan una histórica selectividad en las modalidades de punición, con registros de sociedades que castigaban con multas

Desde esa perspectiva, Ana Isabel Pérez Cepeda apunta para el Derecho Penal como instrumento de gestión de las externalidades de un modelo de sociedad acentuadamente desigual. La autora observa que el incremento de las poblaciones penitenciarias parece responder más a los modos de gestionar la marginalización social que a un incremento de la criminalidad (Pérez Cepeda, 2007: 38). En el mismo sentido, Alessandro De Giorgi (2006: 97) observa: “Las nuevas estrategias criminales se caracterizan cada vez más como dispositivos de gestión de riesgos y represión preventiva de poblaciones consideradas portadoras de este riesgo.” También cabe transcribir el análisis de Loïc Wacquant (2004: 9-10) sobre el tema:

En la base de la escala social, el encarcelamiento sirve como depósito y neutralización física del excedente de la clase proletaria. En un nivel superior, la implementación de la red policial, judicial y penitenciaria del Estado cubre una función tanto económica como moral: la imposición de la disciplina del trabajo asalariado. Al final y sobre todo, el activismo sin pausa y sin freno de la institución penal desarrolla una misión simbólica para la sociedad: la reafirmación de la autoridad estatal y el redescubrimiento de la voluntad de los grupos políticos de enfatizar y respetar la frontera sagrada entre los ciudadanos pobres y los ciudadanos categorías desviadas.

En la misma línea de los autores anteriores, varias otras investigaciones académicas demuestran este panorama, retratado también en las artes y muy bien observado en la sabiduría popular. No por nada, por ejemplo, la cita de José Hernández, presente en el poema épico argentino *Martín Fierro*: “La ley es como un cuchillo / no ofende a quien lo maneja” (Hernández, 1967: 464)⁴.

Al igual que ocurre con la naturalización de la negligencia y, más que eso, del rechazo a la pobreza, es interesante notar cómo las dinámicas selectivas y (re)marginadoras del Derecho Penal —“el Derecho

los más abastados mientras que a los más pobres se les aplicaban penas privativas de libertad y corporales (Kirchheimer & Rusche, 2004: 112).

⁴ Otra conocida frase sobre el tema: “La justicia, como la serpiente, solo muerde a los descalzos”. El escritor francés Anatole France, en el romance *Le lys rouge*, afirma que la ley, en su magnífica ecuanimidad, prohíbe, tanto al rico como al pobre, dormir bajo los puentes, mendigar por las calles y robar pan.

desigual por excelencia” (Baratta, 2002: 162) son obviedades fácilmente visibles.

Tomando al ejemplo de Adela Cortina, en nombrar y visibilizar la aporofobia, son esenciales planteamientos para nombrar y visibilizar la responsabilidad estatal por omisión que conlleva a marginación social y cómo esto puede repercutir en el ámbito individual de responsabilidad penal de un sujeto vulnerable. La lógica es indiscutible: la lucha contra la aporofobia implica directamente la contención de un *ius puniendi* claramente dirigido a las clases más pobres.

A continuación, se ofrecen algunas aportaciones de cómo y por qué adoptar la corresponsabilidad como instrumento de combate a la aporofobia.

1. El enfrentamiento de la aporofobia

En principio, es necesario traer como punto de partida, en breves líneas, el concepto de aporofobia, sin ninguna pretensión de sintetizar la compleja y densa obra de Adela Cortina sobre el tema. La palabra “aporofobia” es un neologismo que se refiere etimológicamente a las palabras griegas *á-poros* (pobre, indefenso) y *phobos* (miedo, aversión). Según Adela Cortina (2017: 09), la aporofobia consiste en una “fobia a los pobres, lo que lleva al rechazo de personas, razas y etnias que habitualmente no tienen recursos y, por tanto, no pueden ofrecer nada, o parecen no poder hacerlo”.

La aporofobia surge de una pluralidad de causas, como un problema multifactorial, que combina aspectos biológicos, culturales, sociales y económicos, que son analizados por Adela Cortina desde una amplia perspectiva etiológica (nada reduccionista) de comprensión del fenómeno. No corresponde a la temática de este artículo abordar este análisis, tampoco hacer consideraciones sobre el interesante debate sobre las medidas extrapenales para combatir la aporofobia (como el aumento de una educación formal crítica y emancipadora o la reducción del abismo económico mediante acciones como la imposición de grandes fortunas, tema que cobró aún mayor relevancia en el contexto de la creciente desigualdad social derivada de la pandemia de la COVID-19).

Sobre este escenario de desigualdad y peste, Juan Terradillos Basoco (2020: 134) expone que la feroz pandemia de la COVID-19 ha evidenciado la vulnerabilidad de derechos humanos de primer rango en un entorno en que los sistemas sanitarios públicos han sido previamente mutilados, en cumplimiento de programas privatizadores impuestos por los intereses de la financiarización, cuando era más necesario que nunca fortalecer y ampliar la oferta de bienes y servicios sociales gratuitos a las empobrecidas gentes del común.

Como se dijo, el objeto de este artículo es analizar las propuestas criminales para combatir la aporofobia. En esta perspectiva, surgen dos posibilidades (con diferentes fundamentos materiales: 1) la criminalización de las prácticas aporofóbicas, vinculadas al discurso de odio o incluso a los delitos contra la seguridad física y contra la vida, motivados por un sentimiento de aporofobia por parte del delincuente; 2) la contención del *ius puniendi* sobre los sectores pobres de la población, que sufren la selectividad penal que (re)margina a dichos grupos, en un funcionamiento similar al de un móvil perpetuo, siendo una dinámica muy bien descrita por los aportes de la criminología crítica, por ejemplo, desde el enfoque del *labeling approach*⁵.

La primera perspectiva (criminalización de las prácticas aporofóbicas) tiene resonancia académica y legislativa en algunos países. En este artículo se realizará el análisis de dos países: España y Brasil.

⁵ La teoría del *labeling approach* describe la estigmatización a través del Derecho Penal. En un primer momento (criminalización primaria), con el etiquetamiento de conductas como delictivas (ya que, *a priori*, en el plan naturalístico, no hay delitos). En este primer movimiento, es notable la inclinación del *ius puniendi* a tipificar y sancionar con rigor los delitos típicos de clases subalternas (la denominada “criminalidad grosera” según Eugenio Raúl Zaffaroni, o los “crímenes de cuello azul”, según Edwin Sutherland), como delitos patrimoniales. En un segundo momento (criminalización secundaria) el foco de las agencias penales estatales se dirige a las clases marginadas, con dinámicas de etiquetamiento basadas en estereotipos de delincuentes (según la clase, el color, la dirección, el país de origen, entre otras características). Con eso, el Derecho Penal contribuye a la perpetuación del *status quo*, por medio del referido etiquetamiento de ciertas parcelas de la población como delincuente o potencialmente delincuente, a partir de criterios arbitrarios (aunque, cuidadosamente estipulados, una vez que vinculados a la pobreza).

El primer proyecto de ley español para penalizar los delitos motivados por la aporofobia se remonta a 2018. El entonces grupo parlamentario denominado Unidos Podemos propuso al Senado español la incorporación de un nuevo agravante en el artículo 22.4 del Código Penal. El proyecto de ley aprobado en octubre de 2018 con apenas un voto contrario en el Senado buscaba insertar la expresión “las razones de aporofobia o exclusión social” en el artículo 22.4 del Código Penal español⁶.

En junio de 2020 se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales otro proyecto de ley sobre el tema: el proyecto de ley orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que propone incluir la aporofobia y la exclusión social entre los motivos discriminatorios constitutivos de delito o agravación⁷, con la siguiente justificativa (que no señala el motivo para incluir la criminalización de la aporofobia en un proyecto de Ley destinado a proteger a la niñez y la adolescencia): “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”⁸.

⁶ Artículo 22. (...): Son circunstancias agravantes: (...) 4. Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad”.

⁷ El texto del proyecto de Ley de 2020 es muy similar al texto del proyecto de en cuanto a la modificación del artículo 22.4 del Código Penal, añadiendo una parte final, dispensando que las circunstancias de dicho párrafo se encuentran efectivamente presentes en la víctima directa del delito. La propuesta de nueva redacción del 22.4 en el proyecto de 2020 es: “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”.

⁸ Artículo 21. “No discriminación. 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

Este proyecto fue aprobado, con publicación el 6 de junio de 2021 y ya está en vigor dentro del ordenamiento jurídico español.

Independientemente del discutible efecto *riding*⁹ de la última propuesta que terminó aprobada y ya está vigente (en un proyecto de ley con un propósito principal distinto), el hecho es que ambas propuestas legislativas buscan ampliar el alcance protector de las personas vulnerables a partir de un recorte de clase. En este sentido, existe una base normativa adecuada para tales incorporaciones, con el fundamento en el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y, incluso, a partir de una lectura teleológica de la Constitución española, en su artículo 10.1: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

Si bien este artículo de la Constitución española no puede entenderse como una norma de deber de criminalización, sí es aceptable para justificar la protección de las personas frente a ataques motivados por la condición de clase de estas víctimas.

En cuanto a la base material para la agravante, hay un fundamento basado en la idea de igualdad material, esta que es afrentada en comportamientos delinquentes que atacan a terceros por aspectos de diferencia, por ejemplo, de clase social, origen geográfico, entre otros elementos. Así, la incorporación de la agravante por delitos cometidos por causas aporofóbicas se enmarca en la finalidad de la protección especial de las personas en situación de vulnerabilidad, prevista en el artículo 22.4 del Código Penal.

La propia creadora del neologismo “aporofobia”, Adela Cortina, señala, aunque en una posición subsidiaria (como debe ser), la legitimidad de criminalizar las conductas aporofóbicas, incluso por una razón comunicacional (desde una perspectiva del controvertido

cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. 2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados y sin perjuicio de sus disposiciones particulares”.

⁹ Por *riders* (con el sentido de “autostopistas”) son designadas partículas de proyectos de ley que escapan a su tema central y aprovechan ese proceso de aprobación legislativa.

“Derecho Penal promocional”). Según ella, los caminos para superar los delitos y discursos de odio son eminentemente extrapenales (construcción de la igualdad desde la educación, formal e informal, y desde la conformación de instituciones políticas y económicas que la encarnen). Pero también es inevitable recurrir al Derecho, Penal, Administrativo o Antidiscriminatorio, para castigar este tipo de delitos. Y no sólo porque el Derecho tenga una función punitiva y rehabilitadora, sino también porque tiene una función comunicativa. (Cortina, 2017: 24).

Sobre el tema, indaga Adela Cortina (2017: 30-31):

1) ¿Qué tipo de discursos pueden tipificarse como “discurso del odio” y deben ser castigados desde el Derecho Penal, el Derecho Administrativo o el Derecho Antidiscriminatorio?; 2) ¿Cómo compaginar la libertad de expresión, derecho básico en nuestras sociedades liberales, con el derecho de toda persona a su autoestima, a la pacífica integración en la sociedad y al reconocimiento que como persona se le debe?; 3) ¿ha de proteger la libertad de expresión la difusión de cualquier idea, incluso las que resultan repulsivas desde el punto de vista de la dignidad humana, constitucionalmente garantizada, o deleznable desde el punto de vista de los valores que establece la Constitución? Porque es necesario distinguir entre el discurso del odio (no protegido generalmente por el principio de libertad de expresión) y el discurso ofensivo e impopular (protegido por la libertad de expresión).

Clara Moya Guillem señala una dificultad para adoptar razones de aporofobia como una cuestión de orden probatorio, pues se obliga a probar el odio, un obstáculo probatorio insalvable en ocasiones. Así, sugiere la autora como la opción más operativa la conversión del subtipo cualificado basado en la especial vulnerabilidad de la víctima en una circunstancia genérica, que pueda cualificar la pena prevista para cualquier delito cuando se cometa sobre una persona especialmente vulnerable: “de esta manera no sería necesaria la acreditación del ánimo discriminatorio del agresor ni tampoco del abuso necesario para la aplicación de la agravante genérica por abuso de superioridad, sino, solo, la especial vulnerabilidad de la víctima” (Moya Guillem, 2020: 149).

Un punto que merece ser destacado dentro de tales propuestas está vinculado a la inclusión no solo de motivos de aporofobia, sino también de motivos de exclusión social como hipótesis agravantes. Por

mucho que el concepto de delito aporofóbico conlleve dificultades probatorias, como se ha visto anteriormente, existe un problema aún más notable en el agravante por razones de exclusión social, ya que la amplitud del concepto de exclusión social no se ajusta al principio de la estricta legalidad. La exclusión social es una situación concreta, derivada de procesos dinámicos de vulnerabilidad social, cuya medida puede estar dada por diferentes parámetros. Por tanto, compartimos la posición de Miguel Bustos Rubio, para quien la inclusión del término “exclusión social” en el Código Penal vulneraría el principio de legalidad en virtud de la indeterminación del concepto (Bustos Rubio, 2020: 41).

Por su turno, en Brasil se propuso el proyecto de ley 3135/2020 que modifica el Código Penal y tipifica como delitos calificados (con nuevos niveles de penas mínimas y máximas en abstracto) el homicidio (art. 121), la lesión corporal (art. 129) y la injuria (art. 140) cometidas como consecuencia del sentimiento de odio por la condición de pobreza de la víctima.

De la exposición de motivos del proyecto de ley (que menciona específicamente el término “aporofobia”, incluyendo la explicación de su origen como un neologismo acuñado por Adela Cortina) se destaca el siguiente extracto: “otras patologías sociales como el racismo, la homofobia y la misoginia ya están penalizados en nuestro sistema legal. A su vez, la realidad de la sociedad brasileña favorece el surgimiento de este despreciable tipo de prejuicio de clase”.

La exposición de motivos del proyecto de ley también menciona la situación de las personas sin hogar, en línea con una preocupación compartida por los casos de delitos motivados por la aporofobia en Europa. Sin embargo, a pesar de estos puntos de similitud, las dinámicas aporofóbicas más recurrentes en Brasil son distintas de las que se observan habitualmente en España, como se verá más adelante, en el epígrafe 4 de este capítulo.

Una vez señaladas las propuestas de leyes penales relacionadas con la aporofobia en Brasil y España, cabe un apunte: si bien existe un notable recrudecimiento del Derecho Penal en varios países (que se puede ver en propuestas legislativas europeas y latinoamericanas), es importante aclarar que la posible criminalización de las prácticas aporofóbicas, a pesar de incrementar objetivamente el alcance del *ius puniendi*, no forma parte de este movimiento punitivo.

Sin embargo, si bien las propuestas de atribuir relevancia criminal a las prácticas aporofóbicas son legítimas y fundamentadas en lo que respecta a la protección de los grupos marginados, existe un tema en estos movimientos que merece una atención especial: muchas veces las normas de protección para grupos específicos terminan convirtiéndose en manifestaciones de Derecho Penal simbólico, lo cual se puede entender como una especie de “disfunción del Derecho penal, que ocurre ante la interpretación simbólica de contenidos latentes de una ley, proporcionando un engaño que contribuye a la ineffectividad del Derecho penal.” (Fuziger, 2015: 152).

Así, normas penales aprobadas con celebraciones terminan sin instrumentalidad y, por ello, ineficaces a nivel fáctico, sirviendo principalmente como una forma de dar visibilidad a determinados valores, así como para que los legisladores demuestren compromisos con agendas concretas, sin una aplicación práctica efectiva de esas normas. Teniendo en cuenta el carácter de *ultima ratio* (subsidiario y fragmentario) del Derecho Penal, esta función primordial o exclusivamente promocional (de comunicación y visibilidad de un tema) parece sumamente dudosa, ya que esto no suele materializarse en la protección efectiva del bien jurídico protegido por la norma penal creada.

2. Corresponsabilidad y sus fundamentos

2.1. *Algunas notas sobre el papel del Derecho Penal en la configuración del panorama social contemporáneo*

La criminalización de conductas vinculadas a la aporofobia, como se muestra, apunta a proteger la vulnerabilidad de clase, equiparándola a otras situaciones de vulnerabilidad ya previstas en legislaciones penales, como la brasileña y la española.

Sin embargo, desde una perspectiva diametralmente opuesta, es decir, ligada a la contención del Derecho Penal, parece existir la indispensabilidad de enfrentar la aporofobia a través de la contención de procesos de (re)marginación de sujetos pobres a través de la selectividad criminal, lo cual ocurre, arriba todo, desde la dinámica del hiperencarcelamiento que sigue una lógica gerencial de manejo de la miseria. En este sentido, el rechazo a la pobreza característico de la

aporofobia tiene un componente ligado a la errónea percepción social de los sujetos pobres como potenciales delincuentes.

En la realidad europea, esto está ligado a una idea popular dirigida a las personas sin hogar, especialmente a los extranjeros, que acerca el significado de aporofobia a la xenofobia, tal y como detalla Adela Cortina en su libro.

En América Latina y, en particular, en Brasil, existe un abanico de dinámicas aporofóbicas, lo que lo convierte, lamentablemente, en un escenario fértil para constantes y diversas manifestaciones de aporofobia, que incluye componentes xenófobos (por ejemplo, respecto a inmigrantes de países africanos y, más específicamente, contra haitianos y bolivianos, que son sometidos a situaciones degradantes y que a menudo trabajan en condiciones análogas a la esclavitud en las fábricas textiles ilegales).

Sin embargo, hay un componente muy fuerte de aporofobia en la realidad brasileña también contra los brasileños migrantes (por ejemplo, quienes llevaron a cabo y aún realizan flujos migratorios desde el noreste hacia el sureste del país) y también contra los brasileños indígenas y, sobre todo, afrodescendientes. Es decir, hay matices de opresión ligadas a la aporofobia, principalmente por motivos de origen regional doméstico (lo que merece un neologismo propio, por ejemplo: “migrofobia”) y por un componente notable de racismo (generalmente camuflado por un falso discurso de tolerancia a la diversidad en el país).

Además de este contexto de variados vectores de prejuicio, hay una característica cultural notable que caracteriza a Brasil como una sociedad de consumo por excelencia, aunque existe un abismo social brutal que impide el acceso a los bienes de consumo (y, más allá, a un mínimo existencial) a la mayor parte de la población. En este sentido, Ana Elisa Bechara y Rodrigo Fuziger exponen el surgimiento de discursos y prácticas punitivas, característicos de un modelo de Derecho Penal que sirve como instrumento para el manejo de la pobreza que ocurren en un país, para usar la terminología de Robert Merton (1970: 220), con “metas culturales” claramente enfocadas al consumo, pero con un enorme contingente de población sin suficientes “medios institucionalizados” para el alcance de tales bienes de consumo. Según los autores (Bechara & Fuziger, 2020: 102-103):

El uso del Derecho, en particular el Derecho Penal como instrumento de control de los pobres (que es muy diferente del control del fenómeno de la pobreza) adquiere líneas de especial relevancia en una sociedad como Brasil, marcada por una enorme desigualdad social. Concomitantemente, se guía por una cultura de consumo que se irradia sobre todos y termina generando una dicotomía de clases que culmina en un impactante rechazo a la pobreza. Este caldo de cultura permite entender por qué la criminalidad patrimonial en Brasil corresponde al porcentaje mayoritario dentro de la cantidad de delitos perpetrados. Así, la aporofobia —reflejada en procesos de exclusión social derivados de la situación de pobreza en una sociedad de consumo— genera una serie de consecuencias, bajo diferentes dimensiones, entre las cuales merece destacarse el sistema penitenciario.

Así, dentro de un modelo de Estado neoliberal, existe un desajuste entre la oferta de bienes sociales, pero un fortalecimiento concomitante de un específico sector estatal, precisamente el sistema penal, con un sentido con un sentido puramente represivo. Juan Terradillos Basoco sintetiza con precisión esta realidad, afirmando existir una “deriva jánica” (en referencia al dios Jano de la mitología romana, representado con dos caras yuxtapuestas, apuntando en direcciones opuestas) con un Estado absentista, que no debe reeducar, ni corregir, ni menos aún salvar almas, pero también punitivista, que sólo debe castigar ejemplarmente o, mejor aún, “típicamente” (el tipo es estadísticamente identificable) todas y cada una de las rupturas del orden (Terradillos Basoco, 2020: 45).

Sobre el tema, también refiriéndose a la existencia de dos modelos de Derecho Penal (Derecho Penal de la aporofobia, dirigido a la pobreza y Derecho Penal de la plutofilia, indulgente con miembros de clases privilegiadas, una especie de “Derecho Penal del amigo”) expone el autor (2020: 107):

Preguntarse por las razones que puedan explicar esta política penal jánica que proyecta, hacia un lado, rigor y, hacia el otro, lenidad, lleva a concluir, con la ley en la mano, que el fundamento de la respuesta penal diferente no se relaciona con el juicio de desvalor por la culpabilidad del agente o por la antijuricidad del hecho, sino con el rol distinto que empleadores y trabajadores ocupan en el organigrama económico: manifestación palmaria de política criminal de clase.

Según Javier Cigüela Sola (2019: 108) “el sistema social ‘cede’ a sus diferentes subsistemas la regulación de las condiciones de inclu-

sión y descentraliza en el propio individuo la responsabilidad por la gestión de su inclusión funcional”. Así, para los que están fuera del juego del consumidor, los “consumidores fallidos” (Bauman, 2008), ya existe una estigmatización social ligada a la incapacidad de lograr objetivos sociales. A partir de esta situación marginal, se crea una perversa etiqueta sobre ellos de desviados en potencial, *outsiders* (Becker, 1966: 3) en pronóstico.

Ante este panorama, el sistema penal tiene una mirada detenida a este público, con el “control de las periferias, los ambientes de riesgo, lugares donde se concentran la mayor cantidad de excluidos del sistema productivo” (Young, 2003: 78).

Ante este escenario, queda claro que la selectividad penal favorece la aporofobia, lo que implica en la necesidad de pensar en soluciones de política criminal y dogmática que puedan mitigar esta dinámica deletérea del Derecho Penal. El caso es que son varios los esfuerzos de los penalistas en los más diversos países en esta búsqueda. Por ejemplo, en Brasil, con estudios (por ejemplo, De Bem & Fuziger, 2020) en defensa de la aplicación retroactiva (lo que no ha sido el entendimiento de los tribunales, a pesar de ser una norma procesal con contenido material) de un instituto procesal denominado Acuerdo de no persecución penal (*Acordo de não persecução penal* —ANPP— previsto en el artículo 28-A del Código Procesal Penal de Brasil). Dicha retroactividad sería una medida “antiaporofóbica”, ya que sacaría de la prisión a miles de personas encarceladas por delitos con penas mínimas.

Sin embargo, entre estos esfuerzos por contener el Derecho Penal orientado a reducir sus efectos aporofóbicos (ya que tales iniciativas no contradicen las propuestas de criminalización de prácticas con motivos de aporofobia), ninguno parece ser tan impactante como la adopción de la corresponsabilidad.

Incluso antes del esbozo de tal idea —que se hará a continuación— es necesario comenzar a justificar la importancia de tal medida con el argumento —que también se detallará más adelante— de que la incorporación de la corresponsabilidad en los códigos penales tiene tres efectos deseables. 1) La contención de la selectividad penal mediante la reducción del grado de severidad de las penas sobre personas vulnerables (modificando el centro de gravedad de los beneficios penales que hoy está sobre prácticas típicas de clases privilegiadas,

en el contexto del llamado “Derecho Penal del amigo”, vinculado a la plutofilia). 2) Una aplicación de sanciones dotadas de mayor proporcionalidad, ya que se evalúan mejor las circunstancias del agente. 3) La promoción del deber del Estado de ofrecer derechos sociales (porque la falta de estos es un parámetro para la aplicación de corresponsabilidad).

Otra ventaja es que estos tres efectos importantes no traen consigo, en el modelo de corresponsabilidad, dos problemas que serían resaltados y criticados en nuestro contexto social punitivista. En este sentido, en primer lugar, no hay extinción del reproche del agente por el delito, ya que el reproche sigue existiendo y solo se mitiga en virtud de la omisión del Estado. Con eso y, en segundo lugar, cualquier discurso reduccionista se desmorona en el sentido de que habría una legitimación de la comisión de delitos por las clases pobres, lo que podría reforzar una falaz lógica etiológica de que la pobreza es la causa de la criminalidad.

2.2. *Los fundamentos de la corresponsabilidad*

Inicialmente, para contextualizar la explicación de las bases de la concepción de corresponsabilidad, es necesario conceptualizar dicha herramienta de política criminal. Así, la división de responsabilidad por la realización de delitos en circunstancias específicas entre el autor y el Estado se denomina aquí corresponsabilidad jurídico-penal, por la falta del Estado en ofrecer derechos sociales necesarios para la dignidad de las personas. En virtud de la corresponsabilidad, hay una disminución en el reproche del agente (compartido con el Estado) que culmina en una reducción de la pena aplicada al individuo.

La propuesta de corresponsabilidad jurídico-penal está presente en el libro *Del libre albedrío a la autodeterminación: hacia una nueva fundamentación de la responsabilidad jurídico-penal* (Fuziger, 2020). La referida obra comienza con un análisis del rendimiento del concepto de libre albedrío¹⁰ en el Derecho Penal. Debido a la conclusión

¹⁰ Aquí entendido como la capacidad del sujeto que puede decidir de forma distinta en una misma circunstancia, lo que implica la existencia de posibilidades, en detrimento de la necesidad (está comprendida en ese contexto a partir de su sentido lógico-filosófico, como lo que es inexorable).

de que la respuesta del libre albedrío es del orden del incognoscible, tal concepto opera desde una presunción, ya que toda la gramática del comportamiento de la humanidad se basa en la libertad de acción.

Por tanto, presumiblemente poseemos libre albedrío, siendo cierto que, por primado lógico, tal concepto es absoluto, es decir, o todos tenemos pleno libre albedrío o nadie lo tiene (esta última, una hipótesis determinista).

Es fundamental, delante de eso y desde la perspectiva del Derecho Penal, recurrir a un concepto que no sea binomial y absoluto (libre albedrío existente o inexistente para todos), sino que considere condiciones que afecten el grado de libertad de un individuo desde diferentes contextos y circunstancias. A la hora de aplicar la sanción, hay que tener en cuenta las condiciones que diferencian los grados de libertad de los agentes.

Se manifiesta de esa premisa la sugerencia de adopción por el Derecho Penal del concepto de autodeterminación, que se puede definir como la capacidad del sujeto poder portarse con diversos grados de autonomía, los cuales dependen del número e intensidad de las condicionantes que afectan su capacidad de deliberación y externalización o no de una conducta en el plan concreto. De esa forma, la autodeterminación, diferentemente del libre albedrío no es absoluta, pero dotada de matices y puede concretamente restringirse por circunstancias que actúan en la formulación de elecciones individuales y en las posibilidades de realización de tales elecciones (Fuziger, 2020: 415-416).

Al principio, tal discusión sobre los conceptos de libre albedrío y autodeterminación puede parecer ajena al objeto de este artículo. Sin embargo, es precisamente a partir de la adopción de la noción de autodeterminación en el Derecho Penal que surge una clara necesidad de crear un instrumento que considere el grado de reproche del individuo, teniendo como parámetro ciertas condiciones que reducen el plexo de posibilidades de conducta para cada tema. En otras palabras, tal instrumento es la corresponsabilidad, que es resultado de la mirada penal sobre el sujeto considerando su autodeterminación.

Merece algunas líneas más la noción de autodeterminación para demostrar con mayor claridad que la opción tomada respecto a las condiciones de libertad elegidas como relevantes para el Derecho Penal, en tal perspectiva teórica. En general, es posible dividir en tres

grandes grupos de condiciones, los elementos que restringen la libertad de voluntad y acción de cada individuo: condiciones físicas, biológicas y sociales.

Ocurre que las condiciones físicas (respaldadas por leyes universales de la física) son absolutas y afectan a todos los individuos de forma isonómica. Por ello, no hay instrumentalidad del Derecho Penal para considerarlos en la valoración del reproche del sujeto.

En cuanto al condicionamiento biológico, es seguro que cada individuo tiene un conjunto particular de características fenotípicas, fisiológicas y neurológicas. Sin embargo, si bien tales diferencias pueden ser relevantes en la ejecución de los delitos, la utilización de estas condicionantes biológicas como parámetro de evaluación del reproche generaría un riesgo de retorno a una perspectiva positivista que evaluaría el potencial criminal de un sujeto en función de características que posee y que provienen de una lotería biológica¹¹. Así, una perspectiva “neolombrosiana” de las ciencias penales iría en contra de diversas conclusiones de escuelas criminológicas del conflicto (Fuziger, 2020: 133), por ejemplo, la idea de construcción social del delincuente, el etiquetamiento, entre otras consideraciones que refutan la noción del “delincuente nato” o cualquier teoría que esté eminentemente ligada a aspectos biopsicológicos como causas de delitos (hasta porque la noción de “causa” del delito también se critica en la Criminología del conflicto).

Queda, por tanto, el grupo de condiciones sociales. Son precisamente estas variables las que se utilizan como parámetro del grado de posibilidades de los modos de vida del individuo, a partir de las limitaciones derivadas de las limitaciones derivadas de la dinámica social. En ese sentido, Immanuel Wallerstein (1999: 468) observa que lo que llamamos de “determinismo” tal vez sea en gran parte el proceso interno a los sistemas históricos en los cuales la “lógica” del sistema se traduce en un conjunto de estructuras institucionales que se mueven y se refuerzan por sí mismas. Sin embargo, bajo pena de incurrir en una etiología reduccionista, es necesario advertir (Fuziger, 2020: 201):

¹¹ La idea de corresponsabilidad es aplicable a sujetos imputables. Por tanto, no estamos hablando aquí de posibilidades (ya existentes en los códigos penales) de atribuir la no imputabilidad total o parcial de un individuo por causas psíquicas.

No se quiere, con la afirmación de que la autodeterminación está limitada por una serie de condicionantes sociales, establecer una remisión a la idea de determinismo sociológico, lo cual atribuye a las reglas de conducta social el rol de elementos decisivos y totalmente prominentes en el comportamiento de los individuos. Sin embargo, relativizando el exceso de perspectivas deterministas extremadas (por tanto, reduccionistas), es innegable que factores sociales son elementos centrales en el cercenamiento del ámbito de autodeterminación individual.

Para la mejor comprensión del concepto aquí llamado autodeterminación, basado en las condiciones sociales, se puede utilizar la noción de “actor situado” del criminólogo belga Christian Debuyst (1990), que propone una superación de la idea clásica al Derecho Penal de “autor” del delito.

Debuyst (1992: 50-51) observa que “cuando usamos términos como ‘responsabilidad’ no basta pensar exclusivamente en los ‘delincuentes’, ya que tomar en consideración la pluralidad de actores parece ser primordial”. El criminal (así como cualquier individuo, en cualquier posición social y contexto) es un “actor situado”. Su comportamiento está condicionado a las circunstancias del escenario al que pertenece y también a las personas con quien “actúa” en la “escena”. Según Verónica dos Santos Fernandes (2011: 12-13):

El concepto de actor social, como concibe Debuyst, implica tres condiciones: el sujeto no es un ser pasivo, resultado de determinismos; el sujeto es dotado de un punto de vista propio, dependiente de la posición que ocupa en el marco social (lo que no permite que se lo considere completamente libre), y condicionado por su historia y por proyectos alrededor de los cuales sus actividades se organizan; el sujeto es llamado a ser actor en el marco social o de las interrelaciones.

Además del fundamento de la teoría del actor social, existen otras líneas de pensamiento que dialogan con ella y que también pueden mencionarse como base para un redimensionamiento de la idea de delincuente, considerando sus circunstancias sociales. Por ejemplo, la teoría de la acción situacional (*Situational Action Theory-SAT*), propuesta por Per-Olof H. Wikström y Kyle Treiber (2016), en que se comprende el delito (en la misma línea de la teoría del “actor situado”), bajo factores individuales y factores situacionales. Los autores observan que la precariedad económica, por sí sola, no resulta ser un factor criminógeno. Sin embargo, en el análisis de los jóvenes desfavore-

recidos que cometieron delitos, se señalaron circunstancias relevantes: un menor grado de supervisión familiar y control social, además de pasar el tiempo libre con otros jóvenes en actividades no estructuradas.

Trayendo solo un ejemplo en línea más similar, también existe la teoría del “sujeto responsable” de Juan José Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée (1999). Para los autores, debe tenerse en cuenta la complejidad del sujeto social y las circunstancias que lo convierten en actor social, dotado de responsabilidad social (Bustos Ramírez & Hormazábal Malarée, 1999: 325).

Por fín, expone Winfried Hassemer (1982: 58) que “en el delito no sólo interviene el delincuente, sino además una pluralidad de circunstancias humanas y sociales que van desde la conducta de la víctima hasta el índice de desempleo laboral existente, pasando por la crisis familiar (*‘broken home’*)”. Prosigue el penalista alemán: “El reproche de culpabilidad desvía la atención de estas circunstancias y de su elaboración a la hora de tomar una actitud respecto al delito y al delincuente, asignando los factores criminógenos a la persona individual y poniéndola a la luz de un reflector que aumenta la oscuridad que le rodea”.

Mucho antes de las diversas teorías que comparten una misma premisa, el pensamiento filosófico ya apuntaba a la importancia de ver al individuo desde sus circunstancias. En ese sentido, la célebre frase de José Ortega y Gasset, en sus “Meditaciones del Quijote”: “Yo soy yo y mi circunstancia, y si no salvo a ella, no me salvo yo.” (Ortega y Gasset, 1967: 52).

Una vez definido el punto de partida del análisis del agente criminal basado en parámetros ampliados de reproche —desde la perspectiva de la autodeterminación y con el entendimiento de que dicho individuo es un actor situado, cuya conducta está influenciada por las condiciones sociales— surge la necesidad de establecer un instrumento de política penal que permita medir el reproche al momento de imputar la pena, precisamente en los casos en que las condiciones sociales están vinculadas a omisiones estatales.

Con este objetivo se utiliza la teoría de la co-culpabilidad, de Eugenio Raúl Zaffaroni. Si bien el jurista argentino ha bautizado y detallado esta teoría con este nombre que repercutió en el Derecho Penal

mundial, es posible trazar un panorama histórico de pensamientos previos en los que ya se materializaba una noción (aunque en ese momento anónima) de co-culpabilidad. En este sentido, dos ejemplos son paradigmáticos.

En primer lugar, se puede remontar al siglo XVIII, en los escritos del médico, teórico político y periodista francés Jean-Paul Marat, el origen de la idea de co-culpabilidad, en el “Plan de legislación criminal” de 1780. Marat, en su plan de legislación criminal, consideraba que la individualización de la pena debería analizar las circunstancias y condiciones del autor del delito, una vez que a los sujetos se les ofertaban riquezas y oportunidades de manera no ecuánime dentro de la sociedad: “La naturaleza estableció grandes diferencias entre los hombres y la fortuna las estableció mucho más” (Marat, 2008: 88).

Ya en el inicio del siglo XX, también en Francia, las conocidas sentencias del juez Paul Magnaud (véase las sentencias de Magnaud en: Leyret, 1904) representarían preludios de la idea de co-culpabilidad, pues para tal juez, la miseria del infractor debería considerarse en la medición del desvalor de su conducta y, por consiguiente, atenuando su apenamiento, pues la carencia de bienes y derechos sería un factor que haría dificultoso un comportamiento conforme el ordenamiento, sobre todo, en virtud de la tradicional protección jurídico-penal al patrimonio (Fuziger, 2020: 294).

Zaffaroni expone el impacto de las sentencias del juez Magnaud ya en su época (Zaffaroni, 2006: 51), afirmando que cien años después de Marat, Magnaud escandalizó sus colegas bonapartistas y burócratas y se hizo famoso en toda Europa, llegando a ser elogiado por Tolstoi y teniendo sus sentencias traducidas a varios idiomas, “siendo que él no hizo más que considerar la miseria una especie de estado de necesidad justificante o exculpante, según el caso”.

En cuanto a la co-culpabilidad, en el sentido propuesto por Zaffaroni, hay que exponer su definición y algunas aclaraciones de cómo dicha teoría acaba sirviendo de base a la corresponsabilidad. Abajo, el concepto de co-culpabilidad, con las propias palabras del jurista argentino (Zaffaroni, 1982: 167).

Si la sociedad no brinda a todos iguales posibilidades, resulta que hay un campo de posibilidades que se ofrece a unos y se niega a otros. Por tal razón, cuando se comete la infracción por aquellos a quienes han sido negadas algunas posibilidades que la sociedad ofreció a otros, el equitativo

es hacer con que parte de la responsabilidad por la conducta penal individual se cargue por la sociedad que ha sido injusta en la distribución de oportunidades para los individuos. Esta es la co-culpabilidad: al lado del hombre culpable por su conducta, hay una co-culpabilidad de la sociedad, o sea, hay una parte de la culpabilidad —del reproche por la conducta— que debe colocarse sobre la sociedad en razón de las posibilidades que no se ofrecieron al sujeto.

Así, de acuerdo con Zaffaroni en trecho de otra obra (Zaffaroni & Pierangeli, 2004: 613), “hay sujetos que tienen un menor ámbito de autodeterminación, condicionados de ese modo por causas sociales. No será posible atribuir estas causas sociales al sujeto y sobrecargarlo con ellas en el momento del reproche de la culpabilidad”.

Cabe aclarar que posteriormente, Zaffaroni propone superar el concepto de co-culpabilidad, por una categoría que denomina culpabilidad por vulnerabilidad (Zaffaroni, 2003). A pesar de los importantes argumentos que sustentan tal propuesta, se entiende aquí que el concepto de co-culpabilidad sigue siendo más adecuado (con algunas modificaciones, bajo el nombre aquí de corresponsabilidad) a la propuesta de contener la aporofobia a través de un instrumento penal en sentido negativo, buscando la reducción del nivel del *jus puniendi* en determinadas situaciones.

La co-culpabilidad opera a partir de análisis de circunstancias del agente y se puede mensurar a partir de elementos mucho menos éticos que los de la culpabilidad por vulnerabilidad. Eso porque la co-culpabilidad evalúa el grado de reproche de la conducta considerando el estado del agente, lo cual se puede evaluar por criterios objetivos, apenas como ejemplos, el grado de miseria del autor del injusto (por ejemplo, analizando su renta o ausencia de ella) o la real oferta de escolarización al sujeto por parte del Estado (Fuziger, 2020: 319).

Sin embargo, a diferencia de Zaffaroni (quien incluso utiliza el término “autodeterminación” cuando habla de “alcance menor de autodeterminación”) la idea aquí propuesta de co-culpabilidad no divide la carga de reproche entre sujeto y sociedad, sino específicamente entre sujeto y Estado. Eso porque es deber del Estado y no deber de la sociedad proveer (incluidas las disposiciones constitucionales) al ofrecer derechos sociales que amplíen las posibilidades de formas de vida lícitas para un individuo.

Finalmente, una vez establecidas las nociones de autodeterminación, actor situado y co-culpable, vale la pena justificar la elección del término “corresponsabilidad” como síntesis de todos estos elementos. El Derecho Penal puede ser útil para hacer frente a aporofobia.

Elegimos el término corresponsabilidad, en lugar de co-culpable, por dos motivos.

En primer lugar, porque la propuesta difiere del modelo sugerido por Zaffaroni, por ejemplo, en el reparto del reproche entre individuo y Estado (y no individuo y sociedad). En segundo lugar, se utiliza la expresión corresponsabilidad para referirse a la noción de responsabilidad concebida por Claus Roxin, como superación de la idea de culpabilidad. Para Roxin (1997: 707), la responsabilidad consistiría en el juicio de reproche (como en la culpabilidad) sumado a la demostración de la existencia de funciones preventivas de una posible sanción a aplicar.

Este último elemento, aunque solemnemente ignorado por la mayoría de la jurisprudencia de algunos países (por ejemplo, Brasil), es esencial para un modelo de Derecho Penal que no esté ligado a fundamentos retrospectivos (la mera retribución de los injustos), sino que también entiende la sanción (sea la que sea), desde una mirada prospectiva, demostrando cuál sería su finalidad preventiva en caso de aplicación.

Así, el modelo funcionalista teleológico roxiniano, con la idea de responsabilidad es la que aún demuestra tener más robustez teórica, acercando la dogmática del reproche con la política criminal, por medio de finalidades preventivas. Tal modelo es lo que sirve de subsidio a la corresponsabilidad como un elemento contingente (ya que no siempre aplicable) de la responsabilidad, con una función de disminución del juicio de reproche (y no de excluyente de culpabilidad) en razón de una corresponsabilización del Estado (por la omisión que condicionó la autodeterminación del sujeto) por el comportamiento reprochable (Fuziger, 2020: 415-416).

3. La corresponsabilidad como elemento de enfrentamiento de la aporofobia

Una vez señalados los orígenes y fundamentos de la corresponsabilidad, es necesario concretar la propuesta, que se hace aquí a través

de dos sugerencias de *lege ferenda*, que tienen como objetivo incorporar este instituto a los códigos penales brasileño y español (las dos propuestas están formuladas, desarrolladas y explicadas en Fuziger, 2020: 381-398).

Inicialmente, es importante señalar que una idea similar (de culpabilidad) está prevista en varios códigos penales (como en Portugal, Argentina, Perú y México) generalmente como hipótesis de reducción de la pena.

Cabe destacar la disposición normativa del Código Penal de Colombia, en la que las profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, pueden disminuir o incluso excluir la responsabilidad del individuo. En su artículo 56, el Código Penal colombiano dispone el siguiente:

Artículo 56. El que realice la conducta punible bajo la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, en cuanto hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tengan la entidad suficiente para excluir la responsabilidad, incurrirá en pena no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la sexta parte del mínimo de la señalada en la respectiva disposición.

Maria Helena Luna Hernández (2019) señala que el artículo 56 del Código Penal colombiano, si bien prevé casos de eximente, en la práctica, la aplicación de dicho artículo por parte de los tribunales colombianos se limita como atenuante punitiva. En este sentido, observa la autora (Luna Hernández, 2019: 22):

Pese a que desde el año 2000, con la expedición del nuevo estatuto penal, se previó esta circunstancia, su incipiente desarrollo jurisprudencial y académico ha delimitado el debate de su ámbito de aplicación casi a la simple ritualidad procesal.

Una vez realizado el rastreo de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional sobre la materia, los resultados son desconcertantes. Solo en dos sentencias y en nueve autos de la Corte Suprema de Justicia se aborda el tema de forma circunstancial, y en todo caso, sin mucha novedad y desarrollo sobre la figura.

La experiencia colombiana sirve de advertencia, pues de nada sirven disposiciones legislativas bien construidas si la aplicación jurisprudencial ignora dichos aportes legales. Sin embargo, incluso si existe el riesgo de distorsión o inaplicabilidad del instituto por la ju-

risprudencia, el hecho es que, sin tales disposiciones, su inaplicabilidad es segura. Por tanto, es necesario proponer las normas, aprobarlas (quizás la etapa más difícil) y, finalmente, presionar para su cumplimiento por parte del Poder Judicial.

Cabe señalar que las siguientes propuestas, a diferencia del modelo colombiano, no prevén la exclusión total de la responsabilidad del agente, pues, como ya se señaló, el reproche es compartido (el prefijo “co” lo indica), es decir, aunque reducido, persiste el reproche del agente por el delito, siendo la corresponsabilidad un elemento de reducción de la pena.

La primera propuesta de *lege ferenda* busca incorporar la corresponsabilidad al Código Penal brasileño, en el Art. 22-A:

Corresponsabilidad. Art.22-A. La pena debe reducirse de un a dos tercios, si reconocida como contributiva a la conducta delictiva la condición de vulnerabilidad del agente, caracterizada por su situación económica y social, ocasionada por la privación o precariedad en la oferta de derechos sociales¹².

En el Código Penal español se propone el cambio del artículo 21.7¹³, con una nueva circunstancia que atenúa la responsabilidad criminal, prevista en el Capítulo III:

De las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal. Artículo 21. Son circunstancias atenuantes: (...) 7.^a La circunstancia de vulnerabilidad del agente —caracterizada por su situación económica y social,

¹² Los derechos sociales están previstos en el artículo 6 de la Constitución Federal de Brasil: “Son derechos sociales la educación, la salud, la alimentación, el trabajo, la vivienda, el transporte, la recreación, la seguridad, la previsión social, la protección a la maternidad y la infancia, la asistencia a las personas desamparadas, de conformidad con esta Constitución”. La misma Constitución Federal brasileña dispone que “erradicar la pobreza y la marginación y reducir las desigualdades sociales y regionales” es el tercer objetivo fundamental de la República Federativa de Brasil (art. 3º, III).

¹³ Así, el actual artículo 21.7 (“Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores”) se transmutaría al nuevo artículo 21.8, por tratarse de una mitigación genérica que hace referencia a las hipótesis de los párrafos anteriores.

ocasionada por la privación o precariedad en la oferta de derechos sociales— que contribuye a una conducta delictiva¹⁴.

Las propuestas anteriores buscan concretar la corresponsabilidad, lo que abriría un horizonte de posibilidad para la reducción de la selectividad penal y, al mismo tiempo, aseguraría una mayor proporcionalidad en la aplicación de la sanción, considerando las circunstancias del delincuente, contribuyendo a la hecho delictivo y derivado de omisiones en la prestación de derechos sociales.

Se trata, pues, de un movimiento para contener el *ius puniendi*, en busca de la racionalización del sistema penal bajo el prisma de las visiones abolicionistas del Derecho Penal, tal propuesta puede parecer un movimiento de reforma más, que no afecta las estructuras de un sistema configurado como mecanismo de opresión, cuya extinción se presenta como la única medida posible.

A pesar de esta posible y legítima visión abolicionista, se entiende aquí que la corresponsabilidad tiene relevancia como instrumento de resistencia, una medida racionalizadora factible a la aplicación práctica, que tiene el potencial de reverberar sobre casos concretos y, por consiguiente, alcanzar sujetos sobre los cuales se lanzó el *ius puniendi*, cuyo peso muchas veces desproporcional y la selectivo refuerza dinámicas aporofóbicas (Fuziger, 2020: 418).

La corresponsabilidad, por tanto, puede contribuir a la contención de la (re)marginalización de una considerable parcela de la sociedad (que ya que se encuentra en los márgenes sociales y se marginaliza nuevamente por el estigma social), la cual sirve de lo que llama René Girard de “chivos expiatorios” (Girard, 1990: 111), con la función de aplacar la saña punitivista de la comunidad.

4. Conclusiones

El poder del neologismo de Adela Cortina ya se materializa en la ampliación de la perspectiva académica, política y social sobre el

¹⁴ Los fundamentos constitucionales para la adopción de la teoría de la corresponsabilidad jurídico-penal en España están previstos en los siguientes artículos de la Constitución de España: art. 10.1, art. 40.1, art. 41 y art. 47.

rechazo a la pobreza en distintas partes del planeta. Así, la palabra aporofobia repercute en diversas perspectivas de la sociedad, incluido el Derecho Penal, en el que las influencias de tal fenómeno tienen una enorme relevancia.

Con esa especie de bautismo del fenómeno, Adela Cortina aumentó la visibilidad de las prácticas motivadas por el odio de clase, que incluso planteó propuestas legislativas para incrementar la penalización de los delitos motivados por la aporofobia, como se señala en este trabajo.

Sin embargo, el núcleo de este artículo tiene como objetivo contener la aporofobia (a menudo alimentada por discursos y prácticas estatales) mediante la limitación del Derecho Penal contra personas de clases marginadas. Y en esta perspectiva, la incorporación de la corresponsabilidad en los códigos penales (por ejemplo, por las sugerencias de este trabajo sobre la adopción de la corresponsabilidad en los ordenamientos jurídicos penales de Brasil y España) es entendida aquí como un instrumento de inequívoca importancia el control de la selectividad y desproporcionalidad del sistema, dos características que fomentan el Derecho Penal como un instrumento para la remarginación de las clases desfavorecidas y, por tanto, un mecanismo para potenciar la aporofobia.

Anatole France, ya mencionado en este trabajo por su famosa frase sobre la selectividad característica del Derecho Penal, tiene otra cita digna de mención en este contexto. El autor francés escribió (en el diálogo *Crainquebille*): “La pobreza es indispensable para la riqueza, la riqueza es necesaria para la pobreza. Estos dos males se engendran y se sustentan mutuamente. Lo que se necesita no es mejorar la condición de los pobres, sino acabar con ella”.

Si tal conclusión está en el horizonte de lo posible o si es algo que está en el plano de la utopía (“que sirve para caminar”¹⁵, hay que recordarlo), es algo que escapa a cualquier esfuerzo de pronóstico.

Lo cierto es que, junto a las iniciativas para acabar con la pobreza (aunque etiquetadas de utópicas), se deben tomar desde ya medidas para combatir el rechazo a la pobreza, lo que presupone repensar y

¹⁵ Como dice Fernando Birri, en una frase que se suele atribuir a Eduardo Galeano.

contener las estructuras selectivas de un Derecho Penal que replica la dinámica de la aporofobia, eclipsada por discursos falaces de justicia y seguridad.

Referencias

DOCTRINA

- Baratta, A. (2002). *Criminologia Crítica e crítica do Direito penal: Introdução à sociologia do direito penal*. 3ª ed. Traducción de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan.
- Bauman, Z. (2008). *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Traducción de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar.
- Bechara, A. E. L. S. & Fuziger, R. (2020). “Seleccionar y punir: punitivismo y la dinámica aporofóbica de la criminalización en el derecho brasileño”. *Revista Sistema Penal Crítico*. 1, pp. 91-113.
- Becker, H. (1966). *Outsiders: studies in the sociology of deviance*. Nueva York: The Free Press.
- Bustos Ramírez, J. J. & Hormazábal Malarée, H. (1999). *Lecciones de Derecho penal*. Vol. II. Madrid: Trotta.
- Cigüela Sola, J. (2019) *Crímen y castigo del excluido social. Sobre la ilegitimidad política de la pena*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cortina, A. (2017). *Aporofobia, el rechazo al pobre: un desafío para la democracia*. Barcelona: Paidós.
- De Bem, L. S. & Fuziger, R. (2020). “Hacia una aplicación antiaporofóbica del Acuerdo de no persecución penal en la legislación brasileña”. *Revista Sistema Penal Crítico*. 1, pp. 197-208.
- De Giorgi, A. (2006). *A miséria governada através do sistema penal*. Traducción de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- Debuyst, C. (1992). “Les paradigmes du droit pénal et les criminologies cliniques”. *Criminologie*. N° 25. Vol. 2, pp. 49-72.
- Debuyst, C. (1990). “Présentation et justification du thème”. Digneffe, F. (Dir.). *Acteur social et délinquance*. Hommage à Christian Debuyst. Liège: Mardaga.
- Deleuze, G. & Guattari, F. (1992). *O que é a filosofia?* Traducción Bento Prado Jr y Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Editora 34.
- Fernandes, V. S. (2011). *Formas de sobreviver na urbe: etnografia breve na baixa cidade do Porto*. Disertación de maestría en Psicología. Facultad de Psicología de la Universidad de Porto: Porto.

- Foucault, M. (2000). *As palavras e as coisas*. Traducción de Salma Tannus Muchail São Paulo: Martins Fontes.
- Fuziger, R. (2019). “Aporofobia e Sistema Penal: nominando a ignominia”. *Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal*. 2.
- Fuziger, R. (2020). *Del libre albedrío a la autodeterminación: hacia una nueva fundamentación de la responsabilidad jurídico-penal*. Salamanca: Ratio Legis.
- Fuziger, R. (2015). *Direito penal simbólico*. Curitiba: Juruá.
- Girard, R. (1990). *A Violência e o Sagrado*. Traducción de Martha Conceição Gambini. Rio de Janeiro/ São Paulo: Paz e Terra/Editora da Unesp.
- Hassemer, W. (1982). “¿Alternativas al principio de culpabilidad?”. Traducción de Francisco Muñoz Conde. *Cuadernos de Política Criminal*. 18.
- Hernández, J. (1967). *Martín Fierro*. Albany: New York University Press.
- Hormazábal Malarée, H. (2005). “Una necesaria revisión del concepto de culpabilidad”. *Revista de derecho (Valdivia)*. Vol. 18. N° 2, pp. 167-185.
- Kirchheimer, O. & Rusche, G. (2004). *Punição e estrutura social*. Traducción de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan.
- Leyret, H. (1904). *Les jugements du président Magnaud: réunis et commentés*. Paris: P. V. Stock.
- Luna Hernández, M. H. (2019). *Reconocimiento de la circunstancia de marginalidad en el código penal colombiano*. Tesis de Maestría en Derecho Penal. Medellín: Universidad EAFIT.
- Marat, J. P. (2008). *Plano de legislação criminal*. Traducción de João Ibaixe Jr. São Paulo: Quartier Latin.
- Merton, R. K. (1970). *Sociologia: teoria e estrutura*. Traducción de Miguel Maillat. São Paulo: Mestre Jou.
- Moya Guillem, C. (2020). “Alternativas a la aporofobia como circunstancia agravante. Apuntes acerca del subtipo cualificado por la especial vulnerabilidad de la víctima y del abuso de superioridad en contextos de pobreza”. *Revista Sistema Penal Crítico*. 1, pp. 135-151.
- Ortega y Gasset, J. (1967). *Meditações do Quixote*. Traducción de Gilberto de Mello Kujawski. São Paulo: Iberoamericana.
- Pérez Cepeda, A. I. (2007). *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: Iustel.
- Rousseau, J. J. (1997). *Discorsi sulle scienze e sulle arti; sull'origine della disuguaglianza fra gli uomini*. Traducción de Rodolfo Mondolfo. Milano: Biblioteca Universale Rizzoli.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte general*. Traducción de Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas.
- Terradillos Basoco, J. M. (2020). *Aporofobia y plutofilia: la deriva jánica de la política criminal contemporánea*. Barcelona: JM Bosch.

- Voloshinov, V. (2006). *Marxismo e filosofia da linguagem*. 12ª ed. Traducción de Sheila Grillo y Ekaterina Vólkova Américo. São Paulo: Hucitec.
- Wacquant, L. (2001). *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Zahar Editor.
- Wacquant, L. (2004). *Punir les pauvres: le nouveau gouvernement de l'insecurité social*. Marselha: Agone.
- Wallerstein, I. (1999). "Análise dos sistemas mundiais". Giddens, A. & Turen, J. (Orgs.). *Teoria social hoje. Traducción de Gilson César Cardoso de Sousa*. São Paulo: Editora UNESP.
- Wikström, P. O. H. & Treiber, K. (2016). Social Disadvantage and Crime: A Criminological Puzzle. In: *American Behavioral Scientist*. Vol. 60. Nº 10, pp. 1232-1259.
- Young, J. (2003). *La sociedad "excluyente". Exclusión social, delito y diferencia en la Modernidad Tardía*. Madrid: Marcial Pons.
- Zaffaroni, E. R. (2003). "Culpabilidad por vulnerabilidad". *Nueva Doctrina Penal*. Buenos Aires: Del Puerto.
- Zaffaroni, E. R. (1982). *Política criminal latinoamericana: perspectivas-disyuntivas*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi
- Zaffaroni, E. R., Alagia, A. & Slokar, A. (2006). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar.

Capítulo 3

EL ACUSADO VÍCTIMA DE APOROFOBIA: CULPABILIDAD Y PROCESO PENAL

Manuel Ollé Sesé

“Resulta escandaloso el hecho de las excesivas desigualdades económicas y sociales que se dan entre los miembros y los pueblos de una misma familia humana. Son contrarias a la justicia social, a la equidad, a la dignidad de la persona humana y a la paz social e internacional” (Gadium et Spes: para. 29).

Introducción

La aporofobia es definida por el Diccionario de la Real Academia como “fobia a las personas pobres o desfavorecidas”. Esta definición se inspira en las investigaciones de la catedrática Adela Cortina que —tiempo antes de que la Real Academia acuñara este término— conceptuó la aporofobia como: “el odio, repugnancia u hostilidad ante el pobre, el sin recursos, el desamparado” (2017: 24). En este trabajo, por el objeto del mismo, me referiré a la persona humana desfavorecida objeto de la aporofobia como *pobre, excluido o marginado*¹.

¹ La descripción gráfica de lo que puede ser una situación aporofóbica la narra, en primera persona, la periodista alemana Goll, cuando estaba ocasionalmente en París, en el periódico L’Intransigent. Se disfrazó de mendiga para ver las reacciones de la gente captadas por el fotógrafo del periódico, que la seguía de cerca. Su atuendo y despeinado eran tan realistas que la gente se apartaba de ella en el autobús.

En el *Trocadéro Claire* reconoció a Ferdinand Bruckner, escritor a quien había conocido años antes en Berlín. Se le acercó y desde atrás le presentó su mano abierta. Bruckner se hurgó un bolsillo y le alargó dos francos. Ella le dijo “Gracias, Señor Bruckner”. Pasmado de verse reconocido por una mendiga, Bruckner salió huyendo en diagonal por la plaza (1999: 121).

Como lamentable dato anecdótico el diputado Calderon Collantes espetó el 25 de noviembre de 1844, en el Congreso de los Diputados: “La pobreza es signo

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” (2021: 8), no debe limitarse únicamente al estudio de políticas criminales dirigidas al legislador en la (des)tipificación de delitos cuando el desfavorecido es el sujeto activo de los mismos; ni cuando éste es víctima de ilícitos penales, por su condición de *pobre, excluido o marginado*. El *Derecho Penal de la aporofobia* debe extenderse también al tratamiento judicial del *pobre, excluido o marginado* delincente, en la aplicación de la ley sustantiva y adjetiva, como sujeto pasivo procesal.

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. Resulta difícil entender que se conciban y se expliquen en las facultades de Derecho, como dos disciplinas separadas y relativamente independientes.

El juzgador reconstruye unos hechos que después de valorados se plasman en una sentencia que, una vez, firme —y salvo que, de acuerdo con el artículo 954 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim) fuera revisada— pasará definitivamente a gozar de la autoridad de cosa juzgada. El órgano de enjuiciamiento se pronuncia motivadamente sobre la relevancia penal de los hechos; y en caso afirmativo los califica jurídicamente, determina la autoría y participación, las circunstancias modificativas de la responsabilidad

de estupidez; y en esto no digo una cosa nueva, pues no hago más que repetir lo que han dicho muchos publicistas” (Congreso de los Diputados).

Una aproximación al concepto de pobre y excluido social puede leerse en Bustos Rubio en su interesante monografía *Aporofobia y delito* (2020: 29-65). Conceptos que, aunque se utilicen indistintamente para los mismos supuestos, y comparan características comunes, son distintos.

Sobre la política criminal de exclusión *vid.* el relevante trabajo de Terradillos (2020: 56-87).

criminal, la pena y, en su caso, la responsabilidad civil a imponer (artículo 142 LECrim y 248 Ley Orgánica del Poder Judicial).

La teoría jurídica del delito es una propuesta metodológica para analizar si unos determinados hechos que han sido declarados 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 culpabilidad². En este trabajo daré por supuesto que en el análisis de los hechos ya se ha constatado el injusto y me centraré exclusivamente en el momento del examen donde incumbe descender a la persona concreta. 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 momento 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 se le debe imponer una pena y qué cantidad de pena?, es la primera incógnita que afrontamos en el Derecho Penal sustantivo. Y ¿cuál es la posición de esa persona en el proceso penal?,

² Los elementos de la teoría del delito han experimentado en su evolución histórica variaciones sistemáticas y de contenido. En el texto recorro a la propuesta sistemática que reconoce los tres momentos indicados por ser, quizá, la más aceptada. Sobre el particular *vid.* Bustos & Hormazábal (2006: 145 ss.).

es el segundo interrogante sobre los que pivotan las líneas que siguen. 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.

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

La teoría del sujeto responsable se abrió camino en la doctrina, como una formulación alternativa a las que fundamentan el castigo en capacidades que se les suponen a las personas o bien en incapacidades intrínsecas del ser humano por razones biológicas o sociales. Para los catedráticos Bustos y Hormazábal lo relevante era superar los conceptos del libre albedrío, de la prevención general y especial y del determinismo³. Culpabilidad, para estos autores, es *responsabilidad*. Ni es un reproche, ni es la posibilidad de poder actuar de otra forma, ni el sujeto es un ser determinado sin conciencia (Bustos & Hormazábal, 2006: 439-442)⁴.

De acuerdo con la idea de los dos catedráticos, el punto de partida es la persona concreta que vive en sociedad y que se enfrenta con el Derecho Penal (Bustos & Hormazábal, 2006: 437-439). Una persona

³ Con anterioridad —cuando el eje de discusión de la dogmática se centraba en si la vinculación personal del sujeto con el hecho, dolo o culpa, pertenecía al injusto o la culpabilidad— el profesor Gimbernat Ordeig (1990) llegó incluso a cuestionar la existencia misma del concepto de culpabilidad, como un momento del análisis del hecho.

⁴ La teoría del sujeto responsable la alumbró Bustos, y Hormazábal la completó. Hormazábal recuerda que Juan Bustos Ramírez propuso la distinción entre una teoría del delito (tipicidad y antijuridicidad) y una teoría del sujeto responsable, señalando que la culpabilidad era responsabilidad y no reproche o que el sujeto podía actuar de otra manera, situando en el punto de partida de la responsabilidad al hombre concreto en sociedad. Con posterioridad, Bustos perfeccionó su idea argumentando que lo que interesaba era la persona responsable frente al sistema penal criminal, que el sujeto pueda responder frente a tareas concretas que le exige el sistema. Responsabilidad implica exigibilidad. Se trata de qué es lo que puede exigir el sistema de una persona frente a una situación concreta. Responsabilidad y exigibilidad son dos términos indisolublemente unidos (2005: nota 34).

“real que vive en un medio social determinado, que se relaciona e interacciona con otras, que está condicionada social y culturalmente y al mismo tiempo es un sujeto condicionante de otros” (Hormazábal, 2005: 507). Lo concluyente no es el individuo, sino el *individuo o el hombre en sociedad*. (Bustos & Hormazábal, 2006: 439-441).

El profesor Hormazábal, al explicar el fundamento de la teoría del sujeto responsable, 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 (2005: 507). Sin embargo, responsabilidad implica *exigibilidad*. Dos términos unidos que entrañan que el Estado puede exigir, pero sólo cuando éste haya proporcionado al sujeto las condiciones necesarias para que la persona asuma una tarea determinada (Bustos & Hormazábal, 2006: 443).

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.

Este mandato impone “a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural o social”. Este artículo 9.2 de la Constitución Española (en adelante, CE) traslada al Estado el deber de garantizar a todos los sujetos, desde la observancia del fundamental principio de igualdad, tanto los derechos políticos y las garantías proclamadas en los artículos 14 a 29 CE, como las condiciones mínimas para satisfacer sus necesidades económicas y sociales, según los principios rectores sentados en los artículos 39 a 52 CE (Hormazábal, 2005: 507).

Todos los derechos proclamados en nuestra Carta Magna deben ser protegidos y respetados por el Estado. Estos derechos universalmente reconocidos en instrumentos internacionales de derechos humanos, se garantizan como derechos fundamentales en la CE en el capítulo II, del Título Primero denominado “De los derechos y deberes fundamentales”. Derechos que son los pilares básicos sobre los que descansa nuestro Estado de Derecho que “propugna como valores

superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, *la igualdad* y el pluralismo político” (artículo 1 CE, cursiva añadida).

La formación del concepto, definición y fundamentación de los derechos humanos, generan intensos e interesantes debates doctrinales, principalmente en el ámbito de la filosofía jurídica y del constitucionalismo. Disputas ajenas a los fines y pretensiones de este trabajo.

Ferrajoli (1999) define los derechos fundamentales, desde una base “teórica, puramente formal o estructural”. Para este filósofo del Derecho son “todos aquellos derechos subjetivos que corresponde universalmente a *todos* los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar”. Y clarifica: “entendiéndose por *derecho subjetivo* cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por *status* la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”. Esta definición tiene el mérito, como apunta el propio autor italiano, de no ser “dogmática”, porque no se enuncia con referencia a las normas de un ordenamiento jurídico concreto. Para este jurista, el contenido del derecho fundamental no depende de que estén previstas en el ordenamiento jurídico (por ejemplo, Constitución o leyes). El hecho de que estén positivizadas en el derecho de un determinado ordenamiento jurídico “es condición de su existencia o vigencia *en aquel* ordenamiento, pero no incide en el significado de derecho fundamental” (Ferrajoli, 1999: 37-38).

Esta premisa, fundamenta que todos los seres humanos son titulares de los derechos fundamentales (subjetivos) reconocidos en la CE que deben ser respetados y garantizados por los poderes públicos. El poder judicial deberá refrendar al justiciable —y éste podrá exigirlo— el respeto a los derechos previstos en los artículos 14 a 29 CE. El artículo 53.1 CE vincula a “todos los poderes públicos” a respetar y considerar los “derechos y libertades” reconocidos en los artículos 14 a 29 CE. Este principio de vinculación es la concreción de la citada proclamación de que “todos los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico” (artículo 9.1 CE, incluido en el Título Preliminar). Precepto que realza el carácter normativo y no programático de nuestra carta magna. La

exigibilidad, en la categoría de la culpabilidad, por tanto, es recíproca, tanto para el justiciable, como para el Estado. En esta línea, para Bustos y Hormazábal “culpabilidad es exigibilidad”, entendida como “capacidad, no de la persona de dar una respuesta determinada, sino capacidad del estado para exigir esa respuesta” (2006: 444).

No hay que olvidar que la ley penal, adjetiva y sustantiva, se debe interpretar según los estándares constitucionales, de acuerdo con el principio de interpretación conforme a la Constitución. El artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial otorga a la CE el carácter de “norma suprema del ordenamiento jurídico [que] vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales”. Con esta declaración, la propia Constitución, imprime un plus en el mandato de interpretación de los derechos humanos positivizados, en el capítulo II, del Libro I, como derechos fundamentales.

Y, por otro lado, hay que recordar que los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 14 a 29 de la CE se interpretarán “de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y los acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España” (artículo 10.2 CE).

Sentado lo anterior, en materia de derechos fundamentales, los poderes públicos están obligados a acudir, como criterio exegético, a los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España. El Tribunal Constitucional, en su sentencia 31/2018, de 10 de abril, en el fundamento jurídico (en adelante, FJ) 4, destaca la importancia de este criterio hermenéutico en materia de derechos fundamentales —remisión constitucional a instrumentos de Derecho internacional— porque “esa decisión del constituyente expresa el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado. En suma, es obligado interpretar el contenido de los derechos fundamentales de conformidad con lo dispuesto en los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España”.

La tesis del sujeto responsable de los catedráticos Bustos y Hormazábal, en lo que afecta al objeto de este escrito, clarifica con precisión

la consideración de la persona-justiciable como aporofóbico. Al sujeto hay que contemplarlo no de forma aislada, sino como una persona que vive 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 desigualdad⁵. Hormazábal, en esta dirección, enfatizaba que “es el Estado el que está al servicio de la persona y de ningún modo ésta al servicio del Estado” (2005: 507), o en palabras de los dos profesores: “no es la persona la que está al servicio del sistema, sino al revés el sistema al servicio de la persona para satisfacer sus necesidades (Bustos & Hormazábal 2006: 444).

Esta consideración lleva a ambos juristas a prescindir de la teoría normativa de la culpabilidad porque parte, inicialmente, de un hombre no social, ideal o abstracto, al que se le atribuye libertad absoluta de determinación, para posteriormente, sin mayor explicación, integrarlo en la sociedad y atribuirle un hecho. La persona ideal no existe porque está condicionada por la sociedad. Vive en una sociedad plagada de desigualdades que deben ser corregidas por el Estado para evitar la injusticia, especialmente en lo relativo a la redistribución de bienes. La igualdad pasa a ser un pilar en el que se sustenta la teoría del sujeto responsable (Hormazábal 2005: 508).

El análisis culpabilístico, en un Estado social y democrático de derecho, se formulará, en consecuencia, desde la realidad en la que vivimos y nos desarrollamos, y en la que ha vivido el justiciable hasta la comisión del injusto. Carnelutti denunciaba en “sus” *miserias del proceso penal* que no se puede considerar al hombre, como sucede nueve de cada diez veces en el proceso penal, como una cosa porque sería una *incivilidad* (1957: 15). Este célebre profesor y abogado, conocedor de la teoría y de la práctica del Derecho, propugnaba que,

⁵ En tiempos actuales, en una encuesta contemporánea a la última revisión de este manuscrito, el periódico *El País* de 11 de junio de 2021 publicaba que el 80% de los jóvenes se siente desasistido por el Estado.

Para la profesora Cortina, el hecho de instalar una “relación de asimetría, de desigualdad radical entre nosotros y ellos atenta contra los principios más básicos de un *ethos* democrático”, por lo que este “discurso asimétrico expresa una ausencia de reconocimiento, siendo así que el reconocimiento mutuo es la clave de una vida social justa” (2017: 57).

en todo proceso penal, había que reconstruir la historia completa del reo. El hecho —el injusto, en nuestro caso— es la primera etapa, pero se debe conocer la vida del imputado⁶ (Carnelutti, 1957: 81-88), porque “lo que el hombre ha querido no se puede conocer sino a través de lo que hombre es; y lo que el hombre es se conoce solamente [a través] de toda su historia” (Carnelutti, 1957: 82).

La categoría de culpabilidad irrumpe en la reflexión judicial después de fijados los hechos y calificados los mismos como constitutivos de delito (injusto). A partir de aquí, el análisis judicial penetra en el terreno de la culpabilidad. Es el juzgador el que en su meditación interna concluirá si el injusto cometido por una persona se le puede atribuir a la misma. Este juicio de atribución obliga al juez penal a comprobar —salvando la minoría de edad penal— la existencia de causas de inimputabilidad, o de error de prohibición o de la presencia de alguna causa de exculpación penal. Es decir, si el justiciable tenía o no capacidad de culpabilidad, si conocía que el injusto cometido era una conducta normativamente prohibida, o si se le puede exigir un comportamiento diferente al realizado.

La realidad práctica demuestra que, allende de la culpabilidad, el juzgador prescinde de valorar y conceder relevancia a las circunstancias y a los condicionantes personales específicas del sujeto que está juzgando. El silogismo judicial, por lo general, le lleva a sellar que, como no concurren en la persona del justiciable ninguno de los elementos que afectan a la culpabilidad, presume su existencia. Por ejemplo, como el sujeto no obró en estado de necesidad exculpante, ni padece ninguna enfermedad psíquica que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión, ni desconocía que la conducta realizada era antijurídica, para el juez es plenamente

⁶ El jurista italiano, con indudable acierto, se lamentaba de que el juez “no tiene la paciencia” de reconstruir la historia del “imputado”, y “si la tuviese no dispondría del tiempo necesario, para escuchar la historia del imputado ni siquiera en sus aspectos más importantes” (Carnelutti, 1957: 84). Terradillos, acogiendo las acertadas palabras del jurista Perfecto Andrés Ibáñez, critica que “el sistema judicial queda en manos de jueces demediados, ajenos a los desafíos de una realidad injusta, conflictiva y cambiante, y dotados para el manejo rutinario, formal y acrítico de las categorías jurídicas” (2020: 355).

“culpable” porque supone el libre albedrío de esa persona humana que finalmente va a condenar y le va imponer una pena.

Sin embargo, la cavilación judicial, 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 no puede prescindir de valorar todos los elementos concurrentes en ese ser humano. 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 al *pobre*, *excluido* o *marginado* con la consecuente vulneración del principio de igualdad. Se le estaría ofreciendo el mismo trato judicial que al de una persona que le han procurado —y que ha paladeado— bienes suficientes a lo largo de su vida.

En el fondo, lo que subyace es, por un lado, si el Estado, el poder judicial, está legitimado para exigir a ese sujeto concreto una responsabilidad penal por ese injusto que ha cometido. Y, por otro lado, si la tutela judicial en la aplicación de la ley al tratar igual al *pobre*, *excluido* o *marginado* que al resto de justiciables es o no una discriminación.

Esta situación obliga al juez o tribunal a comprobar si ese sujeto específico es “responsable”, es decir, si corresponde exigirle un comportamiento conforme a la norma. Para ello, el órgano sentenciador deberá analizar todas las circunstancias del acusado, especialmente el acceso o no a los bienes que condicionen su desarrollo como persona. La *Gadium et Spes* aclamó que “[e]l orden social, pues, y su progresivo desarrollo deben en todo momento subordinarse al bien de la persona, ya que el orden real debe someterse al orden personal, y no al contrario” (Concilio Ecuménico Vaticano II [*Gadium et Spes*]: para. 26).

La CE proclama que la “dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social” (artículo 10). La igualdad del individuo que debe garantizar el Estado por el mandato constitucional del referido artículo 9.2 CE es la base de la dignidad humana y del desarrollo de la personalidad de todo ser humano.

La idea de la dignidad humana, como concepto necesario en la valoración de la categoría de la culpabilidad —y que según el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como principio superior del ordenamiento jurídico, pesará en la interpretación de la norma del juzgador— adolece de una definición precisa. Este sustantivo se utiliza con frecuencia en diferentes contextos y disciplinas, especialmente en el mundo del Derecho. Su estudio pertenece principalmente a la Filosofía y, en nuestro caso, a la Filosofía del Derecho. Y ha sido el Derecho internacional y el Derecho interno de los Estados los encargados de regular los cauces sustantivos y procesales para tratar de alcanzar el respeto y desarrollo de la dignidad de los seres humanos. Para Gomá la dignidad es “aquello inexpropiable que hace al individuo resistente a todo, incluso al interés general y al bien común: el principio con el que nos oponemos a la razón de Estado, protegemos a las minorías frente a la tiranía de la mayoría y negamos al utilitarismo su ley de la felicidad del mayor número” (2016).

Este filósofo cimienta su concepto en la *dignidad democrática* “que se recibe por su nacimiento y otorga a su titular derechos sin mérito moral alguno por su parte, válidos incluso aunque desmienta esa dignidad de origen con una odiosa indignidad de vida”. Por ello, “[e]s irrenunciable, imprescriptible, inviolable, aquello que siendo inmerecido merece un respeto y coloca en cierto modo al resto de la humanidad en situación de deudora. Es única, universal, anónima y abstracta, por lo que prescinde de las determinaciones (cuna, sexo, patria, religión, cultura o raza) en las que se fundaban el surtido variado de las antiguas dignidades. Es, en fin, una dignidad cosmopolita, la misma por igual para todos los hombres y mujeres del planeta” (Gomá, 2016)⁷. A los acertados atributos que anuda este autor a la dignidad, añadido el de su intangibilidad.

Desde que la Carta de San Francisco⁸ declarara en su preámbulo el compromiso de los pueblos de las Naciones Unidas a “reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana”, los principales instrumentos internacionales

⁷ Gomá refrenda la verdad de que “nadie es más que nadie” con la expresiva cita de Antonio Machado, en Juan de Mairena: “por mucho que un hombre valga, nunca tendrá valor más alto que el de ser hombre” (2016).

⁸ Firmada el 26 de junio de 1945.

universales y regionales de derechos humanos han reconocido la dignidad humana como un principio del Derecho⁹.

De acuerdo con la teoría del sujeto responsable, el juzgador, como he esbozado, evaluará todas las circunstancias concretas y especialmente el acceso o inacceso a los bienes sociales de la persona humana que va ser enjuiciada. El citado Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales declara que estos derechos “se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana” y que “el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria” se garantiza con “condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos” (preámbulo). Y el artículo 3 obliga a todas las partes a “asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales” del Pacto¹⁰.

La *Gadium et spes* —que relaciona la dignidad de la persona, de su superioridad sobre las cosas y de sus derechos y deberes universales e inviolables— enfatiza la necesidad de que “se facilite al hombre todo lo que éste necesita para vivir una vida verdaderamente humana, como son el alimento, el vestido, la vivienda, el derecho a la libre elección de estado y a fundar una familia, a la educación, al trabajo, a la buena fama, al respeto, a una adecuada información, a obrar de acuerdo con la norma recta de su conciencia, a la protección de la vida privada y a la justa libertad también en materia religiosa” (1965: para. 26).

⁹ Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948 (preámbulo y artículo 1); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966 (preámbulo); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de la misma fecha (preámbulo); Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 (preámbulo); Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (preámbulo y artículo 1); Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José, de 22 de noviembre de 1969 (artículos 5, 6 y 11); y Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos (preámbulo y artículo 5). También reconoce la dignidad implícitamente, en el marco del Consejo de Europa, la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961.

¹⁰ Sobre la tutela penal de los derechos económicos, sociales y culturales *vid.* Terradillos (2020: 93-162).

Si el *pobre, excluido o marginado* no ha recibido los mismos bienes que otros, no existe, en consecuencia, una igualdad real respecto de otros seres humanos. Así, la teoría normativa de la culpabilidad fracasa porque para ésta —a diferencia, de la del sujeto responsable— toda persona que vulnere la norma será responsable. La capacidad de culpabilidad debe alejarse de una concepción como categoría general (Hormazábal 2006: 509). El Estado sí está legitimado para exigir responsabilidad, pero no de un modo general, sino descendiendo al caso *concreto*, en función de las *concretas* circunstancias —como las culturales, sociales y económicas— y de los condicionantes de la persona social que vive y se desarrolla en sociedad¹¹, comprobando qué bienes ha recibido y si la distribución global le ha ocasionado desigualdad.

No se puede exigir lo mismo a una persona que atesora y ha recibido una cantidad importante de bienes sociales que a quien carece de ellos y tiene dificultades para satisfacer sus necesidades mínimas (Hormazábal 2006: 509).

Para Bustos y Hormazábal (2006) la culpabilidad, o teoría del sujeto responsable, no es propiamente un elemento del delito. Como he apuntado, al haberse fijado ya la tipicidad y la antijuridicidad, el análisis del hecho está agotado. Ya se ha establecido la imputación objetiva y subjetiva del hecho al autor. Ahora es preciso establecer si se le puede exigir al sujeto concreto responsable del injusto un comportamiento conforme a la norma y eso es materia de otra teoría, la del sujeto responsable.

Las teorías clásicas fundamentan esa exigencia del Estado de responsabilidad en el individuo. Bustos y Hormazábal invierten el problema, es el Estado el que tiene que legitimarse para exigir ese comportamiento conforme a la norma y se legitima como Estado social y democrático de derecho si demuestra que le ha dado todas las oportunidades con la satisfacción no sólo de sus derechos civiles y políticos sino también de los económicos, sociales y culturales. Por eso, para los dos autores, la llamada culpabilidad es exigibilidad, es decir, capa-

¹¹ Hormazábal (2005: 508) crítica la teoría normativa de la culpabilidad precisamente porque ésta se asienta en una situación irreal: en la consideración de un hombre no social al que le atribuye libertad de determinación, para después integrarlo en la sociedad.

cidad del Estado para exigir al individuo concreto un comportamiento conforme a la norma.

La imposición de la pena, su necesidad, y su quantum, dependerá, de la relación entre la persona y el Estado. La responsabilidad se exigirá desde esta doble perspectiva, por un lado, desde la consideración del justiciable como sujeto social, de su situación concreta en la sociedad, y de la igualdad o desigualdad que le ha procurado el Estado en sus necesidades. Una grave consecuencia de la desigualdad social es la pobreza¹².

Esta percepción social del ser humano al que se le atribuye la comisión de un injusto, la acoge, por ejemplo, en el derecho comparado, el Código Penal italiano, que impone a los jueces en la determinación de la pena valorar, entre otros factores, “las condiciones de vida *individual, familiar y social* del reo” (artículo 133, párrafo segundo, 4, cursiva añadida).

En el terreno práctico, la consideración de la categoría de la culpabilidad, desde la dimensión de la teoría del sujeto responsable en los términos expuestos, una vez determinada la concreta responsabilidad del ser humano social objeto de enjuiciamiento, debería proyectarse en la pena.

La pena no solo debe ser reflejo de la consecuencia de la mayor o menor gravedad del injusto cometido. También el quantum justo de la misma se determinará según el grado de culpabilidad o responsabilidad, de acuerdo con el objetivo retributivo de la pena y la prevención especial, que se valora según las circunstancias personales del sujeto infractor. La desigualdad social del *pobre, excluido o marginado* está provocada por la carencia de bienes que no ha recibido. Como autor del 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.

En consecuencia, ante el déficit del Estado en el comportamiento con el sujeto inmerso en la aporofobia, la conmoción de la sociedad por el delito cometido disminuirá por la carencia de bienes que no le

¹² Vid. sobre pobreza y desigualdad, política criminal de inclusión y pautas político-criminales de inclusión, Terradillos (2020: 47 ss.).

ofrecieron. Roxin sostuvo que la pena nunca puede ser superior a la culpabilidad del autor porque la sensación de la justicia “exige que nadie pueda ser castigado más duramente que se merece; y *merecida* es sólo una pena acorde con la culpabilidad” (1997:100)¹³. Esta desigualdad es una desigualdad en la intervención punitiva del Derecho Penal.

Todo lo expuesto me lleva a proponer, en primer lugar, de *lega lata*, la aplicación al *pobre, excluido o marginado*, con amparo normativo en el artículo 21.7 del Código Penal, de una atenuante analógica, ya que precisamente la carencia de bienes no recibidos del Estado disminuye su responsabilidad y exigibilidad. Y, de *lege ferenda*, debería introducirse en el Código Penal una atenuante específica que abarcara en su enunciado la situación aporofóbica, que reflejase la carencia de derechos económicos-sociales no recibidos, y su consecuencia en el sujeto responsable.

En segundo lugar, la solución, en todo caso, una vez asumido el marco penal abstracto de la pena, hay que trasladarla 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, podemos extraer, 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 hecho¹⁴. Este segundo requisito servirá, por ejemplo, para la distinción entre la comisión de delitos patrimoniales y de delitos violentos¹⁵.

¹³ Para el profesor alemán los fines de la pena se concretan en la prevención especial y en la general, que queda limitada en su “magnitud por la medida de la culpabilidad, pero se puede quedar por debajo de este límite en tanto lo hagan necesario exigencias preventivospeciales y a ello no se opongan las exigencias mínimas preventivogenerales” (1997: 103).

¹⁴ El Código Penal en su dicción literal yerra porque parece limitar estos dos criterios a los supuestos en los que no concorra ninguna circunstancia ni agravante ni atenuante.

¹⁵ La pena pecuniaria también produce un desequilibrio y desigualdad procesal material entre el pobre y el no pobre, con consecuencias negativas para el *pobre, excluido o marginado*. Por ejemplo, si no satisface la pena de multa quedará

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.

Y, en tercer lugar, los tribunales también pueden acudir a la vía del indulto (artículo 4.3 Código Penal). La denominada ley del indulto¹⁶ 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*, en los términos expuestos, justifica la concesión de esta medida de gracia, de forma parcial¹⁷.

2. Proceso penal y Derecho Penal de la aporofobia

2.1. Desigualdad procesal

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. En ese momento se enervará el principio presuntivo. El artículo 24 CE proclama este derecho fundamental de todas las personas que son sometidas a un proceso penal ante los tribunales penales de justicia. Principio que permanece vigente y latente a lo largo del todo el procedimiento penal y en todas sus fases (investigación, intermedia y juicio oral).

El TC ha repetido hasta la saciedad que la presunción de inocencia opera como regla de tratamiento y como regla de juicio. Así, en su trascendente STC 128/1995, de 26 de julio, concerniente al fundamental derecho a la libertad personal, señaló que “opera en el seno del

sujeto a la responsabilidad penal subsidiaria de privación de libertad (artículo 53 Código Penal), salvo a excepción del apartado 3 de este mismo artículo. La misma desigualdad aflora si no satisface la responsabilidad civil, con las consecuencias negativas tanto en la ejecución de la pena (por ejemplo, artículo 80 Código Penal), como, en su caso, en el cumplimiento de la misma.

¹⁶ Ley de 18 de junio de 1870 *estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto*.

¹⁷ Sobre este instituto de extinción de la responsabilidad criminal v. *in extenso* la excelente monografía del profesor Pedreira González (2020).

proceso como una regla de juicio; pero constituye a la vez una regla de tratamiento, en virtud de la cual el imputado tiene el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no participe en hechos de carácter delictivo” (FJ. 3º).

Esta doble perspectiva, compromete al poder judicial a garantizar a todo justiciable —otra cosa es que se produzca en la práctica— que se le *trate* o considere hasta la firmeza de la sentencia condenatoria como inocente; y que en el *juicio*, el órgano judicial parta de la premisa fundamental, y no al contrario, de que el enjuiciado es inocente salvo que la acusación no acredite con prueba suficiente y obtenida lícitamente que el enjuiciado es autor o partícipe del injusto.

El derecho fundamental a la presunción de inocencia, también garantizado en instrumentos internacionales de derechos humanos¹⁸, se conecta, en el caso de la aporofobia, con el derecho a 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 tanto con la acusación pública, como con la particular, si ésta última también está personada en el procedimiento. El principio de igualdad material procesal se convierte en una ficción. Es un mero reconocimiento formal. Por mucho que se garantice la igualdad de armas y condiciones entre acusación y defensa, el investigado o acusado, llega al procedimiento en desigualdad de condiciones por las

¹⁸ Artículo 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre; artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 6.2 Convenio Europeo de Derechos Humanos; artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y artículo 7 b) de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos.

carencias aporofóbicas. Esta igualdad de armas en la contienda procesal es teórica. El órgano judicial la respetará y la procurará, y existirá formalmente, pero de *facto* es irreal porque el contenido material de la defensa del aporofóbico está mermado si hay imposibilidad de procurarse elementos de defensa efectiva. Este desequilibrio degrada el derecho a un juicio justo o equitativo de la persona aporofóbica. No existirá igualdad de armas porque, aun pudiendo y debiendo combatir en esa igualdad, el *pobre*, el *marginado* o el *excluido* no podrán acceder a las mismas. Desequilibrio que, incluso, se manifestará respecto de otros coencausados no pobres.

Este desequilibrio procesal alcanza su mayor expresión en la posición y condición del resto de actores procesales. En la fase de instrucción, puramente inquisitiva: tanto el juez investigador, como el fiscal, se sitúan en una doble posición de supremacía procesal. Por un lado, la propia que les otorga el sistema normativo y que afecta a todos los justiciables: ambos ostentan en la investigación judicial en una posición de superioridad sobre el investigado. Y, por otro lado, como los medios de los que dispone el pobre son mínimos o inexistentes, las fuerzas se desequilibran, frente al poder estatal y privado. Se enfrenta al Estado, representado por el fiscal y el juez con todos los medios estatales a disposición del poder; y combate, en su caso, contra una acusación particular probablemente más poderosa en medios.

El *pobre*, el *marginado*, el *excluido*, será propenso, por ejemplo, a la comisión de delitos contra el patrimonio¹⁹. La víctima, constituida en acusación particular, dispondrá de medios muy superiores a los del investigado o acusado, que le permitirán, ante ese desequilibrio, una ventaja material procesal. Cuánto más poderosa sea la víctima, mayor desequilibrio coexistirá. El acusado pobre, siguiendo con el mismo ejemplo, apenas podrá, por mucho que quiera y desee, reparar o disminuir el daño causado a la víctima; lo que —a diferencia de lo que sucedería con el no pobre— le impedirá ser acreedor de la atenuante reparatoria del artículo 21.5 del Código Penal. Tampoco parece que en los delitos patrimoniales —si el importe del perjuicio causado es—

¹⁹ *Vid.*, en concreto, sobre la criminalización del top manta a Benito Sánchez (2021). También sobre exclusión social y criminalidad, a través de los delitos patrimoniales, *vid.* García Domínguez (2021).

tuviera próximo por su cuantía a considerarse como delito leve, y existiese controversia al respecto— que el pobre pudiera valerse de una pericial privada para tratar de desvirtuar el dictamen del perito judicial.

Lo mismo sucede en la fase de enjuiciamiento, donde la base es la contradicción. Aunque, por definición, existe igualdad de armas, el desequilibrio entre acusación y defensa aporofóbica es una realidad.

En la actividad probatoria, el pobre también puede sufrir desigualdad material. Por ejemplo, testigos que también sean pobres, excluidos o marginados, pueden ofrecer un comportamiento equívoco ante la autoridad judicial, por temor a la propia autoridad judicial y al fiscal, por la escasa o nula práctica en participar en actos formales, por la deficiente forma de relacionarse en sociedad, etc. El juez, en ese caso, debe valorar esa prueba, extremando la percepción de la intermediación, asumiendo todas las circunstancias y condicionantes del testigo.

El aporofóbico, por pobre, indigente o excluido que sea, y por inteligente que sea, siempre necesitará un asesoramiento adecuado para que su defensa sea efectiva. La calidad del derecho de defensa técnica dependerá, además, de otro factor externo y ajeno al sujeto infractor: la cualificación del profesional de la abogacía que formalmente desempeñe su defensa en el procedimiento. Es descartable que, por su condición aporofóbica, pueda designar a un abogado particular, de su confianza, salvo que éste actúe pro bono. Se verá abocado a la justicia gratuita, donde el factor aleatorio juega un papel fundamental, para garantizar la calidad de la defensa, a pesar de que la defensa formal en el procedimiento penal es un derecho irrenunciable, que garantiza, o debería hacerlo, el Estado²⁰.

La calidad de la defensa técnica se convierte para el *pobre, excluido o marginado* en un incierto factor, en un doble aspecto. Por un lado, en el estrictamente jurisdiccional, por la necesidad de adoptar la estrategia defensiva adecuada, y de realizar los actos procesales pertinentes de acuerdo con aquélla, especialmente en la solicitud y participación en diligencias probatorias. Y, por otro lado, en loaju-

²⁰ Vid. artículos 118, 520, 767 y 796.1 LECrim.

risdiccional. El pobre, al igual que todo encausado, necesita el contacto profesional con su abogado defensor, que estará a disposición profesional de aquél. Ambos prepararán y decidirán la estrategia y todos los actos procesales, como declaraciones, comparencias, o el juicio²¹, y con la antelación suficiente²². Y si el encausado se encuentra en situación de prisión provisional esta comunicación abogado-cliente tiene, o debería tener, lugar en el centro penitenciario²³.

La persona privada de libertad pobre, excluida o marginada, por lo general, tendrá mayor dificultad para contactar con sus allegados o familiares, si es que mantiene relación con los mismos. Esta situación —y más allá de la inexistencia de ese imprescindible apoyo a efectos de evitar las consecuencias negativas de la prisionización— repercutirá negativamente en la plenitud y efectividad del derecho de defensa. El puente de comunicación entre el letrado y el encausado también es la familia o las personas cercanas del interno pobre, excluido o marginado.

No obstante, es obligado reconocer la extraordinaria cualificación y prestación de servicios por parte de abogados del turno de oficio. Y,

²¹ Para la sentencia del Tribunal Supremo 383/2021, de 5 mayo, resulta difícil “validar una sentencia de condena cuyo contenido viene determinado, en una relación probable de causa y efecto, por la inactividad injustificable de la defensa técnica de oficio”. Como ejemplo enumera: “la omisión de toda aportación probatoria, pese a disponerse de medios documentales, para acreditar la enfermedad mental o trastornos adictivos a tóxicos que se invocan como presupuestos de pretensiones de atenuación; omisión de llamar a la causa a testigos relevantes para pretender acreditar un hecho extintivo o modificativo de la responsabilidad; ausencia de todo contacto defensivo previo; desconocimiento de la causa; absoluta pasividad contradictoria en la práctica de la prueba de cargo; inasistencia a las actuaciones relevantes desarrolladas en la fase previa; formular pretensiones incompatibles con los fines de defensa, etc.” (FJ 2.9).

²² Otra queja frecuente es el escaso tiempo dispensado por los abogados en la preparación de los actos procesales, algunos improvisados en la puerta de la sede judicial, especialmente en los juicios rápidos.

²³ La citada STS 383/2021, de 5 de mayo, reprocha que “la ausencia de contacto defensivo durante el periodo en que la persona acusada o investigada se encuentra en prisión provisional, dadas las concretas circunstancias del caso, puede considerarse un incumplimiento grave de deberes profesionales y comprometer, por ello, el derecho a la asistencia letrada eficaz” (FJ 2.10).

a *sensu contrario*, las deficiencias, nada infrecuentes, que se detectan en los servicios jurídicos prestados por letrados de libre designación²⁴.

En el Derecho Procesal Penal hay que garantizar, como derecho fundamental que es, el derecho de defensa, y la calidad de la misma. Este derecho debe ser efectivo en su doble dimensión sustantiva y procesal. La efectividad es garantía de los estándares de equidad y justicia²⁵. Por ello, la efectividad del derecho de defensa es para la Sala Segunda, de lo Penal, del Tribunal Supremo una “cuestión de alta relevancia constitucional” y “una necesidad constitucional de primer orden”, como afirma en su sentencia (STS 383/2021, FJ 2.3).

El Tribunal Supremo, en la repetida STS 383/2021, aborda con precisión el complejo debate sobre la asistencia letrada efectiva. Parte de la premisa²⁶ de que el abogado defensor debe ser “competente”. Su nombramiento, en sí mismo, “no asegura por sí, la efectividad” de la asistencia al investigado o acusado²⁷, por lo que las condiciones del derecho de defensa letrada obligan a “establecer condiciones que garanticen su efectividad” y éstas vinculan “tanto a los poderes públicos como a los propios profesionales a los que se encomienda la asistencia”²⁸.

²⁴ Ni es el momento, ni el lugar, para abordar la complejidad que encierra a la justicia gratuita y al turno de oficio. Quizá un modelo en el que inspirarse es el de las defensorías oficiales y públicas que funcionan con acierto y eficacia en otros países, como la República Argentina.

²⁵ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) *Sakbnovski c. Rusia*, de 2 de noviembre de 2010 (citada por la STS 383/2021).

²⁶ Citando la sentencia *Engle v. Isaac*, 456 US 844 (1977), de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, que recuerda que la sexta enmienda garantiza “el derecho a ser asistido por un defensor competente” (STS 383/2021, FJ. 2.3).

²⁷ El auto de 7 de julio de 2017 del TS, recordaba la jurisprudencia del TEDH — Sentencia *Airey* de 9 de octubre de 1979; caso *Ártico c. Italia*, de 13 de mayo de 1980; y *Kamasinski c. Austria* de 19 diciembre 1989— para declarar que “la mera designación de un letrado no garantiza por sí misma la efectividad de su auxilio” FJ. 3º).

²⁸ Añade esta sentencia del TS que “como remarca el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *el Estado debe mostrar diligencia para asegurar [a las personas que requieran asistencia letrada] el disfrute real y efectivo de los derechos garantizados por el artículo 6 CEDH. Debe existir un marco institucional adecuado para garantizar la representación legal efectiva de las personas con derecho a ello y un nivel suficiente de protección de sus intereses*” —*vid.* SSTEDH, caso

La efectividad del derecho de defensa, para el TS se proyecta sobre las obligaciones profesionales que marca la norma y sobre el “grado de adecuación técnica de la actividad desarrollada a los fines de defensa”. El primer canon no ofrece dificultades pero, por el contrario, la determinación de cuándo una actuación profesional “es ineficaz por técnicamente inadecuada” sí. La “carencia” de “la eficacia defensiva” para que pueda afectar al derecho de defensa “debe ser manifiesta”²⁹ (STS 383/2021, FJ 2.4).

En esta tesitura, el TS recurre, para “evaluar la competencia técnica” y la “incompetencia defensiva” —ante el vacío normativo³⁰— al denominado estándar *Strickland*³¹. Para concretar si la competencia defensiva ha consistido en “una asistencia profesional razonable a la luz de las normas y estándares profesionales vigentes”, hay que: “primero, identificar un estándar objetivo de razonabilidad en la actuación; segundo, partir de una fuerte presunción de que la conducta del abogado se ajusta al estándar objetivo; tercero, determinar si el profesional designado ha desarrollado todas las investigaciones [actuaciones] razonables o las razones por las que algunas investigaciones [actuaciones] resultan innecesarias. De tal modo, las decisiones estratégicas tomadas a consecuencia de una investigación razonable,

Staroszczyk c. Polonia, de 22 de marzo de 2007; caso Bakowska c. Polonia, de 12 de enero de 2010—” (FJ. 2.3).

El auto de 7 de julio de 2017, acogiendo la doctrina del TEDH —*Kamasinski c. Austria*, de 19 de diciembre 1989; y *Mayzit c. Rusia*, de 20 enero 2005— destacaba la obligación, derivada del artículo 6.3 c) del Convenio Europeo de “las autoridades nacionales competentes a intervenir cuando sea evidente la omisión del abogado de oficio, esto es, cuando el asesor legal fracase, de una forma manifiesta o suficientemente elocuente, en su intento de representar de manera eficaz a su defendido” (FJ. 3º).

²⁹ El TS se ampara en la jurisprudencia del TEDH, que exige respeto a la independencia y la autonomía del ejercicio profesional, salvo que, reitero, “la carencia del abogado [de oficio] sea manifiesta” (FJ. 2.4).

³⁰ El TS, con acierto, lamenta que el Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, sobre el Estatuto de la Abogacía, “no precise ningún estándar objetivo de evaluación de la ineficacia defensiva”. Se limita sólo a regular “fórmulas sancionatorias por incumplimiento de deberes, como, por ejemplo, la contenida en el artículo 126 g) por la que se califica de falta leve «No atender con la diligencia debida los asuntos derivados del Turno de Oficio, cuando el incumplimiento no constituya infracción grave o muy grave»” (FJ. 2.7).

³¹ Sentencia *Strickland v. Washington*, 466 US. 688 (1984).

atendidas las opciones situacionalmente posibles, no resultan cuestionables. Mientras que las decisiones estratégicas tomadas después de una investigación no exhaustiva o incompleta deberán calificarse de razonables solo en la medida que los estándares objetivos de actuación justifiquen dicha limitación defensiva; cuarto, medir la deficiencia defensiva en el momento en que se presta la asistencia, debiéndose rechazar el análisis retrospectivo. Un escrutinio ex post excesivamente severo, además de fomentar la proliferación de reclamaciones por asistencia ineficaz, provocaría un efecto indeseable como lo es “que los abogados limitaran la misión primordial de defender enérgicamente la causa del acusado” adoptando estrategias más convencionales y conservadoras. El abogado, por tanto, debe disponer de una “amplia libertad” para tomar “decisiones tácticas razonables” (STS 383/2021, FJ 2.5).

Por otro lado, al sujeto pasivo del procedimiento le corresponde la carga de acreditar que la asistencia profesional ha sido ineficaz, demostrando, según la misma sentencia del TS: “primero, que la actuación del letrado ha sido deficiente por incumplir estándares objetivos de razonabilidad; segundo, que, de no ser por dicha actuación deficiente, existía una «probabilidad razonable» de que el resultado del proceso hubiera sido diferente y beneficioso para sus intereses. No se exige una probabilidad altísimamente prevalente de un curso decisional distinto. Pero sí que la probabilidad sea razonable lo que permite objetivar, en cierta medida, la relevancia del error si este pudo impedir, por ejemplo, que el jurado se formase una duda razonable sobre la culpabilidad de la persona acusada” (FJ 6)³².

³² El estándar *Strickland* se rebaja en lo que se refiere a la acreditación del perjuicio. En concreto cuando se identifica un conflicto de intereses, “hasta el punto de presumirse. Los supuestos de conflicto pueden ser varios: primero, cuando un abogado representa simultáneamente a varias personas con intereses potencialmente adversos; segundo, cuando representó anteriormente a clientes que compartieron información confidencial que siendo relevante para los intereses del cliente actual, no puede hacer uso de ella por la cláusula de confidencialidad derivada de la anterior relación asistencial; tercero, cuando el abogado tiene un interés personal o financiero adverso con relación al cliente —estándar Cuyler—. Otro grupo de casos que atenúan la carga de demostrar por parte de la persona acusada la ineficacia y el hipotético resultado favorable alternativo, se refiere a aquellos en los que el abogado tomó una decisión clave sobre el caso en contra de los deseos expresos del cliente. Entre estas decisiones, destacan la de declararse

La conclusión a la que llega el TS es que “si el desinterés, negligencia, error técnico o impericia de los profesionales designados de oficio para asegurar la defensa adecuada, la vacían de todo contenido material, no puede excluirse el efecto indefensión constitucionalmente proscrito” (STS 383/2021, FJ. 8)³³.

El repetido auto de 7 de julio de 2017 reconoce que se debe respetar la actuación del abogado defensor y no puede inmiscuirse en su trabajo, ni en la calidad de la defensa, “salvo flagrante infracción del derecho de defensa” o “falta absoluta de defensa”. Su consecuencia será la designación por parte del Colegio de Abogados correspondiente de un nuevo letrado (FJ. 5º)³⁴.

culpable, renunciar al derecho a un juicio con jurado, renunciar a formular apelación o la de testificar en su propio juicio —estándar MacCoy— (FJ. 2.6).

³³ Apuntala esta sentencia “que los costes de defensa derivados de errores o de actuaciones ineficaces deberán ser asumidos por la parte” salvo “que no comprometan de forma irreductible y grave el núcleo constitucionalmente protegido del derecho al proceso justo y siempre, además, que las autoridades judiciales en caso de carencias manifiestas hayan permanecido pasivas en su deber de garantizar el derecho a una asistencia letrada eficaz. *Vid.* al respecto, STEDH, caso Feilazoo c. Malta de 11 de marzo de 2021, en la que se declara vulnerados, por ineficacia defensiva, los artículos 6 y 34, ambos, CEDH, porque el tribunal nacional no activó mecanismos correctores pese a que pudo constatar graves incumplimientos del letrado designado, tales como ausencia de todo contacto defensivo, omisión de información a la persona asistida sobre el desarrollo del proceso, pasividad y abandono de la defensa antes de que se designara un nuevo defensor, etc. (FJ. 2.8).

³⁴ Por su elocuencia resalto que esta resolución destaca con contundencia que “sin perjuicio de unas incongruencias sintácticas que dificultan la lógica y la comprensión de algunos de los extremos del recurso, en sus motivos se entremezclan infracciones de diferente naturaleza y alcance, cerrándose sin expresar la trasgresión concreta que se entiende producida. Los alegatos que los desarrollan, son un collage de consideraciones jurídicas mantenidas por esta Sala, pero carentes de ligazón discursiva, y huérfanas en ocasiones de cualquier correspondencia con las objeciones que les sirven base. Tampoco se expresa la eficacia que pueden tener las consideraciones jurídicas que se detallan, respecto de la sentencia que se impugna. Y el recurso, no sólo sostiene en ocasiones una cosa y su contraria”. Y concluye “la voluntad del condenado de que su condena sea revisada judicialmente, se ha saldado con la presentación meramente formal, o aparente, de un recurso; esto es, que la específica actuación profesional desplegada, por desatender el análisis de la realidad fáctica y jurídica plasmada en la sentencia, no posibilita la revisión de la sentencia condenatoria, en los términos que son inherentes al desacuerdo expresado por el acusado” (FJ. 5º).

El interrogante al que conduce esta reflexión es a cómo será la autodefensa y la defensa técnica del *pobre, excluido o marginado* en el procedimiento penal correspondiente. Así, y al hilo de lo expuesto, seguidamente aludiré, sin ánimo exhaustivo, a algunas situaciones en las que esa condición, puede resultar perjudicial en el proceso penal para el sujeto pasivo del mismo.

2.2. Derecho a la traducción e interpretación

El primer momento temporal procesal en el que todo justiciable al que se le atribuye la comisión del delito, y, por tanto, se enfrenta con el proceso penal, es importante.

Tan pronto es llamado por el juez instructor o es objeto de detención policial o judicial: i) se le debe informar con “el grado de detalle suficiente” de los hechos que se le atribuyen, y, en su caso, de sus futuras modificaciones, para que pueda ejercer “el efectivo de derecho de defensa”; ii) antes de prestar declaración podrá examinar las actuaciones con la antelación necesaria para “salvaguardar el derecho de defensa”³⁵; iii) tendrá el derecho a designar libremente abogado; iv) el derecho a solicitar asistencia jurídica gratuita y cómo proceder para obtenerla; v) el derecho a la traducción e interpretación gratuitas; y vi) el derecho en la declaración a guardar silencio y a no prestarla o a contestar solo a las preguntas que desee, y a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (artículo 118 LECrim 1. apartados a) a h))³⁶.

Los artículos 118 y 520 LECrim blindan al justiciable el derecho de defensa, y, entre ellos, el de ser informado y el derecho a la traducción e interpretación³⁷. Difícilmente se puede ejercitar el derecho de

³⁵ La excepción a este derecho lo marca el secreto de las actuaciones (*vid.* artículos 302 y 505 LECrim). Y si el investigado esté sujeto a incomunicación se le podrá privar del derecho de acceder él o su abogado a las actuaciones, salvo a los elementos esenciales para poder impugnar la legalidad de la detención (artículo 527 LECrim).

³⁶ El artículo 520 LECrim regula los derechos de los detenidos y presos de forma similar e incluso coincidente con los previstos en el artículo 118 LECrim.

³⁷ Sobre estos dos últimos derechos *vid.* Ollé Sesé (2016).

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, todas y cada una de sus fases, los incidentes procesales 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. La labor de información no sólo le corresponderá al abogado que le defienda, sino también al órgano judicial competente en su labor tutelar. Para el justiciable la información es un derecho plenamente exigible.

El derecho a la información del investigado, acusado y/o detenido o preso están reconocidos en los artículos 118, 520 y 775 LECrim³⁸, en conexión con el artículo 24 y 17 CE, y bajo el paraguas normativo regional europeo de los artículos 5 y 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. A toda persona a la que se le atribuya un hecho punible, o que esté detenida o presa, se le garantiza el derecho de defensa efectivo. Su efectividad dependerá del conocimiento del contenido del derecho de defensa por parte del justiciable a lo largo de todas las fases procedimentales. En caso contrario, el derecho de defensa quebrará. El derecho a esa información dota también de contenido al derecho de defensa y al juicio justo o equitativo (artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea), al derecho a la libertad y a la

³⁸ El mismo derecho de información se garantiza, de acuerdo con el artículo 773.2, párrafo segundo LECrim, a la persona sujeta a diligencias de investigación del Ministerio Fiscal. V. artículo 5.2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y Circular de la Fiscalía General del Estado, de 4/20213, de 30 de diciembre, sobre diligencias de investigación.

El derecho a la información en el proceso penal de menores está previsto en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Su excepción es el secreto del expediente, previsto en el artículo 24 de esta ley.

seguridad de las personas (artículo 5 del Convenio Europeo y 6 de la referida Carta)³⁹.

La primera vez que el investigado y/o detenido comparece ante el aparato judicial es de crucial importancia. Una estrategia defensiva deficiente provocada por la defectuosa información y/o comprensión del contenido de esos derechos pueden conducir en el futuro a la condena del investigado y de forma inmediata, dependiendo del caso concreto, a sufrir medidas cautelares personales. En ocasiones, la primera declaración prestada por el investigado se convierte en elemento determinante para la condena futura.

Esta situación, predicable de cualquier justiciable, la puede sufrir con mayor riesgo el *pobre, marginado o excluido* si ostenta un déficit de comprensión, o no se le informa con la suficiente precisión y claridad⁴⁰, o si desconoce nuestro idioma.

La LECrim impone que la información de los derechos referidos en el artículo 118 y 520, se facilite en “un lenguaje comprensible y que resulte accesible” adaptando el mismo a la “edad del destinatario, su grado de madurez, discapacidad y cualquier otra circunstancia personal de la que pueda derivar una modificación de la capacidad para entender el alcance de la información facilitada” (artículo 118. 1, último inciso, y 520. 2ºbis LECrim). De este modo, normativamente se impone en plus de explicitación para jueces, fiscales y funcionarios que intervienen en un procedimiento penal respecto del justiciable que, por sus circunstancias, lo precisa. Razonamiento directamente aplicable a las situaciones de aporofobia que así lo requieran.

Por ello, la tutela judicial, debe ser reforzada, dependiendo de las circunstancias personales del *pobre, del excluido* o del *marginado*. La aludida Directiva 2012/13 requería a los Estados de la Unión Europea que facilitaran o fomentaran la formación adecuada a los funcionarios que correspondiera para el cumplimiento de los objetivos

³⁹ Considerando 5, 6 y 18, de la Directiva 2012/13UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales.

⁴⁰ Vid. Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la citada Directiva 2012/13/UE.

previstos en la norma europea sobre el derecho a la información en los procesos penales.

En relación con el derecho a traducción e interpretación también aparece, como he adelantado, regulado en la LECrim (artículo 118. 1. f))⁴¹. Deriva de su reconocimiento en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Este derecho se conforma como una garantía del derecho defensa y del proceso equitativo⁴².

El derecho a la traducción e interpretación se regula en los artículos 123 a 127 LECrim. En síntesis, el sujeto pasivo del proceso penal, que no entienda el castellano o el idioma en el que se desarrolle la actuación, dispone, en primer lugar, del derecho a ser asistido por un intérprete a lo largo de todo el procedimiento, en aquellas actuaciones en las que sea necesaria su presencia, como el interrogatorio policial o el formulado por el Ministerio Fiscal, y en todas las vistas judiciales. Igualmente, podrá servirse de intérprete en cualquier conversación que mantenga con su abogado para preparar interrogatorios, la vista judicial o para discutir el contenido de recursos a presentar o de solicitudes procesales. Dicho de otro modo, la relación abogado-cliente debe ser fluida y éste necesitará, por ejemplo, explicar a su defensa técnica su versión de los hechos, plantear la estrategia, fijar elementos fácticos, preparar interrogatorios propios y de terceros, comparencias y el juicio.

Este derecho se extiende, en segundo lugar, a que se facilite la traducción escrita de los documentos esenciales para garantizar el derecho de defensa⁴³, o al menos los pasajes relevantes de los documentos.

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 defi-

⁴¹ *Vid. supra*, nota anterior.

⁴² *Vid.* considerandos 22 y 5 de la Directiva 2010/64. En este último se especifica expresamente que la Directiva respeta los dos derechos —el derecho al juicio equitativo consagrado en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y en el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; y el derecho de defensa en el artículo 48 de la Carta— por lo que, en consecuencia, deben aplicarse.

⁴³ Siempre se traducirá el auto de prisión del investigado, el escrito de acusación o de conclusiones provisionales y la sentencia (artículo 123. 1. d).

ciente⁴⁴. Los matices, por mínimos que sean, en el Derecho Penal son relevantes y una defectuosa interpretación conlleva a consecuencias dañinas para el investigado o acusado, como las apuntadas. Si el intérprete y los servicios de traducción impuestos por el juzgado padecen de esa deficiencia, el sujeto aporofóbico, ante la falta de medios económicos, estará impedido de verificar la calidad de la traducción y/o interpretación. Por ejemplo, no podrá contratar a ningún profesional que le preste servicios para contrastar la traducción o interpretación oficial, ni podrá presentar informes periciales sobre la calidad de la traducción.

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. Se les debe garantizar plenamente el derecho de información, interpretación y traducción, por los motivos indicados. El de información para que comprendan el alcance de las peculiaridades sustantivas y procesales del procedimiento extradicional pasivo y el de la orden europea de detención y entrega. Y del de traducción e interpretación para que el derecho de información y de acceso al expediente y a su abogado defensor procure una defensa efectiva.

En el referido ámbito de cooperación jurídico penal internacional, el derecho de traducción e interpretación adquiere especial importancia cuando el reclamado desconoce el castellano, o aun conociéndolo, ignora el idioma del Estado requirente de la cooperación.

2.3. *La conformidad*

La conformidad entre la acusación y la defensa está prevista en la LECrim. Es una manifestación del contenido del principio de oportunidad. En el ámbito del sumario ordinario se regula en el artículo 655 LECrim⁴⁵, en el procedimiento abreviado en el artículo 787 y

⁴⁴ Es frecuente observar en actuaciones policiales y judiciales penales quejas sobre la deficiencia.

⁴⁵ En el procedimiento de sumario ordinario es difícil que pueda producirse una conformidad *formal*. Se aplica al enjuiciamiento de delitos castigados con penas privativas de libertad superiores a nueve años (artículo 757 LECrim). Sin embargo, el citado artículo 655 LECrim exige que la pena interesada por las acusa-

779 LECrim, y en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos en el artículo 801.

La conformidad, estrictamente, es una declaración unilateral de la defensa que pone fin al proceso penal por razones utilitarias o de economía procesal⁴⁶. Es *personalísima, voluntaria, formal y vinculante*⁴⁷. El acusado se obliga a aceptar la pena más elevada solicitada por parte de las acusaciones. El órgano judicial sentenciador dicta sentencia condenatoria, de acuerdo con los términos que se ha fijado la conformidad. Sentencia que, salvo circunstancias excepcionales, se convierte en cosa juzgada. Sólo es recurrible si la sentencia no ha respetado los requisitos o términos de la conformidad. Nunca se podrá impugnar por razones de fondo (artículo 787. 7 LECrim)⁴⁸.

El acusado puede prestar la conformidad en diferentes momentos del proceso penal y dependiendo del procedimiento concreto: i) en el escrito de defensa (artículos 655 y 783.4 LECrim); ii) en el acto del juicio oral (artículo 688 y 793 LECrim); o a lo largo de la fase de instrucción mediante el reconocimiento de la realidad de los hechos objeto de investigación (artículo 779.1.5^a LECrim); y en juicios rápidos, donde se diseña normativamente un régimen particular premiado, en el que se impondrá la pena solicitada por la acusación, pero reducida en un tercio (artículo 801 LECrim).

Como paso previo a la conformidad, se sucede en el *iter* de la misma, hasta su aceptación, la *negociación* entre las acusaciones —principalmente el Ministerio Fiscal— y el abogado de la defensa. Ésta opta, al menos en la teoría, una vez valoradas todas las circunstancias, por el acuerdo. Ante la alta posibilidad de condena, el acusado busca, dentro de los parámetros legales, y con sujeción al principio de legalidad penal y procesal, la imposición de la menor pena posible. La conformidad, ante la alta probabilidad de condena en el juicio oral,

ciones no supere la de “carácter correccional”, que, de acuerdo con consolidada jurisprudencia, se corresponde con una pena no superior a seis años. *Vid.* SSTS 767/2013, de 25 de septiembre; y 1505/2016, de 7 de abril. Por tanto, la conformidad se podría alcanzar si la pena concreta interesada por las acusaciones no superarse los seis años.

⁴⁶ *Vid.* STS 752/2014, de 11 de noviembre.

⁴⁷ *Vid.* STS 778/2006, de 12 de julio.

⁴⁸ *Vid.* STS 188/2015, de 9 de abril.

debe tener siempre un efecto beneficioso para el acusado. Efecto que, en cualquier caso, partirá de un mal necesario: la imposición de una pena.

Una vez cerrada la *negociación* con el Ministerio Fiscal y/o resto de las acusaciones, el acusado prestará personalmente —no puede hacerlo en su nombre, ni su abogado, ni su procurador— la conformidad, ante la autoridad judicial. El consentimiento será libre y voluntario, por lo que no podrá estar viciado. El conformado aceptará los hechos, la calificación jurídico penal, el grado de intervención punible, las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, la pena y, en su caso, la responsabilidad civil.

En el contexto del delincuente *pobre, excluido o marginado* la negociación y posterior conformidad devendrá imposible para éste si se le exige como condición indispensable el pago total o parcial de la responsabilidad civil o un compromiso futuro de pago.

El primer responsable de que este consentimiento sea libre y voluntario es el abogado defensor. Éste está obligado a explicar con precisión y detalle a su cliente —que deberá comprender— las bondades o desventajas de la acusación frente a la celebración de la vista oral y las consecuencias de la misma, especialmente de la pena que se le impondrá y de los efectos de la misma. Y, con mayor razón, si la misma implica su cumplimiento en un centro penitenciario. La STS 447/2010, de 14 de mayo, recordó que el abogado defensor es “el más obligado, legal y constitucionalmente, a cerciorarse tanto de la correcta inteligencia por su defendido respecto de los términos de la conformidad como de la libertad de su consentimiento”.

El segundo responsable para validar la declaración unilateral de consentimiento del acusado, consecuencia del acuerdo entre la defensa y la acusación, es el juez o tribunal sentenciador que no pueden permanecer en una postura pasiva. Su papel es de control de la conformidad, de verificación de la correcta adhesión del enjuiciado a la tesis de la acusación. Por ello, “informará[n] al acusado de las consecuencias” de la conformidad que está prestando, de tal forma que “si alberga dudas sobre si el acusado ha prestado libremente su conformidad acordará la continuación del juicio” (artículo 787. 4 LECrim).

Y el tercer control de la conformidad es compartido entre el defensor técnico y el juez o tribunal, de tal forma que si, a pesar de la

prestación de la conformidad por el acusado, el abogado defensor estima necesaria la continuación del juicio, el juez o tribunal lo acordarán siempre que la petición del letrado sea fundada (artículo 787.4 LECrim).

Aunque la ley silencie el control de la conformidad por parte del Ministerio Fiscal, nada impide que éste pueda y esté obligado a ello, por el mandato constitucional de promover la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público (artículo 124 CE). La praxis demuestra que, en las *negociaciones* previas a la conformidad, el acusado no interviene en las mismas y es su abogado quien le representa. No obstante, si fuera el caso, el fiscal podría, e incluso debería, ejercitar el control directamente con el propio interesado. Una vez finalizada la negociación y acordados los términos que se trasladarán a las conclusiones, el fiscal podría controlar directamente, mediante la correspondiente audiencia en sede fiscal, que el acusado conoce los términos, sus consecuencias y que el consentimiento que prestara judicialmente es libre.

Igualmente, al fiscal le incumbe cerciorarse de la asunción de la conformidad por el acusado en el momento procesal de la prestación del consentimiento y adhesión a las conclusiones acusatorias. El acusador público, y garante de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos, puede y debe, a efectos de este control, formular las preguntas que estime pertinentes al acusado.

Estas premisas aplicables para todo acusado, deben ser observadas con mayor rigor en personas inmersas en la aporofobia. La conformidad no es comodidad para el abogado. El acusado aporofóbico debe comprender y entender los términos y las consecuencias de la conformidad. La labor del abogado es asesorarle, como presupuesto previo, y procurarle a su cliente de la forma más comprensible posible toda la información, esto es, qué es una conformidad y todos sus presupuestos y consecuencias. Letrado y cliente deberán valorar y discutir conjuntamente sus ventajas y desventajas. Y el abogado aceptará la decisión final del acusado. El letrado defensor, sin embargo, podrá oponerse fundadamente a la conformidad si detecta que el acusado no la consiente válidamente, desconoce su trascendencia y consecuencias y/o la pena solicitada es incorrecta.

Si no se cumplen estos presupuestos, el acusado *pobre, excluido o marginado*, estará en una posición procesal desigual con consecuencias fatales⁴⁹. Piénsese, por ejemplo, en el letrado que por razones de *comodidad* convence al cliente para que acepte la conformidad. Piénsese también en conformidades difusas en las que la *comodidad es generalizada* para todos los actores: juez o tribunal, fiscal y abogado defensor. En estas situaciones, el acusado *pobre, excluido o marginado*, ante las dudas que le suscita el acuerdo o la desconfianza con su abogado, no podrá solicitar una segunda y necesaria opinión jurídica, por su carencia de medios. En estos supuestos, tal vez, el *pobre, excluido o marginado* se conforme irremediamente con penas, que otra persona acusada con mayores medios jamás aceptaría.

2.4. La prueba en los juicios rápidos y juicio sobre delitos leves

El *pobre, excluido o marginado* puede sufrir igualmente una desigualdad procesal en el marco de los procedimientos de juicio rápido (artículos 795 a 803 LECrim) y de juicio por delitos leves (artículos 962 a 977 LECrim).

En apretada síntesis, el primero se caracteriza por la concentración y la celeridad. Se instruye (práctica de diligencias, incluida la declaración del investigado) en el juzgado de instrucción de guardia (artículo 797 LECrim). Si se acuerda la continuación por los trámites de este procedimiento rápido (artículo 798 LECrim) y si se abre juicio oral se practica seguidamente la totalidad o la práctica totalidad de la fase intermedia ante el propio juzgado de guardia (artículo 800 LECrim). El plazo máximo para esta tramitación concentrada es lo que dura el servicio de guardia del Juzgado de Instrucción (artículo 799 LECrim). Esta celeridad se observa también en la citada conformidad premiada ante el mismo juzgado instructor de guardia (artículo 801 LECrim)

⁴⁹ La STS 383/202 recuerda que el estándar *Strickland* también se ha aplicado a supuestos de asesoramiento erróneo en la fase *pre-trial* de negociación con el Fiscal sobre pactos “preiales” de asunción de responsabilidad, tanto si el acusado rechaza un acuerdo, como si el abogado no informa con precisión de las consecuencias colaterales de la asunción de culpabilidad, como “la pérdida de la capacidad de votar, la inhabilitación para obtener una licencia profesional, la pérdida de beneficios públicos o la revocación de los permisos de residencia legal en los EEUU [vid. caso Padilla v. Kentucky 599 US 356 (2009)]” (FJ. 2.6).

y en el juicio oral que se celebrará en el Juzgado de lo Penal un plazo que no superior los 15 días (artículo 800 LECrim).

El segundo de los procedimientos sobre delitos leves se enjuicia de forma inmediata ante el juzgado de instrucción de guardia (artículos 962 y 964 LECrim) o no inmediata (artículo 965 LECrim), se caracteriza por la inexistencia ni de fase de instrucción, ni intermedia.

En estos procedimientos, por su concentración y celeridad para el *pobre, excluido o marginado*, se dificulta más la actividad probatoria y de defensa. Por un lado, no parece que sea nada fácil que éstos, sin ser asesorados, conozcan y acudan al acto de juicio con todos los medios de prueba de que intente valerse (artículo 967.1 LECrim), y menos aún para poder acreditar sus particulares condiciones sociales que puedan incidir en la categoría de la culpabilidad. Por otro, y en el terreno fáctico, al no ser preceptiva la asistencia letrada, —que sólo en caso de solicitarla se le designará de oficio, en ese mismo momento— tampoco parece que en ese breve lapso de tiempo pueda ofrecer pruebas para combatir su acusación.

3. Conclusiones

El *Derecho Penal de la aporofobia* comprende también al tratamiento judicial del *pobre, excluido o marginado* delincente, en la aplicación de la ley sustantiva y adjetiva, como sujeto pasivo procesal. El acusado víctima de aporofobia que comente 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 de los profesores Bustos y Hormazábal— 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 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.

La consecuencia de esta valoración afectará a la necesidad y al quantum de la pena, según la relación entre la persona y el Estado. Si la culpabilidad está afectada por esos concretos condicionantes, de *lege lata*: i) se aplicará una atenuante analógica; ii) se fijará el quantum de la pena en la individualización dosimétrica, atendiendo a las circunstancias personales del enjuiciado; o iii) el órgano enjuiciador solicitará un indulto parcial.

De *lege ferenda* propongo la instauración de una atenuante específica que contemple en su enunciado atenuatorio la situación aporofóbica, de acuerdo con los derechos económicos-sociales no recibidos.

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, de bienes recibidos y de medios, 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 encausado necesariamente conocerá y comprenderá qué es el proceso penal, todas y cada una de sus fases, los incidentes procesales 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 propios y de su conducta procesal. La tutela del derecho de información le corresponde al órgano judicial, pero también al fiscal y a su abogado defensor. El derecho a la información dota también de contenido al derecho de defensa y al juicio justo o equitativo

Esta situación, predicable de cualquier justiciable, la sufre con mayor riesgo el *pobre, marginado o excluido* si ostenta un déficit de comprensión, o no se le informa con la suficiente precisión.

El derecho a traducción e interpretación también es garantía del derecho defensa y del proceso equitativo. Este derecho puede jugar en contra del sujeto pasivo procesal aporofóbico extranjero, cuando la interpretación es 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 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.

Referencias

DOCTRINA

- Benito Sánchez, D. (2021). “Aporofobia y delito: la criminalización del top manta”. *Revista Penal*. Nº 48, pp. 5-32.
- Bustos Ramírez, J. & Hormazábal Malarée, H. (2006). *Lecciones de Derecho penal. Parte general*. Madrid: Trotta.
- Bustos Rubio, M. (2020). *Aporofobia y Delito*. La discriminación socioeconómica como agravante (Art. 22,4º CP). Barcelona: Bosch.
- Carnelutti, F. (1957). *Las miserias del proceso penal*. México: José M. Cajica, Jr.
- Colegio de Abogados de Madrid. (2019). *Protocolo de Buenas Prácticas en la Asistencia Letrada a Personas Detenidas*. [Disponible en <https://www.otrosi.net/actualidad/el-colegio-actualiza-el-protocolo-de-buenas-practicas-en-la-asistencia-letrada-a-personas-detenidas>].
- Concilio Ecuménico Vaticano II. (7 de diciembre de 1965). *Constitución pastoral Gadium et Spes sobre la iglesia en el mundo actual*. [Disponible en https://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_const_19651207_gaudium-et-spes_sp.html].

- Congreso de los Diputados. *Diario de Sesiones, lunes 25 de noviembre de 1844. Serie histórica, Legislatura 1844-1845. N° 39 (de 623 a 640)*. [Disponible en https://app.congreso.es/est_sesiones/].
- Cortina Orts, A. (2017). *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*. Barcelona: Paidós.
- Ferrajoli, L. (1999). *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- García Domínguez, I. (2021). “Exclusión social y criminalidad: un análisis de las instituciones aporófobas a través de delitos patrimoniales”. *Revista Penal*. N° 48, pp. 33-57.
- Gimbernat Ordeig, E. (1990). “¿Tiene futuro la dogmática jurídicopenal?”. *Estudios de Derecho Penal*, pp. 140 a 161.
- Goll, C. (1999). *Ich verzeihe keinem (No perdono a ninguno)*. Munich: Knauer.
- Gomá Lanzón, J. (29 de julio de 2016). Qué es la dignidad. *El País*. [Disponible en https://elpais.com/elpais/2016/06/22/opinion/1466611644_402913.html].
- Hormazábal Malarée, H. (2005). “Una necesaria revisión del concepto de culpabilidad”. En *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Madrid: Thomson Civitas, pp. 493-511.
- Ollé Sesé, M. (2016). “Derecho de los sospechosos y acusados en procesos penales a interpretación, a traducción y a la información sobre la acusación. STJUE de 15 de octubre de 2015, C-216/2014: Gavril Covaci”. *La Ley Unión Europea*. N° 35. Año IV.
- Pedreira González, F. M. (2020). *En defensa del indulto: un ensayo sobre la institución jurídica del indulto, su problemática penal y las razones que justifican su pervivencia*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tomo 1*. Traducción de Luzón Peña, D.M., Díaz y García Conlledo, M. y De Vicente Remesal, J. Madrid: Civitas.
- Terradillos Basoco, J. M. (2019). “Un sistema penal para la aporofobia”. En Portilla Contreras, G. & Velásquez Velásquez, F. (Dirs.); Pomares Cintas, E. & Fuentes Osorio, J. L. (coords.). *Un juez para la democracia, libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*. Madrid: Dykinson, pp. 353-364.

JURISPRUDENCIA

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1979). Sentencia. Caso Airey. 9 de octubre de 1979. Se cita como Sentencia Airey, de 9 de octubre de 1979.

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1980). Sentencia. Caso *Ártico c. Italia*. 13 de mayo de 1980. Se cita como *Ártico c. Italia*, de 13 de mayo de 1980.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1989). Sentencia. Caso *Kamasinski c. Austria*. 19 de diciembre de 1989. Se cita como *Kamasinski c. Austria*, de 19 diciembre 1989.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2005). Sentencia. Caso *Mayzit c. Rusia*. 20 de enero de 2005. Se cita como *Mayzit c. Rusia*, de 20 enero 2005.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2010). Sentencia. Caso *Sakhnovski c. Rusia*. Se cita como *Sakhnovski c. Rusia*, de 2 de noviembre de 2010.

Tribunal Constitucional de España

- Tribunal Constitucional de España. (1995). Sala 2ª. Sentencia nº 128. Presidente José Gabaldón López. 26 de julio de 1995. Boletín Oficial del Estado nº 200, de 22 de agosto de 1995. Citada como STC 128/1995, de 26 de julio.
- Tribunal Constitucional de España. (2018). Pleno. Sentencia nº 31. Presidente Juan José González Rivas. 10 de abril de 2018. Boletín Oficial del Estado nº 124, de 22 de mayo de 2018. Citada como STC 31/2018, de 10 de abril.

Tribunal Supremo de España

- Tribunal Supremo de España. (2006). Sala 2ª. Sentencia nº 778. Ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre. 12 de julio de 2006. Citada como STS 778/2006, de 12 de julio.
- Tribunal Supremo de España. (2010). Sala 2ª. Sentencia nº 447. Ponente Juan Manuel Martín Maza. 14 de mayo de 2010. Citada como STS 447/2010, de 14 de mayo.
- Tribunal Supremo de España. (2013). Sala 2ª. Sentencia nº 767. Ponente Manuel Marcha Gómez. 25 de septiembre de 2013. Citada como STS 767/2013, de 25 de septiembre.
- Tribunal Supremo de España. (2014). Sala 2ª. Sentencia nº 752. Ponente Francisco Monterde Ferrer 11 de noviembre de 2014. Citada como STS 752/2014, de 11 de noviembre.
- Tribunal Supremo de España. (2015). Sala 2ª. Sentencia nº 188. Ponente Cándido Conde-Pumpido Touron. 9 de abril de 2015. Citada como STS 188/2015, de 9 de abril.
- Tribunal Supremo de España (2017). Sala 2ª. Auto. Ponente Pablo Llarena Conde. 7 de julio de 2017. Citado como Auto de 7 de julio de 2017.

- Tribunal Supremo de España. (2016). Sala 2ª. Sentencia nº 1505. Ponente. Cándido Conde-Pumpido Touron. 7 de abril de 2016. Citada como STS 1505/2016, de 7 de abril.
- Tribunal Supremo de España. (2021). Sala 2ª. Sentencia nº 383. Ponente. Javier Hernández García. 5 de mayo de 2021. Citada como STS 383/2021.

Capítulo 4

LA ALTERACIÓN EN LA PERCEPCIÓN: ¿EXIMIENTE PARA DELITOS COMETIDOS EN CONTEXTOS DE EXCLUSIÓN SOCIAL?

Demelsa Benito Sánchez

Introducción

Este trabajo tiene por objeto el estudio de una de las circunstancias eximentes que se prevén en el Código Penal español, en concreto, la ubicada en el párrafo tercero del art. 20. Esta disposición exige de responsabilidad penal al que, “por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga gravemente alterada la conciencia de la realidad”. Lo que este capítulo, enmarcado en esta obra colectiva dedicada al diseño de una política criminal contra la aporofobia, pretende es responder a la pregunta de si es posible aplicar esta circunstancia eximente a determinados supuestos en los que una persona comete un hecho tipificado como delito hallándose en un contexto de exclusión social.

Para dar respuesta a esa pregunta, se inicia este trabajo delimitando el concepto de exclusión social, diferenciándolo del concepto de pobreza (epígrafe 2). Este es un aspecto relevante en este capítulo pues, a diferencia de otras circunstancias eximentes del Código Penal como el estado de necesidad, que podría tener mejor encaje en los delitos llevados a cabo en una situación de pobreza¹, la eximente del art. 20.3º del Código Penal no se relaciona con la pobreza, entendida ésta como la privación de recursos económicos, pero sí se puede relacionar con la exclusión social, es decir, con la imposibilidad de acceder a los derechos y oportunidades propios del estado de bienestar, como la

¹ Al respecto se pueden consultar los capítulos 9 y 14 de esta obra.

educación, el empleo o cultura. Esta inaccesibilidad puede generar un aislamiento de la persona y, en consecuencia, una falta de socialización con el medio que la rodea que le impida conocer de los valores imperantes en la sociedad.

Analizado el concepto de exclusión social, el epígrafe 3 entra en el estudio del art. 20.3º del Código Penal, un precepto casi desconocido para la jurisprudencia y al que la doctrina le ha dedicado pocos pero profundos trabajos. Esta situación es así pese a la larga tradición que posee el precepto en el ordenamiento penal español. La redacción actual del precepto data del año 1983 pero mucho antes, en los primeros códigos penales del siglo XX, ya se recogían fórmulas de exoneración o de atenuación de la responsabilidad penal en un sentido cercano al del actual precepto. De hecho, se dedica el primer apartado del epígrafe tercero de este capítulo a realizar un breve análisis de la evolución histórica de esta disposición, pues ello siempre puede contribuir a la exégesis de la norma, máxime, cuando es tan imprecisa como la que es aquí objeto de análisis. Seguidamente se estudian la naturaleza y el fundamento de esta circunstancia eximente de la responsabilidad penal, así como los elementos que la integran.

Es el elemento biológico “alteraciones en la percepción” el que genera la mayor discusión en la doctrina y jurisprudencia que han abordado el tema. Tradicionalmente se entendió que las alteraciones en la percepción solo podían tener una base sensorial, de ahí que prácticamente solo se admitiera la sordomudez como circunstancia exonerante y, con más dudas, la ceguera, y siempre que la persona no hubiera recibido instrucción o educación, lo que le colocaba en una situación de aislamiento respecto del entorno social. No obstante, en los años ochenta el Tribunal Supremo abrió la puerta a considerar que las alteraciones en la percepción pudieran tener como base deficiencias socioculturales. Precisamente, sobre esta idea pivota este trabajo, pues se defiende que, en determinados contextos de exclusión social puede que la persona no haya tenido acceso al conocimiento de los valores que subyacen a las normas penales, precisamente, por su situación de aislamiento sociocultural, no voluntario. En consecuencia, su motivación por la norma penal será difícil o imposible, lo que habrá de llevar a afirmar su inimputabilidad. O, dependiendo de como se vea afectada su capacidad de motivación, se podrá aminorar la responsabilidad penal recurriendo a una eximente incompleta o a

una atenuante por analogía. Con todo, esta tesis no tiene como consecuencia que la aplicación del art. 20.3º sea automática, es decir, no se defiende en absoluto que la exclusión social sea patente de corso para delinquir. Habrán de cumplirse el resto de requisitos que se prevén en dicho precepto, a saber, que la alteración en la percepción se padezca desde el nacimiento o la infancia, y que produzca como efecto una grave alteración de la conciencia de la realidad. Cumplir estos requisitos para poder declarar la inimputabilidad de una persona no será sencillo en la práctica. De hecho, el análisis *de lege lata* del precepto lleva a concluir que solo en supuestos excepcionales se permitirá su aplicación a delitos cometidos en un contexto de exclusión social. En la práctica son casi inexistentes las sentencias en las que se ha admitido. Por esto, este trabajo finaliza con una reflexión para que se pueda considerar que los contextos más graves de exclusión social pueden afectar a la imputabilidad penal.

1. Exclusión social y delito

Es en la Francia de los años 70 cuando se empieza a utilizar la expresión “exclusión social”, fundamentalmente, tras la obra de Lenoir, *Les Exclus: Un Française sur dix*, en 1974. La generalización de la expresión se produjo en la década siguiente, en una coyuntura marcada por el desempleo masivo y por la inestabilidad de los vínculos sociales en el contexto de lo que se denominó la “nueva pobreza” (Arriba González de Durana, 2002: 3; Boltanski y Chiapello, 2005: 446-447; Fernández García, 2005: 32). En efecto, la noción de exclusión social nació unida a la pobreza y la marginalidad (Silva Sánchez, 2007: 3), aunque en el momento actual esté claro que una y otra no son lo mismo, distinción relevante para este trabajo como se ha explicado en la introducción.

La voz “pobreza” debe reservarse para hacer referencia a situaciones de carencia económica y material. El concepto de “exclusión social”, sin embargo, es mucho más complejo, con implicaciones en el ámbito económico, político, social y cultural. La exclusión es un proceso de carácter multidimensional y multifactorial, frente al carácter unidimensional del concepto de pobreza (Jiménez Ramírez, 2008: 175). No obstante, son conceptos relacionados, incluso comparten

elementos. No es infrecuente en la sociedad que el pobre esté excluido del acceso a determinados bienes y servicios, y a la inversa, que el excluido, por ejemplo, por padecer una enfermedad o una discapacidad, acabe en una carencia de recursos económicos (Cigüela Sola, 2017: 5). Pero lo que no puede ponerse en duda es que la exclusión social va mucho más allá de la carencia de recursos económicos. Las definiciones existentes al respecto ponen el foco en el carácter estructural y dinámico de la exclusión social frente a la pobreza, y todas coinciden en afirmar que la exclusión social implica una privación o restricción de derechos y de oportunidades que son esenciales para la persona, tales como la educación, la sanidad, el empleo, la cultura o la participación política, de modo tal que esa situación de exclusión acaba por cuestionar la propia condición de ciudadano de la persona que se halla en esa situación (Arroyo Bovea, 2016: 108; Bustos Rubio, 2020: 30-40; Cabrera Cabrera, 2002: 83; Cigüela Sola, 2015: 131; Jiménez Rodríguez 2008: 177; Laparra *et al.*, 2007: 29). En este sentido, mientras que lo opuesto a pobreza sería riqueza, lo opuesto a la condición de excluido sería la afirmación de la ciudadanía. La exclusión social es, por tanto, la negación de los derechos sociales y de oportunidades fundamentales (Fernández García, 2005: 32). El excluido no tiene acceso a los derechos y prerrogativas que vienen unidos a la condición de ciudadano, ni si quiera, en ocasiones, a los más esenciales, como la libertad y la igualdad. Nótese que nos referimos en este trabajo a quienes *han sido* excluidos de la sociedad, descartados, probablemente sin ni siquiera desearlo, no a los que voluntariamente han decidido situarse al margen de la sociedad porque, posiblemente, no comparten los valores y normas imperantes. Este trabajo se centra en quienes no han podido si quiera tener acceso al conocimiento de dichos valores y normas por la grave incomunicación sociocultural que padecen.

La exclusión social no tiene por qué desembocar en comportamientos desviados, aunque ciertamente algunas formas de exclusión como, por ejemplo, la que aparece unida a la pobreza, sí muestran una relación más próxima con determinado tipo de delincuencia, como la de naturaleza patrimonial (Serrano Tárraga, 2014: 614). Lo que sí constata la Criminología es que la criminalización (que no la criminalidad), es mayor en las personas más desfavorecidas socioeconómicamente que en el resto de la sociedad (Garganella, 2011: 44).

Es decir, hay una sobrerrepresentación en el sistema de justicia penal de estos estratos sociales (Neubacher & Bögelein, 2020). Esto no es nuevo, de hecho, pocas cosas hay más tradicionales en el Derecho Penal que la criminalización de la pobreza y la exclusión. Aunque esto haya sido una realidad a lo largo de la historia, no puede tolerarse en el momento actual, en el que nuestras constituciones y los textos internacionales en materia de derechos humanos proclaman la igualdad real y efectiva de todas las personas. Este Derecho Penal excluyente, discriminatorio o, como se han denominado en el marco del proyecto de investigación que da lugar a esta obra colectiva, Derecho Penal de la aporofobia, no puede tener cabida en el Estado social (Terradillos Basoco, 2020), aunque de hecho la realidad sea esa. Esa realidad es la que ha llevado a muchos autores a cuestionar la legitimidad del Estado para castigar penalmente en casos de injusticia social o a buscar fórmulas para mitigar la respuesta penal en los casos en los que una persona en una situación tan desfavorecida lleva a cabo un hecho tipificado como delito (recientemente, en España, Cigüela Sola, 2018; Martínez de Bringas, 2020; Silva Sánchez, 2018).

En este trabajo se comparte la idea de que los contextos de exclusión deben ser tenidos en cuenta tanto por el legislador a la hora de diseñar las normas penales como por los jueces y tribunales a la hora de aplicarlas y concretar la responsabilidad penal de la persona. Esto no quiere decir, en absoluto, que la exclusión social deba ser considerada *per se* una causa de exoneración de la responsabilidad penal, pero tampoco es admisible que el Derecho Penal o, en general, el sistema penal ignore por completo esas situaciones, especialmente, en el Estado social. Recuérdesse que el art. 9.2 de la Constitución española obliga a los poderes públicos a remover los obstáculos que impiden una igualdad real y efectiva. No se cumpliría este mandato constitucional si en la aplicación de la ley penal no se tuvieran en cuenta las desiguales condiciones de la persona que lleva a cabo un hecho tipificado como delito (Martínez Arrieta, 2005: 327). No nos referimos aquí a simples desigualdades económicas, sino a la desigualdad en el acceso a derechos propios del estado de bienestar, como la educación o el empleo, o a prerrogativas asociadas a este modelo de estado, que pueden propiciar que la persona acabe viviendo al margen de la sociedad, situación que sin duda le puede dificultar o impedir el acceso al conocimiento de los valores imperantes en la sociedad. Si

esta es la situación, la pregunta a responder es si esa persona debe ser tratada por el Derecho Penal de la misma manera que una persona que sí ha tenido acceso a los derechos y ventajas asociados al estado del bienestar. La respuesta es obvia si se quiere cumplir con el art. 9.2 de la Constitución: no. Así lo ha entendido también la jurisprudencia en algunas de las sentencias en relación con el precepto del Código Penal aquí objeto de estudio:

En aplicación de la Ley penal el ordenamiento, y sus aplicadores, deben utilizar los instrumentos precisos para asegurar, desde luego, la igualdad en la aplicación penal lo que supone, no sólo la aplicación igualitaria de la ley a los supuestos sustancialmente iguales, también posibilitar que en la aplicación de la Ley penal, se tengan en cuenta las desiguales condiciones de los ciudadanos ante la ley penal esto es, a situaciones en las que la desigualdad se concreta en un deteriorado acceso a la educación, a las ventajas de la sociedad del bienestar, a las situaciones de desestructuración social y familiar que pueden ir anejas a la desigualdad, propiciando que las situaciones de falta de socialización o de acentuados déficits puedan ser tenidos en cuenta por la norma penal en la fijación de la responsabilidad cuando esa situación ha generado una socialización anómala (STS 1135/2006, FJ tercero; SAP La Rioja, Sección 1ª, 65/2009, FJ segundo).

En este trabajo se quiere poner de manifiesto que esas condiciones de la persona deben ser tenidas en cuenta para atenuar o, incluso, eliminar la responsabilidad penal, y ello por una sencilla explicación: esa situación puede incidir en algunas categorías del delito. En concreto, la falta de socialización que puede provocar la exclusión social puede afectar a la capacidad para entender la norma y para actuar conforme a dicho entendimiento, es decir, puede afectar a la imputabilidad penal, elemento esencial de la culpabilidad. Ciertamente, la idea de defender una mitigación de la culpabilidad para estos supuestos no es una novedad. Basta recordar las palabras de Mir Puig en su *Introducción a las bases del Derecho Penal* de 1976: “no sería igualmente culpable el joven delincuente formado en el interior de una subcultura criminógena, que el autor del mismo hecho antijurídico perteneciente a una clase social en que el infringir la ley sea rigurosamente reprochado” (Mir Puig, 2003: 145). Sin ser una idea novedosa, visto el escaso uso que nuestra jurisprudencia ha hecho del art. 20.3º del Código Penal, lo que pretende este trabajo es reflexionar sobre si puede ser aplicado a los delitos cometidos en contextos de exclusión social.

2. Análisis del artículo 20.3º del Código Penal

2.1. *Evolución legislativa*

Desde el Código Penal español de 1870 la jurisprudencia comenzó a asimilar la sordomudez a la circunstancia analógica de la minoría de edad (Morales Prats, 1994: 67). El proyecto de Código Penal de 1882 equiparaba al sordomudo menor de doce años con la persona menor de nueve, y al sordomudo mayor de doce y menor de quince años que hubiera actuado sin discernimiento con la persona menor de quince años y mayor de nueve, pero no preveía para él medida alguna. Posteriormente, el proyecto de Código Penal de 1888 consideró que el sordomudo de nacimiento menor de dieciocho años que hubiera obrado sin discernimiento debía quedar exento de responsabilidad penal. Se le consideraba, utilizando la terminología del momento, como al imbécil o loco, y se preveía su internamiento “en alguno de los hospitales destinados a enfermos de su clase”. (Rodríguez Devesa, 1990: 616). El Código Penal de 1928 recogió expresamente la sordomudez, junto con la ceguera, como circunstancia atenuante, siempre que hubiera sido adquirida en el nacimiento o la infancia, y el sujeto careciese de instrucción (art. 65.4ª). El Código Penal de la Segunda República, del año 1932, elevó la sordomudez a la categoría de eximente (la ceguera se eliminó), exigiendo también el requisito temporal y la carencia de instrucción, pues precisamente esa falta de instrucción es la que coloca al sujeto en una situación de aislamiento social y, consecuentemente, se produce la desconexión con los valores ético-morales vigentes (Carmona Salgado, 2010: 1). No obstante, la doctrina criticó la imposibilidad de aplicar la eximente cuando había algo de instrucción, pues no se establecía ningún matiz sobre esta. Es decir, una instrucción escasa del sordomudo habría bastado para negar la aplicación de la eximente (Córdoba Roda & Rodríguez Mourullo, 1972: 233). En este sentido, defendió Antón Oneca (1986: 320) que en estos casos debería ser posible la aplicación incompleta de la eximente si las condiciones de imputabilidad del sujeto están disminuidas.

Durante el Código Penal de la dictadura se mantuvo esta fórmula, que sería derogada ya en democracia con la modificación llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente

y parcial del Código Penal. Esta ley incluyó la redacción que ha llegado hasta el día de hoy, entonces en el párrafo tercero del art. 8 del Código Penal. Lo llamativo es que la exposición de motivos de la ley no indicó nada sobre la eliminación de la fórmula de la sordomudez y la incorporación de la referencia a las alteraciones de la percepción. Solo se observa en la exposición de motivos una mención a la nueva eximente, considerándola un problema “cercano” al de la enajenación mental, sin argumentar nada más. Al respecto ha señalado Carmoña Salvado (2010: 1 y 15) que el legislador de 1983 incorporó esta fórmula para dar cabida a las psicopatías graves, pues el Tribunal Supremo se negaba a incorporarlas en la eximente de enajenación mental. Si esta fue la causa de la incorporación de la nueva eximente, no podría aceptarse por las razones ya apuntadas por Morales Prats (1994: 79-80). En primer lugar, porque se dejarían fuera las psicopatías que se desarrollan en el individuo más allá de la infancia, lo cual supondría un trato muy desigualitario. En segundo lugar, porque su fundamento sería puramente coyuntural en tanto que trataría de corregir una determinada interpretación jurisprudencial de la enajenación mental. Y, en tercer lugar, porque la inclusión de las psicopatías profundas requeriría demostrar que la alteración de la personalidad es lo mismo que, o se pueden encajar en, el concepto de alteración en la percepción. Además, con la nueva redacción del Código Penal de 1995, donde se elimina la referencia al enajenado, las psicopatías tienen cabida en el art. 20.1º, no en el art. 20.3º. Otros autores han considerado que la eliminación de la referencia a la sordomudez se debía a su excesiva especificidad, que dejaba fuera otros supuestos semejantes, lo cual parecía discriminatorio (Bustos Ramírez, 1989: 344; Mir Puig, 2006: 589).

El Código Penal vigente, aprobado en 1995, mantiene la misma redacción para la eximente de alteraciones en la percepción, ubicada ahora en el art. 20.3º, si bien, se ha eliminado del precepto la referencia a la medida de seguridad, que antes se contenía al final del art. 8.3º. La medida de seguridad ahora se ubica en el art. 103 del Código Penal. La doctrina existente sobre esta eximente, no muy abundante, coincide en señalar que se trata de un precepto confuso, vago (Obregón García, 2020: 91; Sánchez Vilanova, 2015: 447). Quizá sea esta la razón por la cual apenas se aplica por la jurisprudencia. En los siguientes apartados se estudian la naturaleza y fundamento de esta

eximente, así como los elementos que la integran, no exentos de polémica.

2.2. Naturaleza y fundamento

La naturaleza jurídica de esta eximente plantea algunos problemas. Aunque tanto la jurisprudencia como la doctrina entienden de manera prácticamente unánime que nos hallamos ante una causa de inimputabilidad², podría considerarse un problema el hecho de que el legislador haya omitido en el párrafo tercero del art. 20 la cláusula final que sí aparece en los dos párrafos anteriores del mismo artículo, que claramente se refieren a causas de inimputabilidad. La cláusula hace referencia al hecho de que el autor “...no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”³. Esta cláusula es, precisamente, la que liga las dos circunstancias del artículo 20.1º y 20.2º a la imputabilidad. De este modo, quien comete el delito estando afectado por una alteración psíquica o hallándose en un estado de intoxicación plena por el consumo de determinadas sustancias no es *per se* inimputable. Lo es cuando esa circunstancia no le permite comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

El hecho de que esta cláusula no aparezca al final del art. 20.3º podría hacer dudar de si verdaderamente nos hallamos ante una causa de inimputabilidad. Sin embargo, hay varios argumentos que permiten defender que efectivamente el párrafo aquí objeto de estudio se refiere a la categoría penal de la imputabilidad. El primero de esos argumentos hace referencia a una interpretación sistemática. Cierta-

² En la jurisprudencia se puede consultar: STS, Sala 2ª, 139/2001, FJ primero; SAP Barcelona, Sección 9ª, 225/2005, FJ tercero; STS, Sala 2ª, 1135/2006, FJ tercero; STS, Sala 2ª, 170/2011, FJ primero; SAP Sevilla, Sección 1ª, 117/2019, FJ segundo; STS, Sala 2ª, 459/2020, FJ cuarto; STS, Sala 2ª, 541/2021, FJ tercero. En la doctrina, *vid.* Carmona Salgado, 2010: 3-4; Gómez Lanz & Halty Barrutieta, 2016: 85; Martínez Arrieta, 2005: *passim*; Morales Prats, 1994: 70; Obregón García, 2020: 97; Sánchez Vilanova, 2015: 438. Náquira Riveros (2013: 77-82) discute la consideración de esta eximente como causa de inimputabilidad, aunque finalmente parece que sí lo acepta.

³ Literalmente, la cita es del párrafo primero del art. 20. El párrafo segundo cambia el verbo y señala: “...que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”.

mente, toda la sistemática del art. 20 es compleja. En él se albergan, como es sabido, causas de justificación, causas de inimputabilidad y una causa de inexigibilidad penal (el miedo insuperable). Además, en otro lugar del Código Penal, en concreto, en el art. 14, se recoge también una cláusula de exclusión de la culpabilidad, el error de prohibición. Con todo, podría defenderse, desde el punto de vista sistemático, que la ubicación de la eximente de alteración en la percepción inmediatamente después de las dos anteriores, que son claramente causas de inimputabilidad, confirma que esta también lo es, pues después el precepto continúa en el párrafo cuarto con las causas de justificación, que nada tienen que ver con las causas de inimputabilidad ni, por supuesto, con las alteraciones en la percepción (Náquira Riveros, 2013: 180). El segundo argumento tiene que ver con la interpretación teleológica-valorativa. ¿Cuál fue el motivo que llevó al legislador a incorporar esta eximente, eliminando la referencia a la sordomudez? La respuesta no es sencilla pues, como se ha comentado anteriormente, nada dijo al respecto la exposición de motivos de la Ley Orgánica 8/1983 que incorporó esta eximente al texto punitivo. No obstante, parece claro el propósito de ampliar esta eximente a supuestos que fueran más allá de la sordomudez sin instrucción (Obregón García, 2020: 91), de ahí que se eliminara, precisamente, la voz “sordomudo” pues la incapacidad para comprender la ilicitud del hecho puede darse en otros sujetos más allá de los que padecen esta anomalía sensorial (Morales Prats, 1994: 81). Además, aunque no se agregó la fórmula de las otras causas de inimputabilidad (“...no pueda [el autor] comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”), sí se señala en la eximente aquí objeto de estudio el efecto que debe producir la alteración en la percepción. Ese efecto es la alteración grave de la conciencia de la realidad, por lo que se puede presumir que, si el sujeto tiene alterada de manera grave la conciencia de la realidad, ello le llevará a no poder comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión, por emplear la fórmula de los dos párrafos anteriores del art. 20 (Náquira Riveros, 2013: 180). Por los motivos expuestos, y de acuerdo con la doctrina, debe entenderse que el párrafo tercero del art. 20 alberga una causa de inimputabilidad. Quien sea declarado inimputable y, por tanto, exento de responsabilidad penal conforme a esta eximente, podrá recibir una medida de seguridad que, *ex art.* 103.1 del Código Penal, consistirá en el inter-

namiento en un centro educativo especial. Téngase en cuenta que no se trata de una medida de seguridad de contenido médico pues no se afirma respecto del art. 20.3º que el sujeto padezca alguna anomalía psíquica (Olaizola Nogales, 2018: 22).

Aclarada la naturaleza de esta eximente, se debe indagar sobre su fundamento, que está en íntima relación con aquella. Su fundamento se halla en la imposibilidad del sujeto de conocer la antijuridicidad del hecho por la ausencia de socialización, es decir, por la incomunicación que sufre respecto del mundo que le rodea (Martínez González, 1996: 434; Morales Prats, 1994: 81; Muñoz Conde & García Arán, 2004: 370; Náquira Riveros, 2013: 182). Nótese que no se está afirmando aquí que el sujeto no conozca la antijuridicidad, sino que no tiene siquiera la posibilidad de conocerla. Como ha señalado Morales Prats (1994: 82), en el art. 20.3º del Código Penal nos hallamos en la “antesala respecto del error de prohibición” pues el error de prohibición presupone ya la capacidad de entendimiento de la norma y de actuación conforme a ese entendimiento. Es decir, en el error de prohibición, el sujeto posee la capacidad para conocer la significación antijurídica de su acción, pero para el caso concreto desconoce su ilicitud. La discusión, que se abordará en el siguiente sub-epígrafe, se centra en torno al origen de la ausencia de socialización, es decir, si tal ausencia se debe asentar únicamente sobre un déficit sensorial, o si se puede también tener como base déficits socio-culturales.

2.3. Elementos

La jurisprudencia y la doctrina que han analizado el art. 20.3º del Código Penal coinciden en identificar tres requisitos en la configuración de esta eximente: la alteración en la percepción (elemento biológico), el elemento temporal desde el nacimiento o la infancia y la alteración de la conciencia de la realidad (elemento psicológico). Los dos primeros requisitos están inexorablemente unidos, razón por la cual hay quien los considera una unidad.

2.3.1. El elemento biológico: la alteración en la percepción

Este elemento constituye el punto de partida de la eximente, el presupuesto sin el cual no puede existir. El término “percepción” hace

referencia en la ciencia de la Psicología a los procesos cognoscitivos del ser humano y, más especialmente, “al proceso sensorio-perceptivo que los individuos requieren para conocer la realidad sin distorsiones, gracias a tres sistemas; los órganos receptores, a través de los cuales rastreamos los estímulos; los efectores, que son aquellos encargados de realizar o efectuar las respuestas que el sistema nervioso suministra al estímulo, y el sistema de transmisión por vía nerviosa” (Sánchez Vilanova, 2015: 442). Para aplicar esta exigencia, en consecuencia, lo primero que se debe comprobar es si el sujeto tiene afectados esos procesos cognoscitivos, es decir, hay que constatar que no funcionan de manera normal. No cabe duda de que se verán afectados cuando el sujeto padezca *déficits sensoriales* como la sordomudez. De hecho, como ya se ha mencionado, antes de la reforma de 1983, en el Código Penal se hacía referencia a ese incuestionable déficit sensorial que es la sordomudez. En efecto, la sordomudez puede generar en el individuo una desconexión con el entorno pues, precisamente, la manera en la que los seres humanos interactuamos con el entorno es el lenguaje de la palabra, que falta en estos casos. La dificultad para interactuar puede conducir a una falta de socialización del sujeto que le impida el acceso al conocimiento de los valores imperantes en la sociedad, valores que subyacen a la norma penal, lo que tiene como consecuencia que no pueda ser motivado por la misma, y la motivación, en el momento actual, es la esencia de ese elemento de la culpabilidad que se denomina imputabilidad. Por tanto, si no puede ser motivado por la norma, no puede ser considerado imputable a efectos penales.

La reformulación de la exigencia en el año 1983 tuvo completo sentido pues el hecho de que solo se pudiera aplicar al sordomudo podía ser discriminatorio respecto de otras personas que podían tener igualmente alterada la percepción pero por otras causas, lo que debía ser tenido en cuenta para la valoración de la imputabilidad (Carmona Salgado, 2006: 461-462). En todo caso, se mantiene el fundamento ya comentado: lo importante es que el sujeto que padece la alteración en la percepción vive aislado del mundo exterior, y por ello no ha podido acceder al marco valorativo de referencia en la sociedad. Ahora bien, ¿qué otros supuestos pueden tener cabida más allá de la sordomudez si solo se defiende una interpretación en clave sensorial del art. 20.3º? La pregunta es relevante porque si el legislador eliminó la palabra sordomudo, debía tener alguna razón para hacerlo. ¿Se podría incluir

la ceguera? La ceguera, como tal, no produce incomunicación con el entorno, como señalan los expertos, por lo que no parece que se pueda admitir como eximente dado que no se cumpliría el otro requisito de este párrafo tercero, a saber, tener gravemente alterada la conciencia de la realidad. Es decir, la ceguera *per se* no supone inferioridad alguna en la comprensión de los valores imperantes en la sociedad (Mir Puig, 2006: 589; Obregón García, 2020: 93; Sánchez Vilanova, 2015: 442). No obstante, hay quien sí ha defendido su inclusión en el art. 20.3º (Martínez González, 1996: 429; Morales Prats, 1994: 73), siempre que, lógicamente, concurran el resto de requisitos. En absoluto tendrían cabida las alteraciones en el resto de sentidos como el olfato, el gusto o el tacto que pudieron discutirse en otra época (Rodríguez Devesa, 1990: 618), pues no tienen ninguna relevancia en el proceso cognoscitivo de los valores o las normas. Tampoco tendrían cabida, aunque fuera la intención del legislador en su momento —como plantea Carmona Salvado (2010: 1 y 15)— la psicopatía, que en el momento actual puede encajarse en el art. 20.1⁴, y las intoxicaciones por consumo de determinadas sustancias, que van en el art. 20.2º (Obregón García, 2020: 93), siempre que, en ambos casos, tales circunstancias impidan la comprensión de la ilicitud del hecho o la actuación conforme a esa comprensión. De hecho, la jurisprudencia que ha analizado el art. 20.3º ha señalado que este no es una cláusula de recogida respecto de los numerales uno y dos de dicho art. 20⁵.

⁴ La primera sentencia que se pronunció sobre la eximente de alteraciones en la percepción, la STS 403/1987, dejó claro que las psicopatías no se incluían en esa eximente. En esa sentencia se señalaba que el psicópata no podía estar exento de responsabilidad penal porque “mantiene intactos sus controles intelectivos e inhibitorios o volitivos, pero no quiere ni se preocupa de utilizarlos” (FJ cuarto). Téngase en cuenta, para entender esta interpretación del Tribunal Supremo, que en la redacción del Código Penal del momento se hablaba del “enajenado” y, ciertamente, no parece que el psicópata entrara en esta categoría (Gómez Lanz & Halty Barrutieta, 2016: 86). La doctrina actual sí da encaje a las psicopatías en el art. 20.1º del Código Penal, aunque la jurisprudencia es fluctuante (*vid.* un reciente análisis del tratamiento jurisprudencial en Casanueva Sanz, 2020: 56-81).

⁵ *Vid.*, al respecto, las siguientes sentencias: SAP Barcelona, Sección 9ª, 225/2005, FJ tercero; SAP Madrid, Sección 17ª, 136/2006, FJ cuarto; SAP Madrid, Sección 15ª, 232/2010, FJ primero; STS, Sala 2ª, 170/2011, FJ primero; SAP Barcelona, Sección 2ª, 243/2016, FJ cuarto; STS, Sala 2ª, 541/2021, FJ tercero.

Esta interpretación del elemento biológico asentada únicamente en déficits sensoriales hace que sea difícil en la práctica encontrar supuestos para aplicar esta causa de inimputabilidad en el estado del bienestar, que cuenta con programas orientados a la inclusión de quien padece una deficiencia sensorial, por lo que sería complicado afirmar que hoy en día una persona con sordomudez no ha podido conocer los valores imperantes en la sociedad.

Una interpretación más amplia de cuál puede ser la base de la alteración en la percepción es la que aboga por incluir los *déficits socio-culturales*. Esta interpretación no es novedosa pues la doctrina abrió esta puerta hace tiempo. Bustos Ramírez (1982) señaló la necesidad de tener en cuenta las interacciones sociales de las personas, especialmente, las llamadas subculturas, a la hora de valorar su responsabilidad penal. La jurisprudencia también abrió esta puerta con la STS 646/1987, en la que, aunque negó la aplicación al caso del entonces art. 8.3º, el tribunal reconoció que se podría aplicar la eximente a otros supuestos de alteraciones en la percepción que no tuvieran como base un déficit sensorial. Literalmente, señaló el Tribunal Supremo lo siguiente:

La alteración en la percepción estará determinada, en la generalidad de los casos, por un defecto sensorial —sordomudez, ceguera— o por una anomalía cerebral susceptible de malinterpretar los datos suministrados por los sentidos, aunque no pueda descartarse que la incomunicación y consecutiva falta de socialización sean efecto de ciertas y graves anomalías del carácter o de excepcionales circunstancias ambientales capaces de bloquear el proceso de integración del individuo en la sociedad (STS 646/1987, FJ segundo).

Lo relevante, para el Alto Tribunal, es 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”, por eso no se le puede considerar igualmente responsable, culpable, que el que sí lo ha sido (STS 646/1987, FJ segundo; STS, 4048/1992, FJ tercero; STS 459/2020, FJ cuarto). 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.

Sin embargo, pese a que la jurisprudencia de manera casi unánime admite teóricamente que el origen de la alteración en la percepción puede estar en déficits socioculturales, hasta el momento son prácticamente inexistentes los pronunciamientos jurisprudenciales que admiten esta eximente en supuestos que no tengan que ver con la sordomudez, como se explica en el análisis jurisprudencial realizado *infra* epígrafe 4. La aplicación de esa eximente a delitos cometidos en un contexto de exclusión social es, por ello, uno de retos de la teoría del delito en la actualidad. En este trabajo se defiende la idea de que los déficits socioculturales también pueden colocar al sujeto en una situación de aislamiento respecto del resto de la sociedad, y esa incomunicación sociocultural puede tener como consecuencia, precisamente, una carencia en el acceso al conocimiento de los valores que subyacen a las normas penales. Algunos autores han criticado esta interpretación por ser demasiado difusa, lo que podría generar inseguridad jurídica (Sánchez Vilanova, 2015: 446)⁶. Aquí se defiende, sin embargo, que siendo posible dentro de la literalidad de la expresión “alteración en la percepción”, es decir, respetando una interpretación gramatical, no puede rechazarse de antemano. Nada indica en el precepto que esa alteración solo pueda tener una base sensorial, opinión que además es compartida, al menos teóricamente, por la jurisprudencia, como se ha señalado, y también por la doctrina⁷. Además, una interpretación teleológica sirve también para defender esta postura pues, si bien la exposición de motivos de la Ley Orgánica 8/1983 no señaló cuál era la finalidad que se perseguía, lo que parece claro es que el legislador quería extender la aplicación a otros supuestos que fueran más allá de la sordomudez (pero ya hemos visto que otros déficits sensoriales

⁶ Carmona Salgado (2010: 4) acepta esta interpretación, aunque advierte del peligro para la seguridad jurídica el ampliar excesivamente en la práctica los límites de esta fórmula de inimputabilidad. Puente Segura (1997: 153) y Monge Fernández (2008: 76) solo admiten la interpretación basada en un déficit sensorial, no en un déficit sociocultural, pues esta última, dicen, resultaría forzada e, incluso, contraria al principio de legalidad.

⁷ *Vid.*, en este sentido, Luzón Peña, 2012: 533; Martínez González, 1996: 430; Morales Prats, 1994: 89; Obregón García, 2020: 94; Olaizola Nogales, 2018: 18-20; Silva Sánchez, 2018: 90. También lo entiende así Carmona Salgado (2005: 503), aunque en su opinión, los casos de subdesarrollo cultural profundo podrían enmarcarse en el error de prohibición, por lo que este inciso del artículo 20 del Código Penal podría incluso ser suprimido.

no tienen cabida). Entre esos supuestos pueden hallarse perfectamente esos en los no se ha tenido acceso a los contenidos normativos por profundas deficiencias socioculturales.

Con todo, la defensa de esta tesis no implica aplicar automáticamente la eximente a delitos cometidos en contextos de exclusión social pues también deben estar presentes los otros dos requisitos del apartado tercero del art. 20. En primer lugar, el elemento temporal va a dificultar, cuando no imposibilitar, la aplicación de esta eximente por la necesidad de constatar la existencia de la alteración de la percepción desde los primeros años de vida, aunque debería poder matizarse ese requisito para aplicar una atenuante por analogía. En segundo lugar, el elemento psicológico permitirá una graduación de la responsabilidad penal (eximente completa, incompleta, atenuante por analogía).

2.3.2. El elemento temporal

Con independencia de la postura que se defienda respecto del elemento anterior, se precisa otro requisito sin el cual, ha dicho la jurisprudencia, no es posible admitir la eximente, ni siquiera en su versión incompleta (STS 139/2001, FJ primero; STS 170/2011, FJ primero). Se trata del requisito temporal. Ya en la STS 646/1987 se exigía que la alteración en la percepción tuviera su causa en una “precoz situación de aislamiento”. La literalidad del precepto señala que la alteración en la percepción debe sufrirse “desde el nacimiento o la infancia”. La duda que plantea este requisito es, esencialmente, el concepto de infancia. ¿Abarca hasta la mayoría de edad? Recuérdese que tanto la Convención sobre los derechos del niño como la Carta europea de los derechos del niño entienden que la voz “niño” comprende a toda persona menor de 18 años. Sin embargo, no parece que deba ser este el límite de edad para la eximente aquí objeto de estudio pues la exégesis de este requisito necesita necesariamente ir unida a la del anterior. Lo determinante es considerar una edad hasta la cual el niño ha podido acceder a los valores imperantes en la sociedad, de modo que una alteración en la percepción posterior, es decir, una alteración en los procesos cognoscitivos del ser humano que aparezca con posterioridad, no eliminaría lo ya aprendido. La doctrina mayoritaria (Carmona Salgado, 2006: 471; Náquira Rive-

ros, 2013: 193; Sánchez Vilanova, 2015: 439) sitúa el límite de edad en los siete años, argumentando que no está justificado poner el límite en los 18 años por diversas razones. En primer lugar, por el propio significado de la palabra infancia. Y en segundo lugar, porque desde que la minoría de edad dejó de ser una causa de inimputabilidad, no parece justificado equiparar la eximente aquí estudiada, que sí es una causa de inimputabilidad, con la minoría de edad, que no lo es. La escasa jurisprudencia existente no ha emitido pronunciamientos en relación con la edad, limitándose a hablar de una “precoz situación de aislamiento” (STS 459/2020, FJ cuarto).

En todo caso, la indeterminación legal no debe considerarse negativa en este punto, más bien al contrario. La puerta se deja abierta al juez para la valoración del caso concreto, atendiendo a las circunstancias particulares de cada persona, teniendo en cuenta no tanto su edad biológica sino los conocimientos a los que pudo acceder antes de sufrir la alteración en la percepción que le produce la incomunicación con el entorno (Martínez González, 1996: 433). En este sentido, el juez podría ampliar el límite de edad más allá de los siete años que propone buena parte de la doctrina, siempre que la alteración en la percepción que surja a partir de esa edad tenga también como efecto la imposibilidad de conocer los valores imperantes en la sociedad. En todo caso, no parece razonable que se extendiera más allá de los 14 años, edad a la que comienza la responsabilidad penal del menor en el sistema español.

La jurisprudencia, sin haberse pronunciado sobre el límite concreto de edad, lo que ha dejado claro es que si no se cumple el requisito temporal, la eximente no puede apreciarse ni como completa ni como incompleta, aunque en alguna ocasión se ha admitido como atenuante analógica⁸. Precisamente, aquí se defiende esta opción, en línea con la doctrina que ha analizado este precepto, que también se ha mostrado partidaria de poder aplicar una atenuante por analogía cuando no

⁸ En un caso de tráfico de drogas en el que el acusado tenía un retraso mental ligero con escasa escolarización, la sentencia de instancia admitió la eximente incompleta. Sin embargo, el TS consideró que solo se debía aplicar la atenuante analógica pues “no se constata el elemento biológico-temporal a que hemos hecho mención, que debe estar presente tanto en la versión completa como incompleta de la eximente” (STS 139/2001, FJ primero).

se cumple el requisito temporal, aunque rechazan su aplicación cuando la falta de socialización comenzó pasados los 14 años (Carmona Salgado, 2010: 10; Náquira Riveros, 2013: 194).

Más allá del límite temporal, lo que también deja claro el precepto es que la alteración en la percepción debe perdurar en el momento de la realización del hecho, pues el precepto emplea la preposición “desde” (STS de 18 de octubre de 1993).

Este elemento temporal puede ser lo que en la práctica obstaculice la utilización de esta eximente en casos de delitos cometidos en contextos de exclusión social. Esta afirmación no debe entenderse como crítica negativa al precepto pues la limitación de la aplicación de la eximente a estos casos en los que el aislamiento aparece en los primeros años de la vida, y continúa hasta la realización del hecho, es lógica ya que si la alteración de la percepción se produce pasada cierta edad, el individuo ya pudo conocer los valores ético-sociales que subyacen a las normas penales, por lo que una situación de falta de socialización más allá de esa edad no afectará a su percepción. Si el sujeto sí tuvo acceso a los valores imperantes, pero posteriormente los incumple, no parece que entonces se pueda aplicar esta eximente. Quizá en esos casos se podría recurrir a otras fórmulas como el estado de necesidad o la inexigibilidad de otra conducta, siempre constatando, obviamente, los requisitos que exige el Código Penal y que ha ido perfilando la jurisprudencia en los diferentes supuestos.

2.3.3. *El elemento psicológico: alteración grave de la conciencia de la realidad*

Tal y como hacen el resto de causas de inimputabilidad del art. 20 del Código Penal, la que aquí es objeto de estudio también exige, junto al elemento biológico, un elemento psicológico. El legislador, sin embargo, no ha formulado este elemento en el párrafo tercero del art. 20 de la misma manera que lo hace en los dos párrafos anteriores, como se ha comentado, aunque debe entenderse en el mismo sentido. El art. 20.3° exige que las alteraciones en la percepción provoquen que el sujeto “tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad”.

La discusión doctrinal se ha centrado en este punto en la voz “realidad”. Para un sector de la doctrina, se entiende como realidad

normativa, es decir, algo equivalente al conocimiento de la antijuridicidad, aunque no se haya usado la misma fórmula que en los dos párrafos anteriores del mismo artículo (Carmona Salgado, 1987: 151; Puente Segura, 1997: 155; Sánchez Vilanova, 2015: 443). Para otro sector, sin embargo, debe entenderse de manera mucho más amplia pues si hubiera sido esa la intención del legislador, habría utilizado la fórmula de los dos párrafos anteriores del precepto. Con todo, entiende este sector que el hecho de tener gravemente alterada la capacidad para conocer la realidad implicará con seguridad la imposibilidad o dificultad para valorar adecuadamente la significación antijurídica de sus actos (Obregón García, 2020: 96).

El efecto que debe generar en el sujeto la alteración en la percepción es una alteración *grave* de la conciencia de la realidad. Es decir, no pide el legislador que tenga anulada por completo la capacidad para comprender y, aun así, sería posible aplicar la eximente completa. En todo caso, para supuestos de alteración de la conciencia de la realidad no grave se podría recurrir a la eximente incompleta o a la atenuante por analogía (Morales Prats, 1994: 89). De hecho, la jurisprudencia así lo ha entendido⁹. Lo que resulta llamativo en la jurisprudencia es que no se admita en aquellos casos en los que se reconoce en los hechos probados que la alteración de la conciencia de la realidad es *grave*. En este sentido, la SAP Huelva, Sección 1ª, 33/2004 (FJ cuarto) y la SAP Málaga, Sección 2ª, 702/2005 (FJ cuarto), ante hechos llevados a cabo por personas sordomudas de nacimiento con

⁹ En la SAP Madrid, Sección 7ª, 114/2001, en un caso de robo con intimidación en el que queda probado “un 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”, entiende el Tribunal que, aunque los peritos constatan que el acusado tiene una visión distorsionada a la hora de distinguir lo justo de lo injusto, no puede entenderse ni grave ni notable, por lo que no tiene cabida ni la eximente completa ni la incompleta, aunque sí la atenuante por analogía del artículo 21.7ª en relación con el artículo 20.3º (FJ tercero). También admite la atenuante por analogía la SAP Barcelona, Sección 2ª, 243/2016, en un caso de delitos contra la libertad sexual y de resistencia a agente de la autoridad, no admitiendo la eximente completa ni la incompleta porque el defecto sensorial congénito no le impide el conocimiento de la realidad (FJ cuarto). Recientemente, la STS 541/2021 admite que el requisito de la alteración grave de la conciencia de la realidad es modulable, aunque en el caso objeto de análisis no entiende probado este requisito (FJ tercero).

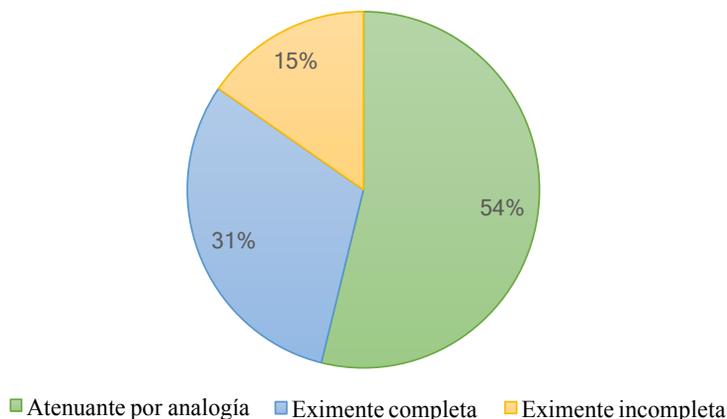
coeficiente intelectual bajo, aunque se reconoce que el aislamiento que provoca ese déficit sensorial provoca en los acusados una “grave alteración de la conciencia de la realidad que le hace susceptible de malinterpretar los datos suministrados por los demás”, no aplican la exigente completa sino solo la incompleta.

3. La aplicación jurisprudencial del art. 20.3º del Código Penal

Como ya se ha mencionado, la aplicación del art. 20.3º del Código Penal, o de su antecesor, el art. 8.3º, por la jurisprudencia es anecdótica. En este epígrafe se exponen las conclusiones del análisis jurisprudencial realizado, que ha abarcado la revisión de cerca de setenta sentencias de diversos tribunales en las que se hace alguna mención a esta causa de inimputabilidad. El análisis comienza en el año 1987, momento en el que el Tribunal Supremo se pronuncia por primera vez sobre el art. 8.3º del anterior Código Penal, y finaliza en junio del año 2021.

Desde la STS de 22 de junio de 1989, primera que se ha localizado donde se aplicara el entonces art. 8.3º del Código Penal, e incluyendo esta, son poco más de una decena las sentencias que tienen en cuenta la exigente de alteraciones en la percepción, bien como exigente completa, como exigente incompleta o como atenuante analógica (*vid.* gráfico 1)¹⁰.

¹⁰ La admiten como exigente completa: STS, 4048/1992; SAP Castellón, Sección 3ª, 12/2002; SAP La Rioja, Sección 1ª, 65/2009; SAP Toledo, Sección 1ª, 16/2016. La admiten como exigente incompleta: SAP Huelva, Sección 1ª, 33/2004; SAP Málaga, Sección 2ª, 702/2005. La admiten como atenuante analógica: STS de 22 de junio de 1989; STS 296/1999; STS 139/2001; SAP Madrid, Sección 7ª, 114/2001; SAP Madrid, Sección 17ª, 685/2003; SAP Ávila, Sección 1ª, 21/2004; SAP Barcelona, Sección 2ª, 243/2016.

Gráfico 1. La aplicación del artículo 20.3 como eximente completa, incompleta y atenuante por analogía en la jurisprudencia

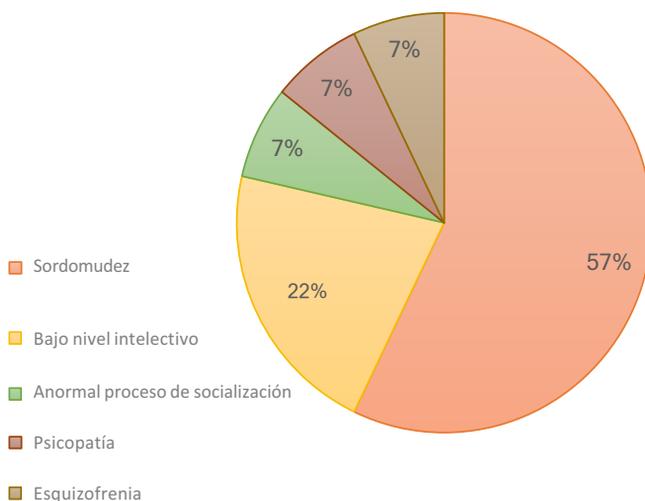
Fuente: elaboración propia con datos de las sentencias de juzgados y tribunales españoles del periodo 1987-2021.

La jurisprudencia admite casi unánimemente, al menos en la teoría, que el art. 20.3º del Código Penal se pueda aplicar a casos en los que las alteraciones en la percepción no tengan su base en un déficit sensorial sino en un déficit sociocultural que produzca el mismo efecto de falta de socialización en el individuo y, por tanto, su incapacidad para advertir el contenido de las normas penales¹¹. No obstante, la aplicación de eximente (tanto completa como incompleta, o como atenuante) a supuestos que no estén relacionados con un déficit sensorial es prácticamente inexistente. Solo se ha encontrado una sentencia, de hecho, que la aplique a un caso en el que queda probado un “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” (SAP Madrid, Sección 7ª, 114/2001). La mayoría de los casos en los que se ha aplicado están

¹¹ Ente las más recientes se pueden citar: SAP Álava, Sección 2ª, 250/2014, FJ cuarto; SAP Barcelona, Sección 2ª, 243/2016, FJ cuarto; SAP Cuenca, Sección 1ª, 5/2016, FJ segundo; SAP Sevilla, Sección 1, 117/2019, FJ segundo; STSJ Andalucía 153/2019, FJ tercero; SAP Barcelona, Sección 6ª, 710/2019, FJ quinto; SAP Madrid, Sección 26ª, 400/2020, FJ quinto; STS 459/2020, FJ cuarto.

relacionados con la sordomudez; casos en los que la persona, además, posee un cociente intelectual bajo (*vid* gráfico 2). Algunos de los casos en los que se aplica son llamativos porque encajarían mejor en otras casusas de inimputabilidad. Por ejemplo, en la SAP Madrid, Sección 17^a, 685/2003, se aplicó la atenuante analógica del art. 20.3^o a una persona con psicopatía. La SAP Toledo, Sección 1^a, 16/2016, consideró la eximente completa de alteraciones en la percepción a un caso en el que el autor estaba diagnosticado de esquizofrenia paranoide con consumo anfetamínico de cannabinoide y cocainico. Ambos supuestos parece que tiene mucho mejor acomodo en la primera causa de inimputabilidad del art. 20 que en la que es aquí objeto de estudio.

Gráfico 2. Motivos para admitir la eximente de alteraciones en la percepción



Fuente: elaboración propia con datos de las sentencias de juzgados y tribunales españoles del periodo 1987-2021.

Del análisis jurisprudencial se extrae también la siguiente conclusión. Pese a entenderse la eximente del art. 20.3^o como una causa de inimputabilidad, apenas se hace uso de la medida de seguridad prevista para el caso en el texto punitivo. Recuérdese que el art. 103.1 del Código Penal establece lo siguiente:

A los que fueren declarados exentos de responsabilidad conforme al número 3.º del artículo 20, se les podrá aplicar, si fuere necesaria, la medida de internamiento en un centro educativo especial o cualquier otra de las medidas previstas en el apartado tercero del artículo 96.

Y el art. 104.1 prevé que también se podrán aplicar esas medidas de seguridad en el caso de la eximente incompleta. En los dos casos de eximentes incompletas que se han encontrado en la jurisprudencia analizada no se hizo uso de la medida de seguridad. Tampoco en los que se aplicó la atenuante por analogía. En los de eximente completa, el tratamiento es dispar. Por ejemplo, en la STS 4048/1992, se impone la medida de seguridad de internamiento en centro educativo especial, que antes se contenía en el art. 8.3. En la SAP Castellón, Sección 3ª, 12/2002, no se prevé medida de seguridad alguna (para una persona sordomuda desde el nacimiento carente de instrucción). En la SAP La Rioja, Sección 1ª, 65/2009, se impone la medida de tratamiento externo en un centro médico (el acusado es sordomudo desde los tres años, con dificultad en el entendimiento y comprensión lectora). En la SAP Toledo, Sección 1ª, 16/2016, se impone la medida de seguridad de internamiento en un centro psiquiátrico. El acusado tenía esquizofrenia paranoide con consumo anfetamínico. Sorprende la aplicación del art. 20.3 en este caso, que parece tener mejor acomodo en el art. 20.1, como se ha comentado.

4. Conclusión y propuesta

En la línea de esta obra colectiva, que busca mitigar los efectos de un sistema penal con vestigios aporóforos, este capítulo ha reflexionado sobre la posibilidad de atenuar la responsabilidad penal de quien comete un delito hallándose en un contexto de exclusión social. Recuérdese que no nos hemos referido a la simple carencia de recursos económicos (pobreza) sino a la exclusión social, entendida como la falta de acceso a los derechos y prerrogativas propios del Estado social, como la educación, el empleo o la cultura. En concreto, se ha defendido en este trabajo que los déficits socioculturales profundos que puede tener una persona que no ha tenido acceso a las prerrogativas propias del estado del bienestar, pueden tener una influencia en la imputabilidad del sujeto, entendida esta como la capacidad para

comprender la norma y actuar conforme a esa comprensión. La falta de socialización de personas que viven marginadas por 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 por una razón tan básica como que la pena debe ser proporcional a la responsabilidad por el delito, y quien tiene alterada o anulada la imputabilidad, no puede recibir la misma pena que recibe quien es plenamente imputable, es decir, la misma pena de quien entiende la norma y puede actuar conforme a este entendimiento. En definitiva, lo que propone este trabajo es considerar la exclusión social dentro de la categoría de la imputabilidad penal.

El problema es encajar la exclusión social dentro de las causas de inimputabilidad que recoge el Código Penal español. Ciertamente, una interpretación *de lege lata* de las causas de inimputabilidad del art. 20 del Código Penal lleva a la conclusión de que la exclusión social apenas puede ser considerada dentro de las mismas. Con respecto a las dos primeras causas del precepto, las que no han sido aquí objeto de estudio, es sencillo rechazar que pueden servir para mitigar o eliminar la responsabilidad de quien comete un delito en una situación de exclusión social (sin que concurra otra circunstancia) pues las dos se asientan sobre presupuestos de naturaleza biológica, a saber, la anomalía o alteración psíquica, la intoxicación plena por consumo de determinadas sustancias y el síndrome de abstinencia (Obregón García, 2020: 102). Con respecto a la tercera, la eximente de alteraciones en la percepción no puede rechazarse automáticamente. De hecho, aquí se defiende todo lo contrario, es decir, se defiende que sí se puede aplicar a personas que cometen delitos hallándose en un contexto de marginalidad, como lo ha entendido también la jurisprudencia, aunque solo desde el plano teórico. Los requisitos que exige el art. 20.3º son muy estrictos, lo que seguramente es la razón por la cual en la práctica apenas se ha aplicado. Por eso, lo deseable sería reformular la eximente dando protagonismo a la incapacidad para conocer la significación antijurídica del comportamiento, ahora que ya ha quedado claro para la jurisprudencia que la alteración de la percepción puede tener origen en un déficit sociocultural. Lo relevante es la incomunicación social en la que ha vivido el sujeto que ha sido excluido del sistema, que le ha imposibilitado ser, como ha dicho la jurisprudencia, un verdadero miembro de la sociedad. Además, en la aplicación de esta circunstan-

cia debe considerarse la posibilidad de recurrir también a la eximente incompleta y a la atenuante por analogía, por ejemplo, cuando no se cumple enteramente el requisito de la edad o el requisito relativo a la alteración grave de la conciencia de la realidad. Si se tiene en cuenta la exclusión social en sede de imputabilidad se podría llegar, sin duda, a un tratamiento más igualitario, menos discriminatorio, por parte del Derecho Penal, objetivo que persigue esta obra colectiva con sus propuestas.

Referencias

DOCTRINA

- Antón Oneca, J. (1986). *Derecho penal*. 2ª ed. anotada y corregida por J. J. Hernández Guijarro y L. Beneytez Merino. Madrid: Akal.
- Arriba González de Durana, A. (2002). *El concepto de exclusión en política social*, Documento de trabajo 02-01. Unidad de Políticas Comparadas. Centro Superior de Investigaciones Científicas.
- Arroyo Bovea, M. (2016). “Exclusión social y pobreza en la Unión Europea”. *GeoGraphos. Revista digital para estudiantes de Geografía y Ciencias Sociales*. Vol. 7. Nº 85, pp. 104-131.
- Boltanski, L. & Chiapello, E. (2002). *El nuevo espíritu del capitalismo*. Traducción de De Pérez Colina, Riesco Sanz y Sánchez Cedillo). Madrid: Akal.
- Bustos Ramírez, J. (1989). “Imputabilidad y edad penal”. En Echeburúa Odriozola, E.; De la Cuesta Arzamendi, J. L. & Dendaluce Seguro, I. (Coords.). *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona: libro homenaje al profesio Antorio Beristain*. Instituto Vasco de Criminología, pp. 471-482.
- Bustos Ramírez, J. (1989). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 3ª ed. Barcelona: Ariel.
- Bustos Ramírez, J. (1982). “Revisión crítica de la imputabilidad a la luz de la teoría de las subculturas y la psiquiatría alternativa”. En Mir Puig, S. (Ed.). *Derecho penal y ciencias sociales*. Barcelona: Servicio de publicaciones de la Universidad Autónoma de Barcelona, pp. 191-213.
- Bustos Rubio, M. (2020). *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22,4ª CP)*. Barcelona: J. M. Bosch.
- Cabrera Cabrera, P. J. (2002). “Cárcel y exclusión”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Nº 35, pp. 83-120.

- Carmona Salgado, C. (2006). "Causas de inimputabilidad: alteración de la percepción". *Estudios de Derecho judicial*. 110. Ejemplar sobre: Actual doctrina de la imputabilidad penal, pp. 451-514.
- Carmona Salgado, C. (2010). "De las alteraciones en la percepción al error de prohibición, pasando por las anomalías y alteraciones psíquicas". *La Ley* 427/2010, pp. 1-15.
- Carmona Salgado, C. (1987). "La alteración en la percepción desde el nacimiento o la infancia" como circunstancia eximente de la responsabilidad criminal". *Poder judicial*. Nº 7, pp. 154-154.
- Casanueva Sanz, I. (2020). "El trastorno antisocial de la personalidad y/o la psicopatía: su repercusión en la imputabilidad". En Benito Sánchez, D. & Gómez Lanz, J. (Dir.). *Sistema penal y exclusión social*. Cizur Menor: Aranzadi / Thomson Reuters, pp. 49-81.
- Cigüela Sola, J. (2018). *Crimen y castigo del excluido social: sobre la ilegitimidad política de la pena*. Valencia: Tirant lo Blanch
- Cigüela Sola, J. (2015). "Derecho penal y exclusión social: la legitimidad del castigo del excluido". *Isonomía*. Nº 43, pp. 129-150.
- Cigüela Sola, J. (2017). "El ciudadano y el excluido frente al Derecho penal. Los límites al ciudadano deliberativo de Günther y Kindhäuser y del ciudadano cooperativo de Pawlik". *InDret*. 2, pp. 1-34.
- Córdoba Roda, J. & Rodríguez Mourullo, G. (1972). *Comentarios al Código Penal*. Tomo 1. Barcelona: Ariel.
- Fernández García, T. (2005). "La lucha contra la exclusión social del cuarto pilar del Estado de Bienestar: los Servicios Sociales". En Tezanos, J. F. (Ed.). *Tendencias en la exclusión social y políticas de solidaridad (octavo foro sobre tendencias sociales)*. Madrid: Editorial Sistema, pp. 27-44.
- Garganella, R. (2011). "El derecho y el castigo: de la injusticia penal a la justicia social". *Derechos y libertades*. Nº 25, pp. 37-54.
- Gómez Lanz, J. & Halty Barrutieta, L. (2016). "Impacto del avance de las neurociencias en la imputabilidad jurídico-penal del sujeto psicópata". *Derecho y salud*. Nº 26. Ejemplar dedicado a: XXV Congreso 2016: El avance de las Ciencias de la Salud y las incertidumbres del Derecho, pp. 81-92.
- Jiménez Ramírez, M. (2008). "Aproximación teórica de la exclusión social: complejidad e imprecisión del término. Consecuencias para el ámbito educativo". *Estudios Pedagógicos*. XXXIV. Nº 1, pp. 173-186.
- Laparra, M.; Sarasa, S.; Pineda, A.; Eransus, B.; Ayala, V.; Subirats, J.; Carmona, M. & Yruela, M. (2007). "Una propuesta de consenso sobre el concepto de exclusión social. Implicaciones metodológicas". *Revista Española del Tercer Sector*. Nº 5, pp. 15-57.
- Martínez Arrieta, A. (2005). "Tratamiento penal de las circunstancias que reflejan una menor culpabilidad. Especial referencia a la alteración en

- la percepción”. *Cuadernos de Derecho Judicial*. 8. Volumen dedicado a Psiquiatría criminal y comportamientos violentos, pp. 313-388.
- Martínez de Bringas, A. (2020). “Exclusión social y gobierno de la pena. Un análisis sobre la legitimidad de la producción penal de la exclusión”. En Benito Sánchez, D. & Gómez Lanz, J. (Dir.). *Sistema penal y exclusión social*. Cizur Menor: Aranzadi / Thomson Reuters, pp. 19-47.
- Martínez González, M.I. (1996). “La eximente de alteración en la percepción”. En González Rus, J.J. (Coord.). *Estudios penales y jurídicos. Homaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero*. Córdoba: Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba, pp. 427-437.
- Mir Puig, S. (2006). *Derecho penal. Parte general*. 7ª ed. Barcelona: Reppertor.
- Mir Puig, S. (2003). *Introducción a las bases del Derecho penal*. 2ª ed. Montevideo / Buenos Aires: BdF.
- Monge Fernández, A. (2008). *El extranjero ante el Derecho penal. El error cultural y su incidencia en el Derecho penal*. Barcelona: Bosch.
- Morales Prats, F. (1994). “La alteración en la percepción, (art. 8.3): contenido y límites”. *Jornadas sobre psiquiatría forense*. Madrid: Centro de Estudios Judiciales, pp. 65-95.
- Muñoz Conde, F. & García Arán, M. (2004). *Derecho penal. Parte general*. 6ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Náquira Riveros, J. (2013). *Imputabilidad y alteración de la percepción: exención y atenuación de la responsabilidad criminal*. Granada: Tesis doctoral inédita.
- Neubacher, F. & Bögelein, N. (2020). “Criminalidad de los pobres - criminalización de la pobreza? Análisis de dos conceptos recalitrantes”. *Sistema penal crítico*. N° 01, pp. 43-67.
- Obregón García, A. (2020). “La exclusión social en la determinación de la pena: aplicabilidad de la eximente de alteraciones en la percepción (art. 20.3 CP) y de otras alternativas. En Benito Sánchez, D. & Gómez Lanz, J. (Dir.). *Sistema penal y exclusión social*. Cizur Menor: Aranzadi / Thomson Reuters, pp. 83-108.
- Olaizola Nogales, U. (2018). “La relevancia de la motivación cultural en el Código Penal”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 20-03, pp. 1-30.
- Puente Segura, L. (1997). *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad penal*. Madrid: Colex.
- Rodríguez Devesa, J. M. (1990). *Derecho penal español. Parte general*. 13 ed. Revisada y puesta al día por A. Serrano Gómez. Madrid: Dykinson.
- Sánchez Vilanova, M. (2015). “Reflexiones sobre la virtualidad de las alteraciones en la percepción”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. N° 19, pp. 437-450.

- Serrano Tárraga, M. D. (2014). Exclusión social y criminalidad. *Revista de Derecho UNED*. N.º 14, pp. 587-617.
- Silva Sánchez, J. M. (2007). “Los indeseados como enemigos. La exclusión de seres humanos del status personae”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 09-01, pp. 1-18.
- Silva Sánchez, J. M. (2018). *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*. Barcelona: Atelier.
- Terradillos Basoco, J. M. (2020). *Aporofobia y plutofilia. La deriva jánica de la política criminal contemporánea*. Barcelona: J. M. Bosch.

JURISPRUDENCIA

Tribunal Supremo (España)

- Tribunal Supremo de España. (1987). Sala 2ª. Sentencia n.º 403/1987. Ponente: Ramón Montero y Fernández Cid. 14 de marzo de 1987. Citada como STS 403/1987.
- Tribunal Supremo de España. (1987). Sala 2ª. Sentencia n.º 646/1987. Ponente: José Jiménez Villarejo. 20 de abril de 1987. Citada como STS 646/1987.
- Tribunal Supremo de España. (1989). Sala 2ª. Sentencia. Ponente: Marino Barbero Sánchez. 22 de junio de 1989. Citada como STS de 22 de junio de 1989.
- Tribunal Supremo de España. (1992). Sala 2ª. Sentencia n.º 4048/1992. Ponente: Carlos Granado Pérez. 23 de diciembre de 1992. Citada como STS 4040/1992.
- Tribunal Supremo de España. (1993). Sala 2ª. Sentencia. Ponente: José Antonio Martín Pallín. 18 de octubre de 1993. Citada como STS de 18 de octubre de 1993.
- Tribunal Supremo de España. (1999). Sala 2ª. Sentencia n.º 296/1999. Ponente: José Augusto de Vega Ruiz. 24 de febrero de 1999. Citada como STA 296/1999.
- Tribunal Supremo de España. (2001). Sala 2ª. Sentencia n.º 139/2001. Ponente: Juan Saavedra Ruiz. 6 de febrero de 2001. Citada como STS 139/2001.
- Tribunal Supremo de España. (2001). Sala 2ª. Sentencia n.º 1135/2006. Ponente: Andrés Martínez Arrieta. 16 de noviembre de 2006. Citada como STS 1135/2006.
- Tribunal Supremo de España. (2011). Sala 2ª. Sentencia n.º 170/2011. Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre. 24 de marzo de 2011. Citada como STS 170/2011.

- Tribunal Supremo de España. (2020). Sala 2ª. Sentencia nº 459/2020. Ponente: Vicente Magro Servet. 18 de septiembre de 2020. Citada como STS 459/2020.
- Tribunal Supremo de España. (2021). Sala 2ª. Sentencia nº 541/2021. Ponente: Ana María Ferrer García. 21 de junio de 2021. Citada como STS 541/2021.

Tribunales Superiores de Justicia (España)

- Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (España). (2019). Sala de lo Civil y lo Penal. Sentencia nº 53/2019. Ponente: Rafael García Laraña. 25 de julio de 2019. Citada como STSJ Andalucía 153/2019.

Audiencias Provinciales (España)

- Audiencia Provincial de Madrid (España). (2001). Sección 7ª. Sentencia nº 114/2001. Ponente: Ana María Ferrer García. 14 de diciembre de 2001. Citada como SAP Madrid, Sección 7ª, 114/2001.
- Audiencia Provincial de Madrid (España). (2003). Sección 17ª. Sentencia nº 685/2003. Ponente: Manuela Carmena Castrillo. 14 de julio de 2003. Citada como SAP Madrid, Sección 17ª, 685/2003.
- Audiencia Provincial de Ávila (España). (2004). Sección 1ª. Sentencia nº 21/2004. Ponente: Ignacio Pando Echevarría. 27 de enero de 2004. Citada como SAP Ávila, Sección 1ª, 21/2004.
- Audiencia Provincial de Huelva (España). (2004). Sección 1ª. Sentencia nº 33/2004. Ponente: Mercedes Izquierdo Beltrán. 19 de octubre de 2004. Citada como SAP Huelva, Sección 1ª, 33/2004.
- Audiencia Provincial de Barcelona (España). (2005). Sección 9ª. Sentencia nº 225/2005. Ponente: Jordi Palomer Bou. 6 de abril de 2005. Citada como SAP Barcelona, Sección 9ª, 225/2005.
- Audiencia Provincial de Málaga (España). (2005). Sección 2ª. Sentencia nº 702/2005. Ponente María Jesús Alarcón Barcos. 20 de diciembre de 2005. Citada como SAP Málaga, Sección 2ª, 702/2005.
- Audiencia Provincial de Madrid (España). Sección 17ª. Sentencia nº 136/2006. Ponente Fernando F. Orten Cebrián. 7 de febrero de 2006. Citada como SAP Madrid, Sección 17, 136/2006.
- Audiencia Provincial de La Rioja (España). Sección 1ª. Sentencia nº 65/2009. Ponente José Luis Díaz Roldán. 17 de marzo de 2009. Citada como SAP La Rioja, Sección 1, 65/2009.
- Audiencia Provincial de Madrid (España). (2010). Sección 15ª. Sentencia nº 232/2010. Ponente María del Pilar de Padra Bengoa. 16 de julio de 2010. Citada como SAP Madrid, Sección 15ª, 232/2010.

- Audiencia Provincial de Álava (España). (2014). Sección 2ª. Sentencia nº 250/2014. Ponente: José María Tapia Parreño. 1 de julio de 2014. Citada como SAP Álava, Sección 2ª, 250/2014.
- Audiencia Provincial de Toledo (España). (2016). Sección 1ª. Sentencia nº 16/2016. Ponente: Gema Adoración Ocariz Azaustre. 28 de enero de 2016. Citada como SAP Toledo, Sección 1ª, 16/2016.
- Audiencia Provincial de Barcelona (España). (2016). Sección 2ª. Sentencia nº 243/2016. Ponente: Jesús María Ibarra Iraguen. 7 de abril de 2016. Citada como SAP Barcelona, Sección 2ª, 243/2016
- Audiencia Provincial de Cuenca (España). (2016). Sección 1ª. Sentencia nº 5/2016. Ponente: Jesús Martínez-Escribano Gómez. 12 de julio de 2016. Citada como SAP Cuenca, Sección 1ª, 5/2016.
- Audiencia Provincial de Sevilla (España). (2019). Sección 1ª. Sentencia nº 117/2019. Ponente: Rafael Díaz Roca. 22 de marzo de 2019. Citada como SAP Sevilla, Sección 1, 117/2019.
- Audiencia Provincial de Barcelona (España). (2019). Sección 6ª. Sentencia nº 710/2019. Ponente: José Manuel del Amo Sánchez. 5 de noviembre de 2019. Citada como SAP Barcelona, Sección 6ª, 710/2019.
- Audiencia Provincial de Madrid (España). (2020). Sección 26ª. Sentencia 400/2020. Ponente: Araceli Perdices López. 14 de julio de 2020. Citada como SAP Madrid, Sección 26ª, 400/2020.

Capítulo 5

EXCLUSIÓN SOCIAL Y POBREZA COMO MOTIVOS DE ODIO: LA RESPUESTA PENAL ANTE LA DELINCUENCIA APORÓFOBA EN LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DEL ART. 22.4^a CP

Miguel Bustos Rubio

Introducción

El art. 22.4^a CP ha sido recientemente modificado incorporando 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 trabajo) 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 y algún decaimiento de legislaturas anteriores que, sumado a la desgraciada irrupción (también, por supuesto, en la agenda política y parlamentaria) de la pandemia generada por la COVID-19, sin duda alguna han contribuido a la dilación de su aprobación definitiva. Pese a todo ello, procede primeramente mostrar la satisfacción de quien escribe por haberse producido finalmente dicho cambio en el texto de la agravante, idea que hemos venido defendiendo y argumentando en los últimos años desde una perspectiva esencialmente político-criminal (aunque no solo desde esta) en diversos estudios e investigaciones de nuestra autoría (cuya relación puede consultarse en el listado de bibliografía final de este trabajo). La aprobación, tras superar los trámites parla-

mentarios oportunos, se produjo además con un amplio consenso, lo que intensifica esa sensación de satisfacción.

Hay que precisar, por un lado, que la Ley recientemente aprobada es mucho más que lo anterior. Resulta comprensible, pues, que obviemos en este momento pronunciarnos sobre el resto de medidas heterogéneas que, en orden a lograr una mejor protección de los menores y adolescentes, se contemplan en la norma. Pero seguramente se puede realizar ya un primer reproche formal en este punto, pues parece del todo cierto que la incorporación del odio al pobre como agravante debía haberse regulado por medio de otra Ley, una norma autónoma en su caso, y no como una forma de anexo (o *dobladillo*) a una legislación que en su objeto directo poco o nada tiene que ver con la aporofobia.

Por otro lado, hay que señalar también que incluso respecto de la aporofobia la norma aprobada es mucho más ambiciosa: tal motivación se va 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^a que aquí y ahora es objeto de análisis (así ocurre, v. gr., con el delito de discriminación laboral del art. 314).

El precepto de la agravante ha contemplado siempre un catálogo cerrado, *numerus clausus*, de motivos discriminatorios que agravan la pena del delito en el que concurren. Todas esas motivaciones aluden a circunstancias personales del individuo, sean estas absolutas (así, v. gr., la relativa a la etnia, la raza, o el sexo) o circunstanciales (por ejemplo, las relativas a una posible enfermedad o discapacidad, o, ahora también, la pobreza).

En los últimos tiempos se venían detectando otras posibles circunstancias de discriminación que, desde la óptica de la oportunidad de intervención político-criminal avalada empíricamente con apoyo en los datos obrantes, y atendida la existencia de un mayor merecimiento y necesidad de respuesta penal, permitían exhortar al legislador a una futura incorporación de nuevas motivaciones discriminatorias en el catálogo taxativo del ya existente art. 22.4^a CP (ampliamente, sobre las razones que a nuestro juicio avalaban tal propuesta de *lege ferenda* para el caso de la pobreza, cf. Bustos Rubio, 2020, 2021b). Y entre esas circunstancias aparecía, seguramente en un plano muy

destacado, la de aporofobia, esto es, la del odio o rechazo a la persona por su situación socioeconómica de pobreza (término acuñado inicialmente por Cortina Orts, 2017, e incorporado posteriormente al diccionario de la RAE).

Como aventurábamos al comienzo, ya en el año 2018 el Grupo Parlamentario Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea en el Congreso de los Diputados presentó, para su toma en consideración por las Cortes, una Proposición de Ley Orgánica de reforma de la LO 10/1995, de 2 de noviembre, del Código Penal (622/000025). En la Exposición de Motivos de esta inicial Proposición podía leerse lo que sigue:

La evolución social de un sistema democrático avanzado como el que configura la Constitución española determina que el ordenamiento jurídico esté sometido a un proceso constante de revisión. La aporofobia es una fobia que representa el miedo hacia la pobreza o a los pobres aunque también puede interpretarse como el odio, la repugnancia u hostilidad ante el pobre, el sin recursos o el desamparado. Desde hace unas décadas, a pesar de que acaba de ser reconocida por la Real Academia Española, la aporofobia trata de dar nombre a un fenómeno tan extendido en la sociedad como invisibilizado como es el rechazo hacia los pobres, es decir el odio hacia las personas pobres o en situación de vulnerabilidad. En los últimos años se han producido situaciones de agresiones y discriminación a personas sin hogar, a pesar de ser un fenómeno bastante invisible y poco denunciado. Sin embargo el Código Penal dentro de los delitos de odio no contempla como agravante la situación socioeconómica o de sin hogar de las víctimas a pesar de que es evidente que esta situación hace a las víctimas especialmente vulnerables. Hasta ahora los Tribunales mayoritariamente se limitaban a tratar las agresiones de este tipo como delitos de lesiones, salvo algunas excepciones en las que se ha aplicado el artículo 173.1 del Código Penal, es decir un delito contra la integridad moral. El Ministerio del Interior desde hace unos años recoge en su informe sobre la evolución de los incidentes relacionados con los delitos del odio en España, las infracciones penales y administrativas cometidas contra las personas por su situación de pobreza y exclusión social, señalando que los casos de aporofobia van en aumento y ello a pesar de la dificultad de contabilizar y encuadrar las agresiones que sufren las personas que viven en la calle con un componente discriminatorio. La propia Fiscalía General del Estado en la memoria de 2015 proponía agravar las penas que deben imponerse a aquellas personas que actúan contra las víctimas por su situación socioeconómica de exclusión o de pobreza. Asimismo el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece la prohibición de toda discriminación, entre otras, por razones de patri-

monio. Con la presente reforma se trata de llenar este vacío que presenta la legislación penal al añadir entre el catálogo de las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal en el artículo 22.4, la aporofobia.

En esta Exposición de Motivos solo se hacía referencia al término aporofobia como circunstancia agravante a incorporar en el catálogo de motivos previsto en el art. 22.4^a CP. No obstante, la modificación propuesta en el artículo Único de la Proposición de Ley aludía expresamente a “razones de aporofobia o de exclusión social” en ese listado. Este proyecto jamás llegó a aprobarse al decaer la anterior legislatura.

A mediados del mes de junio del año 2020 pudimos conocer a través de los medios de comunicación, y tras la comparecencia del Sr. D. Pablo Iglesias, en aquel momento Vicepresidente segundo del Gobierno y Ministro de Derechos Sociales y Agenda 2030, la intención del ejecutivo de propiciar una reforma del Código Penal que, a través de la entonces anteproyectada Ley de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia, vendría a incorporar las razones de aporofobia y de exclusión social como nuevos motivos discriminatorios en el art. 22.4^a CP. En efecto, el 9 de junio de 2020 el Consejo de Ministros aprobó remitir a Cortes Generales el Proyecto de Ley Orgánica de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia. Con fecha 13 de abril de 2021 el Congreso de los Diputados aprobaba en primera instancia, con amplia mayoría (en ese instante solo con los votos en contra de los Grupos Parlamentarios PNV y Vox) dicho Proyecto (BOCG-Congreso de los Diputados de fecha 14 de abril de 2021, núm. 22-4). Tras superar el trámite en el Senado (BOCG-Senado de fecha 19 de mayo de 2021, núm. 189) como ya se anunció, el día 20 de mayo de 2021, con algunas modificaciones tras los oportunos trámites de enmiendas, que sin embargo no afectaron a la cuestión relativa a la circunstancia agravante en examen, se aprobaba esta Ley Orgánica de forma definitiva en el Congreso de los Diputados (BOCG-Congreso de los Diputados de fecha 4 de junio de 2021, núm. 22-7). Se incorporaban ya de manera conclusiva los motivos de aporofobia y de exclusión social en la circunstancia agravante del art. 22.4^a CP. En el Preámbulo de la Ley se puede leer:

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.

En concreto, la Disposición Final Sexta del texto previo, en su numeral Uno, la modificación del art. 22.4^a CP quedando redactado en los términos siguientes (cursivas añadidas):

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*.

Entre uno y otro proyecto parece haberse rechazado finalmente (y afortunadamente) 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^a CP a modo de cláusula de cierre abierta (*open ended clause*). Sobre las razones que nos conducen a rechazar el recurso a tal cláusula nos pronunciamos al final de este mismo capítulo.

Habiendo trabajado durante los últimos años en el estudio y construcción de los diversos motivos que a nuestro juicio permitían exhortar al legislador a producir este cambio en el CP (y para cuyo conocimiento nos remitimos nuevamente al listado de bibliografía final y, en concreto, a las investigaciones de nuestra firma) en adelante sometemos a análisis el nuevo texto desde el prisma de los principios que hoy sostienen (o debieran sostener) nuestro sistema penal.

1. Pobreza, aporofobia y exclusión social

1.1. *La importancia de las palabras*

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.

Conviene aterrizar en el ámbito de la Sociología para delimitar con precisión los dos términos que, en relación con la pobreza, viene a incorporar la agravante del art. 22.4^a CP tras la aludida reforma, aporofobia y exclusión social, conceptos que en muchas ocasiones tienden a confundirse utilizándose indistintamente en determinados ámbitos, y generando con ello una pretendida sinonimia que hace flaco favor en este caso al Derecho Penal, donde, como es sobradamente conocido y acabamos de apuntar, tiene una importancia decisiva el significado de las palabras (sobre esta idea volveremos líneas abajo). En cualquier caso, tiene todo el sentido hacer distinción entre ambos términos toda vez que el legislador penal ha decidido incorporar ambos, diferenciándolos por ello entre sí (o lo que es igual: si se quisiera referir la misma situación socioeconómica con ambos conceptos, no tendría sentido utilizar los dos en un sentido claramente diferenciador).

Ya en el seno de la discusión sociológica sobre la situación o el estatus socioeconómico de las personas, que a su vez sirve para delimitar muchas otras formas de comportamiento del ser humano, encontramos que la doctrina científica utiliza en ocasiones los conceptos “pobre” y “excluido social” (o “pobreza” y “exclusión social”) como términos directamente intercambiables, empleándose a los mismos por igual para referirse a situaciones que, como adelantamos, se pueden antojar diferentes.

En el ámbito propio de la Sociología y de la Política Social se ha mostrado un creciente interés en la delimitación de la terminología “exclusión social” como un modo de definir a una parte de la población que la integra. Con el manejo de este término de nuevo cuño en los últimos años se tiende a desplazar otros como los relativos a “pobreza”, “marginalidad”, “precariedad” o “desigualdad de clases”, por citar solo algunos, que no resultan ni tan multidimensionales ni tan dinámicos como el concepto, según algunos más exacto, de “exclusión social”. Este término nace directamente imbricado a la idea del Estado de Bienestar, un modelo de sociedad que perseguía, y aún

debiera seguir persiguiendo, la protección ciudadana frente al riesgo de pobreza o frente a la desigualdad social y las estructuras de precariedad. El Estado de Bienestar alcanzó su edad de oro en los años inmediatamente posteriores a la Gran Depresión de los años treinta y la Segunda Guerra Mundial, cuando se llevó a cabo un “esfuerzo sistemático de reconstrucción política, moral y económica” de la sociedad (Arriba González de Durana, 2002: 2).

Sin embargo, la crisis económica de los años setenta desaceleró la aplicación práctica de las políticas dimanantes del núcleo duro de ese Estado de Bienestar, debido a muy diversas razones, entre las que podemos citar (solo a título ejemplificativo y sin ahondar ahora en esta cuestión) el desempleo masivo, que condujo a un ingente crecimiento de la desigualdad social, la globalización económica, el declive industrial, los cambios estructurales en los ciclos vitales, los modelos de familia y la incorporación de la mujer al mercado de trabajo, o la influencia de los planteamientos neoliberales, entre otros, lo que explica que en la actualidad el Estado deba responder ante nuevas situaciones de pobreza o de necesidad, situando el problema de la exclusión social en el centro de cualquier debate político y social que se precie (Arriba González de Durana, 2002) y, muy especialmente, en lo que a nosotros respecta, a nivel europeo. Como señalan los sectores más especializados, “los procesos de desarrollo global, tecnológico y económico han deparado unas sociedades más avanzadas, con mayores niveles de bienestar, pero también han generado nuevos fenómenos que acaban configurándose como procesos de exclusión social. Este concepto se manifiesta complejo por las diferentes implicaciones de tipo económico, social, político o cultural que tiene, lo cual induce a que se pueda tomar alguna de estas perspectivas como núcleo fundamental de su significado y análisis” (Jiménez Ramírez, 2008: 174).

El Primer Programa de Pobreza elaborado en el año 1975 por la Comisión Europea definía a las personas pobres como “aquellos individuos o familias cuyos recursos son tan débiles que resultan excluidos de los modos de vida mínimos que se consideran aceptables en el estado miembro en el que viven” (Arriba González de Durana, 2002: 8). Como fácilmente se colige, la definición de pobreza que se realizaba a nivel institucional europeo en aquel momento se atenía exclusivamente a un desigual nivel social en la participación económica. O en palabras de Arriba González de Durana (2002: 8) “su opera-

cionalización se limitaba a tomar en cuenta la desigualdad de recursos monetarios (medidos bien a través de la renta o a través del gasto) siguiendo una tradición anglosajona de medición de la pobreza”. No obstante, a comienzo de los años noventa se produce un cambio en la conceptualización del problema a nivel europeo, cuando comienza a manejarse el término “exclusión social” como forma de referirse a los sectores desfavorecidos de una sociedad. Fue así como el Segundo Programa de Pobreza, ya en el año 1988, adoptó esta terminología a nivel comunitario, siguiéndole después la Carta Social Europea de 1989, y la primera Resolución relativa a la lucha contra la exclusión social de ese mismo año.

Acotar el término exclusión social no es tarea fácil. Depende de los distintos países, legislaciones, o incluso ramas de conocimiento que lo estudien. Tal como se señala desde la sociología “el uso creciente del término exclusión en detrimento del más tradicional de pobreza, no ha conseguido aún eliminar las ambigüedades e inconsistencias con las que a menudo es empleado” (Cabrera Cabrera, 2002: 83).

Actualmente a esta definición se le unen algunos medidores empíricos como el llamado “umbral de pobreza” para seguir manteniendo el concepto de exclusión social como el relativo a las personas que no alcanzan dicho umbral. Sin embargo, este medidor, muy útil en muchos casos, no deja de seguir siendo limitado, pues parece quedar atado al concepto de pobreza, en teoría ya superado, al tener en cuenta solo factores de carácter económico y no otros como los que ya se ponían de manifiesto en la definición acabada de citar: por ejemplo, la posibilidad de acceso a instituciones, derechos subjetivos de contenido asistencial o prestacional, los niveles educativos, o la capacidad y oportunidad de obtener formación o empleo, entre otros. Por tanto, cuando se habla de exclusión social se está aludiendo a aquellos procesos y/o situaciones que impiden la satisfacción de necesidades básicas del individuo, en una sociedad en la que debe aún imperar un Estado de Bienestar (capacidades adquisitivas, alimentación, vivienda, educación, empleo, o sanidad, entre otras).

Observamos, pues, cómo el término exclusión social no es equivalente al término pobreza (cuya forma de odio refiere hoy la palabra aporofobia), principalmente porque aquél primero es multidimensional y omnicompreensivo, mientras que el segundo, de carácter unidi-

mensional, se circunscribe a una situación de posibilidad de respuesta económica limitada o inexistente por parte del individuo. Es, por tanto, este último, un concepto que atañe a la capacidad económica del sujeto en su vida en sociedad. O en palabras de Jiménez Ramírez (2008: 176) “la pobreza hace referencia a la carencia de recursos materiales suficientes para atender las necesidades básicas de una población determinada, que impide vivir de una forma digna”.

Ocurre sin embargo que, si se realiza una comparativa entre los conceptos de pobreza y de exclusión social, encontramos que ambos pueden compartir elementos comunes, siendo además la situación de pobreza el modo a través del cual, habitualmente, un sujeto o un grupo de personas se sitúa en estado de exclusión social (o bien al revés: puede ocurrir que una persona en estado de exclusión social termine situándose en un estado de pobreza a consecuencia de tal situación). Pero también pueden encontrarse entre ambos ciertos matices de interés.

Por un lado, la pobreza presenta un carácter unidimensional (de tipo esencialmente económico) mientras que la exclusión social es un proceso multidimensional, que depende de implicaciones y aspectos muy diversos de tipo laboral, social, cultural, educativo, económico, etc. La pobreza presenta, además, un marcado carácter personal, siendo la exclusión social de tipo estructural. Por lo demás, la pobreza es un estado que se produce de “arriba a abajo”, mientras que la exclusión social es un proceso que se produce “de dentro a fuera”. La primera, pues, es una situación estática, mientras que la segunda es proceso dinámico y cambiante. Además, como refiere la doctrina especializada, la pobreza afecta a individuos particulares, mientras que la exclusión social se atiene, más bien, a colectivos (Jiménez Ramírez, 2008).

A la luz de tales connotaciones podemos definir la exclusión social como el “proceso multidimensional, que tiende a menudo a acumular, combinar y separar, tanto a individuos como a colectivos, de una serie de derechos sociales tales como el trabajo, la educación, la salud, la cultura, la economía y la política, a los que otros colectivos sí tienen acceso y posibilidad de disfrute y que terminan por anular el concepto de ciudadanía” (Jiménez Ramírez, 2008: 178). O bien como el “proceso de alejamiento progresivo de una situación de integración

social en la que pueden distinguirse diversos estadios en función de la intensidad: desde la precariedad o vulnerabilidad hasta las situaciones de exclusión más graves. Situaciones en las que se produce un proceso de acumulación de barreras o riesgos en distintos ámbitos (laboral, formativo, socio sanitario, económico, relacional y habitacional), por un lado, y de limitación de oportunidades de acceso a los mecanismos de protección, por otro” (Hernández Pedreño, 2008: 32). O bien, desde el ámbito propiamente penal, se ha trabajado con el concepto de exclusión social entendiéndolo como aquél que engloba y refiere “los obstáculos que encuentran determinadas personas para participar plenamente en la vida social, viéndose privadas de alguna o varias de las opciones consideradas como fundamentales para su desarrollo humano” (Serrano Tárraga, 2014: 258).

Por su parte, la pobreza pudiera definirse como el estado personal de desigualdad social en el que se encuentra un individuo por causas económicas, que impiden a este afrontar las necesidades básicas para el desarrollo de una vida digna. Finalmente, y de modo consecuente, la aporofobia constituye, como dijimos, la forma de odio discriminatorio contra la persona que se encuentra en situación de pobreza.

La pobreza, como término, aunque venga determinado por causas económicas, y por tanto no siendo un concepto multifactorial como sí lo es, contrariamente, el de exclusión social, está no obstante igualmente sometido a críticas ya desde su conceptualización. Se discute así, por ejemplo, si puede hablarse de pobreza en términos absolutos de privación de recursos económicos (efectuándose una referencia directa a un cierto umbral de renta y de pobreza) o si es posible también hablar de pobreza en términos relativos (por ejemplo, comparando el nivel de renta de un sujeto con el de otro sujeto u otro colectivo).

Por “pobreza absoluta” se entiende, generalmente, aquella situación en la que un sujeto no puede dar cobertura a sus necesidades básicas, como puedan ser la alimentación o la vestimenta. El estado de pobreza absoluta viene determinado, en todo caso, por las particulares condiciones sociales y económicas del país que se trate. Como referencia, conviene señalar que tradicionalmente el Banco Mundial se ha adherido a la cuantía de 1'25 dólares diarios como mínimo indispensable para la supervivencia de un individuo, si bien en el año 2015 actualizó dicho límite situándolo en los 1,90 dólares, por lo

que todo recurso que quede por debajo de dicho umbral podrá considerarse, generalmente, un estado de pobreza absoluta. La cifra se consigue operando con una tasa de cambio que obtiene los precios en paridad de poder adquisitivo. En ese mismo año se calculó que existían 700 millones de personas en situación de pobreza extrema. En la actualidad, no obstante, se emplean también otros índices adicionales para medir el nivel de pobreza de una persona (por ejemplo, el nivel de acceso a agua potable, nivel de escolarización básica, etc., en una clara influencia de ese nuevo concepto de exclusión social al que venimos haciendo referencia) (Domínguez Martínez, 2014).

Por su parte, cuando se habla de “pobreza relativa” se hace referencia a la desventaja económica de una persona respecto del resto de personas de su entorno. Como bien reflexiona en este sentido Domínguez Martínez (2014: 5):

Desde esta perspectiva, un pobre en un país desarrollado podría ser perfectamente reputado como rico respecto a personas con ingresos superiores a la media de un país atrasado. Por otro lado, en una sociedad caracterizada por una igualdad total de los ingresos entre la población, incluso aunque ésta estuviese sumida en la miseria, no habría pobres en términos relativos.

No obstante, parece claro que cuando nos referimos al término pobreza o a la persona pobre estamos haciendo alusión a una circunstancia o estado del sujeto que le hace estar impedido de acceder con normalidad a ciertos recursos o servicios básicos para una vida digna, por razones estrictamente económicas, como se dijo. Es evidente que valorar el estado de pobreza de un individuo depende de la sociedad concreta, del modelo de Estado y del momento en que se analice tal situación, pero ello no implica que no exista un cierto nivel de seguridad cuando se habla de pobreza, sobre todo porque, como se aventuró, al ser un concepto explicable por motivos económicos, y no por multitud de factores diversos y divergentes entre sí, es mucho más asequible acotar el término a su estricto significado. En cualquier caso, cuando nos referimos a la pobreza es perfectamente posible admitir estados de pobreza absoluta (esto es obvio) pero también de lo que se ha venido a denominar pobreza relativa, pues el término engloba las dos y, en tanto no exista necesidad fundada de distinción, vemos posible referirnos por igual a ambos estados. Consecuentemen-

te la aporofobia referirá formas de odio contra cualquiera de estas dos situaciones de pobreza, atendido el caso concreto al que pueda aplicar la agravante.

La exclusión social por su parte, como concepto, engloba numerosos factores que la desencadenan o que, en definitiva, acaban de dibujar (o en las más de las veces, desdibujar) su contorno. Ello hace que, como se viene alertando desde el comienzo de este trabajo, este término resulte muy amplio, excesivamente abierto, hasta cierto punto indeterminado, o en cualquier caso inexacto.

Asumiendo ya que el concepto de pobreza es un estado del sujeto en que este se encuentra por causas de índole económica, existe hoy, como decimos, un término capaz de definir el odio o rechazo a la persona que se encuentra en tal situación: la aporofobia. Y ello porque ya en el año 2017 la profesora Adela Cortina Orts, Catedrática de Ética y Filosofía Política de la Universidad de Valencia, publicaba su interesante libro *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia* (2017), proponiendo a la RAE la adopción de este término de cuño novedoso (del griego *á-poros*, pobre, y *fóbeo*, espanto). En diciembre de ese mismo año la RAE incluyó en su diccionario esta palabra y la definió como la “fobia a las personas pobres o desfavorecidas”.

No era esta, sin embargo, la primera ocasión en que Cortina Orts utilizaba esta palabra: la primera vez, en el año 1995, ya la empleó como título de una columna de opinión en el diario “*ABC Cultural*” que precisamente llevaba por título la que después sería declarada “palabra del año” por la Fundación del Español Urgente, la *aporofobia*. Se refería entonces la autora al término en una Conferencia Euromediterránea celebrada en Barcelona, que pretendía analizar problemas de actualidad en el ámbito del Mediterráneo, desligando el problema del racismo, la xenofobia o los fundamentalismos religiosos (entre otros) del problema del rechazo al pobre. Después, ya en 1996, vuelve a referirse al término en un capítulo de libro para estudiantes de secundaria publicado en la Editorial Santillana. Por último, el 7 de marzo de 2000, Cortina Orts escribe en el diario *El País* sobre esta cuestión, siendo la primera vez en que exhorta expresamente a la Real Academia Española a incluir el término en su Diccionario (la autora proponía la siguiente definición: “dícese del odio, repugnancia

u hostilidad ante el pobre, el sin recursos, el desamparado”) lo que, como hemos señalado, finalmente se produce en el año 2017 tras la publicación del mencionado libro.

Ya desde la introducción en la obra de Cortina Orts se quiere dejar patente la importancia de poner nombres a las cosas y de categorizarlas conforme a la realidad social de la que traen causa. No es lo mismo rechazar a alguien por razón de su raza o etnia, que hacerlo por el rechazo al posicionamiento o a la situación socioeconómica que ostente la persona. Como atisba la autora, ningún ciudadano español se queja, ni rechaza, ni tan siquiera desaprueba, el hecho de que cada año lleguen a nuestro país multitud de turistas extranjeros, a quienes precisamente no vemos como extranjeros sino como turistas. Por ello, la autora considera que en muchos casos realmente no nos molesta el extranjero sino que nos repele la pobreza, lo que hace necesario concebir una nueva realidad más allá de los fenómenos ya existentes de racismo o xenofobia.

Observé que la xenofobia, el rechazo a los extranjeros, ocupaba el centro del discurso político, pero era evidente que no todos los extranjeros molestaban por igual. A los que llegaban cargados de petrodólares, por muy diferentes que fueran, se les ponía alfombra roja, igual que a los turistas. Los extranjeros comenzaron a molestar cuando llegaron los inmigrantes económicos, a los que más tarde se sumaron los refugiados. Luego vino Trump prometiendo levantar un muro y, qué casualidad, era para impedir la llegada de los mexicanos, no de los canadienses (Cortina Orts, 2017).

Para la autora resulta esencial poner nombre a las cosas. Es evidente que conceptualizar un término no solo nos permite identificarlo correctamente, sino que además lo pone en el plano de lo “real”, de lo cognoscible o identificable, primer paso a nuestro juicio para, posteriormente, poder realizar una exégesis correcta del problema y plantear, en su caso, posibles vías de solución al mismo, también, por supuesto, desde el plano jurídico-penal, donde impera el garantista principio de legalidad penal.

1.2. La nueva agravante ante el principio de legalidad penal

Como se aventuró supra, en Derecho Penal el correcto y preciso empleo de la palabra es sumamente importante. Es este el principio de

cabecera, el de legalidad penal, del que nacen muchos otros subprincipios garantistas o limitadores del *ius puniendi*.

El principio de legalidad en su actual formulación implica que no hay delito sin ley previa, estricta y cierta que lo establezca (*lex praevia, stricta, certa*), y no hay más pena que la prevista en la ley para cada delito. Íntimamente ligado a este principio se encuentra la exigencia de que la norma penal se adecue a unos cánones de certidumbre en su redacción, en lo que se ha llamado principio de determinación y certeza (*lex certa*).

Las reivindicaciones frente al Antiguo Régimen no solo pretendían que toda ley encarnase la voluntad general del pueblo, sino también que las leyes (en este caso las penales) fuesen claras y comprensibles. Solo de este modo los ciudadanos verían colmadas sus exigencias, y su derecho subjetivo, a la hora de conocer qué les está permitido y qué no, en cumplimiento del orden social y sus valores asignados.

Este postulado se traduce también en el denominado principio de taxatividad penal, que ha sido recogido desde hace tiempo por nuestro TC en su jurisprudencia (así, v. gr., SSTC 77/1983 o 142/1999). En palabras del máximo intérprete de la Constitución, el principio de legalidad incluye una garantía clara de orden material y alcance absoluto que:

Supone la imperativa necesidad de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, mediante preceptos jurídicos que permitan predecir, con suficiente grado de certeza, las conductas que constituyen una infracción y las penas o sanciones aplicables.

A *sensu contrario*, y también en palabras del TC, este principio sería impositivo de la tipificación de ciertos delitos que contemplen conductas tan excesivamente abiertas, indeterminadas o imprecisas, que abriesen la vía al completo desconocimiento de la norma por parte del ciudadano, lo que le impediría predisponerse al orden social ajustando efectivamente su comportamiento a lo permitido por el mismo: “impide considerar comprendidos dentro del art. 25.1 los tipos formulados en forma tan abierta que su aplicación dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria, en el sentido estricto de la palabra, de los jueces y tribunales” (STC 105/1988).

Este principio de determinación, taxatividad o certeza, tiene, pues, un doble contenido: por un lado, se dirige al legislador, a quien le exige que formule las leyes con precisión (*lex certa*); por otro, se dirige también a los jueces, a quienes se les exige una aplicación correcta de la Ley, en sus propios términos (*lex stricta*). Amén de constituir una clara garantía para el ciudadano que solo así puede saber a qué límites debe acomodar sus conductas en la vida social.

El objetivo perseguido con nuestra investigación consiste no solo en dilucidar el sentido y alcance de los términos que ahora se vienen a emplear en la circunstancia del art. 22.4^a CP, sino también en examinarlos desde una perspectiva crítica, que en este caso nos ofrece el propio principio de legalidad aludido, y que nos permite conocer si la reforma se adecua a los cánones que dimanar de dicho postulado.

A nuestro modo de ver, y sin entrar ahora en la discusión sobre el fundamento penal que ha de sostener esta modificación legislativa (para lo que nos remitimos a Bustos Rubio, 2020), no resulta digno de encomio que el legislador finalmente haya optado por tipificar la exclusión social, como motivo discriminatorio en el art 22.4^a CP, junto al término aporofobia. Y ello, principalmente, por dos razones.

En primer lugar, como hemos pretendido poner de manifiesto líneas atrás, 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.). Como bien ha advertido entre nosotros Serrano Tárrega (2014: 589):

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.

Parece claro, pues, que el empleo de esta terminología en el CP 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 aporofobia. 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 CP 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, y en segundo lugar, como pudo observarse, mientras que el término pobreza hace referencia a un “estado personal” del sujeto, de carácter estático e individual (lo que no obsta a que se pueda salir de ese estado), 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): 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.

Al albur de la necesidad de dicha tipificación, y por tanto antes de operarse el cambio en la norma, algún autor sostenía que de conformidad con lo previsto en la normativa comunitaria sobre la cuestión resultaba más acertado hacer referencia a causas de discriminación y no a fobias concretas (Aguilar García, 2015), considerando en ocasiones como mejor opción aludir a la situación socioeconómica de la víctima, más allá de la concreta situación de pobreza o de abundancia de la misma (Cámara Arroyo: 2017).

Consideramos, no obstante, que amén de la dicción literal que ha recogido la RAE sobre el término aporofobia, también en el cuerpo del CP puede entenderse, si la situamos junto al resto de condiciones del actual art. 22.4^a CP, como una nueva manifestación de odio o de discriminación a la persona en situación de pobreza económica (Güerri Fernández, 2015). Máxime cuando la ubicación sistemática de estas nuevas motivaciones aporóforas se produce justo a continuación

de la alusión a razones de género, lo que nuevamente pone de manifiesto que la agravante solo resultará de aplicación cuando se trate de un odio motivado por razón de pobreza en términos económicos, siendo ese odio o discriminación hacia ella lo que llena el motivo en la actuación delictiva del autor.

Pensamos que es posible hacer expresa mención al concepto aporofobia como modo de continuar el camino iniciado por la profesora Cortina Orts (2017) al acuñar el término. Como ella misma subrayaba, es importante poner nombre a las cosas, sacarlas de la oscuridad y arrojar luz sobre ellas, también en el terrero penal. Pensamos que aludir, como hace ya el actual precepto, a “razones de aporofobia” (y, por tanto, no a un tipo de fobia como tal) permite identificar mejor el motivo de odio o discriminación en tanto se circunscribe al odio o rechazo a la persona en situación de pobreza económica (elemento que, como también se dijo, no deja de ser una condición social, por las razones de las que trae causa, lo que hace que podamos seguir hablando de un tipo de discriminación socioeconómica).

Por lo demás, si a futuro existe un nuevo aparato empírico que permita sostener, con la firmeza con la que nosotros lo hemos hecho en nuestras investigaciones (ampliamente, *vid.* Bustos Rubio, 2020) que también es necesario gestionar desde el CP supuestos de odio o discriminación hacia la persona que nada en la abundancia, en una especie de “odio contra el rico” o plutofobia, entonces resultará igualmente admisible la referencia genérica a la situación económica o socioeconómica en el art. 22.4^a CP por la que abogaban varios autores. Pero, por el momento, tal situación no se ha acreditado ni pensamos que estas últimas situaciones alcancen la categoría de “problema social” discriminatorio (Terradillos Basoco, 2020). En cualquier caso hay que recordar que el precepto, en su versión tradicional, no sólo hace referencia a circunstancias personales absolutas que convergen en motivos de odio (así, por ejemplo, todos tenemos una raza o un sexo, y no se concreta la agravación para una raza o sexo concretos) sino que también alude a condiciones personales relativas del individuo, que no refieren causas de odio aplicables a todos los individuos (verbigracia, la enfermedad o la discapacidad, que no todo el mundo sufre; bien pudiera en este caso el legislador haber referido llanamente razones de salud como motivo agravatorio; no fue así). Lo mismo ocurre con la situación de pobreza y la forma de odio discriminatorio

que representa hoy el término aporofobia: abarca a las personas en situación de pobreza económica pero no así a quienes no se encuentran en dicho estado. Y esa distinción entre causas personales relativas y absolutas deriva, claro está, de las consideraciones político-criminales más variadas que están en la mente del legislador al construir la norma (ampliamente, *vid.* Bustos Rubio, 2020).

2. La innecesaria cláusula de cierre

Más allá de las razones anteriores que nos conducen a preservar la alusión a la aporofobia y a rechazar la relativa a la exclusión social desde el filtro que ofrece el garantista principio de legalidad penal, en la reforma se ha contemplado también una cláusula de cierre, de carácter interpretativo-auténtica, señalando que la circunstancia será de aplicación “con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta”.

Pensamos que esta nueva previsión es de todo punto innecesaria, y 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^a CP agrava la pena cuando el sujeto actúa “por motivos discriminatorios” (en nuestro caso, por motivos de aporofobia). Y actuar “por motivos” significa 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 agraviada¹.

Más allá de que se puedan sostener otros modelos terminológicos, más o menos depurados, o enfocar el debate desde otras perspectivas (Miró Llinares, 2015), en el entorno de la llamada delincuencia de

¹ Lo que, a nuestro modo de ver, permite dar cabida en el precepto a los supuestos de “discriminación por error” (v. gr. lesionar a una persona por motivos de aporofobia, aunque finalmente resulte que esa persona no se encontraba realmente en situación de pobreza), más no así a los casos de “discriminación por asociación” o “discriminación refleja”, referidos a una persona diferente del sujeto pasivo del delito al que la agravante aplica, toda vez que el conjunto del precepto se refiere a la “víctima” del delito, que en sede penal solo puede ser el sujeto pasivo del mismo, y no terceras personas.

odio (en su mayoría con una etiología radicada en el ámbito del sistema anglosajón, en ocasiones seguida en otros ordenamientos, v. gr.: *hate speech*, o discurso del odio; *bias crimes*, o crímenes prejuiciosos, etc.) en realidad el actual art. 22.4^a CP debe ser analizado a la luz del tradicional concepto de “delito de odio” o *hate crime* (Díaz López, 2013). Ocurre, sin embargo, que dentro del término delito de odio es posible encontrar dos modelos legislativos (y también dogmáticos) bien diferenciados:

Por un lado, encontramos el modelo de discriminación selectiva (*discriminatory selection model*) en el que, unido al fundamento originario de este concepto, relacionado con ciertas exigencias y reivindicaciones sociales de siglos pasados, la motivación concreta del autor en el momento de ejecutar el hecho delictivo pasa a un segundo plano:

El concepto de crimen de odio y, por lo tanto, el fundamento de la agravación, se vincula al hecho de que produce efectos discriminatorios en el colectivo al que pertenece la víctima. Se trataría de un modelo que restringe la agravación a aquellos supuestos en los que el autor forma parte del grupo mayoritario y la víctima de un colectivo tradicionalmente discriminado (Díaz López, 2013: 115).

Como reafirma Díaz López (2017: 110) en una investigación posterior, según el modelo anunciado lo que habría que fundamentar en términos de Justicia para introducir estas sanciones penales sería que el efecto discriminatorio hacia un grupo discriminado (o hacia la víctima por su pertenencia a ese grupo) merece una mayor sanción penal:

Conforme a este modelo, los móviles del autor al cometer su delito son completamente irrelevantes: un delito no es “de odio” por las motivaciones del autor, sino por los efectos para el colectivo discriminado. Por tanto, si se opta por este modelo ideal, la ley no mencionará que la conducta deba cometerse por algún determinado motivo para ser sancionada en tanto que delito de odio, y por ende no se exigirá *probar* la motivación del autor para condenarle como autor de un delito de odio.

Esta sería, por ejemplo, la opción legislativa seguida por nuestro legislador en el año 2004 cuando introdujo en el CP ciertos preceptos que sancionaban con mayor pena determinadas agresiones sufridas por mujeres, en el marco de la violencia de género, modelo que, no sin enfrentamientos y posiciones de diversa índole, finalmente fue

avalado por nuestro TC como modelo de discriminación positiva. Lo importante es que, en este ejemplo, nada importa a los efectos del tipo penal la concreta motivación existente en la figura del autor al momento de cometer los hechos, pues objetivamente su ataque se produce frente a una persona que, en tal ámbito, ha sido seleccionada desde la ley como miembro de un colectivo discriminado o especialmente vulnerable (*vid.* Lorenzo Copello, 1996). Y, evidentemente, con tal interpretación se salvan las críticas que conducen la cláusula al ámbito del Derecho Penal de autor o a la hipotética punición del pensamiento (Hortal Ibarra, 2012).

Extrapolado el modelo anterior al caso de la aporofobia, encontramos que la cláusula del art. 22.4^a CP incluye a las personas pobres como sujetos especialmente vulnerables o tradicionalmente discriminados (algo cierto, a la luz de los datos existentes; *vid.* Bustos Rubio, 2020) y el mero hecho de recibir estas un ataque en términos delictivos podría conducir ya a la agravación de pena. Sin embargo, observamos que la letra de la ley no parece indicar en esta dirección, pues el precepto, insistimos, habla de actuar por motivos discriminatorios, con lo que está exigiendo un concreto móvil o finalidad en el autor del hecho, conduciendo al intérprete a entrar a valorar precisamente los motivos que guían dicha actuación. Y por más que para algunos sectores de la doctrina este modelo pueda aproximar la figura al llamado “Derecho Penal de autor” o análogo, al terminar por castigar algo similar a los pensamientos o formas de conducción de vida, este es un problema que debe afrontarse *a posteriori*². En cualquier caso, esta “aparente dificultad” no es óbice para sostener que realmente el actual art. 22.4^a CP se inserta dentro del denominado *animus model*, o modelo de animosidad, atendido el propio texto legal.

En el *animus model* (otros autores prefieren denominarlo *hostilty model*; así, Fuentes Osorio, 2017) se entiende que los crímenes o deli-

² No siendo el objeto directo de este trabajo, y por exceder con creces de la finalidad principal del mismo, nos remitimos a nuestra monografía para conocer con detalle las razones que nos permiten concluir que en realidad el art. 22.4^a CP no presenta ningún problema con el *principio del hecho* ni supone punir el pensamiento quebrando el principio *cogitationis poenam nemo patitur*. *Vid.* nuevamente, Bustos Rubio, 2020, 2021, 2022. Puede verse también recientemente en una línea similar, Pantaleón Díaz, 2020, 2020b.

tos de odio son tal atendiendo al dato de que el autor actuó con una cierta motivación en la realización del hecho. Esto es precisamente lo que establece el art 22.4^a CP; “solo partiendo de un concepto de crimen de odio que englobe nuestro actual artículo 22.4^a CP, podremos atender al posible fundamento de leyes que tomen en consideración, para imponer una sanción penal, el que se actúe guiado por *motivos* discriminatorios hacia características de la víctima” (Díaz López, 2013: 115).

En nuestro entorno jurídico es relativamente fácil discernir dos opciones legislativas para afrontar los crímenes de odio. Como expone Landa Gorostiza (1999) encontramos por un lado el modelo europeo seguido por países como Alemania, Francia, Austria o Suiza, que optan por tipificar delitos concretos consistentes en la provocación o incitación de ciertos odios (v. gr. xenófobo) y, por otro lado, el modelo estadounidense, que opta por agravar de un modo genérico cualquier delito presidido por connotaciones odiosas. El modelo del Código Penal español, aun siendo mixto porque ciertamente recoge en la parte especial tipos que pueden entenderse incluidos entre los delitos de odio y que responderían a un proceso de selección de colectivos vulnerables, opta por un modelo similar al estadounidense en la previsión de una circunstancia agravante genérica para este tipo de conductas. El art. 22.4^a CP español se incardina con comodidad, atendida su redacción y características que lo conforman, en el modelo de ánimo dentro de la categoría de delitos de odio. Y ello porque, reiteramos, es lo que dice el Código Penal. Por tal razón nos resulta de todo punto innecesaria la precisión realizada por el legislador en relación con la cláusula de cierre acabada de analizar.

3. La finalmente rechazada alusión a “cualquier otro motivo discriminatorio”

Habiéndonos referido ya con más detenimiento a la distinción entre los conceptos de aporofobia, pobreza y exclusión social (rechazando el recurso a esta última terminología) y también a la innecesariedad de la cláusula de cierre proyectada, resta por analizar la otrora planteada inclusión de un broche final relativo a “cualquier otro motivo discriminatorio”, siquiera sea de modo muy contenido

dado que finalmente se ha eliminado la alusión al mismo en el texto de la Ley (si bien sí aparecía en las notas de prensa gubernamentales iniciales). En concreto, la idea inicial pasaba por cerrar el actual art. 22.4^a CP agravando la pena cuando, al margen de la concurrencia de cualquiera de los motivos abyectos previstos en el precepto, pudiera probarse la existencia de “cualquier otro motivo basado en un prejuicio discriminatorio”.

Resulta interesante hacer alguna observación al respecto dada la existencia en nuestra doctrina de autores que han considerado que, en lugar de plantear la posible inclusión de circunstancias o condiciones individuales mediante el empleo de un catálogo enumerativo y de carácter cerrado, la mejor opción legislativa pasaría por incorporar una cláusula de cierre-abierta que diese cabida a “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, en consonancia con lo dispuesto en el art. 14 CE (Gómez Martín, 2010). La dicotomía entre el empleo de un catálogo taxativo y cerrado, *numerus clausus*, como el actual, y la opción por un modelo *numerus apertus* como el inicialmente pensado por el legislador en esta última ocasión, y sostenido por este sector, la expresa de manera muy ilustrativa Díaz López (2013: 231): “¿preferiremos la inseguridad jurídica a la infrainclusión?”.

Ya la importante STS 1160/2006 puso de manifiesto esta discusión al analizar el contenido del art. 22.4^a CP:

En el texto legal cabe diferenciar dos partes, aunque no quepa separar una de otra. En la primera, terminada con una cláusula de relativa apertura, se hace referencia a la comisión del delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación. Y, en esa fórmula abierta, ha de incluirse el caso que nos ocupa: los acusados atacaban a la víctima al diferenciarla peyorativamente con trato inhumano, por su condición de mendigo sin techo. En la segunda parte del precepto se acude a una enumeración en *numerus clausus*; la discriminación ha de centrarse en la ideología, la religión, las creencias, la etnia, la raza, la nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca (la víctima). Lo que refuerza la seguridad jurídica, exigible por los arts. 25.1, 9.3 y 81 CE y 1, 2 y 4 CP. Pero, con la utilización de tal cierre, corre peligro el legislador de dejar fuera otras modalidades de discriminación equiparables, desde la perspectiva del Estado social, democrático y de Derecho, a las que enuncia (...).

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 es el caso de nuestras últimas investigaciones en relación con la aporofobia) antes que admitir una amplia discrecionalidad judicial en un asunto de suma complejidad, toda vez que

Las libertades interpretativas que habilitaría una cláusula general podrían suponer la ampliación de la agravante a una “por móviles abyectos”, haciendo depender de arbitrarias licencias la determinación de cuándo nos encontramos ante una condición análogamente “personal” a las que enumera el precepto (Díaz López, 2013: 233).

Ciertamente, como ha identificado Alonso Álamo (2002) 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 (así, Bustos Rubio, 2021b). Esta situación, empero, no debe conducirnos necesariamente a sostener un modelo de cláusula abierta; como señala 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^a 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 hemos analizado páginas atrás, y que debe seguir ejerciendo de límite al ejercicio exacerbado del *ius puniendi*.

Referencias

DOCTRINA

- Aguiar García, M. A. (Dir.) (2015). *Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación*. Barcelona: Generalitat de Catalunya.
- Alonso Álamo, M. (2020). “La circunstancia agravante de discriminación”. En Díez Ripollés, J. L. (Coord.). *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, pp. 533-542.
- Arriba González de Durana, A. (2002). “El concepto de exclusión en política social”. *Unidad de Políticas Comparadas (CSIC). Documento de Trabajo (02-02). Consejo Superior de Investigaciones Científicas*. [Disponible en <https://core.ac.uk/download/pdf/36013864.pdf>].
- Bustos Rubio, M. (2020). *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22,4ª CP)*. Barcelona: Bosch.
- Bustos Rubio, M. (2020b). “Pobreza y delito: algunos rasgos del actual sistema penal aporóforo”. En Cordero Verdugo, R. et al. (Coords.), *Grandes retos criminológicos del siglo XXI*. Madrid: Wolters Kluwer, pp. 117-129.
- Bustos Rubio, M. (2020c). “Aporofobia institucionalizada: el Código Penal como herramienta”. En Pérez Adroher, A., López de la Vieja de la Torre, M. T. & Hernández Martínez, E. (Eds.). *Derechos Humanos ante los nuevos desafíos de la globalización*. Madrid: Dykinson, pp. 1467-1484.
- Bustos Rubio, M. (2021). “El art. 22,4ª del Código Penal: una circunstancia inconclusa en una realidad social aporófora”. *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad* (extra 7).
- Bustos Rubio, M. (2021b). “Aporofobia, motivos discriminatorios y obligaciones positivas del Estado: el art. 22,4ª CP entre la prohibición de infraprotección y la subinclusión desigualitaria”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 23-04.
- Bustos Rubio, M. (2022). “¿Cogitationis poenam nemo patitur? La agravante de discriminación en la encrucijada: principio de legalidad penal vs. principio del hecho”. En Teijón Alcalá, M. (dir.), *El odio como motivación criminal*. Madrid: Wolters Kluwer, pp. 239-261.
- Cabrera Cabrera, P. J. (2002). “Cárcel y exclusión”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* (35), pp. 83-120.
- Cámara Arroyo, S. (2017). “El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. 70 (1), pp. 139-225.
- Cortina Orts, A. (2017). *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*. Barcelona: Paidós.

- Díaz López, J. A. (2013). *El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22,4º CP*. Navarra: Aranzadi.
- Díaz López, J. A. (2017). “El art. 22.4 CP y la motivación discriminatoria online”. En Miró Llinares, F. (Dir.) *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*. Madrid: Marcial Pons, pp. 107-127.
- Domínguez Martínez, J. M. (2014). “Tiempos de desigualdad: cuestiones básicas para el análisis económico”. *eXxtoikos*. 13, pp. 3-12.
- Fuentes Osorio, J. L. (2017). “El odio como delito”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (19-27).
- Gómez Martín, V. (2011). “Comentario al art. 22.4º CP”. En Corcoy Bidasolo, M. & Mir Puig, S. (Dir.) *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Güerri Fernández, C. (2015). “La especialización de la fiscalía en materia de delitos de odio y discriminación”. *InDret. Revista para el análisis del Derecho*. 1, pp. 1-33.
- Hernández Pedreño, M. (2008). *Exclusión Social y Desigualdad*. Murcia: Editum.
- Hortal Ibarra, J. C. (2012). “La circunstancia agravante por motivos racistas o discriminatorios (art. 22.4ª CP): una propuesta restrictiva de interpretación”. *Cuadernos de Política Criminal*. 108, pp. 31-66.
- Jiménez Ramírez, M. (2008). “Aproximación teórica de la exclusión social: complejidad e imprecisión del término. Consecuencias para el ámbito educativo”. *Estudios Pedagógicos*. 34 (1), pp. 173-186.
- Landa Gorostiza, J. M. (1999). *La intervención penal frente a la xenofobia: problemática general con especial referencia al delito de provocación del artículo 510 del Código Penal*. Bilbao: Universidad del País Vasco.
- Laurenzo Copello, P. (1996). “La discriminación en el Código Penal de 1995”. *Estudios Penales y Criminológicos*. 19, pp. 219-288.
- Milton Peralta, J. (2012). *Motivos reprochables: una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*. Madrid: Marcial Pons.
- Miró Llinares, F. (2015). “La criminalización de conductas «ofensivas». A propósito del debate anglosajón sobre los «límites morales» del Derecho penal”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 17-23.
- Pantaleón Díaz, M. (2020). “La aporofobia como móvil discriminatorio: ¿Derecho penal de autor?”. *Sistema Penal Crítico*. 01, pp. 153-164.
- Pantaleón Díaz, M. (2020b). “¿Vulnera el principio del hecho considerar los móviles abyectos como agravante? El ejemplo de la aporofobia”. *La Ley Penal* (147).
- Serrano Tárraga, M. D. (2014). “Exclusión social y criminalidad”. *Revista de Derecho de la UNED*. 14, pp. 587-618. 3

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

JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional (España)

- Tribunal Constitucional (1983). Sala 2ª. Sentencia nº 77/1983. Ponente Luís Díez-Picazo y Ponce de León. 3 de octubre de 1983. Citada como STC 77/1983.
- Tribunal Constitucional (1988). Pleno. Sentencia nº 105/1988. Ponente Luís Díez-Picazo y Ponce de León. 8 de junio de 1988. Citada como STC 105/1988.
- Tribunal Constitucional (1999). Sala 2ª. Sentencia nº 142/1999. Ponente Carles Viver Pi-Sunyer. 22 de julio de 1999. Citada como STC 142/1999.

Tribunal Supremo (España)

Tribunal Supremo. (2006). Sala 2ª. Sentencia nº 1160/2006. Ponente Si-ro Francisco García Pérez. 9 de noviembre de 2006. Citada como STS 1160/2006.

Capítulo 6

**LA APOROFOBIA COMO
CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE EN
EL SISTEMA DE DETERMINACIÓN
DE LA PENA DE LA CORTE
PENAL INTERNACIONAL ***

Héctor Olasolo
Clara Esperanza Hernández Cortés
Luisa Villarraga Zschommler

Introducción

Si bien el término *aporofobia* fue utilizado por primera vez en el artículo publicado con este título por Adela Cortina en el suplemento cultural del diario ABC (España) el 1 de diciembre de 1995, ha sido

* El presente trabajo se inscribe dentro del Proyecto de Investigación “La respuesta del Derecho internacional a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de las dinámicas de comportamiento del sistema de narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales” (2020-2023), con número de referencia de Minciencias (Colombia) 70817, financiado con recursos procedentes del Patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación Francisco José de Caldas (Colombia) y la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Este proyecto forma parte del Programa de Investigación “Estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales” (2020-2023), con número de referencia de Minciencias 70593. Las obras colectivas de este Programa, que son realizadas a través de la Red de Investigación Respuestas a la Corrupción Asociada al Crimen Organizado Transnacional (creada para la ejecución del Programa 70593) cuentan con financiación externa para su publicación del Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos).

necesario esperar más de dos décadas para que la Real Academia de la Lengua Española (RAE) lo incluyera en 2017 en su diccionario, definiéndolo como la “fobia a las personas pobres o desfavorecidas”. Esta definición combina los conceptos de “fobia” (entendido como rechazo, aversión o desprecio) y “áporos” (relativo al pobre¹, al sin recursos, al desamparado) (Almonacid 2018: 19-200).

En consecuencia, se puede entender por aporofobia el rechazo, la aversión o el desprecio hacia los pobres (los sin recursos), como consecuencia de su relación desigual con quienes los excluyen. Estos últimos tienen mejores condiciones socio-económicas y ven como una amenaza a los primeros porque los pobres no pueden ofrecer nada a la sociedad. De esta manera, ante una situación de recursos limitados, los pobres son percibidos como una fuente de inseguridad (buscan los recursos para satisfacer sus necesidades básicas en el espacio público, no siendo pocos los que duermen en la calle) y de gasto social en salud, educación, vivienda o renta básica (Olasolo & Hernández, 2021: 231)². Como resultado, para quienes los excluyen, [...] “tomarle[s] en cuenta implica perder capacidad adaptativa biológica y socialmente, porque son los bien situados los que pueden ayudar a sobrevivir y prosperar” (Cortina 2017: 54, 86).

Como consecuencia de la aporofobia, surge la violencia frente al grupo de las personas en situación de pobreza, entendiendo como tal toda conducta (acción u omisión) que les priva de algo esencial (la vida, la integridad física y psíquica u otros derechos y libertades fundamentales), incluyendo aquellos comportamientos que se dirigen a negar su potencialidad y realización como personas, mediante el no dejarles hacer (Centre d’Acogida Assís 2016: 6).

¹ El concepto “pobre” cobra relevancia para comprender el sujeto pasivo víctima del rechazo y la aversión. Este es definido por la RAE como: “1. Necesitado, que no tiene lo necesario para vivir. 2. Escaso, insuficiente. 3. Humilde, de poco valor o entidad. 4. Infeliz, desdichado y triste. 5. Pacífico, quieto y de buen genio e intención. 6. Corto de ánimo y espíritu. 7. Mendigo”.

² En la medida en que los pobres no pueden cubrir sus necesidades básicas, esto supone que el Estado en el cual habitan debe asegurar esos derechos mínimos tal y como se desprende, entre otros convenios internacionales, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966).

Desafortunadamente, la aporofobia y la violencia que engendra no son fenómenos aislados. Por el contrario, una de las principales razones del mismo es que la pobreza constituye uno de los problemas más graves en la actuales sociedades nacional e internacional, como lo demuestra el hecho de que su drástica reducción constituye el primero de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas para 2030 (Naciones Unidas, s.f.)³.

La pobreza es particularmente intensa en el grupo de las “personas sin hogar” que, según la Federación Europea de Organizaciones Nacionales que Trabajan con las Personas sin Hogar (FEANTSA), el Observatorio Europeo del Sinhogarismo (ETHOS) y el Centre d’Acogida Assís (2016: 7) (Amore, Baker & Howden-Chapman 2011: 21), afecta a quienes carecen de un “hogar estable, adecuado y seguro”⁴. Esto incluye a los siguientes cuatro grupos de personas:

³ Para su análisis, tanto el Banco Mundial (s.f.) de acuerdo al nivel de ingreso, como autores como Sachs (2005: 51-55) o Cortina (2017: 27) con base en criterios multidimensionales de naturaleza socio-económica, distinguen tres tipos de situación de pobreza. En primer lugar, la pobreza extrema o absoluta, de la que no es posible salir sin ayuda exterior, y en la que se encuentran quienes tienen un ingreso diario inferior a 1,90 dólares (Banco Mundial) y las familias que no pueden satisfacer sus necesidades básicas para la supervivencia (Sachs). En segundo lugar, la pobreza moderada (también referida como pobreza), en la que viven las personas que reciben menos de 5,50 dólares al día (Banco Mundial) y las familias que cubren sus necesidades básicas de modo precario (Sachs). Finalmente, la vulnerabilidad a la pobreza o pobreza relativa, que presentan quienes tienen ingresos inferiores a 13 dólares diarios (Banco Mundial) y las familias que están por debajo de un porcentaje determinado de la renta nacional media (Sachs), lo que genera una alta probabilidad de caer en la pobreza si empeoran las condiciones de la economía en la que viven (la pandemia de la COVID-19 ha hecho realidad este riesgo en numerosos países para importantes sectores de la población).

⁴ La definición acogida por el Centro de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (UNCHS) (Flohr 1998: 11-13) es más amplia al incluir tanto a quienes no tienen asegurados unos mínimos vitales en las condiciones de vida, como a quienes no tienen acceso a un lugar adecuado para habitar que cumpla con las siguientes características: privacidad adecuada, espacio adecuado, seguridad adecuada, seguridad de tenencia, accesibilidad física, estabilidad estructural, durabilidad, infraestructura básica adecuada como acceso al agua, higiene y manejo de residuos, luz adecuada, temperatura adecuada, ventilación y ubicación adecuada en relación al trabajo (Olufemi 2002: 455-456).

- (i) Las personas sin techo, que habitan en un espacio público o a la intemperie, con independencia de si pasan las noches en estos lugares (“habitantes de la calle”) o en albergues que sólo abren por la noche.
- (ii) Las personas sin vivienda, que viven en alojamientos sostenidos para personas sin hogar, refugios para mujeres, alojamientos temporales reservados a los inmigrantes y a los demandantes de asilo, o instituciones residenciales o de internamiento que tienen eventualmente que abandonarse.
- (iii) Las personas con vivienda insegura, que comparten casa o alojamiento entre varias personas con el riesgo permanente de perderla porque habitan sin pagar alquiler, viven bajo amenaza de desahucio o sufren amenaza de violencia por parte de la familia o pareja.
- (iv) Las personas con vivienda inadecuada, que residen en viviendas con condiciones inapropiadas porque se trata de estructuras temporales o no convencionales, no cumplen los requisitos de la legislación aplicable o están masificadas (; Centre d’Acogida Assís 2016: 8; Olasolo & Hernández, 2021: 229).

Entre las distintas categorías de personas sin hogar, la forma más visible y dura de pobreza corresponde a los “habitantes de la calle”, que se caracterizan por vivir y dormir en espacios públicos (Flohr 1998: 11-13). Ni en España, ni en el resto de los países europeos, existen datos precisos sobre el número de habitantes de la calle porque “[...] no existen mecanismos de registro normalizados, en forma, procedimiento y periodicidad. Además, fuera de los datos provistos por los recursos públicos o privados (albergues, pisos de inclusión, etc.), las demás categorías (en especial la de personas durmiendo en espacios públicos) ofrecen grandes dificultades para su cuantificación” (Centre d’Acogida Assís 2016: 10). A pesar de lo anterior, se estima que para 2016 el número de habitantes de la calle en España podría haberse situado en torno a las 15.000 personas (Olasolo & Hernández, 2021: 233).

Aunque el fenómeno de la aporofobia, y los tipos de violencia que genera se extienden a todos los sectores de la población que se encuentra bajo el umbral de pobreza o son vulnerables a la misma, su intensidad es mucho mayor con respecto a los habitantes de la calle

(Flohr 1998: 11-13). Así, los datos del informe publicado por el Observatorio de Delitos de Odio (HATENTO) en 2015 señalan que en España: (i) alrededor de un 47% de las personas sin hogar han sido víctimas de actos de violencia directa por aporofobia; (ii) cuatro de cada cinco víctimas de este tipo de agresiones las han sufrido en más de una ocasión; y (iii) el 60% de las agresiones aporofóbicas contra personas sin hogar se producen contra los habitantes de la calle en las horas de la noche cuando las víctimas no pueden defenderse porque se encuentran durmiendo o descansando en los espacios públicos (Observatorio HATENTO 2015: 34). En el mismo sentido, según el informe sobre Violencia Directa, Estructural y Cultural contra Personas sin Hogar elaborado entre 2006 y 2016 por el Centre D'Acollida Assís (2016: 16-20), el 60% de las noticias de violencia directa recopiladas en España entre 2006 y 2016 en las que se pudo obtener suficiente información para categorizar a la víctima corresponden a habitantes de la calle⁵.

La forma de violencia aporofóbica más visible es la denominada violencia directa, que consiste en agresiones físicas o psicológicas, las cuales, frecuentemente, vienen acompañadas de omisiones policiales que dejan a las víctimas sin protección. A este respecto, resultan particularmente preocupantes las estadísticas ofrecidas en el mencionado informe del Centre d'Acogida Assís (2016: 14), donde se subraya que en el 60% de las noticias de violencia directa con suficiente información que fueron recopiladas en España entre 2006 y 2016 se reportó un resultado de muerte, en el 35% se informó sobre distintos tipos de traumatismos (que con frecuencia son resultado de golpear repetidamente a las víctimas con objetos contundentes como varas de hierro hasta dejarlas inconscientes y/o gravemente heridas) y en el 5% restante se hizo referencia a quemaduras y otras consecuencias.

⁵ De las 380 noticias de violencia directa recopiladas, un 29,5% tenían como víctimas a habitantes de la calle que duermen en el espacio público, un 2,6% a personas que viven o pernoctan en albergues, un 22,4% a personas que habitan en viviendas inadecuadas y un 45,5% a personas que no fue posible categorizar por falta de información (lo que significa que un 60% de las noticias de violencia directa donde se obtuvo la información necesaria para categorizar a la víctima corresponden a habitantes de la calle) (Centre d'Acogida Assís 2016: 16-20).

Existen, además, otros tipos de violencia menos visibles, pero muy presentes y con serias consecuencias contra los habitantes de la calle, las personas sin hogar y quienes de otro modo se encuentran en situación de pobreza. Entre ellas, destacan la violencia estructural y la violencia simbólico-cultural. La primera forma parte de la estructura social e impide a las víctimas cubrir sus necesidades básicas materiales, sociales, de seguridad y de realización personal. La segunda está constituida por aquellos aspectos simbólico-culturales (como el idioma, la religión, el arte, la educación o los medios de comunicación) que se instrumentalizan para justificar o legitimar las formas de violencia directa y estructural mediante la invisibilización, la estigmatización, e incluso la criminalización de la pobreza (en especial de quienes viven y duermen en la calle). De esta manera, “[l]a manipulación de la opinión pública, que las diversas ideologías político-económicas circulantes en [la] sociedad [española] transmiten a través de los medios de comunicación, se ocupa de crear, alimentar y dar argumentos a esos juicios distorsionados y discriminatorios”. Esto hace que quienes se encuentran en esta situación, al ser percibidas como responsables de la misma, pierdan su condición de ciudadanos, y con ello sus derechos y libertades (Centre d’Acogida Assís 2016: 6, 25).

A la luz de lo anterior, en nuestro anterior trabajo (Olasolo & Hernández, 2020) analizamos cómo en el ámbito del Derecho internacional penal (DPI) (especialmente en el sistema del Estatuto de Roma (ECPI), los Elementos de los Crímenes (EC) y las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP) de la Corte Penal Internacional (CPI)), las expresiones más graves de violencia aporofóbica (asesinatos, traumatismos, quemaduras, lesiones psíquicas graves, violencia estructural y violencia simbólico-cultural) contra los habitantes de la calle, las personas sin hogar y quienes de otro modo se encuentran en situación de pobreza pueden ser constitutivas de crímenes internacionales.

En particular, concluimos que, si bien la violencia aporofóbica no constituye *per se* un crimen de genocidio conforme al DIP vigente y al artículo 6 del ECPI, porque los grupos protegidos por su definición se limitan a aquellos caracterizados por la nacionalidad, la raza, la etnia y la religión, esto no impide su caracterización como tal en aquellas jurisdicciones nacionales que han extendido en sus legislaciones internas el ámbito de protección ofrecido por el crimen de genocidio

a los grupos socio-económicos (Olasolo & Hernández, 2021: 233; Izquierdo & Ugalde, 2019: 234-235).

Así mismo, también pudimos constatar que la violencia aporofóbica puede ser constitutiva de crímenes contra la humanidad, siendo especialmente importante a este respecto la inclusión de los grupos socio-económicos entre los grupos expresamente protegidos por el crimen de lesa humanidad de persecución en el artículo 7(1)(h) y (2) (g) del ECPI. Esto supone, en última instancia, que los habitantes de la calle, las personas sin hogar, y quienes de otra manera se encuentran en situación de pobreza (ya sean considerados como grupos distintos con autonomía propia, o como un solo grupo más amplio caracterizado porque la falta de recursos de sus integrantes les impide satisfacer unas condiciones socio-económicas básicas o acceder a un lugar estable, adecuado y seguro para vivir) son también objeto de protección (Olasolo & Hernández, 2021: 232).

Ahora bien, como vimos en su momento, para poder afirmar en un caso concreto que la violencia aporofóbica es constitutiva de crímenes de lesa humanidad (ya se trate de persecución o de otra manifestación de esta categoría de delitos), es en todo caso necesario que concurren los elementos contextuales previstos en el artículo 7 del ECPI. Esto requiere que, en relación con los colectivos mencionados, se obtengan datos precisos y comprensivos sobre: (i) la generalidad y sistematicidad de la violencia causada por el rechazo, la aversión o el desprecio hacia sus integrantes; (ii) la respuesta política en los niveles local, regional y/o nacional; y (iii) las políticas y prácticas, la estructura organizativa y de alianzas, y la capacidad logística y operativa de ciertas organizaciones, que fomentan la violencia aporofóbica a través de una retórica de rechazo, aversión o desprecio hacia quienes forman parte de dichos colectivos (particularmente, cuando los conforman extranjeros), recurriendo frecuentemente para ello a las redes sociales (Olasolo & Hernández, 2021: 233).

Con base en lo anterior, y continuando con el trabajo que hemos venido realizando, el presente capítulo centra su análisis en una cuestión que hasta ahora no ha sido abordada con la debida profundidad, como es la relativa a si la raíz aporofóbica de la violencia cometida contra los habitantes de la calle, las personas sin hogar y quienes de otro modo se encuentran en situación de pobreza, puede ser conside-

rada como una circunstancia agravante de la pena, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 78 del ECPI y en la regla 145 de las RPP. Con este fin, partimos en la sección 2 del análisis del sistema de determinación de la pena recogido en estas disposiciones, para a continuación, y con base en la jurisprudencia de la CPI, abordar de qué manera, y bajo qué condiciones, la violencia aporofóbica puede dar lugar a las agravantes de “motivo que entrañe discriminación” (sección 3), “especial indefensión” de las víctimas (sección 4), “especial crueldad” en la comisión de los delitos (sección 5) y “abuso de poder o de cargo oficial” (sección 6). El capítulo finaliza con una breve reseña de las principales conclusiones alcanzadas (sección 7).

1. El sistema de determinación de la pena en la Corte Penal Internacional

El artículo 78(1) del ECPI establece dos factores principales que la CPI ha de tener en cuenta a la hora de determinar la pena: (i) la gravedad del crimen, y (ii) las circunstancias individuales del condenado. La regla 145 de las RPP desarrolla lo dispuesto en el artículo 78 del ECPI al señalar en sus párrafos (1)(a) y (1)(b) que, en la determinación de la pena, que debe en todo caso reflejar la culpabilidad del condenado, se han de ponderar todos los factores pertinentes, incluyendo: (i) las “circunstancias del crimen” (que parecen hacer referencia a su gravedad), (ii) las “circunstancias del condenado” (que parecen corresponderse con sus circunstancias personales), y (iii) las circunstancias agravantes y atenuantes.

La regla 145(1)(c) de las RPP subraya también que, además de los dos factores mencionados en el artículo 78(1) del ECPI (gravedad del crimen y circunstancias personales del condenado), se han de tener en cuenta en la determinación de la pena otros factores, entre los cuales se mencionan expresamente (i) la magnitud del daño causado, en particular a las víctimas y sus familiares, (ii) la índole de la conducta ilícita y los medios empleados para cometer el delito, (iii) el grado de participación del condenado, (iv) el grado de intencionalidad, (v) las circunstancias de modo, tiempo y lugar del crimen, y (vi) la edad, instrucción y condición social y económica del condenado.

Dado que una buena parte de los factores previstos en la regla 145(1)(c) de las RPP están intrínsecamente relacionados con la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado, la jurisprudencia de la CPI ha adoptado distintas aproximaciones sobre si tratarlos conjuntamente o por separado en los seis casos (Al-Mahdi, Bemba, Katanga, Lubanga, Ntaganda y Ongwen) sobre los que ha emitido hasta el momento una sentencia condenatoria en primera instancia. Así, mientras en los primeros casos (Lubanga (14/03/2012), Katanga (23/05/2014), Bemba (21/06/2016) y Al-Mahdi (27/09/2016)) los abordó por separado, en los últimos casos (Ntaganda (07/11/2019) y Ongwen (06/05/21)) ha optado por analizarlos conjuntamente.

En cuanto a las circunstancias agravantes, la regla 145(2)(b) de las RPP establece que las circunstancias de agravación de la pena se circunscriben a las siguientes: (i) las condenas previas, (ii) el abuso de poder o del cargo oficial, (iii) la especial indefensión de la víctima, (iv) la especial crueldad en la comisión del delito o el alto número de víctimas, (v) la comisión del crimen por cualquier motivo que entrañe discriminación conforme al artículo 21(3) del ECPI, y (vi) otras circunstancias que por su naturaleza sean semejantes a las mencionadas⁶.

Así mismo, la jurisprudencia de la CPI ha sido enfática al señalar que, cuando una circunstancia se tiene en consideración dentro de la categoría de la “gravedad del crimen” (cuyo análisis ha de realizarse *in concreto*, es decir, a la luz de las circunstancias particulares de cada caso y, tanto desde un punto de vista cuantitativo como cualitativo) (CPI, Ntaganda, 07/11/2019: 44-52), no puede ser tenida en cuenta nuevamente al analizar las circunstancias agravantes de la pena (CPI, Lubanga, 14/03/2012: 78; Katanga, 23/05/2014: 70).

Además, como Khan (2015: 1985) subraya, cuando una circunstancia constituye un elemento material de alguno de los delitos objeto

⁶ Con respecto a las circunstancias atenuantes, la regla 145(2)(a) de las RPP, establece lo siguiente: “Además de los factores mencionados en la regla precedente, la Corte tendrá en cuenta, según proceda: a) Circunstancias atenuantes como las siguientes: (i) Las circunstancias que no lleguen a constituir causales de exoneración de la responsabilidad penal, como la capacidad mental sustancialmente disminuida o la coacción; y (ii) lo que haya hecho por resarcir a las víctimas o cooperar con la Corte.

de la condena, no es posible considerarla también como una circunstancia agravante a los efectos de incrementar la pena.

A la luz de lo anterior, se puede afirmar que el sistema de determinación de la pena en la CPI no se refiere en ningún momento expresamente a la aporofobia. Así, ni el artículo 78(1) del ECPI, ni la regla 145(1) y (2) de las RPP, incluyen mención alguna a la violencia originada por el rechazo, la aversión o el desprecio hacia los habitantes de la calle, las personas sin hogar y quienes de otro modo se encuentran en situación de pobreza por no tener los suficientes recursos para poder ofrecer algo de valor a ojos de quienes les agreden.

Sin embargo, como veremos en las próximas secciones, esto no significa que la aporofobia haya sido excluida de los factores a los que se refieren estas disposiciones, y en particular que no pueda configurar alguna de las circunstancias agravantes previstas en la regla 145(2)(b) de las RPP.

2. ¿Puede la aporofobia configurar la circunstancia agravante de “motivo que entrañe discriminación”?

La circunstancia agravante de “motivo que entrañe discriminación” se define en la regla 145(2)(b) de las RPP mediante el reenvío a todas y cada una de las causales recogidas en el artículo 21(3) del ECPI, que prevé que “la aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, el idioma, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición”. Ante este reenvío tan amplio, surge la cuestión sobre si la discriminación por razón de la condición socio-económica de las víctimas, que es lo característico de la violencia aporofóbica, puede configurar la agravante de “motivo que entrañe discriminación”.

Para De Guzmán esta pregunta debe contestarse afirmativamente porque el artículo 21(3) del ECPI incluye expresamente entre los motivos discriminatorios allí recogidos los relativos a “la posición económica” de las víctimas (De Guzmán, 2015: 947-948). Además,

por si esto no fuera suficiente, el artículo 21(3) del ECPI contiene una cláusula residual relativa a cualquier “otra condición” de las víctimas, que ha de entenderse referida a cualquier otro motivo de discriminación prohibido por el Derecho internacional, entre los que, según señalan Chella (2004: 159) y Olasolo & Hernández (2021: 236) al estudiar el crimen de lesa humanidad de persecución previsto en el artículo 7(1)(h) y (2)(g) del ECPI, se tienen que incluir los motivos socio-económicos⁷.

En cuanto a la aplicación de esta circunstancia agravante en la jurisprudencia de la CPI, conviene destacar la distinta aproximación adoptada en los casos Katanga y Ongwen. El primero se refiere a uno de los comandantes del Frente de Resistencia Patriótico de Ituri (FRPI), Germain Katanga, quien fue condenado por complicidad en el ataque lanzado conjuntamente por unidades del FRPI y del Frente de los Nacionalistas e Integracionistas (FNI) contra el pueblo de Bogoro (ubicado en la provincia de Ituri en el noreste de la República Democrática del Congo (RDC)) el 23 de febrero de 2003 (CPI, Katanga, 23/05/2014: 33).

La Fiscalía subrayó en sus alegatos finales la importancia de reconocer el trasfondo étnico del conflicto armado ocurrido en la región

⁷ Según señalan Chella (2004: 159) y Olasolo & Hernández (2021: 236), esta es la única conclusión posible si se tienen en cuenta que el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos prevé que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos [...]” y que “toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en [la] Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. [...]”. Además, el artículo 2(2) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que “[l]os Estados Parte en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Esta misma formulación es recogida en el artículo 2(1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, donde se prevé que “[c]ada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

de Ituri en 2002 y 2003 (en cuyo contexto se produjo el ataque a Bogoro), porque a lo largo del procedimiento se había logrado probar que los integrantes del FRPI (principalmente de etnia Ngiti) concebían a la etnia Hema (a la que pertenecían la mayor parte de los miembros del movimiento político Unión de Patriotas Congolese (UPC) y de su grupo armado las Fuerzas Patrióticas para la Liberación del Congo (FPLC)) como enemiga, y por ello en numerosas ocasiones sus ataques estuvieron motivados por esta razón, más que por el control del territorio y sus recursos (CPI, Fiscalía, Katanga, 7/04/2014: 41). En consecuencia, la Fiscalía solicitó que se tuviera en cuenta este motivo discriminatorio como una circunstancia agravante a la hora de imponer la pena.

En cuanto a la Defensa, si bien no cuestionó que el elemento étnico hubiere tenido una cierta incidencia en el desarrollo del conflicto, sostuvo, sin embargo, que no existió en ningún momento una guerra étnica entre los Ngiti y los Hema, porque el problema se circunscribía principalmente a una disputa por el territorio y sus recursos (CPI, Katanga, 07/03/14: 697).

La SPI II concluyó que, a partir de los testimonios practicados y de las pruebas presentadas por la Fiscalía y la Oficina de Defensoría Pública de las Víctimas, estaba claro que tanto el acusado como los combatientes a su cargo actuaron motivados por el odio contra la etnia Hema. De esta manera, para la SPI II, los ataques del FRPI tenían como objetivo principal, además de la recuperación del territorio, la lucha contra la milicia UPC/Hema, a quienes trataban de exterminar (CPI, Katanga, 07/03/14: 600). Sin embargo, a pesar de esta conclusión, la SPI II decidió no aplicar la circunstancia agravante de “motivo que entraña discriminación” porque el odio de Katanga hacia los integrantes de la etnia Hema fue valorado a la hora de determinar, conforme al artículo 78(1) del ECPI y la regla 145 (1) de las RPP, la gravedad de los crímenes por los que fue condenado y, por tanto, no era posible considerarlo también como una circunstancia agravante de acuerdo a la regla 145(2)(b)(v) de las RPP (CPI, Katanga, 23/05/2014: 70).

La jurisprudencia de la CPI adopta una aproximación distinta en el caso Ongwen, cuya sentencia condenatoria, emitida por la SPI IX el 4 de febrero de 2021, es la más relevante hasta la fecha en relación

con los delitos sexuales y de género, circunstancia que no es menor para el análisis que nos ocupa.

Dominic Ongwen fue condenado por su participación como integrante, y posterior comandante, de la brigada Sinia del Ejército de Resistencia del Señor (ERS) en los ataques lanzados entre 2002 y 2005 por esta brigada contra los campamentos de personas internamente desplazadas en el Norte de Uganda (a causa del conflicto entre las fuerzas armadas ugandesas y el ERS) situados en los municipios de Pajule, Odek, Lukodi y Abok.

En sus alegatos, la Fiscalía resaltó, entre otras circunstancias, la importancia de que la pena fuera agravada porque los crímenes fueron cometidos por motivos discriminatorios. En su argumentación señaló que los ataques contra los mencionados campamentos fueron parte de una política discriminatoria contra los civiles a causa de su supuesta inclinación política y su género. Para la Fiscalía, Ongwen y los integrantes del ERS a su cargo, lanzaron los ataques bajo la premisa de que los civiles que habitaban en los campamentos eran simpatizantes del gobierno de Uganda, discriminando además por razón de género a mujeres y niñas, que resultaron especialmente afectadas (CPI, Fiscalía, Ongwen, 01/04/21: 25-78).

La SPI IX concluyó que a lo largo del procedimiento se había podido probar que el ERS percibía a los civiles que vivían en el Norte de Uganda (sobre todo a aquellos que habitaban en los campamentos de personas internamente desplazadas) como simpatizantes del gobierno ugandés y, en consecuencia, enemigos del ERS. Según señaló la SPI IX, las declaraciones de algunas víctimas describían cómo Vincent Otti (segundo comandante del ERS) reprochaba abiertamente a los civiles por vivir en estos campamentos que había dispuesto el gobierno nacional, y consideraba que el ERS estaba en la obligación de atacarlos. En consecuencia, para la SPI IX, Ongwen ordenó y participó en los ataques con la intención de privar a los civiles de sus derechos por considerarlos simpatizantes del “enemigo” (CPI, Ongwen, 04/02/21: 2848-2868).

En lo que respecta a la discriminación por razones de género, la SPI IX subrayó que se había podido probar que la brigada Sinia seguía una metodología (coordinada por los comandantes y ejecutada por sus subordinados) para secuestrar mujeres y niñas con el fin de

ser utilizadas como esposas. Para la SPI IX, esto reflejaba una clara política discriminatoria por razón de género (CPI, Ongwen, 06/05/21: 288).

Como consecuencia de lo anterior, Ongwen fue condenado por los crímenes cometidos durante los ataques a los campamentos de Pajule, Odek, Lukodi y Abok tanto en su calidad de comandante como de autor material, lo que resultó en un incremento de la pena como consecuencia de la aplicación de la agravante de motivo que entraña discriminación por causas políticas y de género.

Esta decisión refleja el amplio alcance de esta circunstancia agravante en la regla 145(2)(b)(v) de las RPP, como consecuencia de su remisión en blanco al artículo 21(3) del ECPI. Esto refuerza las posiciones de autores como De Guzmán (2015: 947-948), Chella (2004: 159) y Olasolo & Hernández (2021: 236) en el sentido de que la discriminación por causa de la condición socioeconómica de las víctimas (elemento que distingue a la violencia aporofóbica de otros tipos de violencia) se encuentra dentro del ámbito de aplicación del artículo 21 (3) del ECPI y por lo tanto puede configurar la agravante.

Ahora bien, como Khan (2015: 1985) y la SPI II de la CPI (Katanga, 23/05/2014: 70) nos recuerdan, esto sólo será posible siempre y cuando esta motivación, ni constituya un elemento material de alguno de los delitos objeto de la condena (en particular, del crimen de lesa humanidad de persecución), ni haya sido considerada a la hora de valorar su gravedad.

3. ¿Pueden algunas manifestaciones de la violencia aporofóbica configurar la agravante de “especial indefensión” de las víctimas?

A la luz de las diversas manifestaciones de la violencia aporofóbica descritas en las secciones anteriores, surge la cuestión sobre si algunas de ellas podrían configurar otras circunstancias agravantes previstas en la regla 145(2)(b) de las RPP.

El primer escenario en el que se plantea esta pregunta es el relativo a los casos en que los habitantes de la calle, las personas sin hogar o quienes se sufren de otro modo una situación de pobreza, se encuen-

tren en situación de indefensión frente a sus atacantes, especialmente cuando son agredidos mientras descansan o duermen por la noche en los espacios públicos.

A este respecto, la regla 145(2)(b)(iii) de las RPP recoge expresamente como circunstancia agravante el hecho de que “el crimen se haya cometido cuando la víctima estaba especialmente indefensa”, cuyo alcance ha sido abordado por la jurisprudencia de la CPI en los casos Lubanga, Ntaganda y Ongwen.

El primero se refiere a Thomas Lubanga, presidente y fundador de la UPC y comandante en jefe de las FPLC, quien fue condenado como coautor (junto con otros dirigentes de la UPC y de las FPLC) por los crímenes de reclutamiento, alistamiento forzado y utilización activa en las hostilidades del conflicto en Ituri (RDC) de miles de menores de 15 años entre julio de 2002 y septiembre de 2003. En su sentencia condenatoria, la SPI I concluyó que Lubanga había participado directamente en reuniones con la población Hema para solicitar el alistamiento de sus jóvenes, y había jugado un papel crítico en el apoyo logístico y operativo y en la dotación de alimentos, uniformes, municiones y otros suministros necesarios para las acciones armadas de las FPLC (CPI, Lubanga, 14/03/2012: 52).

Además, la SPI I señaló que, aunque Lubanga no actuó con dolo directo de primer grado, sí fue consciente de que en el curso ordinario de los acontecimientos se produciría el alistamiento, el reclutamiento forzado y la utilización activa en las hostilidades de todo tipo de jóvenes, con independencia de que fueran mayores o menores de 15 años (CPI, Lubanga, 14/03/2012: 52).

En los alegatos relativos a la determinación de la pena, la Fiscalía y uno de los grupos de víctimas (V01) argumentaron que el hecho de que las víctimas de reclutamiento fueran menores de 15 años (algunas ni siquiera superaban los 8 años de edad), así como el conocimiento que Lubanga tenía de que eran personas especialmente vulnerables por la interrupción de su educación, su contexto social y la alta probabilidad de sufrir abusos o incluso la muerte, justificaban la aplicación de la circunstancia agravante de “especial indefensión” para incrementar la pena (CPI, Fiscalía, Lubanga, 14/05/2012: 38; CPI, Grupo de Representantes de Víctimas V01, 14/05/2012: 15-16). Por su parte, la Defensa se opuso a esta solicitud porque, en su opinión, la

edad era un elemento constitutivo del crimen y, por tanto, no podía al mismo tiempo configurar una circunstancia agravante.

La SPI I terminó desestimando las solicitudes de agravación de la pena porque si bien la vulnerabilidad de los niños supone que son sujetos de una especial protección, tal y como reconoce el Derecho Internacional, la temprana edad de las víctimas era un factor que ya había sido considerado a la hora de analizar la gravedad de los crímenes conforme al artículo 78(1) del ECPI y la regla 145(1) de la RPP. Por lo tanto, no podía configurar ninguna de las circunstancias agravantes previstas en la regla 145(2)(b) de las RPP (CPI, Lubanga, 14/03/2012: 78).

En contraste con el caso Lubanga, en los casos Ntaganda y Ongwen las SPI VI y IX decidieron aplicar la circunstancia agravante de especial indefensión de las víctimas para incrementar la pena de los condenados. Así, tras la condena de Bosco Ntaganda, jefe adjunto de operaciones en las FPLC comandadas por Lubanga, la SPI VI señaló expresamente al imponer la pena que las personas capturadas o detenidas, las mujeres embarazadas, los menores de edad y las personas enfermas o en condición de discapacidad deben ser consideradas en situación de especial indefensión, de manera que su victimización justifica un reproche adicional mediante el incremento de la pena a través de la aplicación de la agravante recogida en la regla 145(2)(b) (iii) de las RPP (CPI, Ntaganda, 08/07/2019: 82).

Posteriormente, en el caso Ongwen, la SPI IX decidió también aplicar esta circunstancia agravante porque consideró que las víctimas de los crímenes cometidos en los campamentos de desplazados internos ubicados en el norte de Uganda se encontraban también en situación de especial indefensión. La SPI IX llegó a esta conclusión al considerar que, con anterioridad a la comisión de los delitos objeto de la condena, las víctimas habían tenido que dejar a la fuerza sus lugares de residencia y habían sido sometidas a diversos vejámenes como la tortura, el secuestro o los ultrajes contra su dignidad personal (CPI, Ongwen, 06/05/21:82).

Con base en lo anterior, se puede afirmar que, si bien no responde estrictamente a un reproche por la discriminación de las víctimas debido a su situación socio-económica (que es lo que principalmente se busca al agravar la pena cuando los delitos se cometen por rechazo,

aversión o desprecio hacia estas por su falta de recursos), lo cierto es que algunas manifestaciones de la violencia aporofóbica sí podrían configurar la agravante de especial indefensión de las víctimas, sobre todo cuando los habitantes de la calle, las personas sin hogar o quienes sufren de otro modo la pobreza son atacados mientras descansan o duermen por la noche en los espacios públicos. Sin embargo, como ya hemos señalado anteriormente, esto sólo será posible siempre y cuando la especial indefensión de las víctimas, ni constituya un elemento material de los crímenes objeto de la condena, ni sea considerada a la hora de evaluar su gravedad (Khan, 2015: 1985) (Lubanga, 14/03/2012: 78).

4. ¿Pueden algunas manifestaciones de la violencia aporofóbica configurar la agravante de “especial crueldad” en la comisión de los delitos?

Como hemos visto, numerosas agresiones aporofóbicas se caracterizan por la intensidad de la violencia empleada, como en los casos en los que se quema vivas a las víctimas o se las golpea repetidamente (normalmente con objetos contundentes como varas de hierro) hasta dejarlas inconscientes o gravemente heridas, o incluso provocarles la muerte. Ante esta situación, surge la pregunta sobre si este tipo de manifestaciones de violencia aporofóbica podría configurar la circunstancia agravante de “especial crueldad” prevista en la regla 145(2)(b) (iv) de las RPP, que ha sido desarrollada por la jurisprudencia de la CPI en los casos Katanga y Bemba.

En el primero de estos casos, la Fiscalía solicitó a la SCP II que se considerara como circunstancia agravante la especial crueldad con la que los autores materiales del FRPI, bajo la dirección de Germain Katanga, habían actuado durante el ataque al pueblo de Bogoro el 23 de febrero de 2003. La Fiscalía hizo particular énfasis en que: (a) los crímenes fueron cometidos tanto con armas de fuego como con machetes; y (b) varios de los sobrevivientes, que tuvieron que salir huyendo durante el ataque, se encontraron al regresar a Bogoro con los restos de sus familiares masacrados, lo que provocó en los mismos un gran sufrimiento y graves efectos secundarios (CPI, Fiscalía, Katanga, 7/04/2014: 41).

La SPI II aceptó los alegatos de la Fiscalía y concluyó que, efectivamente, los crímenes habían sido cometidos con una excesiva crueldad, habiendo sido expuestas las víctimas a un gran sufrimiento físico y mental. Sin embargo, tal y como había concluido en relación con las circunstancias agravantes de motivo que entraña discriminación y especial indefensión de las víctimas, la SPI II valoró la crueldad como parte de su análisis sobre la gravedad de los crímenes objeto de la condena, según lo dispuesto en el artículo 78(1) del ECPI y en la regla 145(1) de las RPP. Por esta razón, desestimó la aplicación de la agravante de especial crueldad prevista en la regla 145(2)(b)(iv) de las RPP (Katanga, CPI, 23/05/2014: 49).

Una aproximación diferente se puede observar en el caso contra Jean Pierre Bemba, presidente y fundador del Movimiento para la Liberación del Congo (MLC) y comandante en jefe de su brazo armado el Ejército para la Liberación del Congo (ALC). Bemba fue condenado por la SPI III por su responsabilidad como superior jerárquico en el asesinato, la violación y el saqueo sufrido por miles de víctimas en la República Centroafricana (RCA) a manos de sus subordinados del ALC entre octubre de 2002 y marzo de 2003.

La SPI III concluyó que las tropas al mando de Bemba no recibían ni pagos ni racionamientos adecuados, obligándoles de esta manera a buscar otro tipo de compensaciones por su trabajo (ya fueran en dinero o en especie). Esta situación desencadenó una serie de atropellos desmedidos contra de la población civil de las localidades de la RCA por las que avanzaron las unidades del ALC, incluyendo, entre otros, agresiones sexuales contra víctimas de todo tipo de edad, género y estatus social en circunstancias de extrema crueldad (en ocasiones cometidos por varios autores contra una misma persona), saqueos indiscriminados acompañados de abusos verbales y el asesinato de quienes opusieron resistencia. Además, algunos de estos actos de violencia se llevaron a cabo en frente de amigos, familiares o vecinos de las víctimas como forma de humillación. Como resultado, la SPI III consideró que las fuerzas del ALC presentes en la RCA tomaron “con exceso” todo lo que pudiera ofrecer la población civil porque lo consideraban como “botín de guerra” (CPI, Bemba, 21/03/2016: 47).

En sus alegatos relativos a la determinación de la pena, la Fiscalía de la CPI solicitó la aplicación de la circunstancia agravante de espe-

cial crueldad y el correspondiente incremento de la pena para Bemba (SPI, Fiscalía, Bemba, 15/04/2016). Al decidir sobre esta cuestión, la SCP III subrayó que los abusos sexuales habían sido utilizados como arma de guerra y que, si bien varios de los crímenes se habían cometido con extrema crueldad, este tipo de abusos habían sido especialmente sádicos en su ejecución por lo que se justificaba la aplicación de la agravante de “especial crueldad” prevista en la regla 145(2)(b) (iv) de las RPP para incrementar la pena impuesta al condenado (CPI, Bemba, 21/06/2016: 53)⁸.

A la luz de lo anterior, se puede afirmar que, si bien tampoco este escenario responde estrictamente a un reproche por discriminar a las víctimas por su situación socio-económica, no es menos cierto que algunas manifestaciones de la violencia aporofóbica sí podrían configurar la agravante de “especial crueldad”, sobre todo cuando los habitantes de la calle, las personas sin hogar o quienes sufren de otro modo la pobreza son atacados con particular virulencia, llegando a ser quemados vivos o a ser golpeados repetidamente con objetos contundentes como varas de hierro. Ahora bien, esto sólo será posible siempre y cuando la especial crueldad de la violencia no constituya un elemento material de los crímenes objeto de la condena, ni sea tenida en cuenta a la hora de valorar su gravedad (Khan, 2015: 1985) (Lubanga, 14/03/2012: 78).

5. ¿Puede la violencia aporofóbica dar lugar a la aplicación de la circunstancia agravante de “abuso de poder o de cargo oficial”?

Como señalamos en la sección inicial, no son infrecuentes los casos en que las agresiones aporofóbicas vienen acompañadas de la omisión de la debida protección policial en favor de los habitantes de la calle, las personas sin hogar, o quienes de otro modo se encuentran en situa-

⁸ Posteriormente, la Sala de Apelaciones de la CPI, en una ajustada decisión de tres votos contra dos, revocó la sentencia de primera instancia por ciertos errores procesales cometidos por la SPI III y decretó la puesta en libertad de Jean Pierre Bemba.

ción de pobreza (la participación activa de miembros de la policía en agresiones aporofóbicas está menos documentada).

Así mismo, al analizar en nuestro trabajo anterior la posible comisión entre 2006 y 2016 del crimen de lesa humanidad de persecución por motivos aporofóbicos contra los habitantes de la calle en España, concluimos lo siguiente en relación con la violencia de carácter estructural y simbólica ejercida contra los mismos durante este periodo:

A este respecto, y en relación con la conducta del Estado español en el periodo 2006-2016, conviene recordar que el Segundo Informe subraya que la vulneración de los derechos de las personas que viven y duermen en la calle es una situación que no ha sido tratada con seriedad por los sucesivos gobiernos españoles (no se dice nada frente a los ejecutivos autonómicos o de las entidades municipales) porque la sociedad es indiferente a su vulnerabilidad, al considerarlas no merecedoras de mejores condiciones de vida o de protección estatal por ser peligrosas o, en el mejor de los casos, no tener derechos (Olasolo 2013: 18-42).[] Además, en línea con esta última conclusión, el Informe advierte también que en el 100% de las más de mil noticias sobre personas sin hogar recopiladas durante su elaboración entre 2006 y 2016 se observa la presencia de violencia estructural contra este colectivo (dentro del cual los habitantes de la calle constituyen la población con mayor grado de vulnerabilidad a los distintos tipos de violencia identificados en el Informe). Así mismo, también subraya la intensa violencia simbólico-cultural sufrida por estos colectivos en España, que son frecuentemente percibidos desde estereotipos creados por distintos medios de comunicación a partir de prejuicios (Centre d'Acogida Assis 2016: 25). [] Esto no significa, sin embargo, que se pueda concluir la existencia de una política estatal de no adoptar medidas frente a las agresiones discriminatorias sufridas por los habitantes de la calle por aporofobia, con el fin de alentar así este tipo de violencia frente a los mismos. Por el contrario, como ya afirmamos en relación con la naturaleza sistemática o generalizada del ataque, es necesario realizar un análisis mucho más exhaustivo con base en datos más precisos y comprensivos sobre la política del gobierno nacional, y de los demás entes territoriales (comunidades autónomas y municipios), en relación con las agresiones discriminatorias sufridas por quienes viven y duermen en los espacios públicos debido a su condición de habitantes de la calle” (Olasolo & Hernández, 2021: 229).

Ante esta situación, surge la cuestión sobre si ciertas manifestaciones de la violencia aporofóbica podrían configurar la circunstancia agravante de “abuso de poder o de cargo oficial” prevista en la regla 145(2)(b)(ii) de las RPP, que ha sido desarrollada por la jurisprudencia de la CPI en los casos Katanga y Ongwen.

En el primero de estos casos, la Fiscalía afirmó en sus alegatos relativos a la determinación de la pena que la posición de poder de Katanga dentro del FRPI fue fundamental para la comisión de los crímenes objeto de su condena durante el ataque al pueblo de Bogoro el 23 de febrero de 2003. Por ello, solicitó a la SPI II que aplicara la circunstancia agravante de “abuso de poder o de cargo oficial”, prevista en la regla 145(1)(b)(ii) de las RPP (CPI, Katanga, 07/03/2014: 34-38). La Defensa rechazó esta solicitud porque, en su opinión, la Fiscalía había malinterpretado el contenido y alcance de esta circunstancia agravante (CPI, Katanga, 23/05/2014: 41-42).

Al decidir sobre esta cuestión, la SPI II concluyó que el condenado tenía efectivamente una función de mando al interior del FRPI y que su actuar fue fundamental para el suministro, la distribución y el reparto de armas y municiones entre las distintas unidades del FRPI, incluyendo aquellas que participaron en el ataque a Bogoro. Así mismo, la SPI II subrayó que la contribución de Katanga había sido determinante para la comisión exitosa y precisa de dicho ataque. Sin embargo, para la SPI II, no se había probado que Katanga hubiera abusado de su posición de autoridad, o que hubiera hecho uso de la misma para influir en la comisión de los delitos, por lo que denegó la petición de la Fiscalía (CPI, Katanga, 23/05/2014: 75).

Por su parte, en el caso Ongwen, la Oficina de Defensoría Pública de las Víctimas y los Representantes Legales de las Víctimas presentaron en sus alegatos sobre la determinación de la pena la siguiente solicitud:

A la luz de las acciones, decisiones, influencia, control y ejemplo que el Sr. Ongwen demostró a sus soldados, así como el trato que les dio a ellos y a sus víctimas mientras se encontraba en una clara y evidente posición de autoridad, solicitamos a la Sala agrave la pena a imponer al acusado aplicando la circunstancia agravante de “abuso de autoridad”, contenida en la Regla 145 de las RPP (CPI, OPCV; LRV, Ongwen, 01/04/21: 247).

Al decidir sobre su contenido, la SPI IX recordó la posición de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda (TPIY, Babic, 18/07/2005: 80), (TPIR, Ndindabahizi, 16/01/2007: 136), adoptada también por la Sala de Apelaciones de la CPI en el caso Lubanga (01/12/2014: 82), conforme a la cual: (a) el hecho de detentar un determinado rango político o militar no puede *per se* ge-

nerar la agravación de la pena; y (b) solo cuando el condenado haya abusado o utilizado indebidamente el poder conferido por el rango detentado se justifica dicha agravación. De esta manera, el reproche no se dirige contra la posesión de una posición de autoridad, sino contra su uso abusivo o indebido (CPI, Ongwen, 06/05/2021: 132).

Con base en lo anterior, la SPI IX concluyó que, si bien Ongwen había cometido los delitos objeto de su condena en ejercicio de su posición de comandante de la brigada Sinia del ERS, esto no suponía necesariamente que el condenado hubiera utilizado abusiva o indebidamente la misma, como requiere la regla 145 (2)(b)(ii) de las RPP. De hecho, para la SPI IX, ni existió una relación jurídica especial entre el acusado y sus víctimas de la que aquel pudiera aprovecharse para la comisión de los delitos, ni era posible identificar una forma “adecuada” de ejercicio de autoridad al interior del ERS que pudiera servir como referente de comparación para determinar si Ongwen había ejercido incorrectamente su autoridad. En consecuencia, si bien para la SPI IX esto no disminuía el grado de responsabilidad del condenado, sí impedía la aplicación de dicha agravante (CPI, Ongwen, 06/05/2021: 134).

La jurisprudencia revisada permite afirmar que, si bien el reproche de la agravante de abuso de poder o de cargo oficial no está específicamente dirigido a responder a las situaciones de discriminación de las víctimas por su situación socio-económica, no es menos cierto que algunas de las manifestaciones de la violencia aporofóbica arriba descritas sí podrían dar lugar a la configuración de esta agravante, sobre todo en ciertos casos de: (a) participación directa de funcionarios públicos en agresiones graves contra habitantes de la calle, personas sin hogar o quienes de otro modo se encuentran en situación de pobreza; (b) facilitación de dichas agresiones por omisiones dolosas del deber de adoptar políticas públicas para su prevención y/o de la obligación policial de proteger a las víctimas; y (c) promoción o favorecimiento de la violencia estructural y/o simbólica que sufren estas últimas, y que les niega su condición de ciudadanos. Ahora bien, esto sólo será posible si el abuso de poder o de cargo oficial por el condenado no conforma un elemento material de los delitos objeto de la condena y tampoco es tenido en cuenta a la hora de valorar su gravedad (Khan, 2015: 1985) (Lubanga, 14/03/2012: 78; Katanga, 23/05/2014: 49).

6. Conclusiones

Continuando con nuestro trabajo sobre el tratamiento de la aporofobia en el DIP en general, y en el ECPI en particular, el presente capítulo ha analizado la cuestión relativa a si el origen aporofóbico de la violencia cometida contra los habitantes de la calle, las personas sin hogar y quienes de otro modo se encuentran en situación de pobreza, puede configurar alguna de las circunstancias agravantes previstas en la regla 145(2)(b) de las RPP. Para ello, hemos centrado nuestro estudio en el contenido y alcance, a la luz de la jurisprudencia de la CPI, de las agravantes de “motivo que entrañe discriminación”, “especial indefensión” de las víctimas, “especial crueldad” en la comisión de los delitos y “abuso de poder o de cargo oficial”.

Si bien el sistema de determinación de la pena previsto en el artículo 78(1) del ECPI y en la regla 145(1) y (2) de las RPP no se refiere en ningún momento a la violencia originada por el rechazo, la aversión o el desprecio hacia los habitantes de la calle, las personas sin hogar y quienes de otro modo se encuentran en situación de pobreza, esto no significa que la aporofobia no pueda configurar tales circunstancias agravantes previstas en la regla 145 (2)(b)(ii) a (v) de las RPP. Por el contrario, el amplio alcance de la agravante de “motivo que entrañe discriminación” como consecuencia de la remisión realizada por la regla 145(2)(b)(v) de las RPP a las causales previstas en el artículo 21(3) del ECPI, hace que sea configurada por el elemento característico de la violencia aporofóbica: la discriminación por razón de la condición socioeconómica de las víctimas.

Así mismo, si bien el reproche de las agravantes de “especial indefensión” de las víctimas, “especial crueldad” en la comisión de los delitos y “abuso de poder o de cargo oficial” no está específicamente dirigido a responder a las situaciones de rechazo, aversión o desprecio de las víctimas debido a su falta de recursos, no cabe duda de que algunas de las manifestaciones de la violencia aporofóbica descritas en este trabajo podrían dar lugar también a su configuración. Este sería el caso cuando las víctimas: (a) son atacadas mientras descansan o duermen por la noche en los espacios públicos (especial indefensión); (b) son quemadas vivas o golpeadas repetidamente con objetos contundentes como varas de hierro hasta dejarlas inconscientes y/o gravemente heridas o incluso provocarles la muerte (especial crueldad);

(c) son agredidas activamente por funcionarios públicos que actúan abusando de su poder o de su cargo oficial (abuso de poder o de cargo oficial); o (d) ven favorecidas las agresiones directas o la violencia estructural o simbólica que padecen por omisiones dolosas del deber de adoptar políticas públicas para su prevención o de la obligación policial de protegerlas (abuso de poder o de cargo oficial).

Referencias

DOCTRINA

- Almonacid, C. (2018). “Reseña: Cortina, Adela. Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia”. *Ideas y Valores: Revista Colombiana de Filosofía*. 2018. Vol. 67. N.º. 166, pp. 199-200.
- Amore, K., Baker, M. & Howden-Cha, P. (2011). “The ETHOS Definition and Clasiffication of Homelessness: an analysis”. *European Journal of Homelessness*. Vol. 5. N.º. 2.
- Chella, J. (2004). *Persecution: a crime against humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court*. LL.M Dissertation. University of Bond. [Disponible en https://pure.bond.edu.au/ws/portalfiles/portal/24840745/fulltext_6_.pdf].
- Cortina, A. (1995). “Aporofobia”. En *ABC Cultural*. N.º 213. [Disponible en <http://hemeroteca.abc.es/nav/Navigate.exe/hemeroteca/madrid/cultural/1995/12/01/063.html>].
- Cortina, A. (2017). *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*. Barcelona: Paidós.
- De Guzmán, M. (2015). “Article 21. Applicable Law”. Triffterer, O. & Ambos, K. (Eds). *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commnetary*. 3. Ed. Beck / Hart / Nomos, pp. 932-948.
- Flohr, J. (1998). *Transitional programs for homeless women with children: education, employment training, and support services*. Garland Publishing.
- Izquierdo, R. & Ugalde, A.L. (2019). “¿Otras formas de genocidio?”. Olasolo, H. / De Prada, P.E. (Eds.). *La evolución de la definición y aplicación del delito de genocidio: La contribución Iberoamericana y el Legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia*. Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia. Vol. 9. Valencia: Tirant lo Blanch / Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional /Instituto Joaquín Herrera Flores, pp. 231-254. [Disponible en

<https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/attachments/article/217/Ebook%20La%20Evoluci%C3%B3n%20de%20la%20Definici%C3%B3n%20y%20la%20Aplicaci%C3%B3n%20del%20Delito%20de%20Genocidio.pdf>].

Khan, K. (2015). “Article 78. Determination of Sentence”. Triffterer, O. & Ambos, K. (Eds.). *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*. 3. Ed. Beck / Hart / Nomos, pp. 1891-1900.

Olasolo, H. (2013). “El principio Nullum Crimen Sine Iure en Derecho Internacional Contemporáneo”. *Anuario Ibero-Americano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP)*. Vol. 1, pp. 18-42.

Olasolo H. & Hernández C. (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”. *Revista Penal*. N° 47, pp. 227-247.

Olufeni, O. “Barriers that disconnect homeless people and make homelessness difficult to interpret”. *Development Southern Africa*. 2002. Vol. 19. N° 4, pp. 455-466.

Sachs, J. (2005). *El fin de la pobreza y cómo conseguirlo en nuestro tiempo*. Barcelona: Debate.

JURISPRUDENCIA

Corte Penal Internacional

República Democrática del Congo

- CPI. [Sala de Primera Instancia I]. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. *Judgment*. Doc. Núm. ICC-01/04-01/06 14 de marzo del 2012. Citado como: CPI, Lubanga, 14/03/2012.
- CPI. [Fiscalía]. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. *Prosecution’s sentencing brief*. Doc. Núm. ICC-01/04-01/06-2880 14 de mayo del 2012. Citado como: CPI, Fiscalía, Lubanga, 14/05/2012.
- CPI. [Grupo de Representación de Víctimas V01]. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. *Legal Representatives of Victims’ sentencing brief*. Doc. Núm. ICC-01/04-01/06-2882 14 de mayo del 2012. Citado como: CPI, Grupo de Representación de Víctimas V01, Lubanga, 14/05/2012.
- CPI. [Sala de Primera Instancia VI]. The Prosecutor v. Bosco Ntaganda. *Sentencing Judgment*. Doc. Núm. ICC-01/04-02/06. 8 de julio del 2019. Citado como: CPI, Ntaganda, 08/07/2019.
- CPI. [Sala de Primera Instancia II]. The Prosecutor v. Germain Katanga. *Decision on Sentence Judgment*. Doc. Núm. ICC-01/04-01/07. 23 de mayo del 2014. Citado como: CPI, Katanga, 23/05/2014.

- CPI. [Sala de Primera Instancia II]. The Prosecutor v. Germain Katanga. *Judgment*. Doc. Núm. ICC-01/04-01/07. 7 de marzo del 2014. Citado como: CPI, Katanga, 07/03/2014.

República Centroafricana I

- CPI. [Sala de Primera Instancia III]. The Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo. *Judgment Pursuant 74 of the Statute*. Doc. Núm. ICC-01/05-01/08. 21 de marzo 2016. Citado como: CPI, Bemba Gombo, 21/03/2016.
- CPI. [Fiscalía]. The Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo. *Prosecutions' Sentencing Submission*. Doc. Núm. ICC-01/05-01/08. 15 de abril 2016. Citado como: CPI, Bemba Gombo, 15/04/2016.
- CPI. [Sala de Primera Instancia III]. The Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo. *Decision on Sentence*. Doc. Núm. ICC-01/05-01/08. 21 de junio 2016. Citado como: CPI, Bemba Gombo, 21/06/2016.

República de Mali

- CPI. [Sala de Primera Instancia VIII]. The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi. *Judgment and Sentence*. Doc. Núm. ICC-01/12-01/15 27 de septiembre del 2016. Citado como: CPI, Al Mahdi, 09/26/2016.

República de Uganda

- CPI. [Sala de Primera Instancia IX]. The Prosecutor v. Dominic Ongwen. *Trial Judgment*. Doc. Núm. ICC-02/04-01/15 4 de febrero del 2021. Citado como: CPI, Ongwen, 04/02/2021.
- CPI. [Sala de Primera Instancia IX]. The Prosecutor v. Dominic Ongwen. *Sentence*. Doc. Núm. ICC-02/04-01/15 6 de mayo del 2021. Citado como: CPI, Ongwen, 06/05/2021.
- CPI. [Fiscalía]. The Prosecutor v. Dominic Ongwen. *Prosecution's sentencing brief*. Doc. Núm. ICC-02/04-01/15. 1 de abril de 2021. Citado como CPI, Fiscalía, Ongwen, 01/04/21.
- CPI. [OCV; LRV]. The Prosecutor v. Dominic Ongwen. *Victims' joint submission on sentencing*. Doc. Núm. ICC-02/04-01/15. 1 de abril de 2021. Citado como CPI, OPCV; LRV, Ongwen, 01/04/21.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda

- TPIR. [Sala de Apelaciones]. The Prosecutor v. Emmanuel Ndindabahizi. *Judgement*. Doc. Núm. ICTR-01-71-A 16 de enero de 2007. Citado como: TPIR, Ndindabahizi, 16/01/2007.

Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia

- TPIY. [Sala de Apelaciones]. The Prosecutor v. Milan Babic. *Judgment on sentencing appeal*. Doc. Núm. IT-03-72-A 18 de julio de 2005. Citado como: TPIY, Babic, 18/07/2005.

RESOLUCIONES, INFORMES Y OTROS DOCUMENTOS

- Banco Mundial (s.f.). *LAC Equity Lab: Pobreza*. [Disponible en: <https://www.bancomundial.org/es/topic/poverty/lac-equity-lab1/overview>].
- D'Acogida Assís. (2016). *Informe de violencia directa, estructural y cultural contra personas sin Hogar*. [Disponible en: https://aporofobia.info/wp-content/uploads/2017/08/informe_violencia_2016.pdf].
- Organización de Naciones Unidas (2012). *Objetivos de desarrollo sostenible*. [Disponible en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/poverty/>].
- Organización de las Naciones Unidas (s.f.). *Objetivos de desarrollo sostenible. Objetivo 1: Poner fin a la pobreza en todas sus formas en todo el mundo*. [Disponible en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/poverty/>].
- Observatorio Hatento. (2015) *Víctimas de delitos de odio por aporofobia*. [Disponible en: <https://hogarsi.org/pdf/Hatento.13victimas.pdf>].

Parte III

**PROPUESTAS PARA LA
PARTE ESPECIAL DEL
DERECHO PENAL**

Capítulo 7

LA VIOLENCIA FILIO-PARENTAL: PADRES Y MADRES COMO COLECTIVOS VULNERABLES EN LOS TIEMPOS DE LA COVID-19

Alfredo Abadías Selma

“Aceptar nuestra vulnerabilidad en lugar de tratar de ocultarla es la mejor manera de adaptarse a la realidad”.

DAVID VISCOTT, médico psiquiatra
(USA 1938-1996)

Introducción

La COVID-19 es una pandemia derivada de la enfermedad ocasionada por el virus SARS-CoV-2 que se localizó por vez primera en diciembre de 2019 en la ciudad de Wuhan, China. El origen era una tipología de neumonía de etiología desconocida, y la gran mayoría de afectados tenían una vinculación con trabajadores del mercado al por mayor de mariscos de la ciudad indicada. La Organización Mundial de la Salud reconoció de forma oficial la situación de pandemia mundial el día 11 de marzo de 2020.

El primero de los casos de esta enfermedad que se diagnosticó en España data del 31 de enero de 2020 en la isla de La Gomera, y el primero de los fallecimientos que se conoció sucedió el 13 de febrero en Valencia. Como consecuencia de la virulencia de esta pandemia de origen prácticamente desconocido, y que se propagaba de forma exponencial, el Gobierno de España decretó el estado de alarma con confinamiento estricto de toda la población, que entró en vigor el domingo 15 de marzo de 2020 a las 00:00 h. Esta situación de permanencia obligada en los domicilios y de clausura de todos los negocios que no fueran indispensables comportó que las familias tuviesen que convivir durante tres meses de forma muy intensiva.

Si ya *per se* las relaciones familiares suelen tener una complejidad intrínseca, cuando existe una obligación legal de encierro en los domicilios las diferencias afloran y las disputas tienden a manifestarse de forma más constante y notoria. Así pues, los padres y madres que tenían hijos con conductas disruptivas, consistentes en agredir a los mismos física y/o psicológicamente, tuvieron que pasar todo el tiempo de confinamiento soportando situaciones límite, y máxime cuando las estrecheces del hábitat acuciaban juntamente a las limitaciones económicas que se iban acrecentando, con un incremento de los datos del desempleo que el Gobierno de España intentaba frenar mediante los ERTE y ayudas a algunos colectivos de autónomos, a cambio de que no cesaran su actividad.

Durante los meses de más duro confinamiento hubo una serie de casos de violencia intrafamiliar ascendente o violencia filio-parental, que iban apareciendo en los diferentes medios de comunicación.

Al cesar la medida de confinamiento muchos padres y madres acudieron a especialistas de diversas disciplinas para pedir ayuda, y las denuncias por malos tratos en este ámbito ascendieron de forma considerable como demuestran algunos incipientes estudios.

En el presente artículo vamos a tratar la problemática de la VFP desde el punto de vista jurídico penal, ante una situación en la que muchas familias se han visto inmersas sin ningún tipo de ayuda pública, ni mucho menos con una planificación de prevención y asistencia, sobre todo en los momentos de confinamiento, cuando muchas terapias ambulatorias de hijos violentos tuvieron que interrumpirse por razones de seguridad sanitaria y por el colapso del sistema público de la sanidad española, que tenía que atender en situaciones límite a la población contagiada por la COVID-19.

Hacia muchas décadas que las familias españolas no se enfrentaban a una situación de tan grave vulnerabilidad que es preciso que se visibilice, se investigue, y se aporten soluciones para que una situación así no se repita.

1. Cuestiones acerca de la tipificación penal de la violencia filio-parental

En la Biblia, ya aparece: “No dejes de disciplinar al joven, que de unos cuantos azotes no se morirá. Dale unos buenos azotes, y así lo librarás del sepulcro” (Proverbios 23, 13-14). En el Derecho Romano existía el derecho de vida y muerte sobre los hijos *ius vitae et necisque*, eso sí, previo trámite del *iudicium domesticum* con derecho de veto del censor, que podía limitar las posibles arbitrariedades de los padres. No era algo frecuente, pero existía, y ello derivó en el derecho de corrección de los padres (García Garrido, 1991). También los romanos disponían del derecho del padre a entregar al hijo a la familia perjudicada por los actos del mismo, *ius noxae dandi*, con la finalidad de exonerarse de la responsabilidad de sus vástagos (González de Audicana, 1991).

En España existió el derecho a corregir a los hijos recogido en el Código Civil, concretamente en el artículo 154. Este derecho de corrección de los padres respecto de sus hijos debía ejercerse de forma moderada y razonable, si bien, dicho artículo fue modificado por la Ley 54/2007, que establecía que los padres “(...) podrán también corregir razonable y moderadamente a los hijos (...)”, texto que fue definitivamente derogado por Ley 26/2015 para adecuar la legislación española a la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989¹.

¹ Abolido por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional (BOE nº 312, de 29 de diciembre de 2007). De forma curiosa el derecho de corrección permanece en España a través del Derecho Foral en Cataluña, Aragón y Navarra.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo considera que el reconocido derecho de corrección de los padres a los hijos no permite que se les pueda golpear y aplicarles castigos físicos. Recoge la STS 654/2019 que “(l)os comportamientos violentos que ocasionen lesiones —entendidas en el sentido jurídico-penal como aquellas que requieren una primera asistencia facultativa y que constituyan delito— no pueden encontrar amparo en el derecho de corrección”. El tribunal, formado por los magistrados Manuel Marchena Gómez (presidente), Julián Sánchez Melgar, Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, Antonio del Moral García, Ana María Ferrer García, Pablo Llarena Conde y Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre (este último como ponente), casó el recurso interpuesto por Mohamed Ch. Este había sido condenado en primera instancia por el Juzgado de lo Penal 1 de Arenys de Mar, por un delito de lesiones en el ámbito familiar, en agosto de 2016. De acuerdo con los hechos probados, sobre las 13 horas del

La Memoria de la Fiscalía General del Estado (2020) manifiesta literalmente lo siguiente:

Resulta descorazonador comprobar como esta modalidad delictiva asciende año tras año. En el año 2019 incrementan hasta 5.055 los procedimientos incoados. En el año 2018 se contabilizaron 4.833 asuntos, frente a los 4.665 de 2017 y los 4.355 de 2016.

Es un problema delictivo enquistado en el tejido social desde que comienzan a dispararse sus cifras a partir del año 2005, aproximadamente. Quince años son muchos, pues dan lugar incluso a un cambio generacional. Inquieta —cuando menos— pararse a pensar que quienes en su pubertad maltrataron a sus padres, hoy ya son adultos que se aproximan o han alcanzado la treintena. ¿Qué modelo educativo van a trasladar a sus hijos? Porque, como se ha venido repitiendo en sucesivas memorias, desde la Jurisdicción de Menores y las entidades públicas de reforma se redoblan, cada anualidad, los esfuerzos para hacer frente a esta forma de maltrato, que trae su causa de un modelo de educación y aprendizaje muy deficientes. La explicación de que el problema no cese es que perviven en el tiempo los mismos patrones educativos fracasados y defectuosos. Ya se ha dicho que estos delitos, sorprendentemente, carecen de la repercusión mediática de otros fenómenos delictivos de menor gravedad objetiva. No obstante, en algunos casos se han producido homicidios consumados (2020: 938-939).

Estamos ante un tipo de menores que agrede a sus ascendientes, a sus padres, abuelos e, incluso, a sus hermanos, imponiendo un estado de terror en el hogar que perturba la paz del mismo a la que todos los componentes tienen derecho. Esta realidad la recoge hace varios años la Fiscalía General del Estado en sus memorias. Nos encontramos ante los menores tiranos que describe Urra Portillo (2006), los

13 de julio de 2016, el hombre se encontraba con su hijo de 15 años en su piso de Arenys de Mar, Barcelona, cuando se produjo una discusión entre ambos. El padre le propinó una bofetada en la cabeza, que le produjo una lesión consistente en hematoma en pabellón auditivo derecho y discreta erosión en cara interna de mucosa labial inferior que requirió para su curación de una primera asistencia facultativa y 5 días no impeditivos”. La discusión se produjo porque el adolescente quería ir a la playa con sus amigos, en vez de estudiar tal y como le había ordenado su padre, con el que vivía. Su rendimiento académico era nulo, las faltas de respeto continuas, con una actitud de desafío verbal hacia su progenitor, “por lo que han de englobarse los presentes hechos en un contexto de rebeldía que ha durado mucho tiempo y conflictividad”, dice la sentencia. El fallo de primera instancia fue ratificado en apelación por la Audiencia Provincial de Barcelona en febrero de 2017.

que sufren y hacen sufrir el llamado “síndrome del emperador” de Garrido Genovés (2011), los que generan amores encontrados y malentendidos entre familiares, denominados de forma muy acertada por Pereira Tercero (2011) como la “patología del amor” que se intrica entre el secreto y la vergüenza. Todo ello se produce en un entorno sociocultural que Abadías Selma (2016) denomina “cultura *touch*”, la cultura de la inmediatez, en la que todo, o casi todo, está al alcance de un clic de una pantalla táctil. Un menor lo puede tener todo de forma total y absolutamente inmediata pulsando esa pantalla, para lo bueno y para lo malo.

Ya en 1993, el insigne penalista Rodríguez Devesa (1993: 158) indicaba en relación con la redacción del entonces art. 425 CP que “(...) nada se dice de la violencia física de los hijos sobre los padres, cuando se trata de una realidad demasiado frecuente en la sociedad actual y de mayor gravedad, todo ello sin entrar ahora en el tema del derecho de los padres de corregir a sus hijos”.

En la actualidad, no existe un tipo penal *per se* para la VFP, y ello no es cuestión pacífica. Entendemos que también se produce cierta inseguridad jurídica, amén de que en las estadísticas oficiales no aparecen datos homogéneos, fundamentalmente por esta razón.

Sin embargo, entendemos que la VFP puede ser reconducida penalmente mediante los siguientes tipos penales:

1. Delito de maltrato en el ámbito familiar, tanto en su modalidad básica prevista y penada en el artículo 153.2 CP, como en la modalidad agravada del apartado 3 del mencionado artículo (que los hechos se cometan en presencia de menores, utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima), así como en la modalidad atenuada del apartado 4 del citado artículo.

Como ha señalado la STS 927/2000, el delito de malos tratos del art. 153 CP tiene como finalidad la protección de la dignidad humana y el libre desarrollo de su personalidad, persiguiendo erradicar la violencia doméstica.

2. Delito de amenazas en el ámbito familiar, sancionado en el artículo 169 CP, y delito leve de amenazas *ex art.* 171.7 CP, párrafo segundo.

3. Delito leve de vejaciones en el ámbito familiar sancionado en el artículo 173.4 CP.

Para acotar la cuestión entendemos que es preciso acudir a la definición consensuada por la gran mayoría de la doctrina científica especializada de la VFP:

Conductas reiteradas de violencia física, psicológica (verbal o no verbal) o económica, dirigida a las y los progenitores, o a aquellas personas que ocupen su lugar. Se excluyen las agresiones puntuales, las que se producen en un estado de disminución de la conciencia que desaparecen cuando esta se recupera (intoxicaciones, síndromes de abstinencia, estados delirantes o alucinaciones), las causadas por alteraciones psicológicas (transitorias o estables) (el autismo o la deficiencia mental severa) y el parricidio sin historia de agresiones previas (Pereira Tercero *et al.*, 2017: 220).

Y así, este fenómeno de violencia intrafamiliar tiene un mejor encaje en la esfera del delito de maltrato habitual en el ámbito familiar del artículo 173.2 CP², que reza:

2. El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial

² *Vid.* art. 15.1 de la Constitución Española; art. 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; art. 3 del Convenio de Roma; art. 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria; arts. 71 y 72 del Reglamento Penitenciario; arts. 22.5°, 57, 113, 176, 177, 180.1°, 533, 534.2, 607, 609, 611.6° y 612.3° del Código Penal; la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 1984; el Convenio Europeo para la prevención de la tortura y de las penas y tratos inhumanos y degradantes de 1987; y los arts. 3 a 11 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

El presente artículo se ubica en el Título VII del Libro I del Código Penal, que protege la vida y, por ende, la salud y la integridad moral de las personas.

Debemos tener en cuenta que no todas estas conductas son subsumibles en un tipo legal y, por lo tanto, hay muchas conductas que pueden quedar fuera, especialmente si tenemos en cuenta que la aplicación de tipos penales es de interpretación restrictiva (Rodríguez González del Real *et al.*, 2020).

En primer lugar, entendemos que con la VFP se está afectando al derecho a la vida y a la integridad física y moral que recoge el artículo 15 CE, que además proscribire los tratos inhumanos o degradantes. Al respecto, el TC establece que

para apreciar la existencia de tratos inhumanos o degradantes, es necesario que estos acarreen sufrimientos de una especial intensidad o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suelen llevar aparejada la imposición de condenas (STC 137/1990, FJ 7).

A mayor abundamiento, la STC 120/1990 especifica que tratos degradantes son, a efectos de lo dispuesto en el artículo 15 de la Constitución Española, nociones graduadas de una misma esencia que en todos sus tramos denotan la causación, sean cuales fueran sus fines, de padecimientos, físicos o psíquicos, e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre, o con esa propia intención de doblegar la voluntad humana del sujeto paciente. Esta misma sentencia, en su FJ 8º, define este derecho afirmando que “se protege la inviolabilidad de la persona, no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca de consentimiento de su titular”.

Así las cosas, el derecho a la integridad física y moral protege:

- a) cualquier acción que lesione el cuerpo.
- b) cualquier acción relativa al cuerpo realizada sin el consentimiento de la persona afectada.

- c) cualquier acción que perturbe o lesione su integridad moral o psicológica.

Siguiendo a Gómez Sánchez (2020a), las lesiones físicas o morales podrán haber sido perpetradas por diversos métodos, unos con una intención de lesionar de forma física o moral, y otros que vulneran este derecho de forma indirecta para perseguir finalidades distintas. Así pues, el derecho a la integridad física y moral tiene su prístino fundamento en el reconocimiento de la dignidad de la persona del artículo 10.1 CE y del art. 1 CDFUE. Es de resaltar la afirmación de Gómez Sánchez (2020b), cuando indica que la dignidad ha sido recogida en numerosos ordenamientos nacionales y consagrada en diversos documentos internacionales, pero siempre como principio, valor, o derecho, pero nunca como un concepto general en el cual se integran otros derechos particulares, como sí lo hace la CDFUE.

En este sentido, también Serrano Gómez y Serrano Maíllo (2019) afirman que el bien jurídico protegido de este tipo penal es muy complejo y que, no obstante, se protege además de la integridad corporal y la salud física o psíquica, la dignidad de la persona en el ámbito doméstico, tratándose de un delito de peligro abstracto sin que sea necesario que tenga que producirse un resultado lesivo.

Y es que los menores agresores pueden cometer diversas acciones para dañar normalmente primero a la psique y después físicamente a sus progenitores o personas que estén en su lugar, siempre con la finalidad de conseguir una situación de poder en el hogar.

Quintero Olivares (2016) afirma que en concordancia con el artículo 15 CE, el bien jurídico protegido por el art. 173.2 CP no es la salud o la integridad corporal, sino la integridad moral o el derecho a no ser sometidos a tratos inhumanos o degradantes, como una manifestación del principio de dignidad humana. Todo ello sin perjuicio de la vinculación de los mencionados bienes jurídicos al espacio común de los delitos contra la incolumidad corporal.

Estamos de acuerdo con Rodríguez Ramos (2011: 599) cuando indica que “(...) realmente el bien jurídico protegido es la preservación del ámbito familiar como una comunidad de amor y libertad presidida por el respeto mutuo y la igualdad (...)”. Y, en este sentido, también con Martínez Mora (2009), cuando tomando como fundamento las SSTs 927/2000, 1356/2001, 662/2002, 320/2005, 417/2004 y

305/2017, llega a la conclusión de que el bien jurídico tutelado por el tipo penal del artículo 173.2 CP se extiende más allá de la mera agresión, estando en el ámbito de la preservación de la paz familiar como una comunidad de amor y libertad, presidida por el respeto mutuo y la igualdad, protegiendo a la dignidad de los miembros más débiles frente a las agresiones de los miembros más fuertes de la familia, que en la VFP son los hijos.

Según el tenor literal de la STS 305/2017,

la violencia física y psíquica a que se refiere el tipo es algo distinto de los concretos actos de violencia aisladamente considerados y el bien jurídico es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad, quedando afectados fundamentalmente valores de la persona y dañado el primer núcleo de toda sociedad, como es el núcleo familiar. Esta autonomía del bien jurídico, de acción y de sujetos pasivos, unido a la situación de habitualidad que se describe en el art. 153 —actual art. 173.2— es el que permite con claridad afirmar la sustantividad de este tipo penal³.

De forma muy acertada, sobre el menoscabo moral, Vázquez Iruzubieta indica que

El menoscabo moral consiste en un sentimiento de humillación, aflicción y vergüenza a consecuencia de palabras, hechos, o gestos, según las circunstancias de lugar, presencia o no de otras personas y personalidad de la víctima y victimario. Ciertos usos sociales, especialmente entre determinada clase de jóvenes, caracterizados por palabras soeces, empujones y torpeza general de trato, siendo el modo corriente de comportamiento entre ellos, si se aplican a personas mayores o de relevancia social, pueden llegar a constituir un trato degradante (2015: 322).

Parte de la doctrina entiende que se afecta directamente a la salud de las personas, así Carracedo Bullido (2000: 37 ss.), García Álvarez y Carpio Delgado (2000: 27) y Maqueda Abreu (2001: 1525). Por contra, Suárez-Mira Rodríguez *et al.* (2020) es del parecer que no es la salud el bien jurídico protegido, ya que no es preciso que esta se vea comprometida con la acción típica, sino que sería la dignidad personal la que quedaría dañada por el sujeto activo del delito, mediante

³ Vid. también, entre otras, las SSSTS 645/99, 834/2000, 927/2000, 1161/2000, 164/2001, 105/2007, 1050/2007, 716/2009, 192/2011, 765/2011, 782/2012, 1059/2012, 66/2013, 701/2013, 981/2013 ó 856/2014.

un ataque físico y/o psíquico contra la víctima a la que está unida por un vínculo de afectividad.

Creemos también que se afectan los bienes jurídicos de la libertad y la seguridad, *ex art.* 17 CE, en concordancia con el CEDH, que reconoce este mismo derecho en su artículo 5 cuando indica que “toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad”. Asimismo, en el artículo 6 CDFUE se recogen los derechos a la libertad y a la seguridad.

Dada la gran importancia de estos derechos, todos ellos son considerados jurídicamente como derechos fundamentales susceptibles de recurso de amparo ante el TC. Tal y como afirma Cámara Villar (2020), los derechos fundamentales tienen un origen inmediato, conteniendo derechos y obligaciones, y no son meros principios programáticos, así pues, no existen más excepciones a este principio de aplicación inmediata que las que pueda imponer la misma CE. Todo y así, es cierto que cuando el derecho es de carácter legal puede suceder que el mandato constitucional no tenga todavía una regulación concreta y solamente se trate de un contenido básico que el poder legislativo tendrá que materializar y desarrollar. *Ad exemplum*, la STC 254/1993 dispone que

Es cierto que, como señalamos en esa misma Sentencia, cuando se opera con una “reserva de configuración legal” es posible que el mandato constitucional no tenga, hasta que la regulación se produzca, más que un mínimo contenido, que ha de verse desarrollado y completado por el legislador. Pero de aquí no puede deducirse sin más (como hace el Abogado del Estado), que los derechos a obtener información ejercitados por el demandante de amparo no forman parte del contenido mínimo que consagra el art. 18 C.E. con eficacia directa, y que debe ser protegido por todos los poderes públicos y, en último término, por este Tribunal a través del recurso de amparo (art. 53 C.E.) (FJ 6º).

Por otra parte, entendemos que también quedan afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia, la infancia y la protección integral de los hijos, *ex art.* 39 CE. Tal y como afirma Gómez Sánchez (2020), el Capítulo III de la CE incorpora una serie de obligaciones del Estado respecto de sectores de población y de ámbitos que precisan de un apoyo y promoción, y en este caso sería la familia afectada por la VFP. No podemos olvidar que la familia es el núcleo fundamental primario de nuestra sociedad

y elemento esencial para el progreso económico de un país. Si un hijo afecta a la estabilidad de la familia, ello tiene una repercusión social y económica, por ejemplo, concretada en bajas laborales de los progenitores cuando se ven desbordados por este tipo de violencia que tiene una vocación de permanencia en el tiempo.

En relación con la acción típica, hemos de valorar que en la VFP existe un elemento fundamental, que es la habitualidad en la conducta violenta, que puede ser física o psíquica. Esta situación de terror que producen los menores violentos en el seno de la unidad familiar y que persiste en el tiempo afecta directamente a la integridad física y moral de la persona, y lo que persigue es conseguir, mantener y ostentar el poder en el hogar mediante la violencia.

La SAP Valencia, Secc. 2.^a, 393/2008, de 25 de junio de 2008, consideró que concurre la conducta descrita en el precepto del artículo 173.2 del CP y, en relación específica de un comportamiento del menor con relación a sus padres, ha de enmarcarse en una situación permanente de dominación sobre las víctimas a las que atemoriza, impidiéndoles el libre desarrollo de su vida. Tal forma de actuar se traduce en actos agresivos, de mayor o menor entidad, pero siempre encuadrables dentro de aquel comportamiento.

Inicialmente se intentó delimitar un número concreto de actos violentos que estuvieran probados y que eran alrededor de tres. En relación con ello, también Suárez-Mira Rodríguez *et al.* (2020) estima que han de existir al menos tres ocasiones, utilizándose como parámetros de la habitualidad los siguientes: el número de actos de violencia que resulten acreditados, la proximidad en el tiempo, la indiferencia de que esta violencia se haya ejercitado sobre la misma o diferentes víctimas, y la irrelevancia de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en anteriores procedimientos judiciales.

La jurisprudencia y la doctrina científica han llegado a la conclusión de que el número de agresiones individuales no es lo decisivo, sino que lo realmente importante es la creación de un clima de violencia que permanezca en el tiempo. La apreciación de la habitualidad exige que la repetición o frecuencia de los actos violentos, ya sean físicos o psicológicos, tengan una entidad suficiente para que el órgano judicial pueda llegar a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente, con independencia del número de agresiones

sufridas (así, Serrano Gómez & Serrano Maíllo, 2009⁴; Pérez Rivas, 2016), y en ello estamos plenamente de acuerdo.

En definitiva, ha de existir un estado de cronicidad, hostigamiento y humillación, como bien afirman Felip i Saborit & Ragués i Vallès (2020). En relación con ello, la SAP Madrid, Secc. 4^a, 103/2018, no consideró que se pudiera acreditar un estado de violencia permanente en el tiempo un caso de un menor que golpeó a su madre en dos ocasiones, sin considerar otros elementos adicionales que demostrasen un estado de terror durable.

Siguiendo a Martínez Mora (2009), el delito previsto y penado en el artículo 173.2 extiende su protección a la dignidad de la persona más débil en el seno familiar, tratándose en todo caso de un delito de mera actividad, siendo el resultado ajeno a la acción típica en base a la STS 321/2004. Lo que se castiga, por tanto, es la actitud del agresor, a partir de los concretos actos de violencia (SSTS 1162/2004 y 108/2005) que deben de atentar contra la paz familiar, a partir de la creación por este de un clima de temor y dominación en el seno familiar, según la propia percepción subjetiva y características personales de quien sufre la violencia (STS 519/2004).

Gorjón Barranco (2020), de forma muy acertada, destaca que lo que es realmente importante es el clima de violencia que puede generarse mediante el ejercicio de un variado tipo de acciones que caben dentro de la habitualidad.

Por su parte, Serrano Gómez y Serrano Maíllo (2019), en cuanto a la habitualidad se refiere, diferencian el concepto si es tratado desde el punto de vista penal o criminológico. Estos autores indican que el

⁴ Estos autores indican que para el concepto de la habitualidad se ha seguido en alguna resolución judicial la interpretación en el sentido de exigir que el requisito típico se cumple a partir de la tercera acción violenta, teniendo ello apoyo en la aplicación del concepto del artículo 94 CP, establecido a los efectos de suspensión y sustitución de las penas. Sin embargo, también señalan que otra línea de interpretación prescinde del automatismo numérico y entiende, con mayor acierto, que lo que es realmente relevante para apreciar la habitualidad es que el tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente. Y ahí radica el mayor desvalor que justifica una tipificación autónoma por la presencia de una gravedad mayor que la que resultaría de la mera agravación de las desvaloraciones propias de cada acción individual, siguiendo también a la STS 613/2006.

fundamento de la habitualidad es eminentemente objetivo para el Derecho Penal y la jurisprudencia; sin embargo, sería subjetivo para la Criminología. Así las cosas, siguiendo el criterio que se establece para lo que se considera habitual en el delito de receptación, sería necesaria la repetición de tres hechos en un periodo de tiempo cercano. Si bien, se trata de un concepto que está en evolución jurisprudencial y que se considera suficiente una reiteración de al menos dos conductas homogéneas.

Villacampa Estiarte (2016), en relación con la habitualidad, indica que el tipo penal no determina un número concreto de actos que conformen la habitualidad. Sin embargo, la jurisprudencia venía indicando un número de tres actos violentos, aunque en algunas ocasiones se ha considerado suficiente dos episodios con violencia, y en los últimos tiempos no se requiere que se objetiven casos concretos de actos de violencia, sino que lo que es realmente importante es que la víctima viva en un estado de agresión permanente.

El Consejo General del Poder Judicial, en su informe al Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de Medidas contra la Violencia ejercida sobre la Mujer, afirmaba literalmente que

Conceptualmente la violencia se presenta como un estadio más avanzado de la agresividad. No hay violencia en sentido estricto, por una agresión aislada, esporádica, sino que esa agresión debe producirse en un contexto de sometimiento de la víctima. El agresor —sujeto dominante— se mueve en un ambiente en el cual la víctima se encuentra subordinada. Ello se produce paulatinamente en un contexto de continua agresión y correlativo deterioro de la personalidad de la víctima (2004: 5).

Es en este punto donde toma sustento Gorjón Barranco (2020), cuando indica que en el ámbito de la violencia doméstica, ya sea desde la perspectiva criminológica o penal, lo que es relevante es poner de manifiesto que no basta un único acto de violencia que no abarcaría la esencia de la problemática, sino que lo que es decisivo es la continuidad delictiva.

En la STS 701/2013, siendo ponente Marchena Gómez, se consideró típica la conducta de un drogodependiente que llegó a imponer una atmósfera de terror y humillación hacia sus progenitores de edad avanzada, que además estaban impedidos en sendas sillas de ruedas.

No es nada infrecuente encontrar hijos que maltratan a sus progenitores siendo adultos, y no colaborando absolutamente en nada para el sustento económico de la familia. Cabe recordar aquí el fenómeno de los llamados “NiNi”⁵, gente joven que ni estudia ni trabaja, y que se ha convertido en un problema importante para muchos países de la Unión Europea. Estamos aquí ante una situación de maltrato de carácter económico

En relación a la habitualidad, hay que tener en cuenta lo que dispone el artículo 173.3 del CP, que preceptúa:

(...) se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.

Hay que remarcar que la habitualidad no puede interpretarse en un sentido jurídico de multirreincidencia, pues se podría estar ante un problema de *non bis in idem*, y parece ser un mejor criterio entender la habitualidad como una repetición de actos de idéntico contenido, si bien no siendo estrictamente la pluralidad la que convierta el hecho en delito. Lo que se ha de valorar es la relación entre el autor y la víctima, más la frecuencia de los malos tratos, es decir, la permanencia del maltrato violento que hace que se considere este delito como autónomo.

En relación a la prueba solo se requiere que los actos de violencia resulten “acreditados”, y, así pues, la prueba de los actos constitutivos de violencia psíquica es especialmente difícil. En todo caso, será crucial el dictamen pericial que acredite que el sujeto pasivo padece algún tipo de estrés, depresión, etc., buscándose una conexión causal con más de un acto de violencia ejercida por el agresor. Si este negare esa violencia psíquica, habiendo solo la palabra de la víctima contra la del denunciante, en la práctica estos problemas de prueba pueden ha-

⁵ El término “NiNi” (ni estudia, ni trabaja) se emplea para referirse a jóvenes que ni estudian ni trabajan. El término viene del término inglés *NEET* (*not in education, employment or training*), y se introdujo formalmente por primera vez en el Reino Unido en 1999 con la publicación del Informe *Bridging the gap: new opportunities for 16-18 year olds not in education, employment or training*.

cer prioritaria la aplicación del art. 153 o de cualquier otro precepto relacionado con la violencia de género (doméstica o asistencial), prescindiéndose así tanto de la prueba de la violencia psíquica como de la habitualidad que exige el art. 173.2 y 3 CP (Muñoz Conde, 2020).

Nieto Martín (2020: 34) afirma que los tipos penales destinados a la protección de la salud no son suficientes para la captación del total del valor del injusto, pues solamente recogen situaciones aisladas, y que, en realidad, no se recoge suficientemente lo que representa el estar sometido durante años a una situación de miedo, que entendemos perturba las relaciones familiares y la paz interior de las personas para poder vivir en una situación de normalidad.

En cuanto a la autoría, estamos ante un delito especial impropio, pues el sujeto activo ha de mantener con el sujeto pasivo una de las relaciones indicadas en el tipo penal.

Asimismo, resultaría irrelevante que los actos de violencia se cometan contra un mismo sujeto pasivo o víctima, o contra diversos de los que se indican en el tipo penal.

Por otra parte, la violencia psíquica y física del art. 173.2 CP, en un principio, no puede ser cometida por omisión. Sin embargo, el Pleno no jurisdiccional del TS celebrado el día 21 de julio de 2009 examinó el posible alcance a comportamientos omisivos de la violencia física o psíquica que se incluye en el art. 173.2 del Código Penal. Se tomó el siguiente Acuerdo al respecto:

El tipo delictivo del art. 173.2 del C. Penal exige que el comportamiento atribuido sea activo, no siendo suficiente el comportamiento omisivo. Sin perjuicio de ello es sancionable penalmente, conforme a dicho precepto, quien contribuye a la violencia de otro, no impidiéndola pese a encontrarse en posición de garante.

Este acuerdo fue seguido en la STS 477/2009, y en esta línea también se sitúa Suárez-Mira Rodríguez *et al.* (2020).

Ad exemplum, según la STS 758 se admite como forma de participación la comisión por omisión, que vendrá relacionada con la posición de garante que tienen diversas personas respecto de otras incluidas entre los sujetos pasivos. Podemos pensar aquí en los casos en los que el padre o la madre no hace absolutamente nada para evitar las agresiones del hijo violento hacia una de las partes, máxime

cuando hay separaciones matrimoniales y la madre se ha quedado viviendo sola.

A tenor de lo dicho, el derecho a la integridad física podría haberse lesionado no solamente por acciones, sino igualmente por omisiones de los poderes públicos, que deberían ser amparadas por los tribunales si como consecuencia de aquellas se produjera una lesión del derecho de modo real y efectivo, tal y como recoge Cámara Villar (2020). En relación con ello, puede verse la STC 220/2005, concretamente su FJ 4º:

De lo dicho se deduce, como sostienen el Ministerio Fiscal y la Sentencia recurrida, que el derecho a la integridad física podría verse lesionado no sólo por acciones, sino también por omisiones de los poderes públicos —como podría ser el caso de una negativa injustificada a conceder una prórroga de baja por incapacidad laboral— que deberían ser amparadas por los Tribunales si como consecuencia de aquéllas se produjera una lesión del derecho de modo real y efectivo.

Ello no implica situar en el ámbito del art. 15 CE una suerte de derecho fundamental a la baja laboral o a la prórroga de la licencia por enfermedad, como sostiene el Abogado del Estado, sino admitir que una determinada actuación de la Administración en aplicación del régimen de bajas por lesión o enfermedad excepcionalmente podría comportar, en ciertas circunstancias, un riesgo o daño para la salud del trabajador. En efecto, tal actuación solo podría reputarse que afecta al ámbito protegido por el art. 15 CE cuando existiera un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse, es decir, cuando se generara un peligro grave y cierto para la salud del afectado. En ese caso, la declaración de lesión de la integridad que se infiera de ese riesgo relevante solo podrá ser efectuada en esta sede cuando resulte palmaria y manifiesta, pues la relevancia del peligro debe apreciarse con inmediatez.

La apreciación de la violencia psíquica es la que más problemas probatorios genera en las diversas formas de disputas familiares. Según diversa jurisprudencia, no es necesario la existencia de lesiones psicológicas para que se pueda apreciar, y el criterio de la mayoría de la doctrina no atiende al resultado causado en la víctima, sino al dolo concreto del autor, al elemento cognitivo y volitivo del sujeto activo que buscará causar un desequilibrio psicológico en su destinatario, y, en la VFP, una situación de temor permanente para conseguir el poder en las relaciones familiares (SSTS 394/2003, 932/2003, 1750/2003 y 805/2003).

Quintero Olivares (2016), en relación con este delito, afirma que los malos tratos psíquicos pueden ser igual de nocivos que los físicos en ciertos momentos, pero que de ello no se deriva la necesidad de una elevación automática a la categoría de delito sin más matiz, debiéndose mantener una actitud cautelosa acompañada de una interpretación restrictiva para que solamente se aplique el tipo penal en los casos de gravedad extrema.

Por lo que se refiere a la estructura típica del delito, hay una tendencia a entender que estamos ante un delito de simple actividad, si bien el TS, en diversas sentencias, señala que se trata de un delito de riesgo, de puesta en peligro de la pacífica convivencia del seno familiar. Por el contrario, Cuello Contreras (1993), Acale Sánchez (1999) y Cortés Bechiarelli (2000) son del parecer de que se trata de un delito de resultado.

Según Muñoz Conde (2015) estamos ante un delito contra la integridad moral a sancionar mediante el art. 173.2 CP, a causa del empleo habitual de violencia física o psíquica sobre las personas ya mencionadas *ut supra*, y, por ende, cabe la posibilidad del concurso entre este delito y otros que puedan darse como lesiones, cualquier otro tipo de delitos contra la vida, libertad, libertad sexual, etc. (cf. art. 177 CP). En cuanto al concurso, Suárez-Mira Rodríguez *et al.* (2020) plantea que pueden existir situaciones concursales tanto de infracciones como de normas, primordialmente con los delitos de injurias, contra la libertad (amenazas, coacciones y detenciones ilegales) y con los delitos de lesiones, debiendo imponerse en cada caso la aplicación del principio *non bis n idem*.

En cuanto al sujeto pasivo, refiere Roperti Páez-Bravo (2006) que las madres son las principales víctimas de este tipo de violencia, y que es una forma de violencia intrafamiliar que no adquiere las dimensiones de género, siendo no obstante una de las problemáticas más graves de nuestra actual sociedad, incrementada en los últimos años. Pensamos que en los tiempos de estricto confinamiento, en los que algunas madres se han encontrado solas educando a hijos violentos, la situación habrá sido dramática.

Es muy significativo que ya en 2007 la Diputación Foral de Vizcaya, junto con la Escuela Vasco Navarra de Terapia Familiar, publicase la *Guía de recomendaciones prácticas para profesionales para Madres*

agredidas por sus hijos/las de García de Galdeano Ruiz y González López.

Pero ya existían investigaciones nacionales e internacionales anteriores que indicaban este extremo (Patterson, 1982; Synder & Patterson, 1995) y que afirmaron que existe una variable a considerar en este fenómeno, el que la madre es la principal (y a veces la única) responsable de la educación de los hijos, lo que comporta, a su vez, mayor riesgo de enfrentamientos (*ad exemplum*, Bobic, 2002; Brezina, 1999; Gallagher, 2004; Cottrell & Monk, 2004). Romero Blasco *et al.* (2005) reflejaban un porcentaje del 87,8%, y Rechea Alberola *et al.* (2008) del 89,8% de madres victimizadas por la VFP.

Pagani *et al.* (2004) centró estudios sobre la VFP en agresiones a la madre exclusivamente.

Robinson *et al.* (2004) señalaba que un 84% de los casos la violencia hacia los progenitores se dirige hacia las madres, y, con cifras parecidas, Nock y Kazdin (2002) y Rout y Anderson (2011), con porcentajes de madres agredidas que alcanzan el 88% y el 72%, respectivamente.

En España también se han encontrado evidencias que es la figura materna la más agredida por sus hijos, con porcentajes cercanos al 90% (Ibabe *et al.*, 2007; Romero *et al.*, 2007).

Del estudio de González-Álvarez *et al.* (2010) se desprende que las madres son las víctimas más frecuentes de agresiones por parte de los menores, con una prevalencia del 41,5%.

La mayor incidencia de agresiones de carácter psicológico, y además total, por parte de las niñas hacia las madres fue corroborada por Rosado, Rico y Cantón-Cortés (2017), en un estudio sobre la influencia de la psicopatología en la comisión de la VFP relacionada con las diferencias en función del sexo.

Jiménez Arroyo (2017) corrobora que prácticamente la totalidad de las investigaciones revisadas, tanto de carácter nacional como internacional, constatan que el perfil del hijo que maltrata a sus progenitores es el de un varón, y que la víctima principal de dichas agresiones es la figura materna.

Cuervo García (2018) indica al respecto que las familias monoparentales representan un porcentaje elevado, (35%), siendo la con-

vivencia con la madre la modalidad que se da en casi la totalidad de los casos.

Que la víctima principal sea la madre se debe fundamentalmente a que existe una mayor presencia de la figura materna en la vida familiar en los países occidentales, así como el mayor número de familias monoparentales en los que la madre es la única figura cuidadora (Aroca Montolio, 2010; en el mismo sentido, Agustina Sanllehí & Abadías Selma, 2019). Gallagher (2008) hace referencia a la mayor vulnerabilidad física de las mujeres como causa fundamental de que sean las principales víctimas de las conductas violentas de los hijos agresores.

Por el contrario, Peek *et al.* (1985) consideran que el crecimiento de la violencia hacia los padres es mucho mayor que hacia las madres. Walsh y Krienert (2007) afirman que entre los jóvenes de 18 a 21 años el progenitor agredido más frecuentemente es el padre.

En relación con la penalidad, las penas previstas en el artículo 173.2 CP expresan ya una diferencia clara existente entre este delito y el del maltrato ocasional del artículo 153 CP, ya por la extensión de la pena, como por la inexistencia de alternativa a la misma. Por lo demás, en la misma línea que en los arts. 153, 171 y 172, el art. 173.2, párrafo segundo, preceptúa que “(s)e impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 CP o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza”.

Puesto que es previsible que, en este tipo de delitos, tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad, no haya desaparecido totalmente el peligro para la víctima, se prevé la medida de libertad vigilada, que consistirá en el sometimiento del condenado a un control judicial durante un tiempo estipulado.

2. Propuestas para paliar la problemática de la VFP

Es de suma importancia promover campañas de sensibilización que den visibilidad a la VFP para que la ciudadanía tome conciencia

de que existen unas “líneas rojas” que nunca se deben sobrepasar en las relaciones entre padres e hijos, y que hay que detectar la violencia de los hijos hacia sus ascendientes ya en edades muy tempranas, por ejemplo, dar patadas a una puerta de forma regular y la no aceptación de normas familiares pueden vaticinar el tener a un hijo violento en un futuro.

Estamos muy de acuerdo con Vidal Delgado (2012) cuando afirma que los medios de comunicación quieren poner cerco a la violencia de género, pero muy poco hacen para visibilizar la violencia de los hijos hacia los padres, siendo ello una cuestión muy compleja, pues es crudelísimo para unos padres el tener que acudir a la Fiscalía de Menores para denunciar y, en definitiva, reconocer que no pueden con sus hijos, y que se ven incapaces de educarlos⁶. La misma autora asevera que ello sucede en todos los niveles sociales con independencia del nivel formativo familiar, y también del nivel económico de los padres.

Sería necesario poner en funcionamiento un teléfono gratuito de atención permanente de asesoramiento e información a padres, tutores y familiares que sufren violencia por parte de sus hijos o menores y jóvenes con los que conviven, de forma similar a lo que se está llevando a cabo con la violencia de género. Normalmente los padres, o quienes ocupan su lugar, no saben a quién acudir cuando se ven desbordados por la violencia y el terror que se padece en lo más íntimo de los hogares, y una primera llamada podría servir de luz para iniciar un camino hacia la solución.

Podemos afirmar que España es un país puntero a nivel de investigación en VFP, pero entendemos que sería muy importante realizar un estudio que nos permita saber los casos que no se llegan a denunciar,

⁶ A pesar de las iniciativas introducidas para dinamizar la puesta en marcha del proceso judicial de menores (*ad exemplum* la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2010 sobre el tratamiento desde el sistema de Justicia Juvenil de los malos tratos de los menores hacia sus ascendientes), parece evidente que siguen siendo muchos los familiares que no llegan a denunciar y optan por mantener el conflicto en secreto o por buscar alternativas asistenciales, al margen de la tutela judicial.

es decir, la cifra negra que no permite aquilatar la problemática y, por ende, buscar soluciones a la misma⁷.

Para el estudio de esta cifra negra sería preciso poder contar con datos procedentes de diversas fuentes, no solamente judiciales, sino asistenciales, sanitarias, educativas, etc. Es muy posible que los avances tecnológicos de la era digital en la que estamos viviendo permitan acercarnos con, incluso, algoritmos matemáticos y programas de inteligencia artificial a la auténtica magnitud de la problemática, pues de todos es sabido que la mayoría de la doctrina indica que solamente se denuncian un 10 % de todos los casos.

La dispensa legal de la obligación de declarar prevista en el artículo 416 LECrim en relación con los hechos cometidos en la esfera de la VFP, teniendo como sujetos activos a los menores, se propone como cuestión a debatir, pues en muchas ocasiones los padres no ratifican la denuncia porque padecen sentimientos encontrados, vergüenza, miedos y, las más de las veces, desorientación. Este sesgo de información es muy relevante a la hora de poder saber los casos reales de VFP que existen en España. Quizás sería necesario establecer una limitación temporal o plazo de preclusión para el ejercicio de acciones⁸.

⁷ España es un referente de máximo prestigio a nivel mundial en el estudio de la violencia filio-parental, y clara muestra de ello es que se creó en nuestro país en 2013 la Sociedad Española para el Estudio de la Violencia filio-parental (SEVI-FIP) con el objetivo de aunar a los mejores especialistas y fomentar la investigación interdisciplinar. Esta sociedad dedicada a la investigación y a la difusión de la misma, ya ha celebrado dos congresos internacionales, uno en el Hospital San Carlos de Madrid en 2015 y otro en la Universidad de Deusto en 2017. Ambos congresos tuvieron la participación de ponentes de máxima relevancia nacionales e internacionales, como Abeijón Merchán, Boris Cyrulnik y Haim Omer. En 2020 se tenía que celebrar el tercer congreso, pero debido al estallido y propagación de la pandemia del COVID-19 se ha postergado hasta 2022.

⁸ *Vid.* la importante STS 49/2018, que diferencia, por un lado, al testigo o víctima familiar del investigado o acusado que acude a la policía o al juzgado a denunciar, personado como denunciante y posteriormente como acusación particular y, en este caso, dice la sentencia, no es necesario informarle de la previsión del art. 416 LECrim. Y, por otro lado, las personas que, encontrándose en esa relación de parentesco, sean requeridas para participar en la indagación de los hechos delictivos, siendo que, en ese caso, se establece la obligatoriedad de la advertencia tanto en sede policial como judicial, en la instrucción y en el plenario, siendo el efecto de la no observancia de dicha obligación la nulidad de la declaración prestada e imposibilidad de su valoración por el juzgador.

En este punto es muy necesario que el Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado, las diferentes fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado y las instituciones sanitarias y de protección social emitan datos anuales con criterios homogéneos, que puedan cruzarse a los efectos de conseguir una visión panorámica de lo que está sucediendo en nuestro país en relación con este fenómeno.

La obtención de datos fiables a lo largo del tiempo sobre la criminalidad de los menores es tarea harto compleja, pues las fuentes oficiales españolas tienen carencias importantes; por ello, la Criminología ha tenido que acudir en los últimos años a estudios mediante autoinformes, como señalan (Aebi *et al.*, 2016).

Entendemos que sería algo muy positivo crear una comisión interdisciplinar e interautonómica compuesta por expertos en VFP de diversas disciplinas y miembros de las diferentes administraciones, para crear unos mínimos estándares de calidad para los recursos y programas específicos que se aplican en cada comunidad autónoma⁹.

No podemos olvidar que las medidas judiciales aplicables a los menores son competencia de las diferentes comunidades autónomas, y ello puede generar desigualdades y, por lo tanto, situaciones de vulnerabilidad.

Para paliar la VFP entendemos que es fundamental que se creen instrumentos de prevención con la suficiente logística que sean de carácter público, privado o concertado, pero siempre con entidades que estén especializadas en esta problemática tan *sui generis*. Pensamos que, a estas alturas de conocimiento de esta problemática tan compleja, no podemos dejar que la misma se aborde si no es por profesionales y entidades muy específicas.

⁹ El miércoles, 17 de marzo de 2021, la Comisión de Derechos de la Infancia y Adolescencia debatió y votó seis proposiciones de ley, una de ellas sobre medidas destinadas a luchar contra la VFP, impulsada por el Grupo Popular (defendida por la diputada Carmen Navarro Lacoba; Núm. Exp. 161/001873). Aquí se recogía la petición de creación de una comisión interdisciplinar e interterritorial, entre otras cuestiones. La PNL obtuvo 16 votos a favor y 17 en contra. Por tan solo un voto, y por cuestiones de enmiendas técnicas, se frenó el poder avanzar con una ley que hubiera sido histórica en nuestro país para paliar este tipo de violencia silenciosa y tantas veces incomprensida por la sociedad y desatendida por las diferentes administraciones.

Conviene avanzar con más intensidad en la implementación de programas de intervención específicos enfocados a la familia no solo *ex post facto*, es decir, una vez se hayan manifestado problemas concretos en una familia determinada, sino también con carácter preventivo-general (Agustina Sanllehí & Abadías Selma, 2019).

Como bien señala Nieto Morales (2012), uno de los momentos clave de la vida del menor es cuando comienza a protagonizar episodios de violencia, y habría que considerarse, así, el planteamiento de la prevención de la misma, ya desde la más tierna infancia. Y si, no obstante, aparece la violencia, es preciso recurrir a técnicas con protocolos coordinados que impidan la perpetuación de ese clima violento y de terror, evitando también las duplicidades en los recursos empleados.

Uno de los instrumentos que entendemos muy necesarios son las escuelas de padres que se han ido clausurando paulatinamente, sobre todo a raíz de la crisis económica de 2008. Este tipo de recursos son muy importantes a los efectos de que las familias puedan obtener una formación especializada en relación a cómo educar a sus hijos, si bien todavía falta mucha pedagogía para que los padres entiendan que han de estar asesorados por especialistas antes de llegar a situaciones límite. No es nada fácil hacer comprender a los progenitores, o a quienes estén en su lugar, que han de aprender a educar en familia, en valores y con miras a la protección de posibles brotes de violencia.

Por otra parte, el sistema penal juvenil nunca busca estigmatizar y, por lo tanto, no existen antecedentes penales para los menores infractores. Dicho esto, creemos que sería muy interesante el poder realizar un seguimiento a lo largo del tiempo después del cumplimiento de las medidas judiciales impuestas por delitos relacionados con la VFP, pues la misma no se erradica solamente con el cumplimiento legal, y pensamos que es absolutamente necesario prevenir las recidivas, que normalmente suelen ser mucho más violentas (Agustina Sanllehí & Abadías Selma, 2019).

La reincidencia en hechos de VFP se propone como cuestión a debatir en relación con una posible modificación del artículo 10.1 LORPM, que establece la obligación legal del Juez de Menores de imponer de manera obligatoria en los casos de reincidencia una medida de internamiento en régimen cerrado de 1 a 6 años, complementa-

da sucesivamente con otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa. Mediante las últimas investigaciones en el ámbito de la violencia se sabe que la medida de internamiento en régimen cerrado puede producir un desarraigo familiar de carácter irreparable, y que, además, no se pueda trabajar con la familia de forma integral, como se requiere en las intervenciones específicas para la VFP.

Se propone como cuestión a debatir la conveniencia de dar una nueva configuración a la medida de convivencia en grupo educativo, ya sea como medida cautelar, o bien como medida definitiva, potenciando la misma y ampliando las posibilidades de aplicación a otros perfiles de menores distintos de los que se tienen en cuenta en la actualidad. No podemos soslayar que en las últimas memorias de la Fiscalía General del Estado se recomienda esta medida como idónea para el abordaje de la VFP.

Otra de las medidas que pensamos que sería muy positiva es la creación de un instrumento de evaluación estatal para poder conocer los recursos que realmente son eficaces y eficientes y los que no lo son, si bien sabemos que la competencia para la implementación de medidas judiciales es de cada una de las comunidades autónomas, que en algunos casos están políticamente enfrentadas entre sí y/o con el poder central.

Este instrumento de evaluación estatal debería de verse como una oportunidad única para poder aunar esfuerzos y experiencias en aras de conseguir unos mejores resultados, siempre desde el punto de vista científico e interdisciplinar.

Puesto que la implementación de las medidas judiciales impuestas a menores son competencia de cada una de las comunidades autónomas, pensamos que hay que dotar a cada una de ellas de recursos específicos para el abordaje de la VFP, pues hay zonas de nuestro país que prácticamente no disponen de los mismos, ya sea desde el ámbito de la Administración de Justicia, o bien desde la protección de menores.

Es de una importancia clave el poder legislar en el sentido de vincular a los padres para que se impliquen en el abordaje de la VFP, mediante los diferentes tratamientos que se implementan en los recursos especializados que existen hoy día en las comunidades autónomas. La inmensa mayoría de estudios indican que para el abordaje de la VFP

es necesario tratar no solamente al menor violento, sino a la familia, y, si puede ser, en sentido extenso y no solamente nuclear.

En relación con los tiempos de respuesta judiciales en los expedientes de reforma, y en base a las medidas cautelares que se acuerden, se propone como cuestión a debatir la posibilidad de establecer un procedimiento de instrucción y enjuiciamiento urgente de los hechos relacionados con la VFP, sin que en modo alguno puedan quedar afectados algunos de los derechos procesales de los menores expedientados, y que proporcione una respuesta jurídica rápida y eficaz a este tipo de violencia. Asimismo, se propone como cuestión a debatir la posibilidad de modificar el artículo 28 LORPM en el sentido de incorporar a su contenido otras posibles medidas cautelares que se puedan aplicar en materia de VFP.

En la gran mayoría de ocasiones las denuncias que se tramitan en las inspecciones de guardia de las diferentes fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado en los casos de VFP no presentan generalmente una uniformidad en su contenido, ni tampoco tienen objetivos homogéneos. Normalmente, cuando se reciben las denuncias en las diferentes inspecciones de guardia y se elaboran los atestados policiales, los mismos tienen modelos estereotipados que carecen de la necesaria especificidad para una violencia tan concreta y diferente. Se revela necesario que se llegue a un consenso entre los diferentes cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado para que existan unos mínimos estándares que puedan identificar casos de VFP, y sean discriminados en relación con los que sean comportamientos disruptivos, como absentismo escolar, consumos de tóxicos, faltas de disciplina, etc.

Pensamos que también es muy necesario que desde las diferentes inspecciones de guardia desde donde se reciben las denuncias se puedan realizar acciones de mediación, siempre y cuando no haya habido una violencia e intimidación expresa y grave.

Es preciso que las diferentes fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado tengan una formación específica y especializada en esta materia tan compleja, y, por supuesto, que sepan informar a las familias de una forma lo más pedagógica posible y de la manera más respetuosa acerca de la situación presumiblemente delictiva, presentando siempre una actitud de máxima empatía y comprensión hacia las familias que sufren este tipo de violencia para que sepan también cuál va a

ser el camino a seguir después de su denuncia, despejando miedos infundados e informaciones tergiversadas con las que suelen acudir los padres colmados de desesperación.

Una vez llegados al punto límite de concreción de la VFP, pensamos que es muy conveniente crear un protocolo de actuación policial en materia de VFP que sea homogéneo en todo el territorio español.

Se proponen como cuestiones de debate la modificación del artículo 520.4 párrafo 2 de la LECrim y, también, la modificación del artículo 17.2 de la LORPM¹⁰, en aras de conseguir una mejor atención para la familia y el menor que se ven inmersos en la VFP.

Entendemos que todavía queda un largo camino por explorar en el ámbito de la VFP, y concretamente, en cuanto a las soluciones extrajudiciales se refiere, para tratar de rehabilitar y recuperar al menor infractor mediante los denominados programas de *diversion* que traducidos a nuestro idioma significarían “diversificación”. Se trata de una serie de estrategias de Política Criminal, que han de estar muy calibradas y pensadas para evitar una persecución penal del delito y recuperar el control social de la criminalidad sin pasar por las instancias judiciales. Se precisa más que nunca explorar programas que sean verdaderamente distintos y alternativos y que pasen por el reconocimiento del daño, la reparación del mismo, la mediación y la conciliación, sobre todo en los casos más incipientes (también en este sentido, Ornosá Fernández, 2007).

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 en la medida de lo posible.

Todas las medidas que comentamos necesitan de un apoyo económico decidido de las diferentes administraciones, que han de entender de una vez por todas que esta problemática sigue *in crescendo* y que puede enquistarse, convirtiéndose en un problema a medio y largo plazo con adultos que se comporten de forma violenta en el ámbito intrafamiliar y social.

¹⁰ Para un análisis exhaustivo de la LORPM, *vid.* al respecto la imprescindible obra de Díaz-Maroto y Villarejo *et al.* (2018).

Referencias

DOCTRINA

- Abadías Selma, A. (2016). *La violencia filio parental: consideraciones penales y Criminológicas*. Barcelona: Bosch.
- Acale Sánchez, M. (1999). *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Aebi, M.F., Cerezo, A.I., De la Corte, L. & Giménez-Salinas, A. (2016). *Aspectos esenciales de la Criminología actual*. Barcelona: UOC.
- Agustina Sanllehí, J. R. & Abadías Selma, A. (2019). “¿Hijos tiranos o padres indolentes? Claves ante la violencia filio-parental”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 21-12.
- Aroca-Montolio C. (2010). *La violencia filio-parental: Una aproximación a sus claves*. [Tesis doctoral, Universidad de Valencia]. RODERIC.
- Bobic, N. (2002). “Adolescent violence towards parents: Myths and realities”. *Australian Domestic and Family Violence Clearinghouse*. [Disponible en: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.564.7976&rep=rep1&type=pdf>].
- Brezina, T. (1999). *Teenage violence towards parents as an adaptation to family strain: Evidence from a National Survey of Male Adolescents*. *Youth and Society*. 30 (4), pp. 416-444.
- Cámara Villar, G. (2020). “El derecho a la integridad física y moral”. En Balaguer Callejón F., (Coord.). *Manual de derecho constitucional*. 15ª ed. Madrid: Tecnos, pp. 93-188.
- Carracedo Bullido, R. (2000). “Las novedades del derecho punitivo en materia de violencia doméstica”. *Hojas de Warmi* (11), pp. 37-39.
- Consejo General del Poder Judicial (2004). *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de Medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer*. [Disponible en: <https://cutt.ly/FkMV289>].
- Cortés Bechiarelli, E. (2000). *El Delito de malos tratos familiares: nueva regulación*. Madrid: Marcial Pons.
- Cuello Contreras, J. (1993). “El delito de violencia habitual en el seno de la familia y otras relaciones análogas de afectividad”. *Revista del Poder Judicial*. 32, pp. 9-18.
- Cuervo García, A.L. (2018). *Menores maltratadores en el hogar*. Barcelona: Bosch.
- Díaz-Maroto y Villarejo, J., Feijoo Sánchez, B. & Pozuelo Pérez, L. (2018). *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*. Navarra: Aranzadi.
- Felip i Saborit, D. y Ragués i Vallès, R. (2021). “Torturas y otros delitos contra la integridad moral”. Silva Sánchez, J.M. (Dir.) / Ragués i Vallés,

- R. (Coord.). *Lecciones de derecho penal parte especial*. 7ª ed. Barcelona: Atelier, pp. 117-130.
- Fiscalía General del Estado. (2020). *Memoria anual*.
- Gallagher, E. (2004). "Parents victimized by their children". *Australian and New Zealand journal of family therapy*. 25 (1), pp. 1-12.
- Gallagher, E. (2008). *Children's violence to parents: A critical literature review*. Master's thesis. Master of Social Work. Monash University. Australia.
- García Álvarez, P. & Del Carpio Delgado, J. (2000). *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- García de Galdeano Ruiz, P. & González López, M. (2007). *Madres agredidas por sus hijas/os: Guía de recomendaciones prácticas para profesionales*. Vizcaya: Diputación Foral de Bizkaia.
- García Garrido, M.J. (1991). *Derecho Privado romano*. Madrid: Dykinson.
- Garrido Genovés, V. (2019). *Los hijos tiranos: El síndrome del emperador*. Madrid: Ariel.
- Gómez Sánchez, Y. (2020a). *Derechos fundamentales*. Navarra: Aranzadi.
- Gómez Sánchez, Y. & Elías Méndez, C. (2020b). *Derecho constitucional europeo*. Pamplona: Aranzadi.
- González Álvarez, M., Gesteira Santos, C., Fernández Arias, I. & García Vera, M.P. (2010). "Adolescentes que agreden a sus padres. Un análisis descriptivo de los menores agresores". *Psicopatología Clínica Legal y Forense*. 10, pp. 37-53.
- Gorjón Barranco, M. C. *El delito de violencia habitual: consideraciones en relación a la despenalización de los micromachismos*. Barcelona: Bosch.
- Jiménez Arroyo, S. (2017). "Madres victimizadas. análisis jurídico de la violencia filio parental como un tipo de violencia hacia la mujer". *Anales de derecho*. 35 (1).
- Maqueda Abreu, M. L. (2001). "La violencia habitual en el ámbito familiar: razones de una reforma". En Quintero Olivares, G. & Morales Prats, F. (Coords.). *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muniz*. Pamplona: Aranzadi, pp. 1515-1531.
- Martínez Mora, G. (2009). "Comentario al Artículo 173 del Código Penal". En Amadeo Gadea, S. (Coord.). *Código Penal. Parte Especial. Tomo II. Volumen I*. Madrid: Factum Libri Ediciones, pp. 246-256.
- Miquel González de Audicana, J. (1990). *Curso de Derecho romano*. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A.
- Muñoz Conde, F. (2015). *Derecho Penal. Parte Especial*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Nieto Martín, A. (2020). “Violencia habitual contra las personas vinculadas al agresor”. En Gómez Rivero, C. (Coord.). *Derecho penal, parte especial*. 3ª ed. Madrid: Tecnos, pp. 229-237.
- Nieto Morales, C. (Coord.). (2012). “Reflexiones victimológicas”. En Nieto Morales, C. *La violencia intrafamiliar: menores, jóvenes y género. Una mirada desde la práctica profesional*. Barcelona: J. M. Bosch, pp. 263-278.
- Ornosa Fernández, M. R. (2020). “Pasado y presente de la aplicación de la ley penal del menor”. En Jorge Barreiro, A. & Feijoo Sánchez, B. (Eds.). *Nuevo derecho penal juvenil: una perspectiva interdisciplinaria. Qué hacer con los menores delincuentes?* Barcelona: Atelier, pp. 57-66.
- Patterson, G.R. (1982). *A social learning approach: Coercitive family process*. Vol. 3. Eugene, Oregón: Castalia.
- Peek, C., Fischer, J. & Kidwell, J. (1985). “Teenage violence toward parents: A neglected dimension of family violence”. *Journal of Marriage and Family*. 47 (4), pp. 1051-1058.
- Pereira Tercero, R., Loinaz Calvo, I., Del Hoyo-Bilbao, J., Arrospide Erkoreka, J., Bertino Menna, L., Calvo Álvarez, A., Montes, Y. & Gutiérrez, Mª. M. (2017) “Propuesta de definición de violencia filio-parental: consenso de la sociedad española para el estudio de la violencia filio-parental (SE-VIFIP)”. *Papeles del Psicólogo / Psychologist Papers*. 38 (3), pp. 216-223.
- Pereira Tercero, R. (2011). *Psicoterapia de la violencia filio-parental: Entre el secreto y la vergüenza*. Madrid: Morata.
- Pérez Rivas, N. (2016). “La determinación de la habitualidad en el delito de maltrato habitual (artículo 173.3 Código Penal Español)”. *Revista Opinión Jurídica Universidad de Medellín*, pp. 169-182.
- Quintero Olivares, G. (2016). “Delitos contra la libertad”. En Quintero Olivares, G. (Dir.). *Compendio de la parte especial del derecho penal*, Aranzadi: Navarra, pp. 171-236.
- Rechea Alberola, C., Fernández Molina, E., & Cuervo García, A.L., (2008). “Menores agresores en el ámbito familiar”. *Centro de Investigación en Criminología, Informe núm. 15*. Universidad de Castilla-La Mancha.
- Rodríguez Devesa, J.Mª. & Serrano Gómez, A. (1993). *Derecho penal español parte especial*. 16ª ed. Madrid: Dykinson.
- Rodríguez González del Real, C. (2020). “La violencia filio-parental y la jurisdicción de menores”. En Ortega Burgos, E. (Dir.). *Derecho Penal 2020*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Rodríguez Ramos. L. (Dir.). (2011). *Código Penal: concordado y comentado y con jurisprudencia*. 4ª ed. Madrid: La Ley.
- Romero Blasco, F., Melero Merino, A., Cànovas Amenós, C. & Antolín Martínez, M. (2005). *La violencia de los jóvenes en la familia: Una aproximación a los menores denunciados por sus padres*. Àmbit social i criminològic

- gic. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Departament de Justícia. Generalitat de Catalunya. [Disponible en: https://www.recercat.cat/bitstream/handle/2072/200254/doc_28636973_1.pdf?sequence=1].
- Roperti Páez-Bravo, E. (2006). *Padres víctimas, hijos maltratadores: pautas para controlar y erradicar la violencia en los adolescentes*. Madrid: Espasa Calpe.
- Rosado, J., Rico, E., Cantón-Cortés, D. (2017). “Influencia de la psicopatología en la comisión de violencia filio-parental: diferencias en función del sexo”. *Anales de psicología*. 33 (2), pp. 243-25.
- Serrano Gómez, A., Serrano Maíllo, A. (2009). *Derecho penal parte especial*. 14ª ed. Madrid: Dykinson
- Serrano Gómez, A. & Serrano Maíllo, A. (2019). “Delitos contra la integridad moral”. Serrano Gómez, A., Serrano Maíllo, A., Serrano Tárraga, Mª. D. y Vázquez González, C. *Curso de derecho penal parte especial*. 5ª ed. Madrid: Dykinson.
- Suárez-Mira Rodríguez, C. (Dir.). (2020). *Manual de derecho penal parte especial*. Tomo II. 8ª ed. Navarra: Aranzadi.
- Synder, J. & Patterson, G. R. (1995). “Children’s temperament, mother’s discipline and security of attachment: Multiple pathways to emerging internalization”. *Child Development*. 66, pp. 597-615.
- Urra portillo, J. (2006). *El pequeño dictador: cuando los padres son las víctimas, del niño consentido al adolescente agresivo*. Madrid: La esfera de los libros.
- Vázquez Iruzubieta, C. (2015). *Código Penal comentado (Actualizado por las Leyes Orgánicas: 1/2015, de 30 de marzo y 2/2015, de 30 de marzo)*. Barcelona: Atelier.
- Vidal Delgado, T. (2012). “Actuaciones desde la justicia con menores agresores a los padres”. Nieto-Morales, C. (Coord.). *La violencia intrafamiliar: menores, jóvenes y género. Una mirada desde la práctica profesional*. Barcelona: Bosch, pp. 81-89.
- Villacampa Estiarte, C. (2016). “Torturas y otros delitos contra la integridad moral”. En Quintero Olivares, G., (Dir.). *Compendio de la parte especial del derecho penal*. Navarra: Aranzadi, pp. 237-266.
- Walsh J. y Krienert, J. (2007). “Child-Parent violence: An empirical analysis of offender, victim, and event characteristics in a national sample of reported incidents”. *Journal of Family Violence*. 22 (7), pp. 563-574.

JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional (España)

- Tribunal Constitucional. (1990). Pleno. Sentencia nº 120/1990. Ponentes: Fernando García-Mon y González-Regueral, Eugenio Díaz Eimil y

José Vicente Gimeno Sendra. 27 de junio de 1990. Citada como STC 120/1990.

- Tribunal Constitucional (1990). Pleno. Sentencia nº 137/1990. Ponentes: Jesús Leguina Villa, José Luís de los Mozos y de los Mozos y Vicente Gimeno Sendra. 19 de julio de 1990. Citada como STC 137/1990.
- Tribunal Constitucional. (1993). Pleno. Sentencia nº 354/1993. Ponente: Eugeni Gay Montalvo. 20 de julio de 1993. Citada como STC 354/1993.
- Tribunal Constitucional. (2005). Sala 1ª. Sentencia nº 220/2005. Ponente: Pablo Pérez Tremps. 12 de septiembre de 2005. Citada como STC 220/2005.

Tribunal Supremo (España)

- Tribunal Supremo. (1999). Sala 2ª. Sentencia nº 645/1999. Ponente: Joaquín Delgado García. 29 de abril de 1999. Citada como STS 645/1999.
- Tribunal Supremo. (2000). Sala 2ª. Sentencia nº 234/2000. Ponente: Adolfo Prego de Oliver Tolivar. 19 de mayo de 2000. Citada como STS 834/2000.
- Tribunal Supremo. (2000). Sala 2ª. Sentencia nº 927/2000. Ponente: Joaquín Giménez García. 24 de junio de 2000. Citada como STS 927/2000.
- Tribunal Supremo. (2001). Sala 2ª. Sentencia nº 1356/2001. Ponente: José Ramón Soriano Soriano. 9 de julio de 2001. Citada como STS 1356/2001.
- Tribunal Supremo. (2000). Sala 2ª. Sentencia nº 1161/2000. Ponente: Julián Sánchez Melgar. 26 de junio de 2000. Citada como STS 1161/2000.
- Tribunal Supremo. (2001). Sala 2ª. Sentencia nº 164/2001. Ponente: José Jiménez Villarejo. 5 de marzo de 2001. Citada como STS 164/2001.
- Tribunal Supremo. (2002). Sala 2ª. Sentencia nº 662/2002. Ponente: Julián Sánchez Melgar. 18 de abril de 2002. Citada como STS 662/2002.
- Tribunal Supremo. (2003). Sala 2ª. Sentencia nº 394/2003. Ponente: Joaquín Giménez García. 14 de marzo de 2003. Citada como STS 394/2003.
- Tribunal Supremo. (2003). Sala 2ª. Sentencia nº 805/2003. Ponente: Cándido Conde-Pumpido Tourón. 18 de junio de 2003. Citada como STS 805/2003.
- Tribunal Supremo. (2003). Sala 2ª. Sentencia 932/2003. Ponente: José Antonio Martín Pallín. 27 de junio de 2003. Citada como STS 932/2003.
- Tribunal Supremo. (2003). Sala 2ª. Sentencia nº 1750/2003. Ponente: Carlos Granados Pérez. 18 de diciembre de 2003. Citada como STS 1750/2003.
- Tribunal Supremo. (2004). Sala 2ª. Sentencia nº 321/2004. Ponente: Juan Saavedra Ruíz. 11 de marzo de 2004. Citada como STS 321/2004.
- Tribunal Supremo. (2004). Sala 2ª. Sentencia nº 519/2004. Ponente: José Manuel Maza Martín. 28 de abril de 2004. Citada como STS 519/2004.

- Tribunal Supremo. (2004). Sala 2ª: Sentencia nº 917/2004. Ponente: Antonio Romero Lorenzo. 7 de octubre de 2004. Citada como STS 917/2004.
- Tribunal Supremo. (2004). Sala 2ª. Sentencia nº 1162/2004. Ponente: Julián Sánchez Melgar. 15 de octubre de 2004. Citada como STS 1162/2004.
- Tribunal Supremo. (2005). Sala 2ª. Sentencia nº 108/2005. Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre. 31 de enero de 2005. Citada como STS 108/2005.
- Tribunal Supremo. (2005). Sala 2ª: Sentencia nº 320/2005. Ponente: Diego Antonio Ramos Gancedo. 10 de marzo de 2005. Citada como STS 320/2005.
- Tribunal Supremo. (2006). Sala 2ª. Sentencia nº 613/2006. Ponente: Andrés Martínez Arrieta. 1 de junio de 2006. Citada como STS 613/2006.
- Tribunal Supremo. (2007). Sala 2ª. Sentencia nº 105/2007. Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca. 14 de febrero de 2007. Citada como STS 105/2007.
- Tribunal Supremo. (2007). Sala 2ª. Sentencia nº 1050/2007. Ponente: Luciano Varela Castro. 19 de diciembre de 2007. Citada como STS 1050/2007.
- Tribunal Supremo. (2009). Sala 2ª. Sentencia nº 716/2009. Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre. 2 de julio de 2009. Citada como STS 716/2009.
- Tribunal Supremo. (2009). Sala 2ª. Sentencia nº 477/2009. Ponente: Julián Sánchez Melgar. 10 de noviembre de 2009. Citada como STS 477/2009.
- Tribunal Supremo. (2011). Sala 2ª. Sentencia nº 192/2011. Ponente: Luciano Varela Castro. 18 de marzo de 2011. Citada como STS 192/2011.
- Tribunal Supremo. (2011). Sala 2ª. Sentencia nº 765/2011. Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre. 19 de julio de 2011. Citada como STS 765/2011.
- Tribunal Supremo. (2012). Sala 2ª. Sentencia nº 782/2012. Ponente: Carlos Granados Pérez. 2 de octubre de 2012. Citada como STS 782/2012.
- Tribunal Supremo. (2012). Sala 2ª. Sentencia nº 1059/2012. Ponente: Luciano Varela Castro. 27 de diciembre de 2012. Citada como STS 1059/2012.
- Tribunal Supremo. (2013). Sala 2ª. Sentencia nº 66/2013. Ponente: Alberto Jorge Barreiro. 25 de enero de 2013. Citada como STS 66/2013.
- Tribunal Supremo. (2013). Sala 2ª. Sentencia nº 701/2013. Ponente: Manuel Marchena Gómez. 30 de septiembre de 2013. Citada como STS 701/2013.
- Tribunal Supremo. (2013). Sala 2ª. Sentencia nº 981/2013. Ponente: Andrés Martínez Arrieta. 23 de diciembre de 2013. Citada como STS 981/2013.

- Tribunal Supremo. (2014). Sala 2ª. Sentencia nº 856/2014. Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre. 26 de diciembre de 2014. Citada como STS 856/2014.
- Tribunal Supremo. (2017). Sala 2ª. Sentencia nº 305/2017. Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre. 27 de abril de 2018. Citada como STS 305/2017.
- Tribunal Supremo. (2018). Sala 2ª. Sentencia nº 49/2018. Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre. 30 de enero de 2018. Citada como STS 49/2018.
- Tribunal Supremo. (2018). Sala 2ª. Sentencia nº 758/2018. Ponente: Ana María Ferrer García. 9 de abril de 2019. Citada como STS 758/2018.
- Tribunal Supremo. (2019). Sala 2ª. Sentencia nº 654/2019. Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre. 8 de enero de 2019. Citada como STS 654/2019.

Audiencia Provincial (España)

- Audiencia Provincial. (2008). Valencia. Sección 2ª. Sentencia nº 393/2008. Ponente: Carmen Llombart Pérez. 25 de junio de 2008. Citada como SAP Valencia, Secc. 2ª, 393/2008
- Audiencia Provincial. (2018). Madrid. Sección 4ª. Sentencia nº 103/2018. Ponente: Jacobo Vigil Levi. 20 de febrero de 2018. Citada como SAP Madrid, Secc. 4ª, 103/2018.

Capítulo 8

VIOLENCIA DE GÉNERO Y AGRAVANTE DE DISCRIMINACIÓN EN EL DELITO DE *STALKING*

Itziar Casanueva Sanz

Introducción

Esta investigación se va a centrar en el colectivo de las mujeres, más en concreto, en el de las que sufren violencia de género, entendido este tipo de violencia, en un principio, de manera muy amplia, como violencia que sufre una mujer por el hecho de ser mujer.

Las mujeres pueden considerarse un grupo objeto de discriminación en la sociedad; situación ésta que hunde sus raíces históricas en la “discriminación estructural del sexo femenino propia de la sociedad patriarcal” (Vidales Rodríguez, 2019: 6) y que, como consecuencia de la asignación de determinados roles, ha facilitado que sea víctima de conductas violentas, no solo, aunque sí fundamentalmente, en el seno familiar. Esta violencia ha sido hasta hace poco “silenciada, normalizada, cuando no justificada” (San Millán Fernández, 2019: 335-336).

Se trata este de un colectivo tradicionalmente desamparado, desfavorecido y muchas veces ignorado por el Derecho, si bien, en los últimos años, estamos asistiendo a un proceso en el cual la mujer está pasando de ser una víctima silenciada, olvidada, maltratada por el Derecho, a ser objeto específico de protección, existiendo un importante despliegue legislativo en este sentido tanto en el ámbito nacional (un punto de inflexión fue la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género), como internacional (destacando el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 y conocido como Convenio de Estambul).

Una de las modificaciones que, se suele afirmar, ha tenido como finalidad proteger a las mujeres que sufren acoso como manifestación de la violencia de género, fue la introducción del delito de acoso o *stalking* en el art. 172 ter de nuestro CP por medio de la LO 1/2015 de 30 de marzo. Cuando pensamos en supuestos de acoso que merecen sanción penal, tenemos en mente situaciones en las cuales de manera repetida, insistente, tenaz, prolongada en el tiempo, una persona hace llamadas de teléfono, vigila o espera a la salida de casa o trabajo a otra, la sigue por la calle, provoca encuentros no causales ni deseados, envía cartas y/o regalos no solicitados que claramente no quieren ser recibidos o realiza actos de vandalismo contra su propiedad, por poner algún ejemplo (Casanueva Sanz, 2021: 84). También es habitual que pensemos en una mujer como víctima de estas conductas y en un hombre como autor de las mismas; en un hombre que, habitualmente, entiende que la mujer tiene que plegarse a sus deseos, que no acepta una negativa y que lleva a cabo el acoso en un contexto de sometimiento y dominación; contexto que, en sentido amplio, nos sitúa en el ámbito de la violencia de género.

En este trabajo se va a intentar determinar si, realmente, la introducción del delito de *stalking* en nuestro CP responde a un intento del legislador de proteger de manera especial a las mujeres que sufren violencia de género¹ y si, en su caso, consigue dar una respuesta adecuada a las víctimas de estas conductas; víctimas, no lo olvidemos, tradicionalmente olvidadas y maltratadas por el Derecho Penal².

Con el objetivo de responder a estas preguntas, se van a ofrecer una serie de datos relacionados con el fenómeno del acoso para, a continuación, determinar si estamos ante una manifestación de la violencia de género o no y, en su caso, si es compatible su aplicación con la agravante del art. 22.4 de discriminación por razones de género. Finalmente, se hará una breve referencia a las medidas cautelares y la orden de protección que pueden imponerse en los supuestos que nos ocupan, lo que nos permitirá conocer de manera completa la protec-

¹ No se va a hacer un análisis del delito como tal, de sus elementos ni requisitos para su aplicación. Para profundizar en estas cuestiones, *vid.* Casanueva Sanz (2021), así como las referencias bibliográficas contenidas en dicha obra.

² Sobre la eficacia de las nuevas figuras vinculadas a la violencia de género, *vid.* Lorenzo Copello (2015).

ción que el legislador ofrece a las víctimas de estas conductas. Con todo ello, estaremos en condiciones de enumerar brevemente las conclusiones a las que hemos llegado.

Para la elaboración de este trabajo se ha consultado la bibliografía más reciente a la que se ha tenido acceso, así como la jurisprudencia, también moderna, emanada de distintas instancias judiciales, advirtiéndole al lector que las resoluciones del Tribunal Supremo en relación con el delito de *stalking* son bastante escasas, por lo que se ha recurrido, en ocasiones, a instancias inferiores.

1. Algunos datos

De los estudios realizados en relación con las conductas de acoso parece desprenderse que las víctimas del mismo son principalmente mujeres, jóvenes (menores de 30 años), y que la mayoría de los casos se dan en el ámbito de la violencia de género y/o de la violencia doméstica, con mayor frecuencia entre parejas o, más bien, ex parejas, cuando la mujer decide romper el vínculo que les une (Fernández-Cruz & Agustina, 2019: 5; Magro Servet, 2019: 3)

Ahora bien, la mayoría de estos estudios son extranjeros, lo que plantea la duda de si sus conclusiones pueden extrapolarse a nuestro país. Como señalan algunos autores, a diferencia de lo sucedido en otros países europeos, la incorporación del delito de *stalking* en nuestro CP se realizó sin contar con información empírica que permitiera conocer la prevalencia y las características de los comportamientos que se pretenden castigar. Son muy pocas las investigaciones que han focalizado su atención en esta cuestión en España y, las que existen, se han centrado en analizar la población universitaria y/o femenina, sin que haya todavía un estudio sobre prevalencia de conductas de acoso en la población general (Fernández-Cruz & Agustina, 2019: 5; Villacampa Estiarte & Pujols Pérez, 2019)

Aunque es poco representativo, teniendo en cuenta el número y perfil de los encuestados (17 estudiantes universitarios), hay que destacar un estudio reciente llevado a cabo por Villacampa Estiarte y Pujols Pérez (2019). De las encuestas realizadas se desprende que el 44% de las mujeres encuestadas habían sufrido acoso, frente al 33% de los hombres y que sólo el 25% de los casos de *stalking* detectados

provenían de personas con quien la víctima mantenía o había mantenido una relación sentimental y un 3,9% provenían de un familiar. De estos datos sorprende que ni la prevalencia de victimización por sexos observada ni la relación previa entre víctima y ofensor responden al perfil de víctima de acoso referido en los párrafos anteriores (Villacampa Estiarte & Pujols Pérez, 2019: 49).

También son casi inexistentes los análisis de sentencias llevadas a cabo en nuestro contexto en relación con el delito de acoso del art. 172 ter. En este sentido, merece una mención especial el estudio que hacen Fernández-Cruz y Agustina (2019) de 151 sentencias en las que se aplica el art. 172 ter desde 2015 hasta junio del 2018. Algunas de las conclusiones a las que llegan es que la mayoría de las víctimas que deciden acudir al sistema de justicia son mujeres, mayores de edad y, en la mayoría de los casos, existía una relación con el acosador: en el 74,1% de los casos hubo una relación sentimental previa entre ambos y en el 17,2% de los casos la víctima y su acosador se conocían, es decir, habían mantenido una relación de amistad, relación en el ámbito laboral, o incluso les unía un vínculo familiar (Fernández-Cruz & Agustina 2019: 17).

Durante la realización de este trabajo se ha tenido acceso a un gran número de sentencias del TS y de distintas audiencias provinciales, así como a resoluciones de instancias inferiores de los últimos años. En un porcentaje muy elevado de las resoluciones analizadas, el autor era un hombre, la víctima era mujer, y existía o había existido una relación afectiva entre ellos o, bien, conseguir una relación de ese tipo era el objetivo del sujeto activo (70% de los supuestos).

Estos datos basados en análisis de sentencias son congruentes con los ofrecidos al principio de este apartado, aunque los propios autores señalan que no son concluyentes y que es necesario ampliar la investigación en este ámbito. Asimismo, señalan que estudios recientes llevados a cabo en población joven-adulta, apuntan a que la diferencia entre géneros empieza a reducirse (Fernández-Cruz & Agustina 2019: 18).

A estas puntualizaciones hechas por los propios autores hay que añadir el hecho de que los casos de acoso denunciados son muy pocos, por lo que los análisis de resoluciones judiciales solo se refieren a una ínfima parte de los supuestos de acoso que se dan en la realidad.

En efecto, son muchos los estudios que apuntan a que solo una pequeña parte de los supuestos de acoso se denuncia; un 20% según algunos autores. Entre los motivos que se alegan para no denunciar se citan la ausencia de pruebas, el miedo a represalias, la falta de voluntad de castigar al ofensor, el hecho de considerar que se trata de un tema privado o que no es lo suficientemente grave como para ser denunciado, así como la falta de confianza en la efectividad del sistema de justicia penal e, incluso, el temor a la victimización secundaria. (Fernández-Cruz & Agustina, 2019: 6-7; Salat Paisal, 2018: 4; Villacampa Estiarte & Pujols Pérez, 2019: 4, 12-13)

En esta línea, en el estudio antes citado de Villacampa Estiarte y Pujols Pérez, además de los estudiantes universitarios mencionados, también tomaron parte 27 profesionales que trabajan en este ámbito. Las conclusiones a las que llegan estas autoras evidencian que un número importante de los profesionales encuestados identifican el *stalking* como una de las manifestaciones de la violencia doméstica, en concreto, circunscrita al ámbito de la pareja (Villacampa Estiarte & Pujols Pérez, 2019: 21 ss. y 49).

Como conclusión podemos señalar que la mayoría de los estudios llevados a cabo en relación con el acoso indican que la víctima suele ser una mujer y el acosador un hombre, así como que entre ambos existe, o ha existido, una relación sentimental, si bien dichos estudios deben ser interpretados con cautela y no debemos cometer el error de identificar en todo caso el *stalking* con estos perfiles.

2. Delito de acoso del art. 172 ter del CP, ¿una manifestación de la violencia de género?

En el apartado anterior nos hemos referido al fenómeno del acoso; ahora vamos a centrarnos en el delito de acoso, de *stalking*, tal y como está recogido en el art. 172 ter CP, según el cual:

1. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana:

1.^a La vigile, la persiga o busque su cercanía física.

2.^a Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas.

3.^a Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella.

4.^a Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella.

Si se trata de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.

2. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, se impondrá una pena de prisión de uno a dos años, o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días. En este caso no será necesaria la denuncia a que se refiere el apartado 4 de este artículo.

3. Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso.

4. Los hechos descritos en este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

En relación con este precepto, señalan algunos autores que estamos ante la tipificación de un supuesto concreto de violencia de género (Salat Paisal, 2018: 5), otros indican, por el contrario, que se trata de un delito común (Castelló Foz, 2018: 5), y un tercer sector, como veremos a continuación, matiza ambas afirmaciones (Roig Torres, 2018: 313). Vamos a ver cuál de estas opiniones resulta la más adecuada.

2.1. Tipo básico (art. 172 ter 1)

Los argumentos que suelen utilizarse para afirmar que con la introducción del delito de *stalking* en nuestro CP el legislador pretendía incluir una nueva figura dirigida a luchar contra el fenómeno de la violencia de género son, siguiendo a Roig Torres (2018), principalmente, los siguientes.

En primer lugar, es frecuente encontrar remisiones a la nota de prensa publicada por el Ministerio de Justicia tras la aprobación del Anteproyecto de Reforma del CP, en la cual se anunciaban nuevas

figuras delictivas especialmente relevantes en materia de violencia sobre la mujer, incluyendo, entre ellas, el delito de *stalking*.

En segundo lugar, alude esta autora a un encuentro-taller organizado por el CGPJ donde se aludía al artículo 172 ter incorporado en el Anteproyecto de Reforma del CP, como una novedad en el ámbito de la violencia de género.

También menciona Roig el Pleno del Congreso de los Diputados, el cual en su sesión del 15 de noviembre de 2016, acordó instar al Gobierno a promover un Pacto de Estado en materia de Violencia de Género y menciona el delito de “acoso, hostigamiento, acecho o *stalking*” como una forma de violencia contra las mujeres (Roig, 2018: 311 ss.).

A estos argumentos hay que añadir el citado en casi todos los textos que se ocupan del origen de este delito, afirmando que del Convenio de Estambul antes mencionado se desprende que el delito de *stalking* es una manifestación de la violencia contra las mujeres, y que nuestro legislador está obligado por dicho Convenio a recogerlo como tal (Roig Torres, 2018: 307; Salat Paisal, 2018: 5). Como veremos inmediatamente, no podemos estar de acuerdo con este argumento.

El Convenio de Estambul, o Convenio del Consejo de Europa para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica), como su nombre indica, no solo contempla la violencia contra las mujeres, sino también la violencia doméstica. De hecho, en su Preámbulo señala que “los hombres pueden ser también víctimas de violencia doméstica”, y que los niños “son víctimas de la violencia doméstica, incluso como testigos de violencia dentro de la familia”. Asimismo, el art. 2, después de indicar en su primer apartado que “el presente Convenio se aplicará a todas las formas de violencia contra las mujeres, incluida la violencia doméstica, que afecta a las mujeres de manera desproporcionada”, señala en el segundo que “se alienta a las Partes a aplicar el presente Convenio a todas las víctimas de violencia doméstica”, si bien prestando especial atención a “las mujeres víctimas de violencia basada en el género”. El art. 34, que se ocupa del acoso, señala que “las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito el hecho, cuando se cometa intencionadamente, de adoptar, en varias ocasiones, un comportamiento amenazador contra otra persona que lleve a esta a temer

por su seguridad”, y el art. 43 que “los delitos previstos en el presente Convenio se sancionarán con independencia de la relación existente entre la víctima y el autor del delito.”

Es decir, si bien es cierto que el Convenio obliga a prestar una atención especial a los supuestos de violencia de género, del mismo no se desprende que el acoso esté o debe estar vinculado solo a estos supuestos. (Castelló Foz, 2018: 5).

Por otro lado, aunque se suele indicar que el legislador tuvo como referencia el Convenio de Estambul y que pretendía configurar este delito como un delito contra la violencia de género, nada de esto se evidencia en la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, de 30 de marzo. En ella se indica que el delito de *stalking* es un nuevo tipo penal incluido entre los delitos contra la libertad, que pretende castigar conductas que no pueden ser calificadas de coacciones ni amenazas, por no cumplir los requisitos de estos delitos, pero que menoscaban gravemente la libertad y el sentimiento de seguridad de la víctima, al someterla a “persecuciones o vigilancias constantes, llamadas reiteradas, u otros actos continuos de hostigamiento”. Como se puede observar, el legislador nada dice en relación con la violencia de género, contra las mujeres, ni siquiera con la violencia doméstica.

De hecho, en esa misma Exposición de Motivos se indica que la modificación del CP también se lleva a cabo en materia de violencia de género y doméstica y, si bien es cierto que se refiere al nuevo delito de acoso, lo hace solo en relación con el segundo apartado del art. 172 ter en el que, como analizaremos a continuación, se recoge la agravante de violencia doméstica; pero, el delito de *stalking*, como tal, no se relaciona en la Exposición de Motivos con la violencia de género y/o doméstica

En conclusión, tenemos que afirmar que nuestro legislador ha configurado el delito de *stalking* como un delito común que no exige para su aplicación ningún tipo de vinculación, ni relación sentimental previa entre sujeto activo/pasivo, ni ningún género específico (hombre/mujer) del sujeto activo o del sujeto pasivo. No niego que, como apuntan algunos autores, el legislador creara el tipo principalmente para hacer frente a supuestos de violencia de género y para proteger a las mujeres (Cámara Arroyo, 2016: 15; Roig Torres, 2018: 313), pero, si esa fue su intención, la realidad es que ha creado un delito común.

2.2. El tipo agravado del art. 172 ter 2

La LO 1/2015 introdujo un tipo agravado del delito de *stalking* en el apartado segundo del art. 172 ter, según el cual “(c)uando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, se impondrá una pena de prisión de uno a dos años, o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días. En este caso no será necesaria la denuncia a que se refiere el apartado 4 de este artículo.”

El art. 173.2 CP, como recordará el lector, contiene el siguiente listado de sujetos pasivos:

(...) quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados (...).

Estamos ante una modalidad agravada vinculada con la violencia doméstica, familiar (Cámara Arroyo, 2016: 15), que “encuentra su explicación en las relaciones asimétricas propias de la estructura familiar y puede afectar tanto a hombres como a mujeres” (Vidales Rodríguez, 2019: 6). Aunque algunos autores relacionan este tipo agravado con la violencia de género, contra la mujer (Carmona Salgado, 2017: 178-179), entiendo que esto último no es correcto, puesto que el apartado segundo se refiere, en general, a los que sean o hayan sido cónyuges o estén o hayan estado ligados por relaciones análogas de afectividad, sin distinguir el sexo o género del sujeto pasivo y/o activo. Comparto la opinión de Magro Servet (2019: 8) cuando señala que, si la intención del legislador era introducir en este apartado segundo una agravación por violencia de género, tampoco lo ha conseguido.

Cuando el legislador ha querido diferenciar los supuestos de violencia doméstica de los de género, lo ha hecho, como, por ejemplo, en relación con los delitos de lesiones leves y malos tratos (art. 153.1

y 2 CP), coacciones leves (art. 172.2 y 3 CP) o amenazas leves (art. 171.4 y 5 CP). En este caso, en el delito de *stalking*, no se ha hecho esta diferenciación y, ante la falta de cualquier explicación al respecto, podemos dudar de si existe algún fundamento o se trata de un error involuntario del legislador (Galdeano Santamaría, 2013: 578). En este sentido, refiriéndose al Anteproyecto de modificación del CP, Villacampa Estiarte (2013: 606) llama la atención acerca de que el ejecutivo no debería ofrecer mensajes equívocos sobre las motivaciones que se expresan en la incriminación de las conductas, “cuando la agravación se refiere a la violencia familiar con independencia del género de sujeto activo y sujeto pasivo”.

Señala esta autora que en la reforma del CP del 2015 se dio un “progresivo acercamiento a una regulación que prioriza ostensiblemente la protección de los miembros de la unidad familiar, ya consolidada para los casos de violencia habitual donde las mujeres permanecen tristemente invisibles”. Como ejemplo de ello cita el delito de *stalking* que, en su opinión, perdió su carácter de género a lo largo del proceso de reforma, para conservar una referencia agravatoria en favor del entorno doméstico (Maqueda Abreu, 2016: 28).

Ya he señalado antes que la Exposición de Motivos de la LO 1/2015 se refiere a la agravante del delito de acoso en el apartado en el que menciona, en general, la violencia de género y doméstica. Por lo tanto, podemos concluir que, haya sido una decisión voluntaria o un error involuntario del legislador, la realidad es que el delito de *stalking* es un delito común y el tipo agravado se refiere a los supuestos de violencia doméstica o familiar, y no, de manera específica, a los de violencia de género o contra la mujer.

Se recordará que, tal y como hemos señalado, en la mayoría de los casos de acoso que llegan a los tribunales existe o ha existido una relación afectiva entre la víctima (casi siempre mujer) y el sujeto activo (casi siempre hombre). Esto se refleja en la jurisprudencia, puesto que, casi todas las resoluciones que llegan al TS en las que se cuestiona la aplicación del delito de acoso, se aplica el tipo agravado del aparta-

do segundo del art. 172 ter (SSTS 554/2017, 117/2019³, 554/2020 y 717/2020).

En mi opinión, esta situación debería hacer reflexionar al legislador, puesto que no es lógico que la mayoría de los casos en los que se aplica un delito, en este caso el de acoso, se aplique el tipo agravado que, por definición, debe crearse para atender a supuestos excepcionales o, al menos, no más frecuentes que los del tipo básico. Entiendo que es una distorsión de las orientaciones que debe seguir el legislador cuando crea nuevos tipos penales.

3. ¿Es compatible la agravante del art. 22.4 CP con el delito de *stalking*?

Según lo que hemos visto hasta ahora, el delito de *stalking* no es una manifestación de la violencia de género, ni siquiera existe un tipo agravado específico que pueda ser aplicado en estos casos. Lo único que existe es la agravación del apartado segundo en los supuestos de violencia doméstica o familiar, cuando entre el sujeto activo y pasivo exista alguna de las relaciones señaladas en el art. 173.2 CP. Siendo esto así, en este apartado vamos a plantear si es posible aplicar la agravante genérica del art. 22.4 CP en los supuestos específicos de violencia de género.

La LO 1/2015, la misma que introdujo en el CP el delito de *stalking*, amplió la redacción de la agravante del art. 22.4, incluyendo los supuestos en los cuales se cometen los delitos por motivos de discriminación basadas en “razones de género”⁴. Tal y como indica la Exposición de Motivos de dicha LO en el apartado XXII, se hacen una serie

³ En esta sentencia el TS entiende que no hay que aplicar el tipo agravado porque no se ha demostrado que se esté ante una relación análoga a la conyugal, al tratarse de un noviazgo de 6 meses sin convivencia, y sin ninguna argumentación del tribunal de instancia en el que se explique por qué se considera que es análogo al matrimonio

⁴ Redacción del art 22.4.^a tras la modificación de la LO 1/2015: “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 pertenece, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad”

de modificaciones “en materia de violencia de género y doméstica”, “para reforzar la protección especial que actualmente dispensa el CP para las víctimas de este tipo de delito”. Una de ellas es la incorporación del “género como motivo de discriminación en la agravante 4.^a del artículo 22” y

la razón para ello es que el género, entendido de conformidad con el Convenio n.º 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011, como «los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres», puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo (Exposición de Motivos de la LO 1/2015, apartado XXII).

Posteriormente, la LO 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia, modifica de nuevo el art. 22.4 dándole la siguiente redacción:

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.

En la Exposición de Motivos de esta LO se señala que

se da una nueva regulación a los delitos de odio, comprendidos en los artículos 22.4, 314, 511, 512 y 515.4 del CP. Para ello, la edad ha sido incorporada como una causa de discriminación, en una vertiente dual, pues no solo aplica a los niños, niñas y adolescentes, sino a otro colectivo sensible que requiere amparo, como son las personas de edad avanzada. Asimismo, 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.

Por falta de espacio no se puede hacer un análisis en profundidad de esta agravante, siendo nuestro objetivo mucho más modesto.

Únicamente se hará una breve y resumida referencia a la misma, en concreto, a las razones de género, para, después, concluir sobre la aplicación o no de la misma a los supuestos de *stalking*, punto este que es el que realmente interesa en esta investigación.

3.1. La agravante de discriminación por razones de género del art. 22.4 CP

En este trabajo se defiende, junto con un importante sector doctrinal, que estamos ante la agravante de discriminación y que, cuando el legislador llevó a cabo las dos modificaciones citadas, lo que hizo fue incluir nuevos motivos de discriminación (género, aporofobia, edad...) junto con los tradicionales de raza, etnia, religión, etc., manteniendo el fundamento, significado y requisitos básicos para su aplicación (Boldova Pasamar, 2020: 392; Simón Castellano, 2020: 2).

Como señala Asua Batarrita (2020: 367 ss.), “todos los supuestos acogidos en el art. 22.4 requieren la conexión con un grupo vulnerable sobre el que impacta de determinada manera el delito realizado, en la línea de la intervención penal contra la xenofobia, u otras fobias... la adición del género a la redacción del precepto lo que indica es que no cambia el sentido originario de esta circunstancia que debe considerarse que, en su conjunto, sigue respondiendo a las políticas de prevención y contención del racismo y la xenofobia o manifestaciones afines con trasfondo de repudio y exclusión de grupos”.

Creo que la Exposición de Motivos de la LO/2021 deja claro que el art. 22.4 tiene su fundamento, tal y como se ha interpretado desde su origen, en motivos de discriminación, “rechazo, aversión o desprecio” hacia grupos concretos y no tiene ninguna justificación plantear que la modificación de 2015, que incluye la referencia a las razones de género, tuviera un carácter distinto.

En este mismo sentido, Seoane Marín y Olaizola Nogales (2019: 469) señalan que “la víctima tiene que formar parte de un grupo históricamente discriminado que se sitúa, por motivo de sus señas de identidad en una posición inferior y marginada desde el punto de vista social; únicamente en esta razón radica la explicación de que el sujeto activo escoja a esa víctima concreta en lugar de a cualquier otra que no forma parte del grupo discriminado”. Así, el fundamento de

la agravación reside en la producción de un “resultado objetivamente discriminatorio que la conducta en sí genera sobre la víctima como, en su caso, ese efecto comunicativo amenazante que se pueda producir sobre el colectivo al que ésta pertenece” (Seoane Marín & Olaizola Nogales, 2019: 487)

Entonces, ¿a qué se refiere el legislador cuando menciona el género en el art. 22.4? La propia Exposición de Motivos remite para determinar el contenido del concepto de género al Convenio de Estambul, cuyo art. 3.c señala que por género se entenderán “los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres⁵”.

De este modo, la agravante se aplicará en el delito de *stalking* cuando el sujeto activo haya acosado a su víctima porque la misma ha llevado a cabo un comportamiento “que no se ajusta al rol de género socioculturalmente establecido” (Orejón Sánchez de las Heras, 2019: 181), es decir, cuando la conducta del sujeto activo sea una manifestación de la posición de superioridad que al hombre le otorga la situación de victimización social que la mujer padece, situación de la que se aprovecha. No basta con que el acosador sea un hombre y la víctima una mujer, hay que constatar que en el caso concreto la situación del hombre constituye una manifestación de discriminación, que su motivación específica, su propósito, o intención es la de ejercer su dominio sobre la víctima por el hecho de ser mujer. (San Millán Fernández, 2019: 337 ss.). La agravante se podrá aplicar cuando la víctima, mujer, se selecciona en función del “menosprecio que se siente hacia ellas como colectivo pero también cuando hay un patente ejercicio de poder y de sometimiento en el contexto de una relación previa (deseo, dominación, posesión, ...) siempre que se constituyan en motivo de los actos violentos” (Maqueda Abreu, 2016: 17).

Aunque no voy a detenerme en esta cuestión, creo oportuno indicar que, si bien la Exposición de Motivos de la LO 1/2015 señala que la agravante por razón de género “puede constituir un fundamento

⁵ Dado que no es objeto de esta investigación, no voy a detenerme en la posibilidad de aplicar esta agravante de discriminación por razones de género en los supuestos en los que la víctima sea un hombre. Para profundizar en esta cuestión *vid.*, entre otros, Boldova Pasamar (2020: 392), Orejón Sánchez de las Heras (2019: 179) San Millán Fernández (2019: 337) y Simón Castellano (2020: 2).

de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo”, la mayoría de los autores opinan, acertadamente a mi modo de ver, que la redacción anterior del art. 22.4 con la referencia al sexo era suficiente, y permitía su aplicación a los mismos supuestos que la agravante de discriminación por motivos de género, si bien, aunque no se entiende muy bien por qué, no se hacía (Asua Batarrita, 2020: 372; Boldova Pasamar, 2020: 390; Maqueda Abreu, 2016: 12-14, 2017: 712-713; Rueda Martín, 2019: 24 ss.; Seoane Marín & Olai-zola Nogales, 2019: 480).

Hasta aquí lo que señala la doctrina en relación con la agravante del art. 22.4 en los supuestos de discriminación por razones de género. ¿Qué dice la jurisprudencia al respecto?

A pesar de que no hay todavía una jurisprudencia del todo consolidada al respecto y de que se observan a menudo contradicciones entre las resoluciones que se ocupan de la misma (Boldova Pasamar, 2020: 396; Lloria García, 2020: 347 ss.; Simón Castellano, 2020: 3), podemos afirmar que, de manera general, la interpretación que los tribunales hacen de la agravante de discriminación por razones de género no corresponde con la que se acaba de exponer⁶.

En primer lugar, suelen referirse a ella como la agravante de violencia de género o agravante de género (y no agravante de discriminación por razones de género); parece que los tribunales hayan creado “de facto” una agravante de género independiente de la agravante de discriminación (Asua Batarrita, 2020: 372; Simón Castellano, 2020: 3; Maqueda Abreu, 2016: 15;).

Simón Castellano critica esta interpretación jurisprudencial, señalando que parece confundir la lógica de la violencia de género con la de las agresiones racistas, antisemitas, machistas y homofóbicas. La primera sanciona la relación de dominación o sometimiento de la mujer, y la segunda los efectos propagandísticos y/o intimidantes dirigidos hacia un colectivo débil que merece una protección reforzada en el ordenamiento” (Simón, 2020: 3 ss.).

De hecho, la jurisprudencia más moderna considera suficiente, para aplicar la agravante, demostrar la existencia de una relación asi-

⁶ Vid. un estudio detallado de la jurisprudencia relacionada con esta agravante en Lloria García (2020), Ferrer García (2020) y San Millán Fernández (2019).

métrica entre el autor-hombre y la víctima-mujer, sin necesidad de constatar un específico propósito discriminador por parte del primero (San Millán Fernández, 2019: 347).

Por otro lado, las primeras resoluciones que trataron esta agravante, así como un sector doctrinal minoritario (Marín de Espinosa Ceballos, 2018: 12; Rueda Martín, 2019: 24), la relacionan con la LO 1/2004, de modo que, para aplicarla, se exigía la existencia de un vínculo sentimental actual o pasado entre la víctima (mujer) y el autor (hombre), si bien en las sentencias más modernas ya no se suele exigir dicha relación, al entender que no hay que remitirse a esa LO para interpretar el contenido de la agravación (Asua Batarrita, 2020: 372; Lloria García, 2019: 12; Maqueda Abreu, 2016: 15).

La doctrina mayoritaria también se muestra partidaria de aplicar el precepto de manera amplia, aunque no haya ningún tipo de relación entre el sujeto activo y el pasivo, desvinculando este precepto de la LO 1/2004 (Boldova Pasamar, 2020: 389; Orejón Sánchez de las Heras, 2019: 178; Pascual Alfaro, 2018: 272; Vidales Fernández, 2019: 14). De hecho, algunos autores entienden que la modificación del art. 22.4 era necesaria para “corregir” la laguna que existía tras dicha LO, que se limitaba a los supuestos en los que existía o había existido ese vínculo afectivo (Lloria García, 2019: 11).

En conclusión, no estoy de acuerdo con la interpretación del art. 22.4 que hace la jurisprudencia y un sector doctrinal que parecen crear, de facto, una agravante de género, puesto que, tal y como se ha indicado antes, nada hace entender que el legislador quiere dar un contenido distinto a la agravante del art. 22.4 cuando se refiere al género, diferenciándolo del resto de supuestos. Comparto la opinión de Asua Batarrita (2020: 370 ss.) según la cual “no se ha incorporado una genuina agravante de género en el sentido sugerido” por parte de la doctrina y la jurisprudencia; no se enmarca aquí la violencia en la pareja, ni las agresiones sexuales en grupo, ni la utilización sexual forzada de mujeres...; su incidencia en condenas por violencia género quedará restringida a casos muy concretos en los que se utiliza la agresión a la mujer como forma de expresión del repudio a las mujeres o a un grupo concreto de mujeres.

3.2. *Agravante de discriminación por razones de género del art. 22.4 CP y delito de stalking*

Partiendo del contenido que se da en este trabajo a la agravante de discriminación por razón de género del art. 22.4 CP, ahora es el momento de determinar si es compatible con el delito de *stalking* y, en su caso, en qué supuestos pueden aplicarse ambos preceptos.

En general, creo que puede afirmarse que no se discute la incompatibilidad entre la aplicación de la agravante del art. 22.4 por razones de género y los tipos agravados específicos de género de los art. 153.1, 171.4, 172.2 CP y la cualificación facultativa del art. 148.4 CP, puesto que lo contrario supondría la vulneración del principio *non bis in idem* (Asua Batarrita, 2020: 375; Seoane Marín & Olaizola Nogales, 2019: 482; Vidales Rodríguez, 2019: 13).

A partir de aquí, me parece muy sugerente la propuesta de Asua Batarrita. Esta autora se remite al Convenio de Estambul, en cuyo art. 3.d) se entiende por “violencia contra la mujer por razón de género” la violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada. Con este criterio, entiende que hay delitos que, a pesar de tener una descripción neutral de la conducta típica, es decir, a pesar de no hacer referencia al género de la víctima, constituyen manifestaciones prototípicas de violencia contra las mujeres, lo que refleja la persistencia de la cultura de la subordinación, la idea de dominación, imposición, negación de la autonomía y dignidad de la mujer; delitos que afectan de manera desproporcionada a las mujeres y remiten a esta cultura. En estos casos, en los que la citada autora incluye los matrimonios forzosos, la mutilación genital, el aborto forzoso, la esterilización forzosa o delitos contra la libertad sexual⁷, tampoco se podría aplicar la agravante del art. 22.4, porque se vulneraría el mismo principio antes citado (Asua Batarrita, 2020: 375). Del mismo modo, señala que es incompatible con el art. 173.2 CP y los preceptos que prevén cualificación por violencia doméstica,

⁷ Aunque no es objeto de análisis del presente estudio, creo pertinente mencionar que no es de esta opinión la jurisprudencia, puesto que los tribunales suelen aplicar la agravante en los delitos contra la libertad sexual (Asua Batarrita, 2020: 375), postura que consideran correcta, entre otros, Vidales Rodríguez (2019: 15).

porque el fundamento de estas cualificaciones y la agravación de género es la humillación, subyugación, la pretensión de subordinación, dominación y superioridad (Asua Batarrita, 2020: 375)⁸.

Siguiendo este argumento, aunque la citada autora no se refiere en concreto al delito de *stalking*, entiendo que si se aplica el tipo agravado del art. 172 ter 2 (referido al art. 173.2), no podría aplicarse la agravante del art. 22.4, puesto que se vulneraría el principio *non bis in idem*.

La siguiente pregunta es, ¿y si estamos ante un supuesto del tipo básico porque no se trata de una relación afectiva presente o pasada que permita aplicar la agravante del delito de *stalking*? ¿Cabe aplicar la agravante del art. 22.4?

Siguiendo la postura defendida por la profesora Asua Batarrita, aunque la redacción del tipo es neutral (no especifica si el sujeto activo y/o pasivo tiene que ser hombre o mujer), creo que estamos ante un delito en el cual, si bien hay que analizar los datos con cuidado, parece que en la mayoría de los supuestos el sujeto activo es un hombre y el pasivo una mujer; suele tratarse de una manifestación típica de la violencia contra las mujeres, reflejando una intención del sujeto activo de dominación, imposición, menosprecio, ataque a la dignidad y libertad de la mujer. A esto podemos añadir que, tal y como hemos señalado en apartados anteriores, aunque la redacción del tipo no lo evidencia, son muchos los autores y resoluciones que entienden que estamos ante un delito que tiene su origen en la lucha contra la violencia de género, la violencia contra las mujeres, por lo que vulneraría el principio *non bis in idem* aplicar la agravante de discriminación por razones de género.

Son muy pocos los textos doctrinales que se refieren a la compatibilidad o incompatibilidad del delito de *stalking* con la agravante de discriminación por razones de género del art. 22.4. Pascual Alfaro (2018: 272), por ejemplo, entiende que son compatibles, aunque no

⁸ Seoane Marín & Olaizola Nogales (2019: 482), también consideran incompatible la agravante del art. 22.4 con delitos que implícitamente recojan la discriminación, desigualdad o relación de poder del hombre sobre la mujer, pero sí creen compatible la aplicación del art. 22.4 y el 173.2. En el mismo sentido, San Millán Fernández (2019: 344).

aclara si la compatibilidad se puede dar también con el tipo agravado del art. 172 ter2; San Millán Fernández (2019: 344) señala que en la comisión del *stalking* “no es —más bien todo lo contrario— infrecuente que concurren las razones de género”, aunque no especifica nada más.

Tampoco en la jurisprudencia encontramos argumentos en uno u otro sentido; en ninguna de las sentencias consultadas se hace referencia a esta cuestión. De hecho, aunque no existe ninguna justificación ni explicación al respecto, en ninguna de las resoluciones analizadas se aplica dicha agravante, ni en supuestos de *stalking* básico, ni en supuestos de *stalking* agravado por violencia doméstica del apartado segundo. Esta práctica de los tribunales parece avalar la propuesta hecha *supra*, según la cual, el principio *non bis in idem* impediría la aplicación de la agravante y el delito del art. 172 ter.

En este sentido, me parece interesante mencionar dos resoluciones. La primera de ellas (SAP Pontevedra, Secc. 5^a, 2/2020), condenaba por un delito de asesinato, concurriendo las agravantes de género y de parentesco. También condenaba por el delito de acoso, pero, en relación con él, sin explicar por qué, no se hacía ninguna referencia a la agravante de género y sí a la de parentesco. Esta resolución llegó al TS quien, en su sentencia 717/2020, entiende que no cabe aplicar el art. 22.4 porque elimina de los hechos probados los que sirven para justificar dicha agravante. De este modo no podemos saber cuál sería la postura del Alto Tribunal sobre la compatibilidad a la que nos estamos refiriendo si se hubieran dado los requisitos del art. 22.4.

En la SJP Pamplona, Secc. 5^a, 84/2018, por su parte, se condenaba por amenazas leves en las que aplicaba el art. 171.4 CP, al entender que se trataba de un supuesto de violencia de género, pero, al mismo tiempo, se condenaba por un delito de acoso del art. 172 ter 2 y no se menciona para nada la posibilidad de aplicar el art. 22.4.

La no aplicación de la agravante de género del art. 22.4 en estos casos parece contradecir la jurisprudencia a la que se ha hecho referencia anteriormente, según la cual el art. 22.4 se entiende como la nueva agravante de género creada por el legislador para ser aplicada a los supuestos de violencia de género, entendido en sentido amplio. Según esta interpretación, en estos dos supuestos en los cuales se aplica el art. 171.4 o la agravante en relación con el delito de asesinato, no

se entiende por qué no se aplica en el delito de acoso, que se da entre los mismos sujetos activo y pasivo. Es decir, aunque se comparte el resultado al que llegan los tribunales, la no aplicación de la agravante de discriminación por violencia de género del art. 22.4 en el delito de *stalking*, esta solución no parece coherente con el resto de pronunciamientos de los tribunales

4. Medidas cautelares y orden de protección

Son muchos los autores que plantean que uno de los mayores logros de la introducción del delito de *stalking* en el CP es la posibilidad que ofrece a la víctima de dar una respuesta rápida a su problema solicitando medidas cautelares del 544bis LECrim y/o la orden de protección regulada en el 544ter de la misma norma, lo que permite una protección integral a la presunta víctima durante la tramitación del proceso penal, protección que no era posible antes de la introducción de este delito en el CP (Castelló Foz, 2018: 4; Magro Servet, 2019: 2)

En efecto, el art. 544 bis LECrim faculta al juez o tribunal competente para imponer cautelarmente la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma así como la prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales, o Comunidades Autónomas, o de aproximarse o comunicarse con determinadas personas, siempre de manera motivada y cuando resulte estrictamente necesario, con la finalidad de proteger a la víctima. Esto es posible cuando se investiga un delito de los incluidos en el art. 57 CP.

Entre estos delitos se mencionan los delitos contra la libertad y la integridad moral, por lo que, tanto si defendemos, como aquí, que el bien jurídico protegido en este delito es la libertad, como si se defiende, tal y como hacen algunos autores, que es la integridad moral, los supuestos en los cuales se investigue un delito de *stalking* permiten la imposición cautelar de estas medidas⁹.

⁹ Sobre esto *vid.* Casanueva Sanz (2021: 290 ss.).

Por otro lado, el art. 544 ter LECrim señala que el juez de instrucción dictará una orden de protección “para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 CP, resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo”. Por lo tanto, en los supuestos de violencia doméstica o familiar también se cuenta con esta orden de protección.

Demos resaltar que, aunque algunos autores se refieren a esta orden de protección en los supuestos de violencia de género (Magro Servet, 2019: 2), no es solo en estos casos cuando puede aplicarse, sino, en general, en supuestos de violencia doméstica, puesto que la remisión es al art. 173.2. De hecho, no se podría aplicar a todos los supuestos de violencia de género si entendemos esta como la violencia ejercida contra una mujer por el hecho de ser mujer, puesto que no se aplicaría si no existe o ha existido una relación afectiva entre el acosador y la acosada.

A esto debemos añadir la posibilidad de aplicar las penas accesorias recogidas en los arts. 57 y 48 CP, que se podrán imponer, junto con la pena principal, en los supuestos en los cuales exista ya una sentencia condenatoria.

Si tenemos en cuenta que la mayoría de las víctimas de acoso señalan que no les interesa tanto la condena del *stalker* como “que le dejen en paz” (Magro Servet, 2019: 4; Villacampa Estiarte & Pujols Pérez, 2019: 11), la posibilidad de imponer estas medidas merece una valoración positiva, si bien en torno a esta cuestión pueden hacerse, principalmente, dos reservas.

En primer lugar, como hemos indicado anteriormente, mucho de los supuestos de *stalking* no se denuncian y, si bien es cierto que en los casos del 173.2 no hace falta denuncia de la víctima, sí que es necesario que se tenga conocimiento de los hechos para poder iniciar el proceso penal. Por lo tanto, en los casos de acoso que no son conocidos porque la víctima no se acerca a la justicia penal (reitero, son muchos, la mayoría, según los datos ofrecidos), para ellas el ordenamiento no prevé ningún mecanismo de protección (Salat Paisal, 2018: 16)

En segundo lugar, si realmente lo que se pretende es satisfacer a la víctima, que en la mayoría de los casos no suele estar interesada en el castigo del *stalker*, y si tenemos en cuenta principios básicos del Derecho Penal como los de *ultima ratio* o mínima intervención, ¿no sería deseable la posibilidad de determinar este tipo de medidas sin tener que iniciar un proceso penal, también en aquellos casos en los cuáles la víctima no se acerca a la justicia penal?

Incluso los profesionales que atienden en uno u otro momento a las víctimas de estas conductas advierten que el procedimiento para obtener las medidas de protección es excesivamente arduo, y apuntan, sobre todo, como principales problemas la victimización secundaria a la que se somete a la víctima a su paso por el proceso judicial y, en muchos casos, a la dificultad de probar los hechos que se denuncian (Villacampa Estiarte & Pujols Pérez, 2019: 47 ss.).

Por todo ello, son cada vez más los autores que, acertadamente, defienden la necesidad de establecer mecanismos, alternativas a las ya existentes, para que las víctimas puedan obtener estas medidas de protección de manera más sencilla y rápida, sin tener que pasar por un proceso penal. Así se hace en otros países de nuestro entorno jurídico-cultural, avanzando hacia un sistema más orientado a la protección de la víctima, a conseguir que esta se sienta segura y el *stalker* cese en su conducta, más que al castigo del delincuente (Carmona Salgado, 2017: 164; Salat Paisal, 2018: 4 ss.; Villacampa Estiarte & Pujols Pérez, 2019: 5 y 47 ss.).

5. Conclusiones

Para finalizar, vamos a intentar responder a las preguntas que nos hemos hecho al principio de este trabajo sobre si el delito de *stalking* tiene como finalidad proteger de manera especial a las mujeres objeto de violencia de género y si, en su caso, se consigue dar una respuesta adecuada a estas víctimas que, no olvidemos, pertenecen a un colectivo tradicionalmente olvidado, marginado y “maltratado” por el Derecho Penal.

En relación con la primera cuestión podemos decir que, a pesar de que está extendida la opinión según la cual el art. 172 ter se introdujo para hacer frente a la violencia de género, la realidad es que ni

la Exposición de Motivos de la LO 1/2015 que introdujo el tipo, ni la propia redacción del mismo, así lo indican: estamos ante un delito común que cuenta con un tipo agravado en su apartado segundo aplicable a los supuestos de violencia doméstica, supuestos que no siempre coinciden con los de violencia de género. Asimismo, en este trabajo se entiende que este delito, tanto el tipo básico como el agravado, son incompatibles con la agravante de discriminación por razón de género del art. 22.4, puesto que la aplicación de ambos supondría la vulneración del principio *non bis in idem*.

Ahora bien, la mayoría de las resoluciones en las que se aplica este delito corresponden a casos en los cuales el acosador es un hombre, la acosada una mujer y entre ellos existe o ha existido una relación sentimental de modo que, fuera este o no el objetivo del legislador, lo cierto es que el delito de *stalking* se aplica, sobre todo, a supuestos de violencia de género en los que el sujeto activo-hombre, refleja en su conducta la idea de dominación, imposición, negación de la autonomía y dignidad de la mujer.

En relación con la segunda cuestión, no parece que el ordenamiento penal consiga ofrecer una respuesta adecuada a las víctimas de acoso relacionado con la violencia de género. Las víctimas de estas conductas buscan principalmente que el acosador “les deje en paz”, de modo que las medidas cautelares y la orden de protección que la LECrim permite aplicar en estos casos parecen, en principio, respuestas necesarias y adecuadas a los supuestos de acoso.

El problema es que, tal y como reflejan la mayoría de las investigaciones relacionadas con este fenómeno, son muy pocos los supuestos de acoso que llegan a los tribunales y, si esto no ocurre, esos mecanismos no resultan efectivos puesto que su imposición exige el inicio de un proceso penal. De esta manera, la regulación actual deja indefensas a un elevado número de mujeres acosadas.

De alguna manera, el Derecho vuelve a “maltratar”, “ignorar” a las mujeres víctimas de violencia de género, que, parece, son la mayoría de las víctimas de acoso, puesto que, para que puedan conseguir lo que desean, lo que necesitan, lo que consideran más adecuado, les obligamos a hacer algo que no quieren, como es acudir a los tribunales.

Lo más adecuado, como proponen cada vez más autores, sería la introducción de mecanismos extrajudiciales y/o, en su caso, extrapenales, que persigan el cese de la conducta acosadora sin obligar a la persona acosada a denunciar los hechos con el objetivo de iniciar un proceso penal. De este modo dejaríamos que fuera la víctima la que decidiera, con el asesoramiento oportuno, la vía que considere más adecuada para hacer frente al acoso que está sufriendo.

Referencias

DOCTRINA

- Asua Batarrita, A. (2020). “La razón de género en el marco de la agravante de odio del Art.22.4CP. Por una interpretación restrictiva frente al deslizamiento punitivo”. En Pérez, M. (Coord.). *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, pp. 365-376.
- Boldova Pasamar, M. A. (2020) “La circunstancia agravante de género”. En Pérez, M. (Coord.). *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, pp. 389-397
- Cámara Arroyo, S. (2016). “Las primeras condenas en España por stalking: cuestiones penales y criminológicas del nuevo delito de acecho o acoso predatorio”. *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*. Nº 121.
- Carmona Salgado, C. (2017). *Perspectiva multidisciplinar de las diversas modalidades de acoso (Aspectos criminológicos, político criminales, sustantivos y procesales)*. Madrid: Dykinson.
- Casanueva Sanz, I. (2021). “El delito de acoso o stalking. Un análisis de los elementos del tipo”. En Dupla, M. T. (Coord.). *La respuesta de la ley ante el bullying: análisis de la conflictividad y tratamiento jurídico del acoso, el abuso y la intimidación*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 285-327
- Castelló Foz, M. (2018). “El tipo de «stalking» o acoso del artículo 172 ter CP”. *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*. Nº. 135.
- Fernández-Cruz, V. & Agustina, J. (2019). “Análisis jurídico-criminológico del *stalking* a partir de un estudio de sentencias”. *Internacional e-journal of criminal sciences*. Nº extra 14.
- Ferrer García, A. (2020). “La intervención penal, ultima ratio. El sistema penal como parte del conjunto de medidas de protección de la mujer. Revisión crítica de las medidas penales de la LO 1/2004. Nuevas propuestas”. En Ibarra, J. L. et al. *Cuadernos Penales José María Lidón*. Nº 16.

- Revisión de las políticas y prácticas ante la violencia de género*. Bilbao: Universidad de Deusto, pp. 81-110
- Galdeano Santamaría, A. (2013). “12.5 Acoso-stalking: art. 173 ter”. En Álvarez, F. J. (Dir.) & Dopico, J. (Coord.). *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 567-580.
- Laurenzo Copello, P. (2015). “¿Hacen falta figuras de género específicas para proteger mejor a las mujeres?”. *Estudios Penales y Criminológicos*. Vol. XXXV, pp. 783-830.
- Lloria García, P. (2020). “Algunas reflexiones sobre la perspectiva de género y el poder de castigar del estado”. *Estudios Penales y Criminológicos*. Vol. XL, pp. 309-357.
- Lloria García, P. (2019). “La regulación penal en materia de violencia familiar y de género tras la reforma de 2015. Especial referencia al ámbito tecnológico”. *Revista General de Derecho Penal*. N° 31.
- Magro Servet, V. (2019). “El delito de stalking o acoso en la violencia de género”. *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*. N° 139.
- Magro Servet, V. (2018). “Análisis de la Doctrina Jurisprudencial reciente en violencia de género”. *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*. N° 9278.
- Maqueda Abreu, M. L. (2017). “Necesitan un móvil discriminatorio las agravantes de sexo/género del art. 22.4 CP?”. En Silva, J. M., Queralt Jiménez, J. J., Corcoy Bidasolo, M. & Castiñeira Palou, M. T. (Coords.). *Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig*. Buenos Aires: B de F, pp. 703-714.
- Maqueda Abreu, M. L. (2016). “El hábito de legislar sin ton ni son. Una lectura feminista de la reforma penal de 2015”. *Cuadernos de Política Criminal*. N°118, pp. 5-42.
- Marín de Espinosa Ceballos, E. B. (2018): “La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22.4 CP)”. *RECPC* (20-27).
- Orejón Sánchez de las Heras, N. (2019). “Discriminación por razones de género: el concepto género en el ordenamiento jurídico penal español”. *IgualdadES*. N° 1, pp. 159-183.
- Pascual Alfaro, C. (2018): “Aspectos procesales del stalking en el ámbito de la violencia de género”. En Villacampa Estiarte, C. (Coord.). *Stalking: análisis jurídico, fenomenológico y victimológico*. Cizur Menor: Aranzadi. 2018, pp. 259-281.
- Pujols Pérez, S. (2015). “Aplicación del delito de quebrantamiento de condena como respuesta penal a las conductas de stalking: problemática suscitada”. *Revista General de Derecho Penal*. N° 23, pp. 1-30.

- Roig Torres, M. (2018). “El delito de acoso (art. 172ter CP) como modalidad de violencia de género. Comparativa con el *nachstellung* del derecho alemán”. *Estudios Penales y Criminológicos*. Vol. XXXVIII, pp. 305-360.
- Rueda Martín, M.A. (2019). “Cometer un delito por discriminación referente al sexo de la víctima y/o por razones de género como circunstancia agravante genérica”. *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología*. 21-04.
- Salat Paisal, M. (2018). “Sanciones aplicables a manifestaciones contemporáneas de violencia de género de escasa gravedad: el caso de *stalking*”. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. Nº 1. [Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/486046><https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/332612/423391>].
- San Millán Fernández, B. (2019). “Estudio dogmático y jurisprudencial sobre la agravante de discriminación por razones de género”. *Estudios Penales y Criminológicos*. Vol. XXXIX, pp. 303-351.
- Seoane Marín, M. J. & Olaizola Nogaes, I. (2019). “Análisis de la circunstancia agravante de discriminación por razones de género (22. 4º CP)”. *Estudios Penales y Criminológicos*. Vol. XXXIX, pp. 455-490.
- Simón Castellano, P. (2020). “La construcción jurisprudencial de la agravante de género: notas a la STS de 14 de septiembre de 2020”. *Diario La Ley*. Nº 9728.
- Tapia Ballesteros, P. (2019). “Stalking: el delito de acoso de acecho o predatorio (art. 172 ter CP). Problemas de delimitación del tipo penal en España”. *Revista penal*. Nº 43, pp. 172-194.
- Vidales Rodríguez, C. (2019). “La generalización del género: reflexiones en torno a la agravante de discriminación por razón de género”. *Revista General de Derecho Penal*. Nº 32.
- Villacampa Estiarte, C. (2013). “12.8 Delito de acecho/stalking: art. 172 ter”. En Álvarez, F. J. (Dir.) & Dopico, J. (Coord.). *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 594-611.
- Villacampa Estiarte, C. & Pujols Pérez, A. (2019). “El tratamiento jurídico del *stalking* desde el prisma de las víctimas y los profesionales implicados: resultados de un análisis cualitativo”. *Estudios Penales y Criminológicos*. Vol. XXXIX, pp. 1-57.

JURISPRUDENCIA

Tribunal Supremo (España)

- Tribunal Supremo (2017). Sala 2ª: Sentencia nº 554/2017. Ponente: Joaquín Giménez García. 12 de julio de 2017. Citada como STS 554/2017.

- Tribunal Supremo (2019). Sala 2ª. Sentencia nº 117/2019. Ponente: Eduardo de Porres Ortiz de Urbina. 6 de marzo de 2019. Citada como STS 117/2019.
- Tribunal Supremo. (2020). Sala 2ª. Sentencia nº 554/2020. Ponente: Carmen Lamela Díaz. 28 de octubre de 2020. Citada como STS 554/2020.
- Tribunal Supremo. (2020). Sala 2ª: Sentencia nº 717/2020. Ponente: Andrés Palomo del Arco. 22 de diciembre de 2020. Citada como STS 717/2020.

Audiencias provinciales (España)

- Audiencia Provincial. (2020). Pontevedra. Sección 5ª. Sentencia nº 2/2020. Ponente: Luis Barrientos Monge. 30 de diciembre de 2019. Citada como SAP Pontevedra, Secc. 5ª, 2/2020.

Juzgados de lo Penal (España)

- Juzgado de lo Penal. (2018). Pamplona. Sección 5ª. Sentencia nº 84/2018. Ponente: Esther Fernández Arjonilla. 3 de abril de 2018. Citada como SJP Pamplona, Secc. 5ª, 84/2018.

Capítulo 9

REFLEXIONES ACERCA DEL ESTADO DE NECESIDAD PROVOCADO POR LA POBREZA O LA MISERIA EN LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

Alfredo Liñán Lafuente

Introducción

El supuesto en el que una persona en estado de pobreza o miseria ataca la propiedad de un tercero para intentar remediar su necesidad y la disyuntiva de si merece o no castigo penal ha estado indisolublemente unido al concepto de “estado de necesidad” desde su formulación. El hurto famélico se convirtió en el supuesto más típico del estado de necesidad, “sobre el que tanto se ha dicho y escrito en todos los tonos posibles” (Quintano Ripollés, 1966: 113). Autores clásicos de la Teología cristiana trataron la situación del hurto famélico, excluyendo su consideración como pecado y desarrollando el derecho que asiste al hambriento a saciarse con los bienes del saciado por la teoría de la comunidad de bienes. Pereda, tras hacer un recorrido por las teorías más destacadas de estos autores, concluye que “nuestros clásicos ven en el hurto famélico o necesario, el ejercicio de un derecho pleno y absoluto; o sea, que se encuadra a la perfección en lo que hoy llamamos causa de justificación” (Pereda, 1964: 23).

El interés por esta figura suele surgir en momentos de la historia donde una parte importante de la población sufre situaciones desfavorecidas y se encuentra necesitada de ayuda para subsistir. Las situaciones de crisis económica aumentan el nivel de pobreza de los países que la sufren y, por tanto, las situaciones de necesidad de los ciudadanos. En la actualidad nos estamos enfrentando a una de las mayores crisis económicas que afecta a España desde la Guerra Civil, pues la recesión sufrida en el año 2020 debido a la pandemia generada por

la COVID-19 ha sido la mayor desde 1936 (Prados de la Escosura, 2017), desplomándose el PIB un 10,8% en 2020.

Ello ha provocado el aumento del nivel de pobreza y de las situaciones de necesidad de la población. En el informe *El estado de la pobreza. Seguimiento del indicador de pobreza y exclusión social en España 2008-2019* (2020: 7), publicado por la plataforma social *European Anti-Poverty Network*, se concluye que, según el índice AROPE (*at Risk of Poverty and/or Exclusion*, que combina datos de renta, consumo y trabajo), en el año 2019 el 25,3% de la población española se encontraba en riesgo de pobreza y/o exclusión social. Según los datos publicados por el INE, en 2019 el número de personas en riesgo de pobreza relativa¹ según la situación laboral era del 44,5 % de las mujeres en paro y el 49,7 % de los hombres en paro. Estos datos están tomados antes de la crisis social y sanitaria que ha provocado la COVID-19. Si se tiene en cuenta que la tasa de paro en España aumentó del 13,7% en 2019 al 16,1% en 2020, se podrán apreciar las consecuencias negativas que provocará esta crisis económica y la preocupante repercusión que tendrá en la población más pobre y en riesgo de exclusión social. Según el informe anual publicado por la ONG Intermón Oxfam en 2021, titulado *Superar la pandemia y reducir la desigualdad. Cómo hacer frente a la crisis sin repetir errores*, 790.000 personas habrían caído en España en la pobreza severa debido a la crisis provocada por la COVID-19. Estas personas, que son aquellas que viven con menos del equivalente a 16 euros al día, podrían alcanzar la cifra de 5,1 millones de personas, lo que supone un aumento desde el 9,2 % registrado antes de la pandemia al 10,86 % en 2020.

Por ello, resulta oportuno examinar cómo se está aplicando el estado de necesidad provocado por la pobreza y la miseria, así como replantear si esta concepción dogmática resulta adecuada para aplicarla a la comisión de delitos contra la propiedad por quienes se encuentran en estas situaciones, o si resulta oportuno actualizar el planteamiento para enfrentar el aumento de casos que se producirán desde una perspectiva que tenga en cuenta la situación del individuo

¹ El riesgo de pobreza relativa (tasa de riesgo de pobreza) es el porcentaje de personas que viven en hogares cuya renta total equivalente anual está por debajo del umbral de pobreza.

previa a la comisión del delito, el conflicto relativo al que se enfrenta y su motivación al realizarlo, de conformidad con los principios orientadores del Derecho Penal.

1. Evolución de la regulación del estado de necesidad en los códigos penales españoles

Para entender cómo se interpreta en la actualidad la situación de necesidad provocada por la pobreza, resulta esencial hacer un sucinto recorrido por la legislación y la jurisprudencia histórica que intentó buscar soluciones para estas situaciones, pues los problemas que se expondrán no son nuevos, sino que llevan rondando la praxis forense del Derecho Penal desde hace mucho tiempo. Y, por ello, las interpretaciones y propuestas que se plantearán tampoco lo son, sino que beben de las ideas de aquellos que, ante situaciones pasadas de crisis económicas, ya se cuestionaron estos mismos problemas.

En este apartado analizaremos la evolución que tuvo la necesidad de subsistir como causa de atenuación o exención de pena en los diversos códigos penales españoles, pues su desarrollo histórico ha sido fundamental en la interpretación actual del estado de necesidad por parte de la jurisprudencia.

El Código Penal de 1822 no contemplaba el estado de necesidad como eximente de responsabilidad penal, pero sí incluía un precepto que atenuaba la pena de los delitos de robo y hurto cometidos con la finalidad de alimentarse y vestirse y que, hoy en día, adquiere un renovado interés por las situaciones de pobreza y exclusión social que estamos viviendo en España. El artículo 775 establecía que “(l)a necesidad justificada por el reo de alimentarse ó verstirse, ó de alimentar ó vestir á 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 á la mitad de la pena respectiva al delito cometido por primera vez”.

De este modo, se reconocía respecto de los delitos de robo y de hurto, la atenuante específica de obrar por motivos de necesidad y actuar con la finalidad de conseguir alimento o vestimenta, siempre que se hubiere cometido tal hecho por primera vez. Si se analiza la dureza de las penas del Código de este tiempo, se podrá apreciar con

la adecuada perspectiva la importante rebaja que suponía actuar por motivos de necesidad. El escaso periodo de tiempo que este Código Penal estuvo vigente (López Rey, 2018: 400), si es que llegó a estarlo², limitaron la aplicación de este precepto.

Fue en el Código Penal de 1848 donde se reguló por primera vez el estado de necesidad como eximente de responsabilidad penal, con la siguiente fórmula (que se mantuvo hasta la reforma del 1928): “(a)rt. 8.7. El que para evitar un mal ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que concurren las circunstancias siguientes: 1º Realidad del mal que se trata de evitar; 2º Que sea mayor que el causado para evitarlo; 3º Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo”.

Como puede comprobarse, la aplicación del estado de necesidad se limitaba únicamente a los daños (males) causados en la propiedad ajena, que fueran necesarios para evitar un mal mayor, y que no hubiera otra posibilidad práctica para impedirlo. Así, se planteaban supuestos como romper una ventana para acceder a un pozo y sofocar un fuego, o el ejemplo más clásico y tradicional, el de la persona que en un estado de inanición y en peligro de muerte, hurta un alimento para salvar su vida. Pero la concreción del mal típico causado excluía del ámbito de la exención de la responsabilidad penal otras situaciones de conflicto donde el mal afectaba a la vida, la integridad o la salud de un tercero.

En este mismo Código Penal, se contempló un tipo de hurto atenuado (falta) en el artículo 473, que castigaba con pena de arresto de 5 a 15 días al que “hallándose necesitado hurtare comestible con que pueda él o su familia alimentarse dos días a lo más” (Cuello Calón, 1968: 394), aunque este artículo fue suprimido tras la primera modificación del Código Penal. Sánchez González (2004: 194) referencia que este artículo fue trasladado al número 476 por el Real Decreto de 21 de septiembre de 1948, y definitivamente suprimido por el Real Decreto de 8 de junio de 1850.

² Algunos autores, como Quintano Ripollés (1946: 108), defienden que nunca llegó a estar en vigor.

En el Código Penal de 1928 se encuentra contemplado tanto el estado de necesidad, en el artículo 60, como una atenuante específica de actuar por hambre o miseria, en su artículo 65. 3° CP.

Respecto al estado de necesidad, el artículo 60 establecía que: “(t)ampoco delinque el que para evitar un mal propio o ajeno en la salud, vida, honor, libertad o intereses, ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad o derechos ajenos, si concurren los requisitos siguientes: 1°. Realidad del mal que se trata de evitar; 2°. Que sea mayor que el causado para evitarlo; 3°. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo”.

Se puede apreciar que en esta versión del Código Penal cambia la redacción que se había mantenido desde 1848, especificando el tipo de males que se podían evitar (y que debían afectar a la salud, la vida, el honor, la libertad o los intereses propios o ajenos) a través de la producción de un daño en la propiedad o los derechos ajenos, siempre que concurriese la realidad del mal que se trate de evitar, que sea mayor que el causado para evitarlo (lo que excluía los supuestos en los que los males causados eran de igual entidad), y que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.

La atenuante específica se encontraba ubicada en el apartado que rebajaba la pena en función de las condiciones del infractor, entendiendo el hambre y la miseria como condiciones personales que atenuaban la responsabilidad. Así, el artículo 65.3 CP consideraba como causa digna de rebaja penológica la de: “(o)brar el agente impulsado por el hambre, la miseria o la dificultad notoria de ganarse el sustento necesario para él o para los suyos”.

Pocos años después, el Código Penal se volvió a modificar en 1932, tras la constitución de la Segunda República, refundiendo y actualizando la versión del Código de 1870. Su artículo 8.7 reconocía como causa de exención de la responsabilidad penal el estado de necesidad, adaptando su redacción de un modo más amplio en los términos siguientes: “(e)l que en estado de necesidad lesiona un bien jurídico de otra persona o infringe un deber, siempre que concurren los requisitos siguientes: Primero. Que el mal causado sea menor que el que se trate de evitar. Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacri-

ficarse”. Como puede apreciarse, los males que se causan y se han de evitar no se restringen a bienes jurídicos concretos, sino que se establece el criterio general de ponderación —que el mal causado sea menor que el que se trate de evitar—, el de ausencia de creación dolosa de la situación de necesidad y de la ausencia de la obligación de sacrificarse, que sustituye al tercer requisito que se había mantenido inalterado y era el “que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo”.

En el Código Penal de 1944 se incluyen dos variaciones que resultan esenciales en la moderna concepción del estado de necesidad. La primera es la especificación de que el mal a evitar puede ser propio o ajeno. La segunda afecta al criterio de ponderación de bienes, pues en esta versión del Código Penal se adapta la redacción para incluir la posible aplicación del estado de necesidad en supuestos donde los males causados fuesen de igual entidad que el evitado, pasando del requisito “que el mal causado sea menor que el que se trate de evitar”, lo que excluía supuestos de aplicación de males de semejante entidad, a “que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar”, permitiendo la aplicación de esta exención de responsabilidad penal a supuestos donde los males son de igual entidad, “generoso criterio que, a pesar de tener en su pro todos los argumentos científicos, apenas si había cristalizado en las legislaciones positivas, aferradas en su mayoría al secular perjuicio del mal mayor” (Quintano Ripollés, 1963: 11). A partir de la redacción incluida en este Código Penal, la doctrina se inclinó por interpretar que nos encontrábamos ante una causa de justificación con fundamento en el principio del interés preponderante (Lacruz López, 2015: 444).

La atenuante específica de actuar por hambre o miseria desapareció de la redacción de los sucesivos códigos penales, reconduciéndose el debate en los supuestos de hurto famélico a la posibilidad de aplicar el estado de necesidad o encontrar una atenuante (arrebato u obcecación, ...) que pudiera servir para rebajar la pena a personas que delinquieran por motivos de necesidad y debido a su situación de pobreza o miseria.

2. La jurisprudencia actual del estado de necesidad derivado del hambre o la miseria en los delitos contra la propiedad

Como se ha expuesto, los elementos que se han consolidado en el Código Penal (actualmente regulado en el artículo 20.5 CP) para que pueda concurrir un estado de necesidad completo y eximir de responsabilidad penal al autor del delito, se circunscriben a una situación donde un sujeto, para evitar un mal propio o ajeno, lesiona un bien jurídico de otra persona o infringe un deber, exigiéndose que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar, que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto, y que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo la obligación de sacrificarse.

Al enfrentar estos requisitos a los ataques contra la propiedad ajena provocados por situaciones de hambre o miseria, no es difícil concluir que la aplicación de la exención de responsabilidad penal por esta causa es plausible en situaciones de conflictos entre la vida y la propiedad. Supuestos donde una persona en riesgo de muerte inminente por inanición hurta una pieza de pan o una manzana para no morir, no generan problemas dogmáticos, y la generalidad de la doctrina concluye que en estas situaciones no existiría responsabilidad penal al aplicar la causa de justificación, pues el ataque a la propiedad ajena se encuentra justificado al ser un medio necesario para salvaguardar un bien mayor, la vida humana. Pero estos ejemplos académicos, que sirven para ilustrar con nitidez los contornos y límites del estado de necesidad, no suelen acontecer en la práctica, pues el sujeto que está al borde de la muerte por inanición se encuentra en un estado tan débil que le resultaría casi imposible levantarse y actuar de un modo autónomo. Por ello, el dilema no suele plantearse, como advirtieron algunos autores (Rodríguez Devesa, 1963: 11), entre morir de hambre inmediatamente o comer, sino que el conflicto surge entre comer/vestirse/calentarse para no padecer un hambre o frío extremo que afectará negativamente a la salud del sujeto. Si se analiza la jurisprudencia que se ha ocupado de este particular, se comprueba que no resuelven supuestos extremos, sino situaciones en donde una persona hambrienta o en estado de miseria (pero no al borde de la muerte), hurta, roba, defrauda fluidos eléctricos, para satisfacer su hambre u otras necesidades primarias.

En estas situaciones, se puede apreciar que la jurisprudencia no es proclive a aceptar la aplicación del estado de necesidad en los delitos contra la propiedad, ya como eximente completa o como incompleta. Jiménez de Asúa, en su *Tratado*, hace un recorrido por la jurisprudencia que se enfrentó a estas situaciones desde comienzos del siglo XX y concluye que, hasta la promulgación del Código Penal de 1932, no se aplicó la eximente del artículo 8.7 al hambriento en estado de pobreza, pero en ocasiones se aplicó la atenuante de arrebató u obcecación (Jiménez de Asúa, 1952: 461). A partir de 1932, se identifica alguna sentencia que aplica el estado de necesidad como eximente (STS 1128/1948). Esta resolución confirmó la sentencia absolutoria de la Audiencia Provincial de Madrid de una madre de tres hijos pequeños que, necesitados de alimento, se apoderó de una papeleta de empeño de 25 pesetas que, con posterioridad, revendió por 11 pesetas, utilizando ese dinero para comprar comida. Si bien lo habitual es encontrar un criterio restrictivo que conlleva la inaplicación del estado de necesidad. Así, Jiménez de Asúa (1952: 465) referencia varias sentencias (STS 8 de junio de 1935; STS de 8 de junio de 1943), donde se establece como requisito adicional y esencial para estimar el estado de necesidad el de la imposibilidad de obtener los objetos hurtados/robados de la beneficencia pública o privada. Se puede apreciar en el siguiente párrafo extraído de la STS de 8 de junio de 1935: “(p)ara comprender en la eximente el hurto cometido en estado de miseria es preciso que ésta llegue al extremo de poner en grave e inminente peligro la vida de quien lo padece, de modo que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo que atentar contra la propiedad ajena, por lo que además de falta de recursos propios, se requerirá como requisito indispensable la imposibilidad de obtenerles de la beneficencia pública o privada, faltando en otro caso el elemento esencial del concepto de eximente”.

La inclusión de este requisito —que se mantiene en mayor o menor medida en la jurisprudencia actual— deviene de la evolución histórica del modo de tipificar el estado de necesidad, al exigir una condición que hoy en día no se encuentra incluida como requisito en el artículo 20.5 CP, pero que deriva de una interpretación estricta en el modo de entender cuándo surge una situación de necesidad. Dicha interpretación provocó que, como advertía Del Rosal (1963: 797), “la aplicación de esta eximente se ha administrado con demasiada cautela.

Entendemos que con ello nos descubre, por si ya no se supiera, cómo los tribunales de justicia en situación de conflicto entre la decisión humana —empujado por la debilidad o por otras circunstancias— y el orden penal, adoptan un criterio conservador y se inclinan, con la mejor buena fe, por el mantenimiento de las disposiciones legales”.

Hasta tal punto llega esa interpretación, que la jurisprudencia de nuestros días sigue exigiendo como un requisito adicional que no sea posible obtener lo apropiado de la beneficencia, a pesar de que no se encuentre recogido en el artículo 20.5 CP. Así, la SAP Madrid, Secc. 1ª, 27/2019, tras reconocer los cinco elementos para considerar cumplido el estado de necesidad, incluye un requisito adicional en supuestos de estrechez económica, que coincide con el exigido en la jurisprudencia histórica. La citada sentencia lo incluye con la siguiente dicción: “(e)n ampliación de los requisitos jurídicos antes dichos y refiriéndonos a las situaciones de estrechez económica la jurisprudencia viene exigiendo no sólo acreditar cumplidamente la situación de necesidad sino justificar que se ha acudido a las instituciones de protección social y que no existe otro modo menos lesivo para hacer frente a una situación de necesidad angustiosa”.

Este requisito adicional tiene acomodo en la valoración de la naturaleza inevitable del mal (¿podría evitarse si se acude a instituciones de protección social?) y en la subsidiariedad del método empleado (¿existía un método menos lesivo para remediar la situación angustiosa?), que implica la ponderación de si existió la posibilidad de poder poner remedio a la situación de necesidad recurriendo a vías lícitas (Molina Blázquez, 2020:124).

El aspecto fundamental para ponderar la aplicación del estado de necesidad a los supuestos en los que el hambre o la miseria llevan al necesitado a cometer un delito contra la propiedad, recae en el tipo de valoración que se haga del elemento de la inevitabilidad del mal por otros medios menos lesivos que los utilizados por el autor. Hay una parte de la doctrina que considera que la existencia de vías menos lesivas para superar el conflicto afecta a la existencia de la necesidad en sí, por lo que estas excluirían la aplicación del estado de necesidad, ya como eximente, ya como atenuante (Cerezo Mir, 1990:12; Lacruz López, 2015: 451; Rodrigo Guerra, 2017: 363). Existe otro sector de la doctrina que partiendo de la premisa de la obligada constatación de la

existencia de una situación de necesidad en abstracto para que pueda ser valorada la aplicación del artículo 20.5 CP (Mir Puig, 1998: 468), estima que una vez contrastada su existencia, la posibilidad concreta de haberse podido optar por un medio menos lesivo conllevará a la estimación incompleta de la causa de justificación (Mir Puig, 1998: 468), pero no su negación total (Córdoba Roda & Rodríguez Mourullo, 1972: 280).

Acierta Valle Muñiz (1992: 590) cuando plantea la diferencia entre la necesidad de la acción realizada y los criterios que deben medir dicha necesidad, pues una vez constatada la existencia del conflicto, la opción elegida por el sujeto para resolverlo habrá de ser ponderada para determinar la existencia completa o incompleta de la exención de responsabilidad, pero la constatación de que existieron varias opciones para actuar, y alguna menos lesiva que otra para el bien jurídico afectado, no puede llevar a negar la existencia de la situación de conflicto. En mi opinión, si esta existió y el sujeto se encontró en la encrucijada de delinquir para evitar un mal propio o ajeno, su posterior actuación deberá ser adecuadamente ponderada y rebajada la pena si, a pesar de existir otros medios menos lesivos, por el que optó se considera razonablemente elegible dada la especial situación del sujeto. Como ya concluyó Groizard (1895: 295) al comentar el artículo 8.7 del Código Penal de 1870, “para pronunciar la Justicia su fallo absolutorio es suficiente que el medio empleado sea natural, oportuno, adecuado; no precisa ser el único, el menos perjudicial, el mejor de todos; dificultar hasta este punto la exención sería hacer casi imposible el auxilio”.

Una de las pocas sentencias que parece inclinarse, de manera teórica, por esta doctrina, es la STS 924/2003 (aunque referenciada a un supuesto de tráfico de drogas y la posible aplicación del estado de necesidad por motivos económicos), al plantear que: “(d)e estos elementos, dice la STS 1629/2002, de 2 de octubre, merecen destacarse dos conceptos fundamentales que informan el núcleo de esta circunstancia: la proporcionalidad y la necesidad. Respecto de la proporcionalidad del mal causado se ha establecido (STS de 14 de octubre de 1996) que si el mal que se pretende evitar es de superior o igual entidad que la gravedad que entraña el delito cometido para evitarlo, y no hay otro remedio humanamente aceptable, la eximente debe ser aplicada de modo completo; si esa balanza comparativa se inclina

mínimamente en favor de la acción delictiva y se aprecian en el agente poderosas necesidades, la circunstancia modificativa debe aceptarse con carácter parcial (eximente incompleta); pero si ese escalón comparativo revela una diferencia muy apreciable, no puede ser aplicable en ninguna de sus modalidades”.

La STS 1153/1991, referida al hurto famélico, y aun partiendo de la inevitabilidad del mal como presupuesto para que surja el estado de necesidad, aboga por interpretarlo de un modo flexible. Advierte la citada sentencia que “(d)entro del esquema legal citado, hay que encuadrar el llamado hurto famélico o miserable (en cuyo *nomen* pueden quedar evidentemente incluidos otros ataques patrimoniales como las defraudaciones), que para que se dé como eximente completa o incompleta es menester que sea inevitable, entendiendo esta exigencia, esencia de la eximente, con una cierta flexibilidad, pues el recurso subsidiario de acudir a la beneficencia pública o privada no siempre será factible por la urgencia del caso, lugar en que ocurra la necesidad, crisis económica que dificulta tal recurso, etc.”

No obstante, la jurisprudencia mayoritaria opta por entender que la imposibilidad de acudir a otros medios menos lesivos de los que ha optado el sujeto es un presupuesto necesario para que el estado de necesidad concurra o no concurra. Cuando este tipo de interpretación se proyecta sobre los supuestos del estado de necesidad provocado por hambre o miseria conlleva a la inaplicación *de facto* del artículo 20.5 CP, ya como eximente, ya como atenuante. Y ello se debe a que, al menos en hipótesis, siempre será plausible aducir que en España existen instituciones de caridad y ayuda a las personas desfavorecidas a donde cualquiera en una situación de pobreza o miseria puede acudir para subvertir sus necesidades más básicas y no tener que atacar la propiedad ajena. Y si bien ello es cierto (la existencia de entidades caritativas y protección social), no lo es menos que una posibilidad hipotética y abstracta de solicitud de ayuda a un tercero no debe ser utilizada, del modo en que se verá, para excluir la posibilidad de que el estado de necesidad se tenga en cuenta, siquiera, como atenuante. No soy el primero en denunciar la indebida aplicación de este argumento genérico por parte de los tribunales que supone la valoración de una hipótesis en contra del reo al especular con una posibilidad que se transforma en la certeza, de que existía una vía alternativa que no utilizó el autor porque no quiso. Ya en 1963, Rodríguez Devesa

(1963:13) advertía que “no he encontrado ninguna sentencia de este tipo en la que se indique concretamente cuál era la institución o la persona concreta que hubiera satisfecho la necesidad del sujeto hambriento, o necesitado de medicinas, de una manera real y efectiva y no especulativa y abstracta”.

En este aspecto concreto, se puede comprobar cómo la STS 59/1986 (que se ha convertido en referencia de todas las sentencias posteriores que se han enfrentado con supuestos de ataques a la propiedad por hambre, miseria o exclusión social) aunque intenta separarse de la tesis estricta que tradicionalmente había sido aplicada por el Tribunal Supremo, no lo consigue, al mantener la exigencia de que se pruebe que se han agotado todas las vías lícitas a las que podía acudir antes de delinquir. Y es que si bien la citada sentencia advierte que “aun quedando afortunadamente, distantes y relativamente lejanos, los tiempos en los que para la operación de esta circunstancia como eximente o como atenuante —v. g. Sentencias de 20 de Febrero de 1957 y 26 de Enero de 1960— se exigía por este Tribunal un previo y penoso peregrinar en demanda de auxilio, por establecimientos públicos y privados, de beneficencia así como que se probara que constituía, la penuria un peligro inminente para la vida, hallándose el necesitado al borde de la inanición (Sentencias de 8 de Junio de 1935 y 8 de Junio de 1943)”, al mantener como requisitos necesarios para aplicar el estado de necesidad “que se pruebe que se han agotado todos los recursos que, en la esfera personal, profesional y familiar, podía utilizar; que no haya otra solución que la de proceder de un modo antijurídico...”, sigue provocando que la estimación del estado de necesidad, como eximente completa e incompleta, resulte prácticamente imposible.

En estos dos requisitos se refleja, de modo nítido, las exigencias de la subsidiariedad de la opción antijurídica y el carácter absoluto de la inevitabilidad de proceder de manera delictiva. Ello, que podría pensarse que es un aspecto material que atañe a la actividad probatoria de las partes, adquiere su verdadero significado al conjugarlo con la interpretación que se haga de este requisito en el ámbito de los delitos contra la propiedad, pues salvo en situaciones de peligro de muerte, siempre podrán ser aducidas soluciones generales —entidades caritativas— a las que se puede acudir para no actuar de un modo antijurídico.

Si revisamos 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, seguimos encontrando como elemento de ponderación sobre la existencia/inexistencia de estado de necesidad, la valoración de si existe prueba de que el invocante hubiese acudido a los servicios sociales y que estos hubieran rechazado prestarle la debida asistencia.

La SAP Valencia, Secc. 3^a, 472/2015, se encarga de resolver el recurso de apelación de una sentencia condenatoria por la tentativa de hurto de chocolate de importe 12,28 € por una persona en estado de pobreza. En su sentencia se relaciona el principio de subsidiariedad con el argumento de las instituciones de asistencia al hambriento: “(e) n esto radica la llamada nota de subsidiariedad que caracteriza a esta causa de exención de la responsabilidad penal (...) se concreta en la exigencia de que no hubiera existido la posibilidad de atender tales necesidades acudiendo a alguna de las múltiples instituciones públicas o privadas que indudablemente existirían en el lugar de los hechos (Oviedo) como las hay hoy en día extendidas por todo el territorio nacional”. O dicho de otro modo, solo hubieran estimado el estado de necesidad si el acusado hubiese probado que sus necesidades de sustento no pudieron ser atendidas mediante los mecanismos de asistencia y protección social existentes.

La SAP Madrid, Secc. 17^a, 482/2005, al resolver un recurso en donde una persona intenta sustraer un paquete con varias lonchas de queso de un supermercado, concluye respecto a la alegación del estado de necesidad por pobreza que “(...) no puede aplicarse cuando haya otro procedimiento inocuo o menos lesivo que la realización del hecho delictivo con el cual se pudiera impedir el mal que amenaza, nota que en los casos de sustracción de objetos de valor para satisfacer con su importe las necesidades elementales de subsistencia de una persona (una modalidad del tradicional hurto famélico), se concreta en la exigencia de que no hubiera existido posibilidad de atender a tales necesidades acudiendo a alguna de las múltiples instituciones públicas o privadas que indudablemente existirían en el lugar de los hechos, en este caso en Madrid, como las hay hoy día extendidas por todo el territorio nacional”.

En sentido similar, la SAP Tarragona, Secc. 2^a, 53/2015, al resolver el recurso de apelación frente a una sentencia condenatoria por tentativa de hurto de alimentos de una ciudadana brasileña en un supermercado, afirma que: “(e)n la sociedad actual resulta muy aventurado sostener las tesis del hurto famélico, cuando existen múltiples instituciones públicas y privadas que proveen las necesidades de subsistencia de alimento, por lo que el hurto no estaría justificado, máxime cuando tampoco se ha demostrado que no se obtenga o que solicitada se le haya denegado ayuda o prestación social o asistencial, sobre todo tratándose de madres con hijos menores a su cargo”. Nos encontramos con un “órdago a la grande” respecto de la tesis del hurto famélico, pero su negación no se encuentra avalada por datos científicos o evidencias probatorias, sino por la opinión del juzgador de lo que sucede en la sociedad actual.

La SAP, Madrid, Secc. 2^a, 154/2004, aunque resolviendo sobre un supuesto de usurpación pacífica de inmuebles, utiliza el mismo argumento que estamos comentando. Afirma la sala que: “(l)o anterior, aplicado a los denominados casos de precariedad indigencia, obliga a la defensa a probar que se han agotado todos los recursos que en la esfera personal, profesional o familiar se podrían utilizar y, que no había otra solución que la de proceder de un modo antijurídico, lo que no ocurre en este caso, ya que de todos es conocido que existen servicios asistenciales e instituciones oficiales que atienden tales necesidades” (*vid.* en el mismo sentido, SAP Zaragoza, Secc. 6^a, 271/2019).

Loable, como *rara avis*, resulta la SAP Barcelona, Secc. 5^a, 102/2019, pues consigue interpretar con coherencia el estado de necesidad y el requisito de que no hubiera otro medio menos lesivo para conjurar el mal, adoptando el criterio flexible para la estimación de la eximente incompleta en caso de que falte este último. La sentencia estima el recurso de apelación interpuesto contra la condena de robo con violencia e intimidación de un hombre que entró en una panadería y tras pedir a los clientes que le compraran algo de comer y solicitarlo a la empleada, se apoderó de un bocadillo con intimidación. A la salida de la tienda se dio cuenta que el bocadillo contenía un embutido de cerdo y lo tiró, pues por sus creencias religiosas no podía comerlo. La sentencia reconoce que: “(a)ctuar de tal forma, con las consecuencias penales que le podía comportar denota esa necesidad de lograr alimentos que de otra forma le era difícil obtener, aunque

no fuera imposible (por ello se aprecia como eximente incompleta) como sería acudir a las instituciones públicas o privadas que puedan facilitar ese sustento alimentario vital a personas con esas necesidades que no tienen cubiertas”. Reconoce la sentencia que el requisito de la inevitabilidad del mal ha de ser entendido con cierta flexibilidad, “pues el recurso subsidiario de acudir a la beneficencia pública o privada no siempre será factible por la urgencia del caso, lugar en que ocurra la necesidad, crisis económica que dificulta tal recurso, etc.”. Esta opción interpretativa resulta óptima para ponderar la gravedad del injusto y la reprochabilidad del hecho, pues no cabe duda de que, si se hubiera optado por el criterio estricto expuesto en las sentencias precedentes, el recurso no hubiese sido estimado acogiéndose al argumento de la existencia de entidades caritativas en abstracto a las que no demostró el acusado que hubiera acudido y que le hubieran denegado su auxilio.

El problema detectado es el siguiente: si se parte de la premisa de que en España el que pasa necesidad para subsistir es porque no quiere acudir a las instituciones de beneficencia, la consecuencia es la inaplicación del estado de necesidad 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 este ha de ser probado en juicio (ya que las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, cuya carga compete a quien las alega, deben estar tan acreditada como el mismo hecho, según indica la STS 544/2016), 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.

La SAP Madrid, Secc. 29ª, 104/2019, plantea esta situación del modo siguiente: “(s)i tenemos por valor constitucional la opción de preferir la absolución del culpable a la condena del inocente aún cabe otra pregunta formulada en aquel contexto político y doctrinal: contraponiendo dos hipótesis ante la acusación por un mismo delito frente a dos sujetos que alegan uno una coartada y el otro una causa de exención (inimputabilidad o legítima defensa) ¿Le bastaría al primero dar lugar a una duda razonable sobre la imputación, mientras el segundo vendrá necesitado de lograr en el juzgado la certeza sobre el hecho causante de exención?”. Cuando la regla general, la imputabi-

lidad o la antijuridicidad han sido cuestionadas por una de las partes del proceso penal, planteando una causas de exención de responsabilidad penal con una adecuada actividad probatoria, es exigible al juzgador que para desestimar su aplicación se base en un resultado probatorio de la misma entidad que el desarrollado por la parte que lo alega, por lo que no resulta admisible que acuda a lugares comunes como la existencia de instituciones de beneficencia para descartar de plano la aplicación del estado de necesidad.

Es cierto que, en muchas ocasiones, de la lectura de la sentencia se desprende (*vid.* SAP Vizcaya. Secc. 2ª, 79/2019; SAP Madrid, Secc. 1ª, 471/2020) que la defensa no ha desplegado una actividad probatoria mínima para acreditar la existencia de la situación de conflicto y necesidad, limitándose únicamente a alegarla. Es exigible a quien alega un estado de necesidad provocado por la pobreza o miseria que aporte evidencias de la situación, pero una vez probada la realidad de pobreza, miseria o indigencia de una persona —a través de informes, documentos, testigos, ...—, lo que no se puede exigir es que se pruebe que se ha acudido a entidades benéficas y que estas han rechazado ayudarlo, pues ello exigiría a una persona en exclusión social ir haciendo acopio documental de todas las veces que pidió ayuda y le fue rechazada, pues ello ha de ser tenido por una *probatio diabolica*. En el ámbito probatorio, hay que tener en cuenta una dificultad añadida, puesta de manifiesto por Morell Aldana (2021:32) en los supuestos de delito leve, pues en estos casos el procedimiento aplicable carece de una fase de instrucción y en la mayoría de las ocasiones se realiza en un único acto donde se proponen la prueba, se valora y se juzga (arts. 962-977 LECrim) por lo que resulta complejo indagar sobre la situación personal del acusado, el cual, recordemos, puede acudir sin abogado.

Una vez probada por la defensa la situación de pobreza o miseria a la fecha de los hechos, no es admisible que el tribunal lo desestime aludiendo genéricamente a la existencia de instituciones de beneficencia. Para ello, el que se opone deberá investigar qué instituciones existían en el lugar donde se cometió el delito y recabar las pruebas del tipo de asistencia que prestan, la capacidad que tienen y si estaban disponibles al tiempo de los hechos para que el acusado hubiera podido optar de manera concreta —y no hipotética— por no delinquir y satisfacer su necesidad sin quebranto de los derechos ajenos. Si no

existe la certeza de que el acusado desechó otras opciones a su alcance para obtener el mismo resultado por una vía legal, se habrá de estimar el estado de necesidad, ya completo o incompleto (en función de la situación concreta de necesidad, entidad del mal causado, etc.) sin que la referencia a una hipotética entidad caritativa sea suficiente para enervar el acervo probatorio sobre la situación de necesidad del autor del delito contra la propiedad.

En la STS 1100/1963, de la que fue ponente Quintano Ripollés, se plantea si una tercera posibilidad hipotética y abstracta para evitar el mal es adecuada para enervar la aplicación del estado de necesidad. En esta resolución se analiza una sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 de marzo de 1962, que condenó por falsedad en documento oficial a una persona que acudió a urgencias aquejado de fuertes dolores y al no encontrar al médico de guardia, se apoderó de una receta en blanco que rellenó con intención de conseguir el fármaco que calmase sus insufribles dolores. En este caso, no recurrió la defensa la sentencia condenatoria, sino el Ministerio Fiscal interesando la aplicación de la eximente incompleta del estado de necesidad. El Fiscal se oponía a que se estimase la eximente completa, dado que la persona podría hacer acudido a otro médico (alternativa abstracta). Resulta interesante rescatar la interpretación del tribunal sobre este particular y cómo desecha que una posibilidad hipotética deba ser tenida en cuenta para no aplicar la eximente cuando ha quedado demostrada la situación de conflicto y la opción concreta por la que optó la persona. Resuelve Quintano Ripollés esta disyuntiva del modo siguiente: “(l)a posibilidad que el fiscal apunta para objetar a la plenitud de la eximente, una tercera solución de acudir a otro facultativo, no es más que una suposición de una posibilidad que carece de apoyo en la relación de hechos dados como probados, en los que solo consta la ausencia del facultativo en su servicio de guardia, y a esta realidad formal hay que atenerse sin hipótesis o conjeturas que redunden en perjuicio del reo”. Este razonamiento resulta plenamente aplicable a los supuestos analizados donde se acude a la existencia de entidades caritativas o de apoyo social en abstracto para negar la aplicación del estado de necesidad en supuestos concretos de miseria o pobreza.

Por otro lado, se puede comprobar en las tres sentencias más actuales que estiman el estado de necesidad en un hurto famélico como eximente completa, que el tribunal lo acuerda porque no incorpora a

la valoración el elemento adicional —que no haya acudido a instituciones benéficas— y opta por la absolucón valorando únicamente la situación personal de los acusados y la ponderación del mal causado.

La primera sentencia absolutoria es de la Secc. 2ª de la AP Madrid, 376/2004, donde se aplica el artículo 20.5 CP a dos mujeres ecuatorianas que sustrajeron 9 kilos de arroz en un supermercado para alimentar a 4 niños. La sentencia concluye que: “(l)as acusadas sustrajeron 9 kg de arroz en un supermercado, ambas son ecuatorianas, se encuentran en situación de ilegalidad en España, sin trabajo, sin maridos y con 4 niños entre las dos que alimentar; el arroz es desde luego un alimento de primera necesidad en España, pero lo es más para un ciudadano ecuatoriano, porque constituye la base de su alimentación diaria. Con estos datos, no es difícil concluir la realidad del estado de necesidad”. Aunque realmente sí sería posible concluir la inexistencia del estado de necesidad si se aplicase de manera estricta el requisito de subsidiariedad, pues el recurso a la existencia genérica de banco de alimentos o entidades caritativas que pudieran haber entregado arroz a dos madres solteras hubiera sido suficiente, tal y como hemos estado viendo, para no aplicarlo ni en su versión completa ni en la incompleta.

La segunda sentencia es de la AP Barcelona, Secc. 6ª, 904/2011, donde se estima un recurso de apelación por una falta de hurto en tentativa de unas alcachofas de un valor de 6 euros. A pesar de que el condenado recibía una pensión de 460 €, la Sala aplica la eximente del 20.5 CP al considerar que dicho importe difícilmente puede cubrir las necesidades más básicas de una persona: “(a) ello cabe añadir la inevitabilidad del mal en este caso, puesto que de la documental médica aportada se extrae que la ansiedad que sufre el acusado se incrementa ante la dificultad de encontrar un trabajo (no debemos olvidar que tiene 50 años y está enfermo). Por lo demás, no se aprecia un exceso del mal causado en relación a la necesidad de alimentarse sentida, puesto que, el mismo perjudicado reconoce que las alcachofas sustraídas no valían más de 6 euros y ni siquiera reclama civilmente tal valor; sin que se haya acreditado la reiteración de tales conductas por parte del acusado.”

Muy similar a este supuesto es el resuelto por la SAP Madrid, Secc. 2, 726/2014. En este caso el recurso de apelación se interpone por un

condenado por tentativa de hurto de dos latas de atún por un valor de 1,87 €. El condenado estaba en paro y afirmó haberlo hecho por hambre. En esta sentencia, el tribunal pone el foco en el objeto sobre el que se desarrolla la acción para llegar a la estimación del recurso y la aplicación del estado de necesidad. Reconoce la citada sentencia que: “(p)ese no haber sido acreditada la situación económica del acusado, lo sustraído revela base suficiente para la aplicación de la circunstancia eximente invocada por el recurrente, y consecuentemente nos lleva a considerar aplicable la misma al caso de autos, estimando el recurso de apelación interpuesto”. De nuevo, la sentencia ni siquiera se plantea el requisito de subsidiariedad y aplica directamente el artículo 20.5 CP. Tanto en esta resolución, como en la de la Audiencia Provincial de Barcelona, es posible adivinar que el fundamento que subyace en la absolución es, sin decirlo, la aplicación del principio de insignificancia por el valor del bien que se intentó sustraer (1,87 € / 6 €). De manera nítida, si los tribunales hubieran acudido al argumento de la existencia de instituciones caritativas que hubieran podido alimentar al autor, los recursos no se hubieran estimado.

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 (más allá de la exigencia a la defensa de una verdadera actividad probatoria cuando pretenda la aplicación de una causa de justificación, sin que sea suficiente su mera alegación) 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 prácticamente imposible que se aplique 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, salvo que el tribunal opte por una interpretación flexible de este último requisito (*vid.* la citada SAP Barcelona, Secc. 5ª, 102/2019).

3. Propuesta alternativa: Una atenuante específica

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 atenuar la pena de aquellas personas que delinquen debido al estado de miseria en el que viven. Estas no se encuentran en la situación de conflicto extremo, 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 medio 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 situación 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...).

El problema radica en que, descartada la aplicación del artículo 20.5 CP, el Código Penal no contempla que esas circunstancias puedan ser tenidas en cuenta como atenuante específica, lo que ha provocado que la doctrina proponga acudir a otras categorías penales —estado de necesidad incompleto, arrebató u obcecación, atenuante analógica— (Melendo Pardos, 2015: 666; Molina Blázquez, 2019:138; Morell Aldala, 2021: 14) para ponderar la gravedad del injusto y la culpabilidad del sujeto en función de la situación de vulnerabilidad social del delincuente. Velázquez Vioque (2020:146) advierte con tino que la situación de quien se encuentra en un ámbito de exclusión social provocado por la pobreza debe ser ponderado en el ámbito de la graduación del injusto, acudiendo este autor, también, al auxilio de la atenuante analógica del artículo 21.7 CP.

En mi opinión, la aplicación de la atenuante analógica del artículo 21.7 CP podría ser un remedio actual para enfrentarse a estas situaciones con una herramienta que permita ponderar adecuadamente la reprochabilidad de la conducta, pero abogo por dar un paso más, ya que la aplicación de esta atenuante es excepcional, y es necesario contar con una herramienta específica que pueda ser utilizada en los

supuestos delictuales provocados por hambre, miseria o exclusión social.

Como ya se ha expuesto, tres versiones distintas del CP español contemplaron la miseria, la pobreza o la necesidad como una atenuante específica.

El CP de 1928 en su artículo 65.3 CP consideraba como causa digna de rebaja penológica la de “(o)brar el agente impulsado por el hambre, la miseria o la dificultad notoria de ganarse el sustento necesario para él o para los suyos”.

El de 1822, en su artículo 775 CP establecía que “(l)a necesidad justificada por el reo de alimentarse ó vestirse, ó de alimentar ó vestir á 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 á la mitad de la pena respectiva al delito cometido por primera vez”.

El 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”.

Conviene plantearse la conveniencia de rescatar del olvido esta atenuante y valorar si pudiera tener sentido utilizarla como un elemento ponderador de la pena en supuestos donde la comisión de delitos fuese provocada por una situación de pobreza, miseria o exclusión social.

En el Derecho comparado, resulta de especial relevancia el artículo 41 del Código Penal argentino³, el cual establece un mandato al juez para que tenga en cuenta, a la hora de determinar la pena, “la edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y

³ Agradezco a Violeta Quesada, Prosecretaria Letrada del Ministerio Público de la Defensa de Argentina y a Dolores Neira, de la Defensoría Pública de víctimas con asiento en la Provincia de Buenos Aires la ayuda, información y asesoramiento que me han brindado para interpretar la aplicación de esta atenuante del Código Penal argentino.

condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad”. El juez deberá tomar conocimiento directo y de *visu* del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso. Esta valoración servirá tanto para atenuar o agravar la pena, pero deberá estar motivada en función de alguna de estas circunstancias en relación con el grado de culpabilidad y peligrosidad del autor.

Relevante para el tema tratado en este capítulo resulta la atenuación de la pena fundamentada en el grado de vulnerabilidad social del sujeto —la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos—, que determina una rebaja penológica en situaciones donde el autor haya delinuido en situación de pobreza.

La Sentencia 542/2018, Sala 1, de la Cámara Nacional de Casación en los Criminal y Correccional de Argentina, de 18 de mayo de 2018, casó una sentencia condenatoria por la tentativa de un robo de un teléfono móvil al no haber tenido en cuenta la resolución de instancia las condiciones personales que llevaron a delinquir al acusado. El juez Bruzzone entendió que “(d)esde el plano de la culpabilidad por el hecho, entiendo que debieron haberse tomado en cuenta, como atenuantes, las condiciones personales del imputado, que se presentaron por la defensa y que fueron corroboradas por el propio imputado en la audiencia de conocimiento personal. Ello pues éstas dan cuenta de una marcada situación de vulnerabilidad social que sin duda repercute sobre su capacidad de ajustar su conducta conforme a la norma. Concretamente, esa situación de vulnerabilidad se advierte a partir del hecho de que, desde los once años, Vargas debió criarse fuera de un entorno familiar pues él y sus tres hermanos menores fueron alojados en una institución para su cuidado. A esa ausencia de contención se sumó el hecho de que, como hermano mayor, tuvo, en alguna medida, que hacerse cargo de ellos. Por lo demás, también se vio expuesto al consumo de drogas, y no pudo terminar el secundario pues no contaba con los medios para sostener su educación, todo lo cual repercute fuertemente en las posibilidades que tiene para conseguir un medio de sustento”.

Como se puede apreciar, resulta esencial para la ponderación de la pena las circunstancias de exclusión social y dificultades para subsistir que se acreditaron por la defensa, pero que no fueron tenidas en cuenta en instancia para aminorar la pena. Esta atenuante tiene un contenido y fundamento distinto del estado de necesidad como causa de justificación (de muy difícil encaje en el robo de un teléfono móvil), pero sirve para reducir el nivel de culpabilidad, reprochabilidad de la conducta, que resulta menor a esta persona que a otra con más recursos, precisamente por la situación en la que se encontraba.

En sentido similar, la Sentencia 1306/2017, Sala 1, de la Cámara Nacional de Casación en los Criminal y Correccional de Argentina de 14 de diciembre de 2017, estima en parte el recurso de casación frente a una sentencia condenatoria por la comisión de un delito de robo con violencia al acoger la atenuante de vulnerabilidad social. El juez Bruzzone, en sede de una menor culpabilidad, considera que: “(p) or último, desde el plano del reproche de culpabilidad por el hecho, entiendo que debieron haberse tomado en cuenta como atenuantes las condiciones personales de los imputados, en tanto las constancias obrantes en sus respectivos legajos de personalidad dan cuenta de una marcada situación de vulnerabilidad social que sin duda repercute sobre su capacidad de ajustar su conducta conforme a la norma”.

Jiménez de Asúa (1954: 471-476) reconoce que, si bien en un primer momento estuvo en contra de incluir una dualidad de disposiciones en el mismo Código Penal argentino que pudiesen ser aplicados al hurto famélico (la regulación del estado de necesidad y una atenuante específica sobre el estado de pobreza), ya que consideraba que al estar reconocida la miseria como una atenuante no podrían los jueces eximir al aplicar el artículo 41 CP con preferencia al n° 3 del artículo 34 (que regula el estado de necesidad), con posterioridad cambió de parecer. Y lo hizo al concluir que se trataba de dos preceptos enteramente distintos que podrían convivir sin genera problemas de concursos, pues la proyección de ambos era diversa. La atenuante no va dirigida al que se encuentra en un conflicto entre dos bienes jurídicos y ha de optar por una vía ilícita para salvar un bien mayor, sino a aquel que padece hambre y roba, hurta o estafa. No puede invocar —consideraba Jiménez de Asúa (1954: 473)— “quien así obra, el estado de necesidad, ni aún imperfecto, si por la escasa nutrición no peligraba

su vida y si las cosas o cantidades sustraídas eran considerables, en cambio es de aplicar la atenuante 2^a del artículo 41”.

La existencia de la regulación del estado de necesidad no impide contemplar como atenuante la situación de pobreza o miseria de una persona que la lleva a delinquir, pues en este último caso, aunque no concurren los elementos de la causa de justificación, si queda probado el estado de precariedad social en el que se encontraba la persona, la atenuante podría ser aplicada. El fundamento de la atenuación de la pena radica en la menor reprochabilidad del hecho a aquel que se encuentra en una situación de miseria con menor capacidad para ser motivado por el cumplimiento de las normas de un Estado que no le proporciona el mínimo bienestar.

Dada la crisis económica que atraviesa España y el perfil criminológico de las personas que pueden cometer los ataques contra la propiedad provocados por su estado de pobreza (en estos supuestos adquieren relevancia los informes criminológicos que, de momento, son tan poco utilizados en el ámbito de la praxis forense), resulta oportuno plantear la pertinencia de recuperar una atenuante que, si bien estuvo presente en nuestro CP 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 2^o y 3^o 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.

Debido a 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 incluir una nueva circunstancia atenuante específica con la siguiente dicción: “la de actuar el culpable que estuviera en estado de pobreza para satisfacer sus necesidades básicas de subsistencia, o la de las personas que se encuentren a su cargo”.

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 (Velázquez Vioque, 2020: 158), 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 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.

Referencias

DOCTRINA

- Cerezo Mir, J. (2004). *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. Introducción* (I). 6ª ed. Madrid: Tecnos.
- Cuello Calón, E. (1968). *Derecho Penal*. 15ª ed. Barcelona: Bosch. 1968.
- Del Rosal, J. (1963). “De la aplicación del estado de necesidad”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. 3, pp. 796-800.
- Gil, A., Lacruz López, J.M., Melendo Pardos, M. & Núñez Fernández, J. (2015). *Curso de Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed. Madrid: Dykinson.
- Groizard y Gómez de la Serna, A. (1895). *El código penal de 1870 concordado y comentado*. Vol. I. Salamanca: Esteban-Hermanos.
- Jiménez De Asúa, L. (1952). *Tratado de Derecho Penal. Tomo IV*. Buenos Aires: Ed. Losada.
- López Rey, (2018). “El Código Penal de 1822: publicación, vigencia y aplicación. En memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz en el 50 aniversario de su doctorado”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. 71 (1), pp. 347-401.
- Molina Blázquez, C. (2020). “Necesidad y Derecho penal: El hurto famélico, los “correos de la coca” y la ocupación pacífica de inmuebles. En Benito Sánchez, D. & Gómez Lanz, J. (Dir.). *Sistema penal y exclusión social*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, pp. 109-142.

- Morell Aldana, L. (2021). “¿Podría volver a aplicarse el hurto famélico? Impacto de la pandemia en el ámbito de los delitos leves de hurto”. *Diario La Ley* (9875).
- Pereda, J. (1964). “El hurto famélico o necesario”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. 17 (1), pp. 5-28.
- Prados de la Escosura, L. (2017). *Spanish Economic Growth. 1850-2015*. Hampshire, United Kingdom: Palgrave Macmillan.
- Quintano Ripollés, A. (1966). *Comentarios al Código Penal*. Madrid: Revista de Derecho privado.
- Quintano Ripollés, A. (1963). *Curso de Derecho Penal*. Madrid: Revista de Derecho privado.
- Rodrigo Guerra, E. (2017). *El Estado de Necesidad como conflicto de intereses: una propuesta de interpretación desde la inevitabilidad*. Santiago de Chile: Olejnik.
- Rodríguez Devesa, J. M. (1963). “Necesidad de un nuevo planteamiento de la problemática del hurto famélico”. *Revista de estudios penitenciarios*. 162, pp. 405-410.
- Sánchez González, M.D. (2004). *La codificación penal en España: Los códigos de 1848 y 1850*. Madrid: Boletín Oficial del Estado.
- Velázquez Vioque, D. (2020). “Justificación, exculpación y ejecución de la pena en consideración a situaciones de exclusión social: marginados y marco penal concreto”. En Benito Sánchez, D. & Gómez Lanz, J. (Dirs). *Sistema penal y exclusión social*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, pp. 143-172.

JURISPRUDENCIA

Tribunal Supremo (España)

- Tribunal Supremo. (1935). Sala 2^a. Sentencia de 8 de junio de 1935. Citada como STS de 8 de junio de 1935.
- Tribunal Supremo (1943). Sala 2^a. Sentencia de 8 de junio de 1943. Citada como STS de 8 de junio de 1943.
- Tribunal Supremo. (1948). Sala 2^a. Sentencia n^o 1128/1948. Ponente: González Naharro. 7 de junio de 1948. Citada como STS 1128/1948.
- Tribunal Supremo. Sala 2^a. Sentencia n^o 1100/1963. Ponente: Antonio Quintano Ripollés. 18 de diciembre de 1963. Citada como STS 1100/1963.
- Tribunal Supremo (1986). Sala 2^a. Sentencia n^o 59/1986. Ponente: Luis Vivas Marzal. 21 de enero de 1986. Citada como STS 59/1986.
- Tribunal Supremo (1987). Sala 2^a. Sentencia 2374/1987. Ponente: Fernando Díaz Palos: 3 de diciembre de 1987. Citada como STS 2374/1987.

- Tribunal Supremo (1991). Sala 2ª. Sentencia nº 1153/1991. Ponente: Fernando Díaz Palos. 20 de marzo de 1991. Citada como STS 1153/1991.
- Tribunal Supremo (1996). Sala 2ª. Sentencia nº 12/1996. Ponente: Luis-Román Puerta Luis. 28 de marzo de 1996. Citada como STS 12/1996.
- Tribunal Supremo (2003). Sala 2ª: Sentencia nº 924/2003. Ponente: Julián Sánchez Melgar. 23 de junio de 2003. Citada como STS 924/2003.
- Tribunal Supremo. (2016). Sala 2ª. Sentencia nº 544/2016. Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre. 21 de junio de 2016. Citada como STS 544/2016.

Audiencias Provinciales (España)

- Audiencia Provincial de Madrid. (2004). Sección 2ª. Sentencia nº 154/2004. Ponente: Polo García. 30 de marzo de 2004. Citada como SAP Madrid, Secc. 2ª, 154/2004.
- Audiencia Provincial de Madrid. (2004). Sección 2ª. Sentencia nº 376/2004. Ponente: Riera Ocariz. 17 de septiembre de 2004. Citada como SAP Madrid, Secc. 2, 376/2004.
- Audiencia Provincial de Madrid. (2005). Sección 17ª. Sentencia nº 482/2005. Ponente: Suárez Leóz. 22 de noviembre de 2005. Citada como SAP Madrid, Secc. 17ª, 482/2005.
- Audiencia Provincial de Barcelona. (2011). Sección 6ª. Sentencia nº 904/2011. Ponente: Jiménez Jiménez. 6 octubre de 2011. Citada como SAP Barcelona, Secc. 6ª, 904/2011.
- Audiencia Provincial de Madrid. (2014). Sección 2ª. Sentencia nº 726/2014. Ponente: Esteban Meilán. 11 de noviembre de 2014. Citada como AP Madrid, Secc. 2ª, 726/2014.
- Audiencia Provincial de Tarragona. (2015). Sección 2ª. Sentencia nº 53/2015. Ponente: Montardit Chica. 5 de febrero de 2015. Citada como SAP Tarragona, Secc. 2ª, 53/2015.
- Audiencia Provincial de Valencia. (2015). Sección 3ª. Sentencia nº 472/2015. Ponente: Rodríguez Martínez. 25 de junio de 2015. Citada como SAP Valencia, Secc. 3ª, 472/2015.
- Audiencia Provincial de Madrid. (2019). Sección 1ª. Sentencia nº 27/2019. Ponente: Viñuelas Ortega. 11 de febrero de 2019. Citada como SAP Madrid, Secc. 1ª, 27/2019.
- Audiencia Provincial de Barcelona. (2019). Sección 5ª. Sentencia nº 102/2019. Ponente: Assalit Vives. 11 de febrero de 2019. Citada como SAP Barcelona, Secc. 5ª, 102/2019.
- Audiencia Provincial Madrid. (2019). Sección 29ª. Sentencia nº 104/2019. Ponente: Rasillo López. 22 de febrero de 2019. Citada como SAP Madrid, Secc. 29ª, 104/2019.

- Audiencia Provincial de Zaragoza. (2019). Sección 6ª. Sentencia nº 271/201. Ponente: Aldama Baquedano. 24 de junio de 2019. Citada como SAP Zaragoza, Secc. 6ª, 271/2019.
- Audiencia Provincial de Vizcaya. (2019). Sección 2ª. Sentencia nº 79/2019. Ponente: Pisonero del Pozo Riesgo. 15 de marzo de 2019. Citada como SAP Vizcaya, Secc. 2ª, 79/2019.
- Audiencia Provincial de Madrid. (2020). Sección 1ª. Sentencia nº 471/2020. Ponente: Antón y Abajo. 29 de septiembre de 2020. Citada como SAP Madrid, Secc. 1º, 471/2020.

Cámara Nacional de Casación (Argentina)

- Cámara Nacional de Casación en los Criminal y Correccional. (2017). Sala 1. Sentencia nº 1306/2017. Ponente: XXX: 14 de diciembre de 2017.
- Cámara Nacional de Casación en los Criminal y Correccional. (2018). Sala 1. Sentencia nº 542/2018. Ponente: XXX. 18 de mayo de 2018.

Resoluciones, informes y otros documentos

- Instituto Nacional de Estadística. *Datos sobre riesgo de pobreza*. [Disponible en https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259925455948&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout].
- Instituto Nacional de Estadística. *Datos sobre riesgo de pobreza: Datos PIB España*. [Disponible en https://www.ine.es/prensa/pib_tabla_cne.htm].
- European Anti-Poverty Network. Informe. *El estado de la pobreza. Seguimiento del indicador de pobreza y exclusión social en España 2008-2019*. [Disponible en https://www.eapn.es/estadodepobreza/ARCHIVO/documentos/Informe_AROPE_2020_Xg35pbM.pdf].
- Intermón Oxfam. *Superar la pandemia y reducir la desigualdad. Cómo hacer frente a la crisis sin repetir errores*. [Disponible en <https://f.hubspotusercontent20.net/hubfs/426027/Oxfam-Website/oi-informes/superar-covid-reducir-desigualdad-oxfam-intermon.pdf>].

Capítulo 10

**LA INTRODUCCIÓN DEL VALOR
DEL IVA EN LA CUANTÍA DE
LO SUSTRÁIDO EN EL DELITO
DE HURTO: ¿SUPONE UNA
DISCRIMINACIÓN A LA POBREZA?**

Rubén Herrero Giménez

Introducción

El objeto de este trabajo, tal y como queda reflejado en el nombre del mismo, se basa en tratar en el ámbito del delito de hurto las consecuencias regulatorias e interpretativas al respecto y cómo la introducción del valor del IVA en la cuantía de lo sustraído puede o no suponer una causa de discriminación en el ámbito de la pobreza.

Veremos si en los delitos comúnmente denominados de *bagatela*, y en concreto la regulación general del delito leve de hurto, es lesiva a los más desfavorecidos económicamente.

Por lo tanto, en primer lugar abordaremos brevemente algunos comportamientos del delito de hurto¹. En aras a dilucidar cuestiones que se abordarán posteriormente², resulta pertinente exponer las diferentes posturas acerca del bien jurídico protegido.

En segundo lugar, se expondrán las diversas teorías seguidas por nuestros jueces y Tribunales a la hora de aplicar el art. 365 de la LE-Crim. Con ello comprobaremos los diferentes argumentos esgrimidos en orden a deslindar un comportamiento de otro, entre el delito leve o tipo básico del delito de hurto.

¹ No trataremos a fondo los diferentes comportamientos de este tipo penal. Solamente aquello que interesa y tiene como objetivo responder a la pregunta que se expone en el *nomen* de este trabajo.

² Los efectos de la injerencia del IVA en el comportamiento del delito de hurto, esto es, una posible interpretación del art. 365 LECrim

Y en tercer y último lugar, tras haber tratado las bases de este problema, expondré mi opinión acerca de dos cuestiones básicas. La primera, si la incorporación del IVA afecta de manera especial a los derechos del condenado. Y la segunda, sobre si dicha circunstancia, es decir, tener en cuenta la añadidura del IVA, incide o afecta como causa de discriminación a la pobreza.

1. La distinción entre el tipo básico del delito de hurto y el delito leve de hurto

1.1. *Comportamiento en el delito de hurto*

Los delitos comúnmente denominados de bagatela (acúdase a las interesantes ideas de Carnevali, 2006), y en concreto la regulación general en el ámbito del delito leve de hurto se vuelve especialmente lesiva en el ámbito de los más desfavorecidos económicamente. El delito leve de hurto, tal y como se expondrá en líneas posteriores, representa cuantitativamente uno de los comportamientos más habituales en los Juzgados. En general los delitos de hurto han supuesto un aumento exponencial.

Como sabemos, el delito de hurto viene recogido en nuestro CP desde el art. 234 al 236 incluido. Dichos preceptos se encuentran sistemáticamente encuadrados dentro del Título XIII referente a *los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico*³, y dentro del mismo, en el Capítulo I referente a *los hurtos*.

El tipo básico o la figura principal que regula este comportamiento expresa —en el mentado art. 234—: “El que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño”. A dicho comportamiento se le apareja una consecuencia jurídica de “pena de

³ Sin adentrarnos en las diferentes posiciones que expresan la diferencia entre patrimonio y orden socioeconómico, la jurisprudencia mantiene que aquella hace referencia “a derechos o intereses individualizados de la persona”, mientras que el orden socioeconómico posee relación “con las bases de la organización económica de la sociedad, cuyas líneas directrices se encuentran en el capítulo III del Título I de la vigente Constitución Española que establece, ... los principios rectores de la política social y económica...” (SAP Madrid, Secc. 17ª, 451/2013, FJ 3º).

prisión de seis a dieciocho meses si la cuantía de lo sustraído excediese de 400 euros”⁴.

Ahora bien, en su segundo punto, el legislador expone la figura o el tipo privilegiado o atenuado; es decir, trata el comportamiento donde la cuantía de lo sustraído —el bien mueble ajeno aprehendido— no excede de 400 euros. En este caso, a diferencia del supuesto anterior, la pena ya no es de prisión, sino de multa de uno a tres meses, siempre y cuando no concurra alguna de las circunstancias del artículo 235. Estas son: en atención al concreto bien que se sustrae (i), al resultado producido (ii), al medio que se utilice para su comisión (iii), o a la reincidencia (iv) o a la concreta pertenencia del sujeto activo del delito (v) quien realiza el comportamiento típico.

Y, por último, para cerrar el “círculo de comportamientos”, y aun cuando no es objeto del presente análisis, en el punto 3 del art. 234 del CP se encuentra el tipo agravado o cualificado, que supone el aumento penológico en su mitad superior respecto de la horquilla del tipo básico (de 6 a 18 meses) en el caso de que el sujeto activo a la hora de aprehender o tomar, hacerse para sí el bien mueble ajeno —del tercero— haya, y cito textualmente, “neutralizado”, “eliminado” o inutilizado” el dispositivo que el titular haya establecido, normalmente la empresa, la tienda —de alarma o seguridad.

Una vez contextualizada la regulación del tipo del hurto, nos referiremos a los apartados 1 y 2 del art. 234 expuestos y, más concretamente, al objeto que nos ocupa, al punto 2 sobre el delito leve de hurto. A continuación, veremos las consecuencias de “mutar” de falta a delito leve el presente comportamiento.

⁴ Modificación operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, pto. 115, modificándose la redacción del art. 234 CP. Con anterioridad a la mentada reforma se expresaba en el primer apdo. “el que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño será castigado, como reo de hurto, con la pena de prisión de seis a dieciocho meses si la cuantía de lo sustraído excede de 400 euros”, debiéndose acudir a las derogada falta del art. 623.1 (referente al extinto Libro III, —Título II Faltas contra el patrimonio— que expresaba: los que cometan hurto, si el valor de lo hurtado no excediera de los 400 euros (...)).

1.2. Afectación en el comportamiento del art. 243.2 del CP en virtud de la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo

La diferencia entre el delito y el delito leve de hurto es importante. En primer lugar, por la respuesta penal otorgada. En el delito de hurto, como se ha expuesto, se le aparea una pena de prisión de 6 a 18 meses. Mientras que en el delito leve es una pena de multa de 1 a 3 meses.

La reforma operada por el legislador en virtud de la LO 1/2015 hizo que desapareciese el libro III CP referente a las faltas, concretamente el art. 623.1 CP referente a la falta de hurto, que pasó a introducirse en el art. 237 conformándose en la categoría de delito leve (ampliamente en Herrero Giménez, 2013).

Antiguamente, las faltas (como decimos reguladas en el antiguo y suprimido Libro III) no suponían la existencia de antecedentes penales; no obstante, el actual delito leve sí. Es curioso cómo el legislador expresó en su Preámbulo (pto. trigésimo primero) que debía primarse la racionalización del servicio público de la Justicia en aras a reducir la elevada litigiosidad en los juzgados y tribunales, con medidas que alcancen una respuesta judicial, por un lado eficaz y por otro lado ágil ante los diferentes conflictos que pudiesen suscitarse, a la par que añadía que el Derecho Penal se reservaba como solución ante los conflictos de especial gravedad. Esta afirmación no deja de ser paradójica, en tanto que en el año 2015 se calcularon un total de más de 20.000 infracciones por hurto, y en 2016, tras la expresada reforma, se evidencian más de 55.000 infracciones de dicha índole⁵.

Se afirmaba, asimismo, en dicho Preámbulo que las diferencias entre los delitos y las faltas eran meramente formales.

En mi opinión, la reforma mucho favor no hizo como tendremos ocasión de comprobar. Un delito leve no puede tener unas consecuencias añadidas tan lesivas para los intereses del sujeto activo del delito del que nos ocupamos, como ahora evidenciaremos.

⁵ En concreto 55.282 infracciones. Información y gráfico autoría del INE. Disponible en <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=25997#!tabs-grafico>.

1.3. *Teorías sobre el bien jurídico protegido en el delito de hurto*

La doctrina científica y la jurisprudencia no ha sido unánime a la hora de concretar el bien jurídico protegido en el delito de hurto. A continuación, me ocuparé de ello sin un excesivo detalle, habida cuenta del espacio del que se dispone para la elaboración de este estudio y por ser una cuestión incidental en este trabajo.

Los concretos bienes jurídicos que se discuten en este tipo penal son los siguientes: la propiedad, la posesión y el patrimonio.

1.3.1. *La propiedad*

El primer hito importante en este aspecto es la referencia que expone la Constitución española en su art. 33 donde reconoce “el derecho a la propiedad privada...”, añadiéndose (en su tercer apartado), que “nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes”. En tal sentido, en este delito su tutela-persecución es jurídico pública-privada. Tan pronto como el titular del bien jurídico protegido —el sujeto pasivo— interponga la denuncia, el Ministerio Fiscal, (independientemente del apartamiento ulterior de esta pretensión por su titular), mantendrá la acusación bajo el denominado interés general o en valor de la Ley⁶.

La jurisprudencia afirma (STS 24 diciembre 1990, FJ 2º) que el delito de hurto es un delito contra la propiedad, en tanto que “(...) no es sólo la privación del valor de la cosa lo que constituye la lesión del bien jurídico, sino también la privación de la sustancia misma de la cosa que corporiza un determinado valor”. Por otra parte, se mantiene (STS 22 de enero 1988, FJ 1º) que, “el bien jurídico protegido viene representado por la propiedad o por la pacífica posesión de la

⁶ Artículo 1 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. A esto matizar con lo expresado en la Circular 1/2015, de 19 de junio, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la Ley Orgánica 1/2015.

cosa mueble” (asimismo, SSTS 26 septiembre 1986, FJ 1º y 13 junio 1986, FJ 1º).

En este sentido, un sector de la doctrina científica (González Rus, 2004: 434; Quintano Ripollés, 1958: 327) afirma que de manera inmediata se protege la propiedad, mientras que mediatamente se protege la posesión como consecuencia de la salvaguarda de aquella. En este sentido se afirma que se protege “(...) no como derecho subjetivo, sino como valor que el derecho quiere proteger”; esto es, “la completa relación de señorío de la persona sobre determinada cosa” (Bajo Fernández, 1990: 978; en el mismo sentido Pérez Manzano, 1998: 344; Liñán Lafuente, 2021: 195).

1.3.2. *La posesión*

Como anunciábamos, el bien jurídico la propiedad no ha sido el único afirmado por los operadores jurídicos y la doctrina jurídica a la hora de concretar la protección en el delito de hurto. Junto a este se encuentra otra parte: la defensa de la *posesión*.

Ya viene afirmándose jurisprudencialmente desde 1986 que el bien jurídico protegido “viene representado por la propiedad o por la pacífica posesión de la cosa mueble” (nuevamente en la STS 26 de septiembre 1986, FJ 1º). Asimismo, la jurisprudencia menor así lo ha venido manteniendo (SAP Tarragona, Secc. 2ª, 412/1998, FJ 2º) cuando afirma indistintamente que el bien jurídico en el delito del hurto se protege “mediante su incriminación en la propiedad o la posesión”.

Por su parte, la doctrina científica (por ejemplo, Muñoz Conde, 2004: 376) afirma que lo que se protege es la posesión con carácter inmediato, siendo mediatamente lesionado el derecho de propiedad ajeno.

Asimismo, podría decirse que al titular del bien hurtado se le ha privado, temporal o definitivamente del mismo; privación que hace referencia a la limitación de la facultad de uso del bien; afirmándose (por ende) que lo que se está lesionando (asimismo) es su derecho al disfrute de la propiedad de dicho bien.

Otra vía válida para justificar que es la posesión o —el patrimonio (aunado al bien jurídico la posesión)— el bien jurídico protegido en el tipo de hurto es el análisis de la conducta y su relación con el *iter cri-*

minis en este delito. La diferencia entre la tentativa (figura semiplena o frustrada, según la antigua denominación utilizada por el legislador) y la consumación (o figura plena) se basa en la disponibilidad de la cosa sustraída por el sujeto activo. De ahí que se acuda (para establecer si nos encontramos ante una tentativa o ante la consumación del delito) al estudio-verificación de si el sujeto activo (cuando procedió a realizar el comportamiento de aprensión del bien) se encontraba o no fuera de la esfera del control y disposición (aunque haya sido de modo breve o momentáneo) de su legítimo titular o de aquellas personas que (eventualmente) persigan al ladrón (STS 737/1998, FJ 5º). De tal suerte que, si lo que se tiene en cuenta para estimar la forma inacabada o acabada del comportamiento es la disponibilidad o disposición, el bien jurídico parece encontrarse más relacionado con el patrimonio y la posesión que con la propiedad.

1.3.3. *El patrimonio*

La jurisprudencia menor mantiene (SAP Madrid, Secc. 17ª, 1563/2012, FJ 3º), que “parece existir un considerable grado de conformidad en que la referencia al patrimonio remite a derechos e intereses individualizados de las personas (físicas o jurídicas) mientras que el orden socioeconómico tiene relación con las bases de la organización económica de la sociedad, cuyas líneas directrices se encuentran en el capítulo III del Título I de la vigente Constitución Española, que establece (...) los principios rectores de la política social y económica (...)” *ut supra*.

Por su parte, un sector de la doctrina científica se muestra partidaria de mantener este criterio, basándose primero, en la concreta configuración típica de este delito, puesto que “el propietario es el sujeto pasivo en este delito” y, por ende, el consentimiento de este —el propietario— excluye la antijuridicidad de la conducta y la sustracción efectuada por el dueño se califica en el supuesto del artículo 236 de hurto y no en el robo. Y, en segundo lugar, debido a la falta de relación que posee el valor de lo sustraído, el daño y el enriquecimiento producido respecto al atentado realizado contra la posesión (Vives Antón & González Cussac, 1996: 1115).

Asimismo, se encuentran quienes al respecto realizan una diferenciación en atención a la noción concreta que representa, existiendo

quienes definen, por un lado, la noción jurídica de patrimonio, la visión económica, o la visión mixta. Al respecto, *la concepción jurídica del patrimonio* “vincula al sujeto con la cosa (donde) el sujeto pasivo del delito sólo puede serlo el titular del derecho patrimonial lesionado (y) el perjuicio se interpreta como pérdida jurídica, sin tener en cuenta la trascendencia económica” (González Rus, 2004: 429). Por otro lado, *la concepción económica del patrimonio* se basa, por el contrario, en “el valor económico de la cosa”. La importancia estriba (a diferencia de la concepción jurídica anteriormente expuesta) en “el conjunto de bienes que se encuentren bajo el poder fáctico de una persona”, aquí las expectativas —como las “posiciones económicas antijurídicas”— forman parte del patrimonio (SAP Barcelona, Secc. 2ª, 611/2001, FJ 2º). Y, por último, *la concepción mixta*; esta es, la resultante de la conjunción de las dos primeras expuestas, que aunaría (respecto a la económica) las cosas que tengan valor económico *intra-commercium* y de *res licita*, siempre que se encuentren los bienes en poder del sujeto en virtud de una relación jurídica (González Rus, 2004: 429).

Además, existe algún planteamiento (seguido por la SAP Barcelona, Secc. 2ª, 611/2001, FJ 2º) que afirma que es el patrimonio el bien jurídico protegido, diferenciándose, a su vez, por un lado, un sentido parcial o instrumental; y por otro, en sentido normativo. Respecto al primero, “la acción típica incide en un o unos elementos concretos del patrimonio ajeno (‘cosa mueble’) y no en su globalidad como acaece, en cambio en los denominados delitos de enriquecimiento del que es paradigma la estafa, de manera que la persona que se ve desposeída por hurto o robo de un bien mueble ve menoscabado su patrimonio parcialmente y resulta atacada en una de las facultades del dominio, la disponibilidad o posesión de la cosa sin que su derecho dominical sobre la misma se pierda o se vulnere en cuanto sigue siendo el propietario legítimo de la misma, en tanto en cuanto el ilícito tenedor no se beneficia del instituto de la prescripción hasta que no haya prescrito el delito o falta por el que obtuvo la ilícita tenencia de la cosa a tenor de lo dispuesto en el artículo 1965 del Código Civil (...). Y respecto al sentido normativo: “un concepto jurídico de patrimonio que engloba todas —y exclusivamente— aquellos bienes de contenido económico que forman parte de la esfera de dominio de una persona física o jurí-

dica bajo cobertura jurídica (...)” (nuevamente, SAP Barcelona, Secc. 2ª, 611/2001, FJ 2º).

2. Art. 365 de la LECrim y su incidencia en la cuantía de lo defraudado: teorías e interpretaciones

2.1. El art. 365 de la LECrim

El art. 365 LECrim, segundo párrafo, expresa que “la valoración de las mercancías sustraídas en establecimientos comerciales se fijará atendiendo a su precio de venta al público”. Dicha dicción fue añadida en virtud de la LO 15/2003, de 24 de noviembre, de modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP⁷.

En virtud de su incorporación al ordenamiento jurídico, surgió la problemática que nos ocupa.

Sin perjuicio de que el TS en el año 2017 (STS 327/2017) parece que ha querido zanjar la presente controversia —esto es, en orden a la incorporación del valor del IVA de los objetos hurtados en los establecimientos públicos—, su naturaleza y efectos fueron fruto de una cuestión de inconstitucionalidad ya en el año 2008 (ATC 72/2008, de 26 de febrero de 2008). A continuación expongo la misma.

El Juzgado de lo Penal nº. 6 de Sevilla, en virtud de sentencia dictada con fecha 14 de septiembre de 2005, condenó al acusado como autor responsable de un delito de hurto en grado de tentativa. Los hechos probados se basaron en lo siguiente: en el interior de unos grandes almacenes, el condenado abrió una vitrina-expositor del departamento de vídeo e informática, apoderándose de dos máquinas de fotografía digital cuyos precios de venta al público eran, 299 € y 126,65 €. El sujeto se guardó las mismas en su pantalón. Una vez que rebasó la caja sin abonar su precio fue interceptado (antes de abandonar el edificio) por vigilantes de seguridad.

Dicha sentencia fue recurrida en apelación ante la Secc. 4ª de la AP de Sevilla. Tras señalarse, el día 23 de febrero de 2006 la deliberación

⁷ Disposición Fnal Primera. Segundo, letra e), introduciéndose la modificación, entre otras, del artículo 365 de la LECrim.

y fallo del recurso, se dio audiencia al Ministerio Fiscal y al acusado para que alegaran lo que a su derecho correspondiera, en orden a la procedencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del párrafo segundo del art. 365 LECrim, puesto que dicha norma podría conculcar los arts. 9.3, 14 y 81.1 CE; a saber, la seguridad jurídica, la igualdad ante la ley y el ámbito normativo reservado a la ley orgánica⁸.

La presente cuestión tenía importancia, puesto que en virtud del informe pericial existente en la causa el precio de venta al público ascendía a la cantidad de 425,65 € (delito de hurto), mientras que el valor de costo era de 361,80 € (diferenciándose por tanto la antigua falta del delito de hurto).

La AP de Sevilla, acordó plantear la presente cuestión de inconstitucionalidad por si pudiese ser contrario a los artículos y razones expuestas anteriormente.

¿Cómo se resolvió la presente cuestión de constitucionalidad? A continuación, se exponen las diferentes razones y argumentos esgrimidos.

(I) En cuanto a la infracción de la reserva de ley orgánica (art. 81.1 CE) se señaló que la redacción del párrafo segundo del art. 365, sistemáticamente se encuentra ubicado extramuros del CP, en la LE-Crim, y esta es “una norma penal sustantiva que integraría los tipos penales relativos al hurto (...) por tanto, debería revestir forma de ley orgánica y no de ley ordinaria, tal y como establece la disposición final cuarta de la Ley Orgánica 15/2003” (ATC 72/2008, Antecedente III). Añadiéndose, con cita a la STC 234/1997, que dicha norma “no constituye un elemento normativo complementario de los tipos penales relativos al hurto que sea susceptible de ser regulado por una ley ordinaria” (*ibid.*) en tanto que “el valor de las cosas hace referencia a un hecho y no a una realidad determinada por una norma jurídica o social” (*ibid.*), agregándose que “tampoco es un elemento comple-

⁸ El precepto añadido en virtud del apartado segundo, letra e), de la Disposición Final Primera de la Ley Orgánica 15/2003, de 24 de noviembre, posee carácter de ley ordinaria, según expresamente precisa la Disposición Final Cuarta de la propia Ley Orgánica 15/2003.

mentario, sino nuclear del tipo penal al afectar a la distinción entre delito y falta” (*ibid.*).

A este respecto el TC manifestó que no adolecía de las vulneraciones expuestas, en tanto que dicha norma ni se encuentra definiendo ningún elemento del delito, ni asimismo “extiende la aplicación del tipo penal de hurto a nuevas conductas, supuesto que también se ha afirmado que es materia reservada a la ley orgánica (STC n° 119/1992, de 18 de noviembre, FJ 2°)”. En tal sentido, y habida cuenta de la interpretación restrictiva de la reserva de ley orgánica, dicha norma no afecta al derecho de libertad reconocido en el art. 17.1 CE, en tanto que no delimita o expone los “supuestos y las condiciones en que la privación de libertad es legítima” (ATC 72/2008, FJ 2°).

(I) Por otro lado, en lo que respecta a las dudas de constitucionalidad de los principios de interdicción de la arbitrariedad y la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y de igualdad (art. 14 CE) se basan en que, el criterio del precio de venta al público “es aleatorio, variable, temporal y geográficamente, y dependiente de factores ajenos a la antijuricidad del hecho, como es la voluntad del sujeto pasivo de la infracción penal” (ATC 72/2008, Antecedente III). Por ende, se afirma además que, debido a la libertad de precios, puede que el precio de venta al público mute o varíe de un lugar a otro, y por ende, y dada la importancia de la consecuencia jurídica aparejada en uno u otro caso (delito o antigua falta), “dicho criterio no puede justificarse racionalmente” (ATC 72/2008, Antecedente III) en tanto que se castigan de forma diferente comportamientos que “presentan idénticos rasgos de antijuricidad en cuanto al desvalor de la acción —sustracción sin violencia ni intimidación ni fuerza en las cosas— y al desvalor del resultado —idénticos objetos y mismo coste de reposición— (...), lejos de ser un valor objetivo y abstracto, el precio de venta al público constituye un criterio subjetivo y, en definitiva, arbitrario y generador de inseguridad jurídica” (ATC 72/2008, Antecedente III). Estas razones fueron también desestimadas por el TC.

(III) En relación con el principio de interdicción de la arbitrariedad en la actividad legislativa, se afirmó que “el criterio para valorar los objetos sustraídos en los establecimientos comerciales será el precio de venta al público, (y que) n(o) puede considerarse que carezca de toda explicación racional ni, (genera) confusión e incertidumbre acer-

ca de la conducta exigible para su cumplimiento (...)” (ATC 72/2008, FJ 3º). Asimismo se argumentó —como criterio añadido en ese sentido— que, posee “carácter absolutamente objetivo” (*ibid.*) y por ende, otorga que el sujeto activo del delito pueda prever las posibles consecuencias del comportamiento que realice al saber la valoración que realizará el juez o tribunal, y además, suprime la posible interpretación subjetiva del informe pericial que puede afectar en el valor de dicho elemento normativo, realizado *ex post* (*ibid.*).

(IV) Y por último, en atención a la violación al derecho a la igualdad ante la Ley (art. 14 CE) se mantuvo que dicha norma no ha “introducido ninguna diferencia de trato entre grupos o categorías de personas” (*ibid.*). No existe —se afirmó— tratamiento desigual alguno para un mismo comportamiento. El precio determinado en cada establecimiento para un producto será el mismo para cualquier sujeto activo, sin que exista “distinción ninguna y sin atender a ninguna consideración subjetiva, que es lo que prohíbe el art. 14 CE” (ATC 72/2008, FJ 4º).

Como puede evidenciarse, todas las razones fueron desestimadas por el TC.

2.2. Teorías a favor de la aplicación del IVA en la cuantía de lo defraudado

En primer lugar, comenzaré por exponer las teorías a favor de la inclusión del IVA en el valor del bien mueble ajeno apoderado, pudiéndose fundamentar en diversos postulados.

a) Primer criterio: seguridad jurídica o ámbito gramatical.

El criterio gramatical descansa en la aplicación “ortodoxa” y estricta del art. 365 LECrim En tal sentido, se afirma (SAP Madrid, Secc. 6ª, 614/2014, FJ 2º) que, el significado gramatical de “precio es el valor pecuniario en que se estima una cosa; venta es la acción o efecto de vender, es decir, la transmisión de la propiedad de una cosa a cambio de un precio; y público (...) es la generalidad o conjunto de personas que concurren a un determinado lugar”. Por lo tanto, “el precio de venta al público” utilizado por el legislador en el art. 365 LECrim “es aquella cantidad dineraria por la que en el concreto establecimiento mercantil del que se sustrae la cosa se pone ésta en venta

al público en general; y si en dicha cantidad aparece incluido el importe correspondiente al IVA, de forma que el comprador tuviera que hacer pago también de dicho importe para la adquisición de la cosa, el importe de tal impuesto debe ser también computado para la valoración de la cosa en los términos expresados en el citado artículo”.

Debe añadirse que, dicha interpretación resta (incluso) importancia a la valoración que (eventualmente) arroje el perito judicial sobre el avalúo de los bienes presuntamente hurtados. Así se afirma que, según lo establecido en el art. 365 de la LECrim “resulta improcedente deducir del bien los impuestos o el margen comercial” (SAP Lleida, Secc. 1ª, 377/2013, FJ 2º).

Y en atención al criterio de seguridad jurídica, se afirma que su “carácter absolutamente objetivo” hace que, tanto el sujeto activo del delito prevea las posibles consecuencias jurídicas que pueden derivarse de su comportamiento; esto es, la valoración juez y, además, suprime la interpretación subjetiva que supone un informe pericial que valore este elemento normativo (SAP Madrid, Secc. 6ª, 667/2014, FJ 3º).

b) Segundo criterio: consecuencia de la obligación legal-tributaria impuesta al vendedor.

Este criterio se basa en la concreta obligación que se le impone al vendedor; es decir, la recaudación del impuesto al comprador para su ingreso al erario público, puesto que el legislador lo establece en tanto que el delito de hurto perjudica tanto al establecimiento, como a la Hacienda Pública, al no ingresarse el IVA que se hubiese generado al venderse el producto o bien (SAP Madrid, Secc. 15ª, 781/2014, FJ 2º).

c) Tercer criterio: interpretación de los conceptos *coste-gastos* y criterio de *seguridad jurídica*.

Esta visión se fundamenta en el concepto *costes-gastos* que se incluyen en el precio de venta al público de las mercaderías en los establecimientos comerciales, y a su vez en el anterior criterio expuesto de seguridad jurídica. En tal sentido, supone que dicho *coste-gasto* representa lo que el consumidor tiene que pagar para poder tener-obtener el producto. Por ello, se afirma que “dicha objetividad y facilidad de constatación” otorga al sujeto conocer los mismos con anterioridad a la aprensión de cosa mueble ajena, abarcando por ende —elemento cognoscitivo— el conocimiento previo a los hechos de cuál va a ser la

calificación de su conducta y, por tanto, la consecuencia jurídica que puede serle aplicada (SAP Madrid, Secc. 1ª, 251/2014, FJ 1º).

d) Cuarto criterio: inoperancia del valor de *coste valor* y en su lugar el de *precio o valor de cambio*.

Esta teoría se basa en que para estimar (con carácter general) “el valor de lo sustraído o defraudado” debe acudir al “precio o valor de cambio”, y no al valor de coste, puesto que este no incluye “los impuestos correspondientes” (SAP Madrid, Secc. 1ª, 170/2014, FJ 2º; en el mismo sentido se cita la STS 1015/2013, la cual ha venido a señalar que “es notoria la doctrina de esta Sala” [STS 360/2001, FJ 3º]).

e) Quinto criterio: art. 365 de la LECrim como parte del tipo objetivo del tipo de hurto.

Se afirma en este sentido (SAP Sevilla, Secc. 1ª, 418/2014, FJ 1º), que el art. 365 de la LECrim es una norma procesal que establece “un criterio rígido, en la valoración de la sustracción de mercancías en establecimientos comerciales” y por ello su ubicación sistemática en la mentada ley procesal. Dicho precepto, se afirma, complementa el tipo de hurto estableciendo un elemento normativo (no siendo preceptivo que se regule en virtud de LO, vía art. 81.1 CE. El precepto analizado (art. 365 LECrim) es “una norma complementaria del tipo, en un aspecto accesorio que regula la forma de valoración del bien en un supuesto muy concreto, esto es, la sustracción de bienes en establecimientos comerciales”. Asimismo, se afirma que para interpretar el delito de hurto se debe acudir a normas extrapenales, por ejemplo, para conocer el concepto de bien mueble o el de ajenidad del bien. En un sentido similar se expresa el AAP Madrid, Secc. 1ª, 730/2009, FJ 1º. Este criterio, como puede observarse contradice uno de los puntos básicos sobre la cuestión de inconstitucionalidad a la que hicimos referencia en el apartado *ut supra*.

f) Sexto criterio: el *precio* como sinónimo de equivalencia económica, es decir, como *valor patrimonial de la cosa en el momento de cometerse el delito*.

Esta teoría se fundamenta en que el valor relevante es el valor de cambio. ¿Qué valor es este? Es la cantidad de dinero que puede obtenerse por la cosa al intercambiarse en un determinado momento. La resolución matiza que el valor de la cosa no se encuentra en su “costo”, sino en su “precio”, en tanto que representa “su equivalencia

económica” y por lo tanto es “el verdadero valor patrimonial de la cosa en el momento de cometerse el delito”, lo que importa es “el precio que se paga, y no es correcto desglosar y detraer del mismo conceptos impositivos u otros gastos” (SAP Vizcaya, Secc. 1ª, 90195/2014, FJ 2º).

A todos los criterios expuestos en líneas anteriores debemos añadir —para cerrar el círculo en esta cuestión—, que existe una Consulta N° 2/2009 de la FGE, *acerca de si en la valoración de las mercancías sustraídas en establecimientos comerciales según lo previsto en el párrafo segundo del artículo 365 de la ley de enjuiciamiento criminal, debe excluirse el importe del IVA del valor total del precio de venta al público*. En la misma, concretamente en la conclusión tercera, se expresa que en la valoración de las mercancías a que hace mención el párrafo segundo del art. 365 de la LECrim expuesto, los Fiscales interpretarán la expresión “precio de venta al público” como “la cantidad que el adquirente debe desembolsar para adquirir el producto (...) y que comprende, sin desglosar, los costes de producción y distribución del bien, los márgenes de beneficio de los sucesivos intervinientes en la cadena productiva y los tributos y aranceles que lo hayan gravado directa o indirectamente, entre los que se incluye el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), en el territorio de aplicación del impuesto (Península y Baleares), y el Impuesto General Indirecto Canario (IGIC) y el Impuesto sobre la Producción, los Servicios y las Importaciones (IPSI), en las Islas Canarias y en las ciudades de Ceuta y Melilla, respectivamente”.

2.3. Teorías en contra de la aplicación del IVA en la cuantía de lo defraudado

A continuación, y contrariamente a las diversas teorías expuestas en el epígrafe anterior, expondré las posturas contrarias a la inclusión del IVA en el valor del bien mueble ajeno apoderado.

a) Primer criterio: sentido y naturaleza del mandato expreso del legislador.

Al respecto es muy interesante la SAP Madrid, Secc. 29ª, 382/2013, FJ 1º, donde la resolución explica que la dicción “atender”, según define la RAE, significa “tener en cuenta o en consideración algo”.

En tal sentido, el legislador busca que se interprete como “valor de lo sustraído —en los delitos patrimoniales cuyo sujeto pasivo sea un establecimiento comercial—” y no solo en aquellos casos que tengan lugar en un establecimiento comercial, “se tome en consideración, se tenga en cuenta ese dato, pero no que ese sea el valor de la cosa objeto del delito”. Se añade en la sentencia que para concretar o conocer ese “valor que no es otro que el valor del mercado habrá de partirse de ese precio venta al público para con posterioridad deducir de él todo lo que no pueda considerarse valor de la cosa”. Por lo tanto, deberá deducirse del precio el recargo del IVA en tanto que “no habiéndose producido el hecho imponible generador de la obligación de pagar dicho impuesto —la venta del bien o servicio— ninguna obligación tributaria nace para el vendedor de declararlo”.

Asimismo, apoyándose el Tribunal nuevamente en las definiciones aportadas por la RAE, “el precio”, es definido como el “valor pecuniario en que se estima una cosa”, donde “la expresión legal de “precio de venta al público” tiene un alcance menor del de “desembolso” que el comprador hace para la adquisición de un producto, limitándose a la contraprestación económica que habría de satisfacerse al propietario de la cosa a cambio de la transferencia del dominio del bien mueble (...) precio es la contraprestación económica a satisfacer al propietario por un producto e IVA es el impuesto estatal que graba el hecho imponible de la entrega del bien (art. 4º de la ley nº 37/92) y que solo debe abonar el consumidor, sin que esta dualidad de conceptos desaparezca por el hecho de que la repercusión del impuesto se haya de efectuar en la factura y pueda verse oscurecida —en las ocasiones en las que el Reglamento del IVA lo permite— por la no consignación separada de la base imponible y la cuota devengada (art. 88.2 de la ley nº 37/9244)”.

En un sentido parecido se muestra la AP de Madrid, en su sentencia, Secc. 17ª, 605/2014, FJ 11º, donde se afirma que se confunde cuando se incorpora al elemento del tipo penal el valor de la cosa mueble sustraída, en tanto que se trata de “un concepto completamente ajeno al referido elemento típico de valor o precio de venta al público, al que se refiere el art. 365 Ley de Enjuiciamiento Criminal... Cuál es el importe de la cuota repercutida del Impuesto del Valor Añadido, que es cosa distinta del precio, y que es exigible en todos los supuestos en los que se produzca el hecho imponible de tal impuesto,

tal como está definido en los artículos 4 y siguientes de la Ley 37/1992 de 28 diciembre 1992 (Impuesto sobre el Valor Añadido IVA)". Y ello en tanto que, el comportamiento consistente en la

sustracción o apoderamiento de la cosa mueble ajena con ánimo de *rem sibi habendi*" establecido en el precepto no supone la existencia de un caso o supuesto "de entrega de bienes y prestaciones de servicios" que generan o propician que tenga que aplicarse el IVA, en tanto que "el apoderamiento excluye toda transmisión inter vivos voluntaria. El impuesto se refiere a las transmisiones, a los negocios inter vivos en que un *tradens* transfiere voluntariamente un bien mueble a un *accipiens* que lo recibe también voluntariamente. Por el contrario, en el supuesto típico del hurto, se realiza el apoderamiento sin contar con la voluntad del propietario, que por eso, no es transmitente. Tal razón excluye que el acto típico del hurto pueda ser considerado como "entrega de bienes" en los términos definidos en el art. 8º de la ley nº 37/1992, de 28 de diciembre, como hecho imponible del IVA. El apoderamiento se ejecuta, en el hurto, contra la voluntad del propietario, y por eso, no existe transmisión voluntaria de la propiedad, como define la ley nº 37/1992 al hecho imponible del IVA. No existe, tampoco, devengo del impuesto, en los términos definidos por el art. 75 de la citada ley nº 37/1992 de 28 diciembre 1992 (Impuesto sobre el Valor Añadido IVA), por la misma razón de que en los supuestos de hurto definidos como tales en el Código Penal, no se realiza "... puesta a disposición del adquirente o, en su caso, cuando se efectúen conforme a la legislación que les sea aplicable..." de bienes muebles ajenos...(...) La cuota del IVA no es precio, no es un elemento objetivo de un acto civil o mercantil de compraventa, sino "...tributo de naturaleza indirecta que recae sobre el consumo...", como establece el artículo 1º de la ley nº 37/1992 de 28 diciembre 1992 (Impuesto sobre el Valor Añadido IVA). Es una cuota que se añade al precio de venta por el empresario vendedor para su repercusión al consumidor final.

b) Segundo criterio: interpretación del concepto *cuantía* del bien sustraído.

Para la interpretación de dicho concepto debe acudir a diferente legislación; a saber, al art. 2º, apartado a) de la Directiva 98/6/CE, *de protección de los consumidores* (DOUE nº L080 de 18.3. 98), donde se expresa que "precio de venta" es: "el precio final de una unidad de producto o de una cantidad determinada del producto, incluidos el IVA y todos los demás productos".

Asimismo, debemos leer el art. 4.1 del Real Decreto nº 3.423/2000, de 15 de diciembre (BOE nº 311, de 28.12.2000), que establece, "el

precio de venta y el precio por unidad deberán ser: a) inequívocos, fácilmente identificables y claramente legibles, situándose en el mismo campo visual. b) Visibles por el consumidor sin necesidad de que éste tenga que solicitar dicha información”, que se corresponde el art. 20 del Real Decreto Legislativo nº 1/2007, de 16 de noviembre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*⁹. Al respecto, tal y como expresa una interesante sentencia (SAP Madrid, Secc. 17ª, 946/2014, FJ 7º): “(...) Estas normas persiguen el objetivo de asegurar que el consumidor dispondrá de una información clara, precisa y detallada sobre el precio de venta, esto es, la cantidad que ha de pagar por la compra del producto en cuestión [el ‘precio de compra’], por lo que no es extrapolable a la protección penal del patrimonio de las personas y, más concretamente, frente a la sustracción de alguno de los elementos que integran su activo”.

c) Tercer criterio: imposibilidad de incorporar el recargo del IVA a los objetos sustraídos por inexistencia de producción del hecho imponible generador de la obligación.

Este criterio es el mantenido, por ejemplo, por la SAP Madrid, Secc. 17ª, 716/2006, FJ 3º, donde afirma que, “(...) habrá de deducirse del precio el recargo del IVA puesto que no habiéndose producido el hecho imponible generador de la obligación de pagar dicho impuesto la venta del bien o servicio ninguna obligación tributaria nace para el vendedor de declararlo”.

d) Cuarto criterio: *valor efectivo o real de venta al público* y preservación del principio de legalidad.

⁹ Modificado por ley nº 3/2014, de 27 de marzo. artículo 20 de dicha disposición (BOE nº 287, de 30.11.2007), expresa: “Información necesaria en la oferta comercial de bienes y servicios”, “[las] prácticas comerciales que, de un modo adecuado al medio de comunicación utilizado, incluyan información sobre las características del bien o servicio y su precio, posibilitando que el consumidor o usuario tome una decisión sobre la contratación, deberán contener, si no se desprende ya claramente del contexto, al menos la siguiente información: (...) El precio final completo, incluidos los impuestos, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación a la oferta y los gastos adicionales que se repercutan al consumidor o usuario.

Este principio de seguridad jurídica lo he expuesto en líneas anteriores, solo que como fundamento de la tesis contraria. No obstante, en la jurisprudencia podemos encontrar el mismo criterio, pero con un objetivo diferente.

Esta postura mantiene que (SAP Madrid, Secc. 30^a, 141/2012, FJ 2^o, y seguido por la misma Audiencia, Secc. 17^a, en la resolución 946/2014, FJ 7^o) el valor efectivo o real es el de venta al público, que no es otro que el de los objetos que sustrae el sujeto activo del delito, valor por tanto de mercado y al que debe restarse el IVA. El valor de la mercancía que se sustrae —en un concreto enfoque civil—¹⁰ “no puede equipararse al valor por el que se mide” la respuesta penal. Se debe tener en cuenta el valor real de las cosas-mercancías y no al valor comercial en tanto que “los márgenes comerciales” quedan sujetos a diferentes circunstancias como “el territorio, la ciudad, los impuestos, los alquileres, las temporadas estacionales...” elementos que mutan el precio de determinados productos susceptibles de ser hurtados, por lo que mermaría la seguridad jurídica afectándose al principio de legalidad.

Asimismo, como matiz a este criterio, se le aúna la crítica a la inconstitucionalidad por la modificación de los preceptos relativos a los delitos patrimoniales; esto es, el objeto material y/o el resultado de la acción carece de garantía formal por vulnerarse el principio de legalidad (SAP Vizcaya, Secc. 6^a, 90207/2014, FJ 3^o). A este respecto se afirma que “(...) el valor de lo sustraído es un elemento esencial del tipo y no una mera condición objetiva de punibilidad lo demuestra la invariable doctrina jurisprudencial que aprecia falta y no delito cuando no ha existido prueba de cargo suficiente que acredite el valor de la cosa sustraída, comprobación que sería innecesaria si se tratara de

¹⁰ FJ 2^o de dicha resolución, donde asimismo se matiza que “parece(ría) lógico pensar que siendo el perjudicado un comerciante destinado a la venta de los productos sustraídos, la ponderación de los principios civiles que presiden el resarcimiento de daños y perjuicios, el principio de restitución íntegra y el de no enriquecimiento injusto, justifican que se le reconozca, como valor del producto, su coste de adquisición y el importe de la ganancia que no ha obtenido al habersele sustraído la mercancía y no tenerla bajo su disponibilidad física pues, ni la ha podido vender, ni ha podido obtener la ganancia que esa transacción le genera, ni tampoco pudo, al menos hasta que se le devuelva su valor, adquirir otro similar que se estime su misma actividad comercial (...)”.

una mera condición objetiva de punibilidad que no precisa ser abarcada por el dolo del autor. Ahora bien, la constatación de que, con independencia de su ubicación formal, nos hallamos ante un precepto de carácter sustantivo conduciría inmediatamente a la conclusión de que el mismo es inconstitucional, por contrario al principio de legalidad”.

e) Quinto criterio: relación entre los arts. 234 del CP el antiguo art. 623 del mismo cuerpo legal. Expresiones *cuantía de lo sustraído*, *valor de lo hurtado* y *valor de uso* y *valor de cambio*.

Interesante es el análisis realizado por la SAP Madrid, Secc. 17^a, 605/2014, FJ 4^o. En dicha resolución se analiza el significado y alcance interpretativo empleado por el legislador a la hora de regular el contenido del delito y la antigua falta de hurto (dicción en la actualidad suprimida). No obstante, me parece interesante añadirla para comprender su razonamiento

Se afirma en la misma que ambos preceptos expresan lingüísticamente una idea distinta.

Por su parte, el antiguo art. 234 CP se refería a “la cuantía de lo sustraído”, mientras que el segundo lo hacía expresándose “el valor de lo hurtado”. En tal sentido se afirmaba en la sentencia¹¹ que

en el uso vulgar del lenguaje... (según la RAE)... “cuantía” significa, ante todo, “porción de una magnitud” o “cierto número de unidades”, pero también “porción indeterminada de dinero”. Sólo adquiere sentido cuando se pone en conexión con un objeto medido. La expresión utilizada por el precepto acaso revele que inconscientemente se tenía la imagen de la sustracción de una cantidad de dinero, pero hay que establecer un significado que sirva para otras posibles hipótesis de apoderamiento de cosas u objetos materiales diferentes de aquél. “Cuantía de lo sustraído” contiene una elipsis que hay que llenar de contenido. Puesto que la “cuantía” aludida en el artículo 234 se concreta en un número (cuatrocientos) de unidades monetarias (euros), interpretado intersistemáticamente este precepto en relación con el artículo 623, habrá que concluir que se trata del número de unidades monetarias (euros) que expresa su valor. Así se reconoce de algún modo en el Diccionario citado, cuando, en la acepción de “cuantía” en el uso jurídico del lenguaje, le atribuye el significado de “valor de la materia litigiosa”; lo que no termina de resolver el problema

¹¹ Expreso literalmente el razonamiento por riesgo a desnaturalizar el complejo razonamiento.

puesto que sobradamente sabido que existen muy variadas reglas en los diferentes subsistemas jurídicos (sustantivos y procesales) para concretar ese valor. Con ello no quedan resueltos los problemas, porque habrá que dotar de concreto significado al significante “valor”. Combinando las dos primeras acepciones enunciadas en aquel Diccionario, se entenderá por tal el “grado de utilidad o aptitud de las cosas, para satisfacer las necesidades o proporcionar bienestar o deleite”, “cualidad...en virtud de la cual se da por poseerlas cierta suma de dinero o equivalente...”. La primera parte del concepto constituye lo que se denomina «valor en uso» y pone en relación a un objeto con una persona o un conjunto de ellas; la segunda, en cambio, es inseparable del contexto del «mercado» en que se intercambian bienes y servicios. La superación de la economía basada en el trueque o permuta se produce cuando interviene el dinero como unidad convencional de medida del valor de las cosas. El “valor en cambio” ya no expresa el que un bien o un servicio tiene para una persona determinada, sino el precio medio resultante del conjunto de intercambios concretos de cantidades diferentes de un bien homogéneo que se producen en el mercado. Dejando a un lado los sorprendentes hallazgos de la Psicología de las decisiones económicas, ese precio que traduce el valor en cambio de un bien o un servicio se forma objetivamente, por contraposición al antes llamado “valor de afección” (eminente emocional y por eso variable para cada persona) que actualmente el artículo 113 desplaza al distinto plano de la indemnización del perjuicio moral. Sobre ese precio opera (en una fase posterior) el Impuesto sobre el Valor Añadido de la operación, que cobra el vendedor repercutiéndolo sobre el comprador y que aquél habrá de ingresar luego puntualmente en el Tesoro Público. La cuantía de dinero en que se cifra el precio medio de una cosa (la sustraída), esto es la cantidad dineraria en que se estima su valor en cambio, y que recibe el vendedor en sustitución de la baja que en su patrimonio representa la transmisión dominical de la mercancía vendida es, por ello, lo que se ha de tener en cuenta para —partiendo de una “cifra de corte” (en este caso, cuatrocientos euros) legal mente establecida según criterios de política criminal— deslindar cuándo un hecho constituye delito y cuándo una falta.

f) Sexto criterio: aplicación de principios constitucionales.

Como otro criterio, se presenta aquella corriente (SAP Madrid, Secc. 29^a, 382/2013, FJ 1^o) donde se exponen un elenco de derechos fundamentales que, a su juicio resultan de aplicación y por ende contrarios a la incorporación del IVA. Al respecto se afirma que “la vinculación de los derechos constitucionales del art. 24 de la CE, (incluidos los de presunción de inocencia e interpretación más favorable al reo) se produce materialmente en relación con la norma jurídica penal, en este caso los arts. 234 y 623.1 del CP, por exigencia manifiesta de los

principios de legalidad penal, jerarquía normativa y especialidad”. Se mantiene que nos encontramos ante tipos penales que no son normas en blanco y por ende se tiene que interpretar el mismo en coherencia con los principios de presunción de inocencia e interpretación más favorable al reo. Este criterio ha sido mantenido por parte de la doctrina científica (Serrano Gómez y Serrano Maíllo:2006, 354) en tanto que interpretar que se integra el IVA —en virtud de lo expresado en el art. 365 LECrim “no es correcto”, puesto que “a veces hay diferencias notables en el precio según el establecimiento”, y entre otras cosas, “supone una gran inseguridad jurídica, e incluso conculca el principio de legalidad”.

g) Séptimo criterio: aplicación del principio de interpretación restrictiva y hermenéutica de la norma penal.

Asimismo, se ha llegado a mantener que (SAP Navarra, Secc. 2ª, 163/2014, FJ 1º) al encontrarse en la *praxis* forense penal posturas diferentes, “el principio de interpretación restrictiva de las normas penales” hace que se deba escoger entre “la menos perjudicial para el acusado”, lo que por añadidura es coherente “con el de intervención mínima en función de canon hermenéutico”.

3. Incidencia de la interpretación a favor de la aplicación del IVA en los derechos del acusado y del condenado. ¿Incidencia de discriminación en la pobreza?

La existencia de antecedentes penales supone un problema derivado de la reforma operada en los delitos leves que afecta especialmente al sujeto activo del delito, sobre todo cuando la situación del mismo discurre en un ámbito de pobreza.

(I) Concorre, en mi opinión, una estigmatización que podemos denominar, si se quiere, de primer nivel o de política criminal. Esto tiene que ver con el delito leve y su respuesta penal. La expuesta estigmatización se conforma, en primer lugar, por la escasa representatividad en el marco de la lesión al bien jurídico protegido que representa, por cuanto se relaciona la existencia de antecedentes penales, con una escasa o leve lesión del bien jurídico protegido. Y, en segundo lugar, representada por la espera que se le exige al condenado por un lapso de tiempo, como evidencia de que su comportamiento —el del conde-

nado— no muestra reiteración delictiva alguna. Recordemos las consecuencias tan lesivas de poseer antecedentes penales.

(II) Se puede evidenciar también una estigmatización que, siguiendo a la denominación anterior, puede bautizarse como de segundo nivel o personal. Véase el problema en la cancelación de antecedentes penales. Esto es, la pena que se establece es de 1 a 3 meses, y por lo tanto, el plazo de cancelación de antecedentes penales es de 6 meses.

El problema mentado radica, sobre todo, en que solo comienza a transcurrir la cancelación de antecedentes penales en el momento en que se abona, se paga la multa, y esto en muchos casos se demora por la mínima capacidad económica del condenado. De tal suerte que, se genera un concreto *status* en la persona del condenado (al no poder cancelar sus antecedentes) hasta que tenga dinero, porque si no paga no comienza a contar —a correr, si se me permite la expresión— el tiempo de los 6 meses.

Además, debe añadirse que estos delitos, los delitos de hurto, son de los más habituales en la *praxis* forense penal. En tal sentido, debe proveerse un riguroso estudio de las respuestas tan lesivas —efectos— consecuencias jurídicas— adoptadas, y concretamente a los más desfavorecidos (en especial, a los más pobres).

Pues bien, si todo esto no fuera poco, el legislador en su día expuso en el art. 365.2 LECrim tal y como se ha expuesto que “la valoración de las mercancías sustraídas en establecimientos comerciales se fijará atendiendo a su precio de venta al público”. Como puede verse, a tenor de esta redacción y de la interpretación al respecto expuesta, puede ocasionar que el sujeto activo del delito, quien realiza el comportamiento típico, quien delinque, tenga que comprobar si dicho producto y su precio concuerda con su real valor o, como estima el legislador, el precio de venta al público con anterioridad a su aprehensión o apoderamiento. Esto entraría de lleno en la posible categoría del error, error de tipo, *error facti*, o de hecho, pto. 1 art. 14 CP, cuestión de la que no me ocuparé por extenderse al objeto y extensión del presente estudio.

4. Conclusiones

Primera. La actual regulación en el delito leve de hurto propicia, dos concretas estigmatizaciones en la figura del pobre. La primera,

la *estigmatización de primer nivel o de política criminal*, referente a la categoría de delito leve y su respuesta penal, conformada como se exponía, en la escasa representatividad en el marco de la lesión bien jurídico que representa, a la par a la existencia-generación de antecedentes penales.

Segunda. Asimismo, la mentada regulación supone, por otro lado, una *estigmatización de segundo nivel o personal*. *Vid.* el problema en la cancelación de antecedentes penales y la falta de cómputo de su tiempo hasta que no se satisface la multa, por lo que, como también decíamos, fomenta que el estatus del condenado (al no poder cancelar sus antecedentes) se dilate hasta que tenga dinero.

Tercera. Gran parte de la criminalidad existente discurre en los atentados contra el patrimonio y concretamente en la comisión de delitos de hurto y delitos leve de hurto.

Las necesidades y situaciones personales que empujan al delincuente a la comisión de este delito, hacen que deban replantearse las posturas expuestas en torno a no incorporación del IVA en el valor del bien mueble ajeno sustraído.

Cuarta. La interpretación tan dispar que hemos tenido sobre la interpretación de la incorporación o no del IVA al valor del bien mueble ajeno sustraído, cuestión por otra parte “aparentemente solventada”, desgraciadamente, a favor de su incorporación en virtud de la conocida STS 327/2017.

No obstante, como se ha evidenciado existen razones de peso para su interpretación en contra.

Referencias

DOCTRINA

- Bajo Fernández, M. (1990). “De los Hurtos (artículos 514-516)”, en Barja de Quiroga, J. & Rodríguez Ramos, L. (Coords.). *Código Penal Comentado*. Madrid: Akal, pp. 978 ss.
- Carnevali, R. (2006). “Criterios para la punición de la tentativa en el delito de hurto a establecimientos de autoservicio. Consideraciones político-criminales relativas a la pequeña delincuencia patrimonial”. *Política Criminal* (1), pp. 1-17. Disponible en http://politcrim.com/wp-content/uploads/2019/04/a_2.pdf.

- González Rus, J. (2004). En Cobo del Rosal, M. (Coord.). *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Madrid: Dykinson, pp. 434 ss.
- Herrero Giménez, R. (2013). “A vueltas con las faltas, ¿Qué hay de nuevo?” *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales*. (16) (2), pp. 299-310.
- Liñán Lafuente, A. (2021). *Trazos de Derecho penal Parte Especial*. 3ª. ed.
- Muñoz Conde, F. (2004). *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Pérez Manzano, M. “Hurto” (1998). En Bajo Fernández, M. (Dir.). *Compendio de Derecho Penal*. Vol. II. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, pp. 344 ss.
- Quintano Ripollés, A. (1958). *Compendio de Derecho Penal. Tomo II*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Serrano Gómez, A. & Serrano Maíllo, A. (2006). *Derecho Penal, Parte Especial*. 11ª ed. Madrid: Dykinson.
- Vives Antón, S. & González Cussac, L. (1996). “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”. En Vives Antón, S. (Coord.). *Comentarios al Código Penal de 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 1.115 ss.

JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional (España)

- Tribunal Constitucional (1997). Pleno. Sentencia nº 234/1997. Ponente: Julio Diego González Campos. 18 de diciembre de 1997. Citada como STC 234/1997.
- Tribunal Constitucional. (2008). Pleno. Auto nº 72/2008. 26 de febrero de 2008. Citado como ATC 72/2008.

Tribunal Supremo (España)

- Tribunal Supremo. (1986). Sala 2ª. Sentencia nº 877. Ponente: Francisco Soto Nieto. 13 de junio de 1986. Citada como STS 13 junio 1986.
- Tribunal Supremo. (1986). Sala 2ª. Sentencia nº 1164 de 26 de septiembre de 1986. Ponente: Francisco Soto Nieto. 26 de septiembre de 1986. Citada como STS 26 septiembre 1986.
- Tribunal Supremo. (1990). Sala 2ª. Sentencia de 24 de diciembre de 1990. Ponente: Enrique Bacigalupo Zapater. Citada como STS 24 diciembre 1990.
- Tribunal Supremo. (1998). Sala 2ª: Sentencia nº 737/1998. Ponente: Roberto García-Calvo Montiel. 26 de mayo de 1998. Citada como STS 737/1998.
- Tribunal Supremo. (2001). Sala 2ª. Sentencia nº 360/2001. Ponente: Adolfo Prego de Oliver Tolivar. 27 de abril de 2001. Citada como STS 360/2001.

- Tribunal Supremo. (2013). Sala 2ª. Sentencia nº 1015/2013. Ponente: Cándido Conde-Pumpido Tourón. 23 de diciembre de 2013. Citada como STS 1015/2013.
- Tribunal Supremo. (2017). Sala 2º. Sentencia nº 327/2017. Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre. 9 de mayo de 2017. Citada como STS 327/2017.

Audiencia Provincial (España)

- Audiencia Provincial. (1998). Tarragona. Sección. 2ª. Sentencia nº 412/1998. Ponente: Antonio Carril Pan. 15 de julio de 1998. Citada como SAP Tarragona, Secc, 2ª, 412/1998.
- Audiencia Provincial. (2001). Barcelona. Sección 2ª. Sentencia nº 611/2001. Ponente: José Carlos Iglesias Martín. 3 de septiembre de 2001. Citada como SAP Barcelona, Secc, 2ª, 611/2001.
- Audiencia Provincial. (2006). Madrid. Sección 17ª. Sentencia nº 716/2006. Ponente: Jesús Fernández Entralgo. 18 de septiembre de 2006. Citada como SAP Madrid, Secc, 17ª, 716/2006.
- Audiencia Provincial. (2009). Madrid. Sección. 1ª. Auto nº 730/2009. Ponente: Araceli Perdices López. 22 de octubre de 2009. Citada como AAP Madrid, Secc, 1ª, 730/2009.
- Audiencia Provincial. (2012). Madrid. Sección 30ª. Sentencia nº 141/2012. Ponente: Rosa María Quintana San Martín. 27 de marzo de 2012. Citada como SAP Madrid, Secc, 30ª, 141/2012.
- Audiencia Provincial. (2012). Madrid. Sección 17ª. Sentencia nº 1563/2012. Ponente: Jesús Fernández Entralgo. 30 de noviembre de 2012. Citada como SAP Madrid, Secc, 17ª, 1563/2012.
- Audiencia Provincial. (2013). Madrid. Sección 17ª. Sentencia nº 451/2013. Ponente: Jesús Fernández Entralgo. 10 de abril de 2013. Citada como SAP Madrid, Secc, 17ª, 451/2013.
- Audiencia Provincial. (2013). Madrid. Sección 29ª. Sentencia nº 382/2013. Ponente: José Antonio Alonso Suárez. 28 de noviembre de 2013. Citada como SAP Madrid, Secc, 29ª, 382/2013.
- Audiencia Provincial. (2013). Lleida. Sección 1ª. Sentencia nº 377/2013. Ponente: Víctor Manuel García Navascués. 2 diciembre de 2013. Citada como SAP Lleida, Secc, 1ª, 377/2013.
- Audiencia Provincial. (2014). Madrid. Sección 1ª. Sentencia nº 170/2014. Ponente: Alberto Ramón Molinari López-Recuero. 10 de abril de 2014. Citada como SAP Madrid, Secc, 1ª, 170/2014.
- Audiencia Provincia. (2014). Vizcaya. Sección 6ª. Sentencia nº 90207/2014. Ponente: Miren Nekane San Miguel Bergareche. 15 de abril de 2014. Citada como SAP Vizcaya, Secc, 6ª, 90207/2014.

- Audiencia Provincial. (2014). Madrid. Sección 17ª. Sentencia nº 605/2014. Ponente: Jesús Fernández Entralgo. 12 de mayo de 2014. Citada como SAP Madrid, Secc. 7ª, 605/2014.
- Audiencia Provincial. (2014). Madrid. Sección 1ª. Sentencia nº 251/2014. Ponente: María del Carmen Herrero Pérez. 6 de junio de 2014. Citada como SAP Madrid, Secc, 1ª, 251/2014.
- Audiencia Provincial. (2014). Vizcaya. Sección 1ª. Sentencia nº 90195/2014. Ponente: Reyes Goenaga Olaizola. 19 de junio de 2014. Citada como SAP Vizcaya, Secc, 1ª, 90195/2014.
- Audiencia Provincial. (2014). Sevilla. Sección 1ª. Sentencia nº 418/2014. Ponente: María Auxiliadora Echávarri García. 4 de julio de 2014. Citada como SAP Sevilla, Secc, 1ª, 418/2014.
- Audiencia Provincial. (2014). Navarra. Sección 2ª. Sentencia nº 163/2014. Ponente: José Francisco Cobo Sáenz. 15 de septiembre de 2014. Citada como SAP Navarra, Secc, 2ª, 163/2014.
- Audiencia Provincia. (2014). Madrid. Sección 6ª. Sentencia nº 614/2014. Ponente: Julián Abad Crespo. 24 de septiembre de 2014. Citada como SAP Madrid, Secc, 5ª, 614/2014.
- Audiencia Provincial. (2014). Madrid. Sección 6ª. Sentencia nº 667/2014. Ponente: Pedro Javier Rodríguez González-Palacio. 9 de octubre de 2014. Citada como SAP Madrid, Secc, 6ª, 667/2014.
- Audiencia Provincial. (2014). Madrid. Sección 15ª. Sentencia nº 781/2014. Ponente: María José García-Galán San Miguel. 12 de octubre de 2014. Citada como SAP Madrid, Secc, 15ª, 781/2014.
- Audiencia Provincial. (2014). Madrid. Sección 17ª. Sentencia nº 946/2014. Ponente: Jesús Fernández Entralgo. 20 de octubre de 2014. Citada como SAP Madrid, Secc, 17ª, 946/2014.

Capítulo 11

LA ECO-VÍCTIMA: ENFOQUE DESDE LA APOROFOBIA Y LA JUSTICIA AMBIENTAL*

Miriam Ruiz Arias

Introducción

La aporofobia se considera en este escrito como un nuevo enfoque metodológico para el estudio de la comisión de diversos delitos y para el análisis de la victimización sufrida por variados delitos, como los delitos medio ambientales, cometidos por las personas jurídicas. En este sentido, cabe afirmar que por aporofobia se entiende “el rechazo, la aversión, el temor y el desprecio hacia el pobre, hacia el desamparado que no puede devolver nada a cambio a la sociedad” (Cortina Orts, 2017: 14). A esta persona pobre se le excluye del contrato político, económico o social, de ese mundo de dar y recibir, esa situación donde el Estado da protección, pero donde el pobre no puede ofrecer nada a cambio (Cortina Orts, 2017: 14-15).

Junto con la aporofobia, también es necesario comentar el término pobreza: se trata de una construcción social que varía según el lugar, el tiempo y depende de factores como la economía, la cultura, la sociedad y la política o de lo que se entiende por bienestar (Sales i Campos, 2014; Ponce, 2018). Además, se interpreta como una falta de libertad o el no poseer capacidad para llevar a cabo los planes de vida.

* Este trabajo se atribuye también a los proyectos “Aporofobia y delincuencia medio ambiental” [Acta n° 2 de 27/02/2020 del Comité para el Desarrollo de la Investigación Tecnológico y Antioquia Institución Universitaria (Colombia)] y “Aporofobia en los delitos medio ambientales: ¿Quiénes son las víctimas de los delitos ecológicos? Estudio comparado de España y Colombia” (Acta n° 2 de 25/02/2021 del CODEI TdeA).

La medición de la pobreza es un asunto intrincado y existen múltiples herramientas para medirla. Desde este punto de vista, se hace precisa la referencia a lo que se entiende por desarrollo humano. Siguiendo a Ferrer (2010: 31) se trata del

proceso de ampliación de las opciones de la gente, aumentando las funciones y capacidades humanas donde los funcionamientos de una persona se refieren a las cosas valiosas que la persona puede hacer o ser mientras que las capacidades representan las diferentes combinaciones de funcionamientos que puede lograr la persona.

En los diferentes niveles de desarrollo que existen, estas tres capacidades esenciales consisten en vivir una vida larga y saludable; en poseer conocimientos suficientes y el poder acceder a los recursos necesarios para tener una vida decente; además, estas tres dimensiones dependerán de múltiples variables cuyo establecimiento es complejo. Cuando los estudios se enfocan en las privaciones sufridas por las personas respecto de estas tres variables, se puede señalar que se está ante una situación de pobreza (Ferrer, 2010).

A la creación en los años 90 por Naciones Unidas del índice de desarrollo humano (IDH) se han añadido varios índices compuestos que miden el desarrollo humano; entre estos hay varios que miden la pobreza, como por ejemplo, los índices de pobreza humana para países en desarrollo (IPH 1) y para los países seleccionados de la OCDE (IPH 2). Estos últimos índices reflejan las privaciones en cuatro aspectos: en primer lugar, la vida larga y saludable, es decir, cuán vulnerable se es a fallecer a una edad relativamente temprana, medida según la probabilidad de no vivir hasta los sesenta años; educación, que supone la exclusión del mundo de la lectura y las comunicaciones, y que se mide según el porcentaje de personas adultas que carecen de aptitudes de alfabetización funcional; el nivel de vida digno, que se mide según el porcentaje de personas que viven por debajo del umbral de la pobreza de ingresos; por último, la exclusión social, cuya medición depende de la tasa de desempleo de larga duración o doce meses o más desempleado, entendida como la no disposición de empleo remunerado ni actividad por cuenta propia, teniendo la disposición para trabajar, y realizando acciones específicas para conseguirlo (Ferrer, 2010).

Otro de los índices más conocidos para la medición de la pobreza es el multidimensional utilizado por las Naciones Unidas, que distin-

gue entre países desarrollados y países en vías de desarrollo (Ponce, 2018).

Para la creación de este último índice se empleó la metodología Alkire-Foster, por tanto, partiendo de la determinación y construcción de las dimensiones, sus indicadores y umbrales respectivos, se propone un método de identificación de la pobreza. En este método, en primer lugar, se fija, contrastando los umbrales de cada indicador, si el hogar o la persona de referencia sufre una carencia o no; en segundo lugar, de forma algebraica, se agregan las ponderaciones asignadas a cada uno de los indicadores, una vez que se ha comprobado la privación. Además, se establece un punto de corte K, fijando el umbral de pobreza multidimensional, donde se produce una simultaneidad en las carencias, por lo que se acaba produciendo una intersección (Ponce, 2018).

Igualmente, esta metodología cuenta con tres índices: el índice de Conteo H, que refleja el porcentaje de población total que se encuentra en situación de pobreza, además de dos índices adicionales que suponen un aporte relevante para el análisis: la intensidad y el índice de recuento ajustado.

Este índice multidimensional comienza a emplearse en el 2010, contando con tres dimensiones (salud, educación y nivel de vida), y diez indicadores, donde cada una de las dimensiones cuenta con el mismo peso en la formación del índice global. Por último, de acuerdo con la metodología Alkire-Foster, las ponderaciones de estas privaciones deben ser sumadas algebraicamente; en caso de que el resultado de esa suma sea igual al 30%, donde se fija el punto de corte K, se considera al hogar como pobre multidimensionalmente (Ponce, 2018)¹.

¹ Ponce (2018) destaca que la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) en 2013 propuso un índice de pobreza multidimensional con 5 dimensiones y 13 indicadores, centrándose en capacidades, derechos y necesidades básicas insatisfechas además de incorporar privaciones adicionales a las ya tradicionales, como por ejemplo, la tenencia insegura de la vivienda, la falta de energía eléctrica, etc. En este índice no todas las dimensiones cuentan con el mismo peso; sin olvidar que existen importantes limitaciones en el momento de medir los fenómenos sociales complejos como la salud o el estado nutricional.

Dada la complejidad que suele llevar aparejada la medición de la pobreza, como brevemente se ha podido estudiar en las líneas anteriores, se considera pertinente que cada trabajo o estudio debe adaptarse a un método, razonando la elección que más se ajuste a la pregunta o preguntas de investigación que se pretendan resolver.

En este trabajo, siguiendo a Sales i Campos (2014), se opta por la clasificación que distingue dos tipos de pobreza: por un lado, una nueva pobreza que afecta a un amplio sector de la sociedad, principalmente la sociedad europea, como consecuencia de la crisis que inició en el año 2008, donde la población sí está dispuesta a trabajar; por otro lado, la pobreza que ha existido siempre. En esta se señala a un individuo que históricamente ha subsistido a base de subsidios junto con actividades que son moralmente inaceptables. A estos últimos, máxime cuando los recursos económicos se reducen, no se les considera como sujetos legítimos para recibir una prestación social, dado que su comportamiento inmoral y su escasa fuerza de voluntad no los hace merecedores de las prestaciones públicas. A saber, la pobreza pasa de ser un problema social a un problema individual; de forma paralela, las políticas sociales se transforman en políticas criminales.

Este autor también propone un índice de carencia material, que supone el no acceso a tres de los siete bienes siguientes: incapacidad para irse de vacaciones una semana al año; incapacidad para comer pollo, carne o pescado al menos cada dos días; incapacidad para el mantenimiento de la vivienda a una temperatura adecuada; incapacidad para afrontar gastos imprevistos; haber tenido retrasos en el pago de gastos relacionados con la vivienda en el último año; no disposición de un automóvil y no disposición de un ordenador personal (Sales i Campo, 2014: 26).

Otro término destacable es el de exclusión social, que, siguiendo a Cigüela Sola (2017: 15), se entiende como “el tener acceso estandarizado limitado a determinados derechos y bienes necesarios para el libre desarrollo de la personalidad, como, la propiedad, la educación, la sanidad, el trabajo o la cultura”.

Sentado esto, es preciso señalar que esta aporofobia se despliega de diferentes maneras en la sociedad 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.

De manera específica, en el Derecho Penal esta aporofobia puede ser analizada desde dos puntos de vista: por un lado, desde el enfoque del delincuente, como la criminalización de la pobreza; por otro lado, desde el enfoque de la víctima, dado que en los delitos socioeconómicos, valga por caso los delitos ecológicos, las víctimas suelen ser personas desfavorecidas, como aquellas que poseen escasos recursos económicos y que ven sus derechos de tercera generación, como el derecho a un medio ambiente sano, vulnerados por diversos proyectos empresariales.

En este escrito me referiré al segundo conjunto y específicamente a los daños y/o delitos de cuello verde², así como a sus 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, me referiré a diversas investigaciones en el ámbito anglosajón sobre los problemas ambientales en entornos urbanos.

Igualmente, en este capítulo se procederá a la indagación sobre 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.

Por último, es necesario el apunte de unas breves notas sobre los modelos económicos alternos que existen, más allá de la Política Criminal que se estudia en este capítulo, para entender el modelo económico que defienden algunas de las corrientes de justicia ambiental

² Un sector de la Criminología (Lynch, White, Natali, entre otros) incluye un concepto de daño ambiental amplio, por lo que, no entienden el daño ambiental solamente como la comisión de los delitos medio ambientales o ecológicos, sino que como las conductas perjudiciales contra la naturaleza y los animales ya que consideran que uno de los principales autores es el Estado junto con las empresas.

En todo caso, se realizan las aclaraciones pertinentes durante este capítulo sobre cuándo se hace referencia a un concepto criminológico o a uno legal en cuanto a los daños contra el medio ambiente.

que son referidas posteriormente. En este sentido, el desarrollo hoy en día en las sociedades capitalistas se entiende únicamente como acumulación de la riqueza, sin considerar costes ecológicos y/o sociales, esto es, la economía industrial es entrópica³ y no circular. El hecho de que la economía se considere entrópica nos arrastra 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 del crecimiento del stock socioeconómico existente, junto con la mercantilización de los recursos naturales, una injusta distribución de la tierra acompañada de la concentración del poder político en escasas manos (Martínez-Alier, 2021).

Desde este punto de vista, la ecoeficiencia actual también merece ser criticada, dado que no se logra el avance hacia una desmaterialización económica en base a los servicios porque, en la actualidad, los servicios requieren energía y materiales, teniendo en cuenta que el dinero que se obtiene en el sector servicios se destina al consumo material por medio de los salarios y dividendos. Además, la economía global se basa en una extracción y disposición final barata de los recursos, y, por último, los objetivos marcados en la agenda 2030 de Naciones Unidas siguen siendo débiles como consecuencia de seguir aconsejando el crecimiento económico a los países, pero siempre referido al Producto Interior Bruto (PIB).

En definitiva, entre los aportes de estos movimientos de justicia ambiental a una economía no ortodoxa están las propuestas de la economía ecológica, la cual tiene tres corrientes: en primer término, el decrecimiento, que defiende una redistribución y reducción de la producción y el consumo en los países industrializados con la finalidad de lograr la sostenibilidad ambiental, la justicia social y el bienestar; en segundo término, el acrecimiento, que supone una crítica a la teoría del crecimiento económico, puesto que este tipo de crecimiento no puede definir objetivos de bienestar y sostenibilidad, a la par que considerar estos mismos objetivos irrelevantes al momento de crecer; y,

³ La entropía, como recuerda Martínez-Alier (2021: 1), se define como la magnitud termodinámica que mide la parte de la energía no utilizable para realizar el trabajo y que se expresa como el cociente entre el calor cedido por un cuerpo y su temperatura absoluta.

en tercer y último término, la economía constante, que se fundamenta en las economías no crecientes basadas en un material constante, además de un rendimiento de la energía junto con poblaciones de los países estables (Akbulut *et al.*, 2019).

1. Discusión sobre las eco-víctimas desde la criminología y la justicia ambiental

1.1. Víctimas ambientales Norte-Sur

Los riesgos y los daños medio ambientales más graves, dicho en otros términos, las cargas ambientales, 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 paralelamente no se disfrutan de los beneficios y servicios ambientales (acceso a recursos naturales o servicios ecosistémicos) en igualdad de condiciones (Mesa *et al.*, 2015; Borrás, 2017). Sirva como ejemplo el problema del cambio climático, pues muchas de las conductas que lo generan —la mayoría consideradas legales y, en caso de constituir una infracción, de tipo administrativo— se llevan a cabo en los países desarrollados (la producción de $\frac{3}{4}$ de CO₂), mientras que las consecuencias más graves las sufren los países que cuentan con mayor pobreza y sufren de una mayor vulnerabilidad⁴ (Hallegatte & Barbier, 2018). Entre los derechos afectados se pueden encontrar el acceso al agua potable, la soberanía alimentaria, los derechos a la salud y el derecho a una vivienda digna (Borrás, 2014, 2017).

En este sentido, es preciso recordar que la pobreza aumenta después de sufrir daños ambientales y que, cada año, aumenta el número de personas que cae en situación de pobreza, debido a la ocurrencia

⁴ Como recuerdan Natali (2014), Morelle Hungría (2020) y Mesa *et al.* (2015), entre otros muchos autores, el enfoque desde la *green criminology*, que se ha convertido en un campo de investigación autónomo, aunque tuvo su origen en la Criminología crítica; supone que las cargas medio ambientales no solamente se reparten de manera no equitativa entre las personas de una misma generación, sino que además existe inequidad hacia seres de otras especies y hacia las personas de futuras generaciones.

de desastres naturales como, por ejemplo, sequías o inundaciones. Las personas pobres tienden a vivir en zonas donde existe mayor riesgo de ocurrencia de fenómenos climáticos extremos, pero esto no quiere decir que siempre exista una relación de causalidad, porque las zonas riesgosas también pueden ser atractivas para realizar una inversión por parte de las personas con alto poder adquisitivo. Pese a esto último indicado, las personas pobres son las que mayor tendencia tienen a residir en los lugares menos apetecibles, además de tener los trabajos menos deseables, y la mayor vulnerabilidad de las personas pobres también se debe a su acceso limitado a la protección social (Hallegatte & Barbier, 2018).

Otro apunte sobre este problema climático es que la carga del mismo es asumida por los países en desarrollo, de manera que las relaciones entre los Estados quedan afectadas y también se perjudica a las generaciones futuras. En otras palabras, los países del Norte global contraen una deuda ecológica y/o climática respecto a los países del Sur global; a su vez, los países del Sur global contraen una deuda económica con respecto a los países del Norte; finalmente los países del Sur global son los que acaban más empobrecidos, puesto que suman perjuicios económicos, sociales y ambientales (Borrás, 2017).

No se puede obviar en este enfoque de las víctimas la relevancia del concepto de deuda ecológica, que se entiende como una responsabilidad económica que los países del Norte, sus instituciones, la élite económica y las corporaciones que forman parte de este Norte tienen con respecto a los países del Sur, por la apropiación y el control que han tenido sobre los recursos naturales del Sur, así como por la destrucción del planeta ocasionada por los patrones de producción y consumo (Borrás, 2017).

Los países desarrollados pretenden y, en cierta medida, han empezado a sustituir una economía extractivista, que produce numerosos 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, como lo es el cambio

climático, conociéndose este fenómeno como el del migrante climático (Brisman *et al.*, 2018)⁵.

Otro sector doctrinal, García Ruíz (2018), menciona al refugiado climático, no reconocido como sujeto de derechos de acuerdo con el Derecho Internacional Humanitario, y que se ve obligado a migrar principalmente por tres motivos: el primero, es una situación de emergencia, es decir, personas que huyen temporalmente de un desastre o un evento natural repentino; el segundo, es el migrante ambiental forzoso, que es la persona obligada a abandonar su territorio dado el deterioro de las condiciones ambientales; el tercero, es el migrante motivado por el medio ambiente, que son aquellos individuos que deciden abandonar su territorio para evitar dificultades futuras, como la disminución de la productividad de sus cultivos.

El problema reside en que la principal dificultad ambiental a la que deben hacer frente los países en desarrollo, en cambio, ha sido y sigue siendo, encontrar la salida a la pobreza, y la principal solución se ha fundamentado en un crecimiento económico en base a industrias extractivistas (Borras, 2017). En consecuencia, mientras estas dinámicas de cargas ambientales sigan siendo soportadas, principalmente, por los países del Sur, mientras que paralelamente no se disfrutan beneficios económicos, esta victimización ambiental de los pobres seguirá existiendo.

1.2. Víctimas ambientales urbanas

Parte de la doctrina alude a que la mayor carga de problemas ambientales —piénsese en la contaminación atmosférica, consecuencia del tráfico rodado, los vertederos e incineradoras de residuos sólidos, la exposición a residuos peligrosos, pesticidas, toxinas, etc.— en las

⁵ De acuerdo con Brisman *et al.* (2018) la migración climática responde a varios factores, de esta manera, afirman que las sequías provocarán que los ganaderos y pastores tengan que abandonar sus tierras, el crecimiento del nivel del mar traerá consigo que los habitantes de territorios costeros deban desplazarse, esto es, el conflicto social que será consecuencia del cambio climático provocará que muchas personas tengan que huir a áreas más seguras; junto a ello, los fenómenos climáticos extremos además de los incendios destruirán hogares y diferentes estilos de vida, provocando el aumento de la migración.

áreas urbanas recae sobre la población más empobrecida, también sobre las minorías étnicas y la población afrodescendiente. Ello porque estos sectores de la población disponen de menor información sobre cuestiones de cuidado y de salud, por ejemplo, composición de los alimentos de su dieta (Gochfeld & Burger, 2011); asimismo, cuentan con menor capacidad económica, así como un menor capital político para la exigencia de unas mejores condiciones ambientales y para la decisión acerca del asentamiento de las industrias contaminantes (Brulle & Pellow, 2006; Chakraborty, 2009; Gray *et al.*, 2010; Ash *et al.*, 2012; Banzhaf *et al.*, 2019).

Respecto al factor económico y su influencia en una afección negativa ambiental, es preciso recordar de manera breve lo señalado por la teoría de la cadena de producción defendida por Schanaiberg. De acuerdo con este autor, la producción según el sistema capitalista se estima insostenible porque la producción de bienes y el consumo de los mismos sigue aumentando, siendo necesario, para ello, el consumo de energía y materias primas y conduciendo a una expansión económica. Esta expansión económica crea riqueza económica, pero también da lugar a la producción de residuos donde el coste económico de generar estos últimos se externaliza, donde además los beneficios económicos y sociales no se distribuyen de forma equitativa, así como los riesgos medio ambientales acaban recayendo de forma desproporcionada sobre los grupos de personas con menor capacidad de oposición frente a la decisión de la ubicación de las fábricas contaminantes (citado en Brulle & Pillow, 2006).

En relación con el capital político, es preciso recordar que tanto la industria como el gobierno conocen la influencia política relativa que tienen las comunidades donde se ubican las fuentes de contaminación, pues aquellas pueden lograr cambios respecto a la regulación ejercida sobre las empresas que contaminan, es decir, pueden lograr la imposición de un precio o sanción sobre la empresa contaminadora. Para la imposición de dicho precio, las comunidades se apoyan en la influencia que ejercen mediante la presión sobre los trabajadores y los directivos de las fábricas, la publicidad adversa que consiguen dar a conocer de la planta de trabajo, la amenaza o el uso de la violencia, el recursos a la normativa civil, además de la presión que pueden ejercer por medio de los representantes políticos, las administraciones locales, o los líderes religiosos; sin olvidar características como la renta, el

nivel educativo, el nivel de actividad municipal, los recursos políticos o locales, la cobertura de los medios de comunicación de sus actividades, la presencia de organizaciones sin ánimo de lucro, la eficiencia de la regulación existente y la carga de contaminación total mostrada por la comunidad (Ash *et al.*, 2012).

Cuando existen grandes diferencias en la carga de quien soporta la contaminación, a aquellas personas que se benefician (como productores o consumidores) les resulta más sencillo el traslado de los costes sobre la salud y el medio ambiente sobre otras personas; por tanto, como resulta sencillo externalizar los costes negativos, mayor deseo de contaminar existirá. En suma, la contaminación entendida como externalidad negativa no es una consecuencia aleatoria, sino que es el resultado de un proceso político moldeado por la distribución del poder. De modo que, la posesión de un poder político escaso en una comunidad determina la distribución de la demanda políticamente efectiva de aire limpio y de otros aspectos ambientales no mercantilizables (Ash *et al.*, 2012).

En la investigación cuantitativa realizada por Chakraborty (2009), se consideran los datos sobre los tóxicos del aire existentes a escala nacional en 1999 de la Agencia de Protección Ambiental de Estados Unidos (EPA por sus siglas en inglés) para el examen de los riesgos sobre la salud (cáncer y problemas respiratorios) por una exposición desproporcionada a estos tóxicos, cuyo origen son los vehículos motorizados de carretera mediante el empleo de un modelo de regresión múltiple como metodología.

Chakraborty (2009) resalta como resultados de su investigación que los grupos socialmente desventajados serán los que tiendan a residir o acudir a colegios donde se sufre una mayor contaminación aérea proveniente de los vehículos, y serán las familias que carecen de vehículos las que probablemente residan en áreas que soporten una mayor exposición y mayores riesgos sobre la salud, estando compuestas estas familias por minorías étnicas y personas con menos recursos.

En el estudio realizado por Ash *et al.* (2012) la hipótesis inicial es que las áreas urbanas con mayores disparidades raciales tienden a tener mayores niveles medios de exposición a la contaminación para todo tipo de residentes. Cuenta para este estudio con los datos de la EPA del año 2005 combinado con el censo de población del año

2000, y tomando en consideración cuatro variables de control: la media de los ingresos en los hogares, el porcentaje de población blanca, el porcentaje de residentes que trabajan en el sector secundario y la densidad de la población.

Estos investigadores concluyen que no solamente los hogares con menos recursos soportan una mayor contaminación, sino que la exposición que sufren a la contaminación está más altamente correlacionada con la discrepancia entre minorías.

No se me escapa, como otro de los factores relevantes en las ecovíctimas urbanas, que la existencia del racismo institucionalizado en países como en los Estados Unidos de América, ha provocado una gran diferencia en las características del empleo de algunas personas —de modo que los afrodescendientes tendrán aquellos trabajos que supongan una mayor exposición a contaminantes aéreos—, además de las grandes diferencias en la calidad de vida según donde residan las personas, dado que se producirá una menor intervención pública y existirá un menor acceso a servicios públicos (Bullard, 1983; Brulle & Pellow, 2006; Gochfeld & Burger, 2011).

En contra de lo referido hasta ahora, parte de la doctrina también considera 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. Sin ir más lejos, Gray *et al.* (2010) realizaron un estudio, comprendiendo la fecha entre los años 2000 y 2002, para comprobar si las minorías étnicas y las personas pobres son en la actualidad, realmente, quienes residen en los barrios más contaminados; además, estos autores estudiaron la frecuencia y la cantidad de inspecciones, junto con el efectivo cumplimiento de la normativa, como factores de influencia para ubicar las fábricas contaminantes en el lugar donde residen minorías y pobres.

Estos estudios referidos tomaron los datos de varias bases de datos de la EPA en relación con varias de las fábricas localizadas en un radar de 50 millas de 4 ciudades principales de Estados Unidos (Los Ángeles, Boston, Columbia y Houston), emitiendo estas fábricas contaminantes aéreos o residuos tóxicos. Concluyeron en su estudio, en primer término, que la mitad de las fábricas cuyo comportamiento analizaron provienen de firmas únicas, pero dos terceras partes funcionaban

antes de 1978; igualmente, en referencia a las variables demográficas, se produce un aumento en los porcentajes de población pobre y en la minorías étnicas, tomando en consideración el momento temporal en que la fábrica se ubicó hasta el año de medición, produciéndose un envejecimiento de la población que reside cerca de esas fábricas.

En segundo término, respecto a la actividad regulatoria, las plantas o fábricas de mayor tamaño, además de las que utilizan combustible pesado, son las que llevan a cabo más actividad, y en estas las variables demográficas no ejercen una gran influencia en la localización de la actividad reguladora, es decir, las fábricas ubicadas cerca de donde residen minorías padecen menos acciones reguladoras y las fábricas ubicadas donde residen personas de alto poder adquisitivo tienen más acciones de cumplimiento legal.

En tercer término, Gray *et al.* (2010), en referencia a las emisiones de contaminación, señalan que las fábricas que utilizan más fuel son las que más emisiones aéreas producen, mientras que las fábricas más antiguas emiten más sulfuro de dióxido, pero una menor cantidad de otros contaminantes.

En suma, estos investigadores concluyen que los resultados de su estudio no apoyan las cuestiones sobre justicia ambiental para el conjunto de fábricas analizadas y para ese periodo temporal estudiado, además de señalar que la actividad regulatoria se fija desproporcionadamente en las zonas donde residen las personas de poder adquisitivo alto.

En un sentido parecido, Clough y Bell (2016) realizaron un estudio sobre la localización de las fábricas que trabajan pozos de gas de pizarra, realizado en Pensilvania, Nueva York, Ohio, junto a Virginia del Este, y estimando el tipo de población residente, el nivel educativo de esa población, la distribución de los ingresos, además de la comparación entre las comunidades residentes antes y después de la instalación. Estos autores averiguaron que los pozos extractivos y los efectos más perjudiciales sobre la naturaleza y las personas no generaban efectos más perjudiciales en aquellas zonas donde residían personas con menos recursos y racializadas, pero sí señalan que se verifica en su caso la hipótesis de que los beneficios de esta industria no tienen un reparto equitativo, dado que queda en manos de los grandes propietarios de la tierra.

Por último, de forma similar, en un estudio realizado por Downey *et al.* (2017), se pretende analizar la relación entre la estructura familiar y la proximidad de las residencias a la contaminación que existe en el barrio con datos de contaminación por barrios y sociodemográficos computados desde 1990 hasta 1999. Los resultados muestran que las madres solteras con menor nivel educativo y menor ingreso sufren una mayor contaminación en sus barrios de residencia que las unidades familiares compuestas por dos progenitores y que los padres solteros. Entre aquellos jefes de hogar con etnia, raza, estatus socioeconómico común, las madres solteras siguen viviendo en barrios cuyos índices de contaminación son mayores y solo se moverán a barrios más contaminados.

Con todo, existe un fenómeno paralelo al soporte de las cargas ambientales. Estoy aludiendo a la disparidad en los beneficios ambientales, de forma similar a lo que ocurre entre países del Norte con respecto a países del Sur. Sin ir más lejos, quisiera destacar la existencia de enclaves verdes creados para la población con mayores recursos económicos para hacer frente a los efectos que se perciben de problemas ambientales, como el cambio climático, lo cual conduce a una privatización en la solución de los conflictos ambientales (Brisman *et al.*, 2018).

En suma, dada la disparidad de investigaciones de diferentes casos que existe en la Criminología y en los estudios demográficos, puede concluirse que la doctrina concuerda en que existe una tendencia, en virtud de la cual, en las áreas urbanas las actividades que son más perjudiciales para la naturaleza, pero también para los derechos de tercera generación, se llevan a cabo en aquellos barrios donde residen o trabajan afrodescendientes, minorías étnicas y personas pobres (Brulle & Pellow, 2006; Chakraborty, 2009; Gray *et al.*, 2010). No obstante, sí existe un acuerdo doctrinal amplio en el señalamiento de que los beneficios ambientales son disfrutados por las clases sociales más pudientes (Chakraborty, 2017).

1.3. Justicia Ambiental

Esta desigual distribución de cargas y beneficios ambientales, estudiada en los apartados anteriores, se produce en un contexto de conflicto ambiental, y este, según Rodríguez (2016: 41), va referido “al

entorno natural, a los ecosistemas además de a los recursos naturales, suponiendo una manera de interactuar de los individuos, los grupos las organizaciones y las colectividades respecto al acceso y distribución de los recursos”.

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 (Akbulut *et al.*, 2019). Además de estos, los conflictos planteados en el entorno urbano son los que llevan al nacimiento de los movimientos medio ambientales de los pobres, o los conflictos ecológico-distributivos, que luchan contra el acceso injusto a los recursos naturales y el reparto inequitativo de la carga de la contaminación (Martínez-Alier, 2003, 2018).

Los conflictos ecológico-distributivos se estudian por la Política ecológica. Se trata de una rama de conocimiento que nace del estudio de los casos locales provenientes de la Geografía rural y de la Antropología y que se ha extendido a nivel nacional e internacional, partiendo de la consideración de que las personas no venimos instruidos biológicamente sobre el uso de las energías y los materiales, de modo que nuestra manera de emplear el territorio y los elementos naturales está políticamente construida (Martínez-Alier, 2003: 70).

Estos movimientos medio ambientales se encuentran en diferentes países a lo largo y ancho del planeta, considerando los diferentes contextos históricos y culturales (Martínez-Alier, 2003). El caso de Estados Unidos sería el más paradigmático, siendo un país donde surgieron los movimientos descentralizados comunitarios, como los movimientos antitóxicos formados por la clase obrera y la clase media, además de los movimientos de justicia ambiental liderados por afrodescendientes, pero que también incluyen a latinos, asiáticos y pueblos nativos americanos (Brulle & Pillow, 2006: 110; Martínez-Alier, 2018)⁶.

La teoría de los conflictos ecológico-distributivos defendida por Martínez-Alier es criticada, dado que polariza el análisis y reduce el

⁶ Siguiendo lo señalado por Brulle & Pellow (2006) las acciones llevadas a cabo por estos movimientos lograron cambios legislativos y gubernamentales en Estados Unidos, en concreto, en tres áreas: en la política local, en los pleitos judiciales y en las políticas nacionales y estatales.

conflicto ambiental únicamente a un problema de reparto de riqueza. Cierta sector doctrinal considera que el conflicto ambiental no solamente es aquel que nace de un daño ambiental, sino de cualquier proceso de transformación ambiental con independencia de cómo se valore; o que también el conflicto ambiental supone la creación de una tensión en la estabilidad ambiental lograda entre una comunidad y su hábitat por los diferentes intereses ambientales existentes (Rodríguez, 2016: 43-46).

Además, se manifiesta que los conflictos ambientales evolucionan con el paso del tiempo, además de considerarse fundamental en su estudio el lugar donde ocurren, los recursos naturales existentes, los ecosistemas, los diferentes actores e intereses que intervienen y las diferentes reacciones que se generan. En este sentido, los conflictos ambientales suponen la participación de diferentes actores como el Estado, las comunidades, los pueblos étnicos, una región, una localidad, siendo los intereses de tipo económico, cultural o ambiental, y respondiendo a las diferentes cosmovisiones ambientales y sobre la vida. En consecuencia, se puede distinguir entre los conflictos socioambientales, en los que se dirimen cuestiones sociales, ambientales y económicas; de manera diferente, los conflictos ambientales, que se generan a través de una actuación que deteriora el ambiente, planteándose por quienes perciben esos daños y se ven afectados por estos.

Resumiendo, para un sector de la doctrina, los conflictos ambientales no solamente afectan a los pobres, sino que también afectan a un colectivo que es sujeto de derechos territoriales, culturales y ambientales, entre otros, así como se pueden explicar y se pueden proponer soluciones desde el ambientalismo ético, filosófico y cultural, sirviendo como ejemplo los actores conformados por pueblos y sociedades tradicionales además de étnicas, las comunidades campesinas y las urbanas. A la vista de este enfoque, en definitiva, la justicia ambiental reúne las siguientes características: primero, tiene un carácter transhumanista, al considerar que existen otros seres vivos habitando el planeta además de los seres humanos; segundo, el elemento transtemporal, que supone la garantía de los derechos a generaciones futuras de personas; tercero, la perspectiva transespacial, en la cual los derechos de los sujetos se consideran de una manera integral, sin que las fronteras jurídicas supongan óbice al reconocimiento de los derechos; por último, la redistribución justa en cuanto a los bienes ambienta-

les y naturales, además de las cargas de contaminación (Mesa *et al.*, 2015; Rodríguez, 2016).

De igual forma, algunos autores, como Mesa, consideran que las razones para defender la naturaleza son diferentes en el Norte y en el Sur, dado que, en el primero, las personas, al tener mejores condiciones sociales, tienen un interés intrínseco por conservar los recursos naturales; mientras que, en el segundo, se defiende la naturaleza a través de la ejecución de conductas menos dañinas por parte de ciertos sectores sociales, y ello se debe al intento de contrarrestar las injusticias ambientales que han dejado la naturaleza en un estado lamentable, valga por caso, la exposición a la radiación, la sobreexplotación de recursos, la amenaza del aumento del mar, entre otros (Mesa *et al.*, 2015).

En todo caso, estas críticas a la tesis defendida por Martínez-Alier se pueden ver superadas recordando lo señalado por este autor y otros investigadores, quienes durante los últimos años, han señalado como definición de los conflictos ecológicos distributivos:

aquellos conflictos ecológicos que derivan de la distribución desigual de los beneficios ambientales como el acceso a los recursos naturales, a tierra fértil o a los servicios ecosistémicos, así como, a la desigual y no sostenible localización de las cargas de las pruebas como la contaminación y los residuos. (Akbulut *et al.*, 2019: 420) (traducción libre de la autora)

Asimismo, según lo hace notar Martínez-Alier (2018, 2021), con el paso de los años, por medio de la unión de la academia y el activismo llevado a cabo por personas y colectivos de diferentes países a través de 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) han comenzado a unirse y a tener luchas comunes en defensa de la comunidad, el territorio y contra la acumulación de capital. En estos movimientos también destaca la relevancia cultural y espiritual que la naturaleza posee para algunas de esas personas, así como se engloba la salud humana, el sustento y el bienestar. Ello porque pese a que en el Norte exista un culto a la naturaleza, también existen movimientos contrarios a la energía nuclear, emisiones de CO₂ y porque el ambientalismo de los pobres nace de sus valores culturales y valores

materiales como el acceso a la tierra, agua limpia, etc. (Martínez-Alier, 2018).

Igualmente, desde hace años, este autor propone en sus investigaciones que la conservación de los recursos naturales está extendida en todo el planeta, es decir, el hecho de que la mayor parte de la carga ambiental recaiga en los países en desarrollo no es óbice para que en el Norte también se reivindique el cuidado de la naturaleza. En general, el medio ambiente se encuentra amenazado, globalmente, por el crecimiento de la población y por el sobreconsumo (Martínez-Alier, 2021).

Nos encontraríamos así con que los movimientos de justicia ambiental (pobres e indígenas) tienen reivindicaciones conjuntas para lograr la protección de los derechos humanos y de las diversas especies tanto actuales como futuras. La capacidad de movilización de estos colectivos dependerá de los recursos que posean, el tiempo, el dinero, además de las creencias comunes junto con la consideración de la represión que ejerce el Estado y la influencia que ejercen las empresas. Los movimientos de justicia ambiental tienden a generar organizaciones, pero no las necesitan para sobrevivir; en todo caso, existen luchas colectivas comunes, por ejemplo, los diferentes movimientos contrarios a la plantación de eucalipto en Portugal, España y en Brasil (Martínez-Alier, 2021).

Por último, si descendemos al nivel de las operaciones jurídicas en los sistemas de justicia, al estudiar el daño ambiental, lo habitual es centrarse en la eficiencia del proceso en cada sistema o en los efectos disuasorios de la norma sobre los sujetos que contaminan. Sin embargo, siguiendo lo señalado por Hall (2017), en numerosas ocasiones no se ha considerado la visión de la víctima respecto a qué entiende en cuanto a la plasmación de uno de los aspectos de justicia ambiental, esto es, qué entiende por compensación y cómo se le debe facilitar la misma. En este sentido, en general, se entiende por compensación el dinero pagado a las víctimas por delitos o daños medio ambientales por el Estado con fondos públicos; mientras que la restitución es consecuencia de las acciones llevadas a cabo por los individuos o las empresas, pudiendo ser de carácter administrativa o penal.

La víctima medio ambiental suele ser la persona o el grupo de personas que ven afectada su salud, su capacidad económica o su vida

social como consecuencia de una degradación ambiental, siendo este concepto antropocéntrico, el cual no incluye el daño a la naturaleza y a los animales no humanos.

Muchas de las víctimas ambientales lo son como consecuencia de las actuaciones llevadas a cabo por el interés de las sociedades corporativas o como respuesta a los objetivos económicos del Estado, como se observará en el siguiente apartado, y esto es lo que la Criminología crítica denomina como “daños sociales” y que busca problematizar las relaciones de poder en la sociedad. Estas últimas, a su vez, ejercen influencia sobre las actividades socialmente dañosas que se categorizan como delitos (Hall, 2017). En todo caso, este último autor señalado, al mencionar la compensación, recuerda que la normativa de los diferentes países suele compensar a aquellas personas que sufren daños ambientales provocados por el Estado y por las empresas, pero que no siempre se subsumen en un tipo penal ambiental, es decir, las actividades son “*lawful but awful*”.

En fin, para concluir con esta sección, me gustaría enfatizar que los intereses y las culturas varían de una sociedad a otra, por lo que, en temas de justicia ambiental, la reparación no siempre tiene que ser monetaria, pudiendo plantearse las compensaciones simbólicas, además de la relevancia del actor que las realiza, puesto que se siente más oportuna la compensación del autor corporativo (Hall, 2017).

1.4. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y Criminología crítica

En las situaciones de eco-victimización, tanto en las referidas como Norte-Sur como en las planteadas en las zonas urbanas, el principal causante de estos atentados medio ambientales suele ser la persona jurídica.

Cierto sector de la doctrina, desde hace tiempo, viene planteando el estudio criminológico de este fenómeno como delincuencia estatal-corporativa. Este sector de la doctrina señala que como consecuencia de la interacción entre las organizaciones políticas y económicas se producen daños sociales graves (Michalowski & Kramer, 2007; Natali, 2014; Bernat & Whyte, 2019).

Este sector doctrinal añade que esta interacción se produce ante un Derecho Penal torpe con los delitos cometidos por las élites económicas y políticas, delitos que han arruinado la vida de muchas personas a lo largo y ancho del planeta, por ejemplo, a través de la destrucción de los ecosistemas; es decir, dando lugar a diferentes situaciones de injusticia ambiental y dejando en múltiples y diferentes territorios únicamente desempleo, ausencia de alternativas de desarrollo, enfermedades además de tierras y aguas contaminadas (Michalowski & Kramer, 2007; Natali, 2014; Martínez-Alier, 2021).

Esta situación se plantea por el comportamiento de las élites políticas y económicas, siendo complejo diferenciar dónde empieza una y dónde la otra. De acuerdo con Michalowski y Kramer (2007), en un sentido similar Bernat y Whyte (2019), las élites provienen del mismo entorno poderoso y comparten una misma visión del orden social, lo que los primeros autores califican como una teocracia antiliberal; es decir, consideran que en las democracias liberales late una falsa idea de igualdad que las legitima, pero que no permite separar la política de la economía: lo político es económico y lo económico es político.

El término investigativo defendido por Michalowski y Kramer (2007: 202) pretende demostrar que los daños sociales y los delitos surgen de las confluencias del poder económico y el 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 anteriormente mencionadas, por consiguiente, estas conductas donde confluyen intereses económicos y políticos de las élites cuentan con una menor estigmatización.

En este sentido, como recuerda Natali (2014: 25), los crímenes corporativos no se observan como la delincuencia común, dado que suele existir una complicidad del Estado en la producción rutinaria y sistemática de estos daños ambientales habituales, es decir, son daños invisibles difíciles de reconocer, por lo que, en ocasiones, también difíciles de resistir.

Su crítica al Estado, en cuanto causante del daño social, supone reconocer que los Estados fascistas y los comunistas han ocasionado

daños, también los capitalistas, empero, a diferencia de los dos anteriores, estos no han sido juzgados.

En concreto, de acuerdo Michalowski y Kramer, el delito estatal-corporativo se comprende como:

acciones ilegales o socialmente dañosas que son resultado de la interacción del refuerzo mutuo de, primero, políticas y/o prácticas para lograr los objetivos de una o más instituciones políticas; y, segundo, de políticas y/o prácticas para lograr los objetivos de una o más instituciones de producción y distribución económica (Michalowski & Kramer, 2007: 209; citado en Barret, 2013: 264) (traducción libre de la autora).

El crimen corporativo puede adoptar dos formas: el iniciado por el Estado, esto es, las empresas que trabajan para el Estado hacen parte de una desviación organizacional bajo la dirección del gobierno o con su aprobación tácita; y el facilitado por el Estado, es decir, la regulación o las instituciones del Estado fallan en restringir las actividades empresariales desviadas por la complicidad entre el sector empresarial y el gobierno, o porque se adhieren a objetivos comunes cuyo logro puede ser obstaculizado por una regulación agresiva (Michalowski & Kramer, 2007: 209).

Esto explica precisamente que Michalowski y Kramer (2007) afirmen que el comportamiento desviado o criminal en el nivel organizacional derive de una presión por lograr un objetivo, de la disponibilidad y el atractivo de percibir lo que significa que algo sea ilegítimo, además de la ausencia de un control social. De esta manera, el primer catalizador para la acción es el énfasis que se fija en el logro de un objetivo, esto es, si el marco institucional resalta el logro de objetivos por encima de todo, se va a fomentar en mayor medida las conductas desviadas; el segundo catalizador de la acción sugiere que un desvío organizacional es más probable en una sociedad donde los medios legítimos son más escasos con respecto a los objetivos, es decir, en cuanto menos medios legítimos facilite la empresa para el logro de los objetivos, el individuo se verá más forzado a buscar rutas alternativas desviadas para lograr el objetivo.

Sentado esto, se van a apuntar unas observaciones sobre el Derecho Penal Internacional y la responsabilidad penal de las personas jurídicas para presentar brevemente una serie de alternativas político-

criminales que permitan hacer frente a las dificultades sufridas por las eco-víctimas analizadas en este capítulo.

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. Se propone una doble regulación internacional: por un lado, 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 (Aparac, 2020, Neyret, 2019, Nieto Martín, 2019, Guardiola Lago, 2020).

Respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, teniendo en mente la variedad de regulaciones que existe tanto en Europa como en América Latina, en este texto destaco los programas de cumplimiento penal y las penas, dado que en algunos países, por ejemplo, en España, los primeros son elementos que con una aplicación eficaz son eximentes o atenuantes de la responsabilidad penal, y porque anteriormente se ha analizado el concepto de delito-estatal corporativo.

Próximo a ello, también es preciso recordar que las empresas son un actor fundamental para el mantenimiento del orden social y es en este marco donde pueden ubicarse los programas de cumplimiento, pudiendo considerarse como una estrategia ubicada entre la Ética, la Política y el Derecho que sirve para controlar el comportamiento corporativo, adaptándose a lo exigido por la normativa (Cigüela Sola, 2019: 5).

En primer lugar, sería recomendable que los programas de cumplimiento incorporasen 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 (Gorriz Royo, 2019: 49-50). De acuerdo con lo indicado, al tener en cuenta la ubicación geográfica de la empresa (Gorriz Royo, 2019: 51) al evaluar el riesgo, podrían considerarse los rasgos de las personas que se pueden ver perjudicadas por la actividad

empresarial. En otras palabras, en el caso en que estas personas carezcan de recursos económicos, se plantea el ofrecimiento de una serie de alternativas, mediante el diálogo, para que puedan hacer frente a las actividades perjudiciales de la empresa, además de que la propia empresa adopte una actitud preventiva mediante el uso de tecnologías más limpias, como las que sustituyen a las tecnologías de final de tubo.

Siguiendo a Cigüela Sola (2019) se pueden organizar los datos de ese mapa de riesgos conforme a los tres niveles de definiciones favorables al crimen que elaboró Sutherland (macro, meso y micro). El nivel macro es el nivel socio-normativo y se define como los condicionantes estructurales; piénsese en la escasez de recursos, la competitividad externa, la inestabilidad o la incertidumbre de mercado o la relación entre el Estado y el propio sector de la empresa. El nivel meso son los factores criminógenos que son propios de la organización donde se ha cometido el delito, guardando relación con las carencias en la cultura corporativa. El nivel micro se centra en el individuo y en los factores que influyen en cómo piensa, elige y actúa como miembro de la organización.

Cigüela Sola (2019) afirma que los programas de cumplimiento guardan una conexión más estrecha con el nivel meso, ya que su finalidad es la de producir un cambio en la organización de la empresa; mientras que los niveles macro y micro no pueden ser controlados por la empresa.

Este autor también destaca que para que la responsabilidad penal de la persona jurídica no sea objetiva, respetando el principio de culpabilidad penal, la responsabilidad tiene que tener un alto grado de conexión del delito con el nivel meso, porque en cuanto mayor conexión del delito exista con la organización, más sencillo será afirmar que la persona jurídica es responsable de dicho delito. En caso de que el delito esté relacionado con los factores criminógenos del nivel micro, la responsabilidad tenderá a ser individual, salvo que se pueda exigir el control sobre dichos factores de la empresa, o que dichos factores se hayan consolidado en el factor meso y sean objeto de la política de prevención de la empresa; igualmente, los delitos con factores criminógenos del nivel macro darán lugar a estados de inexigibilidad o de necesidad, valga por caso, que la empresa se encuentre

en una situación tal que, o cierre, o participe en actividades delictivas para acceder al mercado y sobrevivir.

Por último, Cigüela Sola (2019) agrega que las propiedades estructurales y culturales de la empresa se generan de forma acumulada, progresiva o incremental, difusa y espontánea; pero, en todo caso, los programas de cumplimiento deben tener como finalidad el controlar el contexto estructural y el cultural, ya que se pueden presentar en los mismos factores criminógenos de manera alternativa o acumulativa.

En segundo lugar, la necesaria complementariedad de la justicia restaurativa. De acuerdo con Guardiola Lago (2020) y con Barber (2020), dados los principales rasgos de este tipo de justicia —favorecer la reparación de los daños sufridos por la víctima del delito, mejorando su participación en el procedimiento penal, además de lograr un acuerdo reparador entre víctima y victimario en los tipos penales que protegen bienes jurídicos individuales y en víctimas concretas identificables—, parece bastante complejo que se aplique a la delincuencia socioeconómica. Por ende, siguiendo a Guardiola Lago (2020: 546), la justicia restaurativa puede complementar al sistema de justicia penal, ya que con ello se conservan 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, Barber (2020) sugiere que la reparación tenga un enfoque maximalista y ecocéntrico, evitando que las víctimas tengan una disposición total sobre el conflicto, porque llevaría a la privatización del mismo en el momento de negociar pactos indemnizatorios a cambio de posibles exoneraciones penales, además de poner en riesgo la prevención general negativa en los casos de delincuencia empresarial. La reparación se puede llevar a cabo a través de sanciones reparadoras como las multas, piénsese en la acción de destinar el importe obtenido a financiar proyectos orientados a proteger o restaurar o mejorar los espacios naturales⁷; por medio del instituto del

⁷ Barber (2020) recuerda que la imposición de una multa elevada a una empresa puede lesionar otros intereses legítimos y obligar al cierre total de sus actividades o afectar a los trabajadores y proveedores, de modo similar a lo que ocurre con

decomiso, y tomando como referente el artículo 127 octies del Código Penal español, se podrían fomentar políticas reparadoras de los intereses colectivos, mejorando la tutela del bien jurídico, 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*, dado que el artículo 112 del Código Penal español permite imponer a la empresa una obligación de dar, hacer o de no hacer algo como sanción, de manera que, el condenado responda de forma personal y directa, por ejemplo, con su instrumental, instalación, mano de obra.

2. Conclusiones

La aporofobia supone la discriminación al pobre por el hecho de serlo y esta pobreza se trata de un constructo social que varía según el lugar y el tiempo, además de depender de elementos como la cultura, la sociedad y la política. Un índice que mida la pobreza puede tomar en consideración estos cuatro elementos: la vida larga y saludable, la educación, el nivel de vida digno y la exclusión social o la tasa de desempleo.

La aporofobia se manifiesta en el Derecho Penal favoreciendo al delincuente de cuello blanco y, también, cuando la afección de los delitos ambientales recae sobre las víctimas más desfavorecidas, perjudicando derechos de tercera generación, como el derecho a un medio ambiente sano.

Las víctimas más desfavorecidas por los delitos ecológicos lo pueden ser desde la comparación territorial: por un lado, entre países del Norte y del Sur, consecuencia de un modelo extractivista y de la falta de una Política Criminal común a nivel internacional; también desde un enfoque urbano, dado que las empresas ubican sus fábricas cerca de los lugares donde viven las personas más pobres, los afrodescen-

la pena de suspensión de actividades, la clausura de locales y la disolución de la empresa. Es por este motivo que propone como pena a una empresa los trabajos en beneficio de la comunidad. En sentido similar, pero en referencia a que en los delitos ambientales empresariales la opción óptima es la intervención judicial, se manifiesta Fuentes-Loureiro (2019).

dientes y las minorías étnicas. Respecto de este último enfoque, sin embargo, es necesario precisar que parte de la doctrina no observa una relación de causalidad en la localización de las actividades contaminantes, pues consideran que múltiples factores, como los familiares, las inspecciones de entidades reguladoras y el año de establecimiento de la planta ejercen influencia sobre estas eco-víctimas.

Los diferentes conflictos ecológico-distributivos, o la Ecología de los pobres, han dado lugar a los movimientos de justicia ambiental, fenómeno que comenzó en Estados Unidos, pero que se ha extendido a diferentes países para hacer frente a los diferentes y preocupantes problemas ambientales. Su exigencia principal es el control de los medios para subsistir frente a los poderes del Estado y de las empresas, logrando la protección de los derechos humanos y de las diversas especies tanto actuales como futuras.

Para finalizar, se recuerda la creación de un cuerpo legislativo internacional con delitos ambientales transnacionales y la incorporación de un quinto crimen internacional de ecocidio para los casos extremadamente graves contra la naturaleza. Se recomienda, también, el empleo de los programas de cumplimiento penal que incluyan un mapa de análisis de riesgos de acuerdo con los tres niveles de definiciones favorables al crimen elaborado por Sutherland: macro, meso y micro.

En suma, la propuesta de 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*.

Referencias

DOCTRINA

- Akbulut, B., Demaria, F., Gerber, J. F. & Martínez-Alier, J. (2019). "Who promotes sustainability? Five theses on the relationships between the de-growth and the environmental justice movements". *Ecological Economics*. 165, pp. 418-427.
- Aparac, J. (2020). "ICL and Environmental Protection Symposium: International Criminal Law as a Tool for Corporate Responsibility for Environmental Crimes (Part I)". *Opinio Juris*. [Disponible en <http://opiniojuris.org>].

- org/2020/06/04/icl-and-environmental-protection-symposium-international-criminal-law-as-a-tool-for-corporate-responsibility-for-environmental-crimes-part-i/]
- Ash, M., Boyce, J.K., Chang, G. & Scharber, H. (2012). "Is Environmental Justice Good for White Folks? Industrial Air Toxics Exposure in Urban America". *Social Science Quarterly*. 94 (3), pp. 616-636.
- Banzhaf, H. S., Ma, L., & Timmins, C. (2019). "Environmental Justice: Establishing Causal Relationships". *Annual Review of Resource Economics*. 11, pp. 377-98.
- Barber, A. C. (2020). "Justicia restaurativa y técnicas de reparación del daño ecológico en el delito medioambiental". *Revista Catalana de Dret Ambiental*. 11 (2), pp. 1-35.
- Barrett, K. L. (2013). "Bethlehem Steel at Lackawanna: The State corporate crimes that continue to victimize the residents and environment of Western New York". *Journal of Crime and Justice*. 36 (2), pp. 263-282.
- Bernat, I., & Whyte, D. (2019). "State-Corporate Crimes". En Rorie, M. L. (Ed.). *The Handbook of White-Collar Crime*. Wiley Blackwell, pp. 127-138.
- Borrás, S. (2014). "Del derecho humano a un medio ambiente sano al reconocimiento de los derechos de la naturaleza". *Revista Vasca de Administración Pública*. 99-100, pp. 649-680.
- Borrás, S. (2017). "Movimientos para la justicia climática global: replanteando el escenario internacional del cambio climático". *Relaciones Internacionales*. 33, pp. 97-119.
- Brulle, R.J. & Pellow, D.N. (2006). "Environmental Justice: Human Health and Environmental Inequalities". *Annual Review of Public Health*. 27 (1), pp. 103-124.
- Bullard, R.D. (1983). "Solid Waste Sites and the Black Houston Community". *Sociological Inquiry* (53) (2-3), pp. 273-288.
- Chakraborty, J. (2009). "Automobiles, Air Toxics, and Adverse Health Risks: Environmental Inequities in Tampa Bay, Florida". *Annals of the Association of American Geographers*. 99 (4), pp. 674-697.
- Chakraborty, J. (2017). "Focus on environmental justice: new directions in international research". *Environmental Research Letters*. 12, pp. 1-5.
- Cigüela Sola, J. (2017). "Aproximación a una Dogmática de la Exclusión Social: De la Imputabilidad a la Individualización". *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 17, pp. 13-46.
- Cigüela Sola, J. (2019). "Compliance más allá de la ciencia penal". *InDret. Revista para el análisis del Derecho*. 4, pp. 1-36.
- Cortina Orts, A. (2017). *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*. Barcelona: Paidós.

- Downey, L., Crowder, K., & Kemp, R. J. (2017). "Family structure, residential mobility, and environmental inequality". *Journal of Marriage and Family*. 79 (2), pp. 535-555.
- Ferrer, E. J. V. (2010). "Un índice alternativo al IPH2 para la medición de la pobreza y exclusión social". *Metodología de Encuestas*. 12 (1), pp. 29-43.
- Fuentes-Loureiro, M. A. (2019). "La responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos ambientales. Críticas y propuestas en relación con la penalidad". *Diario La Ley*, 9451 (3), pp. 1-12.
- García Ruíz, A. (2018). "Del Ecocidio y los procesos migratorios a la opacidad de la victimización ecológica". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 20 (11), pp. 1-44.
- Gochfeld, M., & Burger, J. (2011). "Disproportionate exposures in environmental justice and other populations: the importance of outliers". *American Journal of Public Health*. 101 (S1), pp. 53-63.
- Gorriz Royo, E. M., (2019). "Criminal compliance ambiental y responsabilidad de las personas jurídicas a la luz de la LO 1/2015, de 30 de marzo". *InDret. Revista para el análisis del Derecho*. 4, pp. 1-63.
- Gray, W. B., Shabegian, R. J., & Wolverton, A. (2010). "Environmental justice: Do poor and minority populations face more hazards?". *National Center for environmental economics*. No. 2168-2018-8127, pp. 1-35.
- Guardiola Lago, M. J. (2020). "¿Es posible la justicia restaurativa en la delincuencia de cuello blanco?". *Estudios Penales y Criminológicos*. 30, pp. 529-591.
- Hall, M. (2017). "Criminal redress in cases of environmental victimization: a defence". *International Review of Victimology*. 23 (2), pp. 203-223.
- Hallegatte, S., Fay, M., & Barbier, E. B. (2018). "Poverty and climate change: Introduction". *Environment and Development Economics*. 23 (3), pp. 217-233.
- Martínez-Alier, J. (2003). *The Environmentalism of the poor: a study of ecological conflicts and valuation*. Edward Elgar Publishing.
- Martínez-Alier, J. (2018). "Ecological distribution conflicts and the vocabulary of environmental justice". En *Ecology, Economy and Society*. Singapore: Springer, pp. 187-204.
- Martínez-Alier, J. (2021). "Mapping ecological distribution conflicts: The EJAtlas". *The Extractive Industries and Society*. [Disponible en <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol88/iss3/1>]
- Mesa, G., Ortega, G.A., Choachí, H.A., Quesada, C. E., Sánchez, L.F. (2015). Conflictos ambientales: elementos conceptuales y metodológicos para su análisis. En Mesa Cuadros, G. (Ed.) *Conflictividad ambiental y afectaciones a derechos ambientales*. Bogotá: Ediciones Universidad Nacional de Colombia, pp. 26-68.

- 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.
- Morelle Hungría, E. (2020). "Ecocriminología, la necesaria visión ecosistémica en el siglo XXI". *Revista Electrónica de Criminología*. 3 (2), pp. 1-14.
- Natali, L. (2014). "Green criminology, victimización medioambiental y social harm. El caso de Huelva (España)". *Crítica Penal y Poder*. 7, pp. 5-34.
- Neyret, L. (2019). "El Derecho penal como mecanismo de protección del medio ambiente. Sobre el informe del 11 de febrero de 20151". En Muñoz De Morales Romero, M. (Ed.). *Hacia un Derecho Penal Internacional del medio ambiente. Propuesta de una convención internacional sobre ecocidio y ecocrímenes*. [Disponible en https://blog.uclm.es/idp/files/2020/07/2019_ECOCIDIO_final_PUBLICACION.pdf].
- Nieto Martín, A. (2019). "El Derecho penal internacional del cambio climático". En Muñoz De Morales Romero, M. (Ed.). *Hacia un Derecho Penal Internacional del medio ambiente. Propuesta de una convención internacional sobre ecocidio y ecocrímenes*. [Disponible en https://blog.uclm.es/idp/files/2020/07/2019_ECOCIDIO_final_PUBLICACION.pdf].
- Ponce, M. G. (2018). "Medición de pobreza multidimensional de la iniciativa en pobreza y desarrollo humano". *Revista de ciencias sociales*. 24 (4), pp. 98-113.
- Rodríguez, G. A. (2016). *Los conflictos ambientales en Colombia y su incidencia en los territorios indígenas*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Sales i Campos, A. (2014). *El delito de ser pobre. Una gestión neoliberal de la marginalidad*. Barcelona: Icaria.

Capítulo 12

LOS RETOS DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL EN LA AMAZONIA BRASILEÑA

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

Introducción

Hace ya casi cinco décadas, Miguel Delibes leía su discurso de incorporación a la Real Academia de la Lengua. En él realizaba una dramáticamente profética defensa de la Naturaleza, en sus primeras páginas anunciaba su propósito de aprovechar la ocasión, “para unir mi voz a la protesta contra la brutal agresión a la Naturaleza que las sociedades llamadas civilizadas vienen perpetrando mediante una tecnología desbridadada” (Delibes, 1975: 12). Ciertamente las páginas de su discurso son un catálogo de muchos de los problemas que se pretenden abordar en este artículo, de un desarrollo que acaba generando desigualdad entre personas y pueblos, que hace más ricos a los que ya lo son y más pobres a los que ya tienen esa condición. Desarrollo que no es tal si su resultado final es tornar inhabitable nuestro planeta.

Muy significativo, confirmando esa apreciación, es el contenido de la reciente entrevista al Secretario de Naciones Unidas, Antonio Guterres, en un conocido medio de comunicación español, en la que, entre otras muchas cosas, afirmaba, “estamos en guerra con la Naturaleza y es preciso hacer las paces”¹.

¹ La entrevista fue publicada en el periódico *El País*, el 2 de diciembre de 2020, y la política medioambiental y el cambio climático fue el punto central de ella. Entre otras respuestas al pronunciarse sobre las inversiones de los Estados en energías fósiles, mucho más elevadas que las dirigidas a las energías renovables, afirmaba: “No es aceptable que las generaciones futuras reciban un montón de deuda y que esa deuda se haya utilizado para destruir el planeta. Está claro que hay una responsabilidad moral. Lo que estamos gastando para recuperarnos de la covid debe tener al mismo tiempo como clara prioridad la inclusión, combatiendo las

Un académico, que ha hecho del estudio del Derecho el objeto de sus reflexiones, no puede mostrarse indiferente ante un problema de la gravedad que señalaba Delibes y reitera Guterres. Las páginas que siguen, pretenden examinar la posición que el Derecho Penal debe adoptar frente al mismo. Es por tanto un estudio de Política Criminal, que se incluye dentro de una Política Criminal de contenido humanista que defiende Arroyo Zapatero (2018).

Este estudio he decidido centrarlo en la Amazonia brasileña, con toda probabilidad uno de los espacios, sino el más, con un mayor significado medioambiental del planeta. Una región con dimensiones casi continentales, con contenidos que afectan a una pluralidad de proyecciones del medio ambiente, forestales, zoológicas, fluviales, geológicas, antropológicas e incluso filológicas. El interés que presenta es evidentemente plural, pues su examen puede ser llevado a cabo por la práctica totalidad de los saberes que ocupan al ser humano.

La Amazonia se extiende por nueve Estados² y está habitada por pueblos indígenas, con culturas y lenguas propias, y con una especial relación con las tierras que ocupan desde tiempos ancestrales. Es una región en la que, como podrá constatar, está presente una importante convergencia entre garantía de los derechos de los pueblos indígenas y la protección del medio ambiente (Berdugo & Dutra de Paiva, 2020: 9 ss.).

La Amazonia, tanto en su historia como en su presente, aun hoy es poco conocida, las tomas de postura y las políticas sobre ella se basan a menudo más en mitos que en la realidad, lo que lleva a que Meirelles Mendes (2019: 15) afirme que “seguimos los brasileños, e incluso los amazónicas, con una visión simplista de la Amazonia. Todavía conta-

desigualdades, y la sostenibilidad, combatiendo el cambio climático. Si no lo hacemos estaremos cometiendo un grave crimen en nuestra relación con nuestros hijos y nietos”.

² La Amazonia está en Brasil, Bolivia, Perú, Ecuador, Colombia, Venezuela, Guayana, Guayana Francesa y Surinam. La mayor extensión está en territorio brasileño, donde, después de la Constitución de 1988, a efectos administrativos la considerada Amazonia legal se extiende por los Estados de Acre, Amapá, Amazonas, Pará, Rondônia, Roraima, Tocantins, Mato Grosso y Maranhão. Ocupa según los datos oficiales una extensión de 5.217.423km² el 61% de la totalidad del territorio brasileño.

minados por el eurocentrismo y la búsqueda de los inmensos tesoros, raramente reconocemos los saberes de los pueblos tradicionales”.

Durante mucho tiempo, desde Pinzón y Orellana, la Amazonia era el territorio en el que debía estar el mítico “El Dorado”. También en sus bosques, se creía que moraba la legendaria tribu de las mujeres guerreras del pecho amputado³, las Amazonas. Frente a estos y otros mitos, cualquier aproximación al estudio de la Amazonia pone de relieve la presencia de una serie de condicionantes de su actual realidad y de los problemas que presenta la política medio ambiental en la región. De entre todos sus rasgos, dos tienen una particular importancia, la baja presencia del Estado, consecuencia de la relación entre la cifra, escasa, de población y la dimensión, muy extensa, del territorio⁴, a lo que hay que agregar la incontrolada explotación, muchas veces depredación⁵, de sus recursos con raíces en la época de la colonia y que aún hoy se plasma en un desarrollismo con consecuencias muy levisas en el medio ambiente y en los derechos de los pueblos indígenas.

La no presencia del Estado hace que el poder, muchas veces dramáticamente, haya estado y en bastantes casos siga estando, en manos de grandes hacendados y de multinacionales.

Por otro lado, el incontrolado desarrollismo hay que vincularlo con la riqueza de materias primas. Un ejemplo paradigmático históricamente fue la explotación del caucho⁶. Hoy lo son la ganadería, las

³ El nombre del río es dado por Orellana al enfrentarse a una tribu en la que combatían hombres y mujeres guerreras. Los brasileños denominan Amazonas al río a partir de Manaus, donde el Solimoes recibe las aguas más oscuras del río Negro.

⁴ La Amazonia brasileña tiene un total de 5.217.423km² en la que viven 25.474.365 habitantes de los que un 60% lo hace en el medio urbano, datos que recoge y analiza Silva (2020: 220), tomados del Instituto Brasileiro de Geografía e Estatística (IBGE).

⁵ La depredación de los recursos naturales de la Amazonia continua en el momento actual. En fecha muy reciente, el 21.12.2020, la Folha de Sao Paulo, daba la noticia de la aprehensión por parte de la Policía Federal de la más importante cantidad de madera cortada ilegalmente de la historia de Brasil, en una zona entre los Estados de Pará y Amazonas Un Total de 131,1 mil metros cúbicos de troncos, la operación se denominó Handroanthus GLO, *vid.* www1.folha.uol.com.br.

⁶ La denominada fiebre del caucho vivió su auge entre 1879 y 1912 y ha sido responsable de grandes transformaciones tanto culturales como sociales en el

explotaciones mineras, las grandes presas, la construcción de infraestructuras de comunicación etc⁷.

Pero no se puede dejar de tener presente que la Amazonia por su extensión y por su diversidad biológica es considerado por estudiosos y especialistas como el pulmón del mundo porque los efectos derivados de muchas de las políticas de explotación se extienden a todo el planeta.

Junto a esta importancia de la Amazonia en relación con el medio ambiente no puede ignorarse su trascendencia respecto a los pueblos indígenas, originarios moradores de la región (Berdugo & Dutra de Paiva, 2020: 14 ss.). Sobre estos pueblos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha elaborado dos muy documentados informes en los que aborda la realidad de los derechos humanos de los pueblos indígenas reconocidos por las normativas internacionales. El primero, aprobado en 2013, tiene como objeto a los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario (CIDH, 2013). El segundo, más reciente, en 2019, analiza con carácter general la situación de los pueblos de la Amazonia (CIDH, 2019).

El punto de partida de este último Informe, el titulado “Pueblos indígenas y tribales de la Panamazonia”, es la consideración de la dramática situación que supone para los pueblos indígenas la desposesión de tierras y los obstáculos para el reconocimiento de la propiedad sobre las mismas, unido a las consecuencias de la política desarrollista que, en especial en Brasil, se sigue en toda la zona, lo que trae consigo graves consecuencias medioambientales y efectos muy negativos sobre la vida, la salud y en general la cultura de estos pueblos (CIDH, 2013: 45 ss.).

territorio de la Amazonia. Fue un tiempo relacionado con la llegada de comerciantes, con migraciones internas, especialmente de nordestinos, causadas por la atracción de una gran riqueza, y con la explotación y esclavización de los pueblos originarios.

⁷ La política de construcción de grandes infraestructuras de comunicación es uno de los rasgos del ciclo que Ribeiro Capobianco (2019: 63-64) denomina “de integración forzada y de ocupación depredadora de la Amazonia brasileña”, que, iniciado en la década de los cincuenta, alcanza su manifestación más relevante durante la dictadura militar, clave el Decreto ley n° 1.106 de 1970, que tenía la finalidad de financiar obras que posibilitaran “su más rápida integración en la economía nacional.”

Por todo ello, dentro de las recomendaciones con las que cierra su Informe, la Comisión expresamente afirma que “durante los últimos años se han advertido nuevos problemas que amenazan la supervivencia de estos pueblos, en especial, las alteraciones medioambientales y el cambio climático hacen cada vez más difícil que puedan mantener sus formas de vida e interacción con el ambiente” (CIDH, 2013: 197)⁸. Con lo que la Comisión ratifica la apuntada conexión entre los derechos de los pueblos indígenas y el medio ambiente.

1. La Amazonia objeto de protección del Derecho Penal Internacional

1.1. Sobre la internacionalización

Uno de los rasgos de la realidad que vivimos es, sin duda, el de la internacionalización que, en el campo penal, ha llevado al desarrollo del Derecho Penal Internacional y que se proyecta sobre los dos ejes de nuestro estudio, los derechos de los pueblos indígenas y el medio ambiente.

Entre las consecuencias de esta internacionalización está la aspiración a un nuevo orden mundial asentado sobre la declaración de Derechos Humanos aprobada tras la Segunda Guerra Mundial y sobre la creación de diversas instituciones de carácter global. En este nuevo marco de Estados que se proclaman, lo que no significa que necesariamente lo sean, como Estado social y democrático de Derecho, se ha de situar nuestro análisis, que obviamente tiene que tener presente el contenido del desarrollo de los derechos llevado a cabo por tratados y convenciones, globales y regionales.

⁸ En la segunda de las conclusiones, tras constatar las actividades de hiperdesarrollo, se pronuncia sobre sus consecuencias: “Los impactos son irreversibles al medio ambiente y a las comunidades locales, y en general han sido impuestos a los pueblos indígenas sin cumplir con su derecho a la consulta y consentimiento libre, previo e informado”.

1.2. *La evolución del Derecho Penal Internacional*

El Tribunal de Núremberg supuso un paso decisivo en la evolución del Derecho Penal Internacional que, hasta ese momento, tenía como sujetos de su contenido a los Estados, pese a las doctrinas que siglos antes había defendido Vitoria⁹ y a los frustrados intentos después de la Primera Guerra Mundial¹⁰. En Núremberg se juzgó a personas físicas y se inició en el marco de Naciones Unidas el camino para la creación de una jurisdicción universal con competencia para juzgar delitos que se estiman constituyen *ius cogens*. Este camino, que aún se recorre, ha pasado ya por el momento clave de la creación de la Corte Penal Internacional y de la aprobación del Estatuto de Roma¹¹. El debate, que llega hasta nuestros días, no está concluido ni respecto a los delitos, ni respecto a las personas. El contenido del Estatuto de Roma es un paso más en la evolución de la clásica normativa del *ius in bello* y del *ius ad bellum*, pero hoy pasa a primer plano la consideración de otros intereses directamente unidos a la internacionalización, que no se limita a los conflictos bélicos y es plural en sus manifestaciones

⁹ Sobre Francisco de Vitoria, aunque más adelante se profundizará en su aportación, me remito a Berdugo (2019: 27 ss.).

¹⁰ El Tratado de Versalles en su art. 227 establecía: “Las Potencias aliadas y asociadas acusan públicamente a Guillermo II de Hohenzollern, ex emperador de Alemania, por ofensa suprema contra la moral internacional y la santidad de los Tratados. Se constituirá un tribunal especial para juzgar al acusado, asegurándole las garantías esenciales del derecho de defensa. Se compondrá de cinco jueces, nombrados por cada una de las cinco Potencias siguientes: Estados Unidos de América, Gran Bretaña, Francia, Italia y el Japón, El tribunal juzgará inspirándose en los principios más elevados de la política entre las naciones, con objeto de garantizar el respeto a las obligaciones solemnes y a los compromisos internacionales, así como a la moral internacional. Le corresponderá fijar la pena que a su juicio deba aplicarse. Las Potencias aliadas y asociadas dirigirán al Gobierno de los Países Bajos un requerimiento en solicitud de que les entregue al ex emperador para que sea juzgado”. La pretensión de este artículo se frustró al no conceder los Países Bajos la extradición del Kaiser.

¹¹ El Estatuto de Roma establece en su art.5: “La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes: a) El crimen de genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad; c) Los crímenes de guerra; d) El crimen de agresión”. Estableciendo en los siguientes artículos las conductas que son incluidas dentro de cada uno de estos delitos.

tanto en los intereses protegidos como en las formas de delinquir. Es decir, puede exteriorizarse tanto en el objeto de protección como en la forma, transfronteriza, en que se lesiona o pone en peligro a determinados bienes jurídicos, que no tienen que tener esa condición de internacionales¹².

Las interrogantes a resolver pasan por dos puntos claves, la evolución de la realidad objeto de regulación y los cambios experimentados en los criterios para ordenar las relaciones y para dar respuesta a los conflictos de una cambiante realidad.

La internacionalización, que es un rasgo del mundo actual con múltiples manifestaciones, se refleja también en el Derecho Penal, tanto en la incorporación de nuevos bienes jurídicos, como en la evolución del contenido de otros preexistentes.

Sobre esa realidad internacionalizada hay que proyectar las consecuencias que en su ordenación tiene la evolución del modelo de Estado que ha pasado a ser Social y Democrático de Derecho y las implicaciones que se derivan del nuevo orden mundial y del desarrollo normativo de los Derechos internacionalmente consagrados. Aunque tanto el nuevo orden como el contenido de los derechos aparezcan condicionados por una lectura que continúa exteriorizando un importante peso neocolonizador¹³. La doctrina solo puede paliar las consecuencias de esta situación mediante el cuestionamiento de las relaciones de poder y a través de la potenciación del pluralismo, como valor consustancial del carácter democrático del modelo de Estado constitucionalmente consagrado.

La evolución de los sujetos del Derecho Penal Internacional alcanza también, de forma paralela al debate que tiene lugar en los ordenamientos nacionales, sobre la responsabilidad de las personas jurídicas, al existir corporaciones con actuación y estructura que va por encima de las fronteras que, por tanto, pueden incidir lesionando o poniendo

¹² Es obligada en nuestra doctrina la referencia al libro de Ollé Sesé (2008) o tener presente la referencia a la internacionalización del Derecho Penal Económico. En este punto tiene interés el contenido de muchos de los artículos recogidos en Demetrio Crespo (2020).

¹³ Tiene mucho interés la lectura crítica que lleva a cabo Gómez Isa (2011: 269 ss.) y también, Moreira do Nascimento Domingos (2019: 360 ss.).

en peligro bienes jurídicos de naturaleza global o bienes jurídicos de distintos Estados.

Esta evolución en el contenido del Derecho Penal se completa con la aparición, junto la mencionada Corte Penal Internacional, de otras jurisdicciones supranacionales de carácter regional con competencia para juzgar las actuaciones de los Estados, sirvan de ejemplo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La interrogante clave es si el punto de partida, el contenido que hoy tiene el Derecho Penal Internacional, es suficiente para dar una respuesta eficaz a la protección de la Amazonia, que refuerce la efectuada por el Derecho nacional o si, por el contrario, la trascendencia internacional de los bienes jurídicos tutelados requiere una política criminal que efectúe propuestas alternativas o complementarias de las que se llevan a cabo en el momento actual.

Como se pretende exponer, la protección del medio ambiente y de los derechos de los pueblos indígenas son desafíos para el nuevo Derecho Penal. Razonablemente para abordar su análisis, se ha de tener presente las aportaciones de la conocida como *green criminology*, que hace que pase a un primer plano no el examen de la etiología de los comportamientos incluíbles en los vigentes tipos penales, sino el estudio y los efectos de los daños medioambientales, que pueden derivarse tanto de comportamientos contrarios a Derecho como de comportamientos que pueden llegar a ser conformes al ordenamiento jurídico¹⁴.

Una primera aproximación a los problemas propios de la Amazonia en el momento actual, que tienen interés para el Derecho Penal Internacional, conduce a la necesidad de políticas públicas que garanticen los derechos de los pueblos indígenas y, en directa conexión con ellos, protejan el medio ambiente. El contenido de estas políticas comprende también el posible recurso al Derecho Penal.

¹⁴ Sobre la *green criminology* en nuestra doctrina son particularmente claras y significativas las páginas que le dedica De Pablo Serrano (2020: 3 ss.).

1.3. Sobre la protección de los pueblos indígenas de la Amazonia por el Derecho Penal Internacional

1.3.1. Las dos vías: el genocidio y la protección del medio ambiente

En 1968 Norman Lewis publica en el Sunday Times un artículo significativamente titulado “genocidio” (Lewis, 2010: 155 ss.), en el que denuncia la situación de los pueblos indígenas en la Amazonia brasileña, víctimas históricas del colonialismo antes y del neocolonialismo en el Brasil independiente después. El contenido del artículo tomaba como directa referencia el conocido como “Relatorio Figueiredo”¹⁵, en el que se relataban conductas inabundantes de ellas en el delito de genocidio¹⁶. En síntesis, el título del artículo de Lewis, se ajustaba a la realidad de lo que ocurría en muchos lugares de la geografía brasileña y especialmente en la región amazónica.

Hoy, en un contexto diferente, la problemática de los pueblos indígenas es una realidad que continúa presente en la política y en la academia brasileña. A título de ejemplo se puede ver el monográfico de la Revista Humanitas de la Universidad de Vale do Rio dos Sinos ti-

¹⁵ El contenido del relatorio, elaborado por encargo ministerial por el procurador Jair Figueiredo, fue calificado por la prensa de la época como “el escándalo del siglo”, pues enumeraba, con ejemplos concretos, algunos espeluznantes, las actuaciones llevadas a cabo en relación con los pueblos indígenas, muchas veces justamente por los integrantes del Servicio de Protección del Indio, organismo creado en 1910. Las consecuencias del Informe, además de la repercusión mediática, fue la supresión del SPI y su sustitución por la FUNAI, y poco más. El relatorio se dio por desaparecido en el incendio del Ministerio de Agricultura en 1967 y poco más tarde el procurador Figueiredo, que tuvo que abandonar Brasilia, muere en un accidente de tráfico nunca investigado. El relatorio reaparece en 2013 en el Museo del Indio en el marco de los trabajos de la Comisión de la Verdad y sirve de base para el capítulo que la misma dedica en su Informe a la represión de los pueblos indígenas. Con carácter general sobre el Relatorio *vid.* Guimares (2015). Puede accederse al texto del relatorio en <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/dados-da-atuacao/grupos-de-trabalho/violacao-dos-direitos-dos-povos-indigenas-e-registro-militar/docs-1/relatorio-figueiredo/relatorio-figueiredo.pdf/view>.

¹⁶ Particularmente impactantes son las terribles descripciones de LEWIS (2010: 184 ss.) y muy especialmente las “cacerías de indios” en expediciones lideradas por Francisco de Brito, supervisor general de la compañía cauchera, Arruda Junqueira.

tulado “Genocidio dos povos indígenas a luta contra a invisibilidade, a indiferencia e o aniquilamento”¹⁷. Según los datos del FUNAI¹⁸ hoy viven en la Amazonia unos 800.000 indígenas de más de 300 etnias. Ellos, pero no sólo, también los “quilombolas” y los “ribeiriños”, se ven directamente afectados por las políticas que se sigan en la región.

En un estudio de principios de este siglo, el sociólogo alemán Ulrich Beck (2008) incluye el riesgo medioambiental entre aquellos que por sus efectos merecen la consideración de riesgos globales. Esto implica que haya riesgos medioambientales que van más allá de las fronteras del Estado en el que se producen, que afectan a toda la humanidad. Lo que, por otra parte, explica todos los intentos de Naciones Unidas encaminados a establecer una política común, o al menos coordinada, entre los distintos Estados, para evitar o controlar estos riesgos. Pareciera por tanto evidente, que afrontar este riesgo medioambiental y frenar o limitar sus consecuencias, actuando de modo eficaz sobre el calentamiento global, constituye un imperativo que debería abordarse nacional e internacionalmente.

Estos riesgos globales son consecuencia de la acción del hombre sobre la naturaleza y no son nuevos, sí en su magnitud, pues el progreso y las políticas de los poderosos dirigidas a su mayor beneficio hunde sus raíces en la historia¹⁹. La denuncia de los efectos que sus políticas económicas tenían en América Latina, en sus riquezas naturales, en el medio ambiente, y sobre los pueblos indígenas, no es nueva, ya en los años 30 del pasado siglo se reflejaban en la novela “Mancha de aceite” de César Uribe Piedrahita (2006)²⁰ y más tarde en la conocida monografía de Galeano (1971) “Las venas abiertas de América Latina”²¹.

¹⁷ Disponible en <http://www.ihu.unisinos.br>.

¹⁸ *Id.* <https://www.gov.br/funai/pt-br/atuacao/povos-indigenas/o-brasil-indigena-ibge-1>.

¹⁹ Puede consultarse el libro de Malm (2020).

²⁰ Reedición de la obra originalmente publicada en 1934, esta novela denuncia la explotación del petróleo por parte de las multinacionales en Venezuela y Colombia y sus consecuencias sobre la naturaleza. Sobre el libro, en relación el tema que nos ocupa, *vid.* Escobar Mesa (2011: 269): “La novela es un testimonio temprano del ecocidio irresponsable de las multinacionales de los países desarrollados en países en vías de desarrollo”

²¹ Esta es la primera edición de un libro que supone un antes y un después en muchos temas que hoy nos siguen ocupando, entre ellos, como no, la explotación

El estudio de la problemática ambiental en la Amazonia tiene particular interés al ser una región de grandes dimensiones con una exuberante diversidad de fauna y flora, que ha sufrido y sufre las consecuencias de políticas públicas de desarrollo, además de ser víctima, muchas veces, de la ineficacia de la inspección ambiental para garantizar el fiel cumplimiento de las medidas de conservación. El hecho es que la Amazonia es escenario de distintos problemas medioambientales. A título de ejemplo y sin pretensión de exhaustividad hay que mencionar la deforestación ilegal y el tráfico de la madera resultante de esta deforestación, los incendios forestales hechos para permitir la explotación la agricultura y la ganadería extensiva, en ambos casos con cifras record en los dos últimos años²², el tráfico ilegal de especies, la ocupación ilegal de tierras — denominada *grilagem*²³ — y la usurpación y explotación de aquellas constitucionalmente reconocidas como pertenecientes a comunidades indígenas.

Por otro lado, el carácter poliédrico del medio ambiente y el especial significado que el mismo tiene para los pueblos indígenas de la Amazonia, abre la vía a examinar como su protección implica también una protección generalizada de otros derechos humanos consagrados tanto en la Declaración de Derechos Humanos como en la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas. Baste recordar el contenido del ya mencionado Informe de la Comisión Interamericana

de los recursos naturales de toda la región. El contenido del libro constituye el punto de partida del importante artículo de De Pablo Serrano (2020: 2 ss.).

²² En términos cuantitativos, según comunica el Instituto Nacional de Investigaciones Especiales (INPE), órgano responsable del control de los incendios forestales, han sido registrados 6.091 fuegos en julio frente a 5.318 el mismo mes del año pasado. Además, el número de incendios detectados en tierras indígenas subió el 77% frente a julio del 2019. En el tema general de la deforestación, que, junto a los incendios, incluye todas las formas de impacto ambiental, 2020 ha sido el segundo peor año desde 2015, con un total de 8.426km, superado tan solo por el año de 2019, en el que la superficie deforestada fue de 9.178km. *Vid.* el periódico *La Vanguardia* de 4 de agosto de 2020.

²³ Según Greenpeace, la *grilagem* es “la falsificación de documentos de la tierra utilizada por madereros, ganaderos y especuladores agrícolas para apoderarse de las tierras públicas con miras a su explotación. Terratenientes tienen la complicidad de tarjetas de registro de propiedad para apoderarse de áreas públicas y usar la violencia para desalojar ocupantes ilegales, pueblos indígenas y comunidades tradicionales que tienen un derecho legítimo a la tierra”. Disponible en <http://greenpeace.com.br/amazonia/pdf/grilagem.pdf>.

de Derechos Humanos de 2019 o la Opinión Consultiva de 15 de noviembre de 2017 de la Corte Interamericana. En esta, entre otras cosas se afirma que el medio ambiente es “fundamental para la existencia de la humanidad” y que, “en casos sobre derechos territoriales de pueblos indígenas y tribales, este Tribunal se ha referido a la relación entre un medio ambiente sano y la protección de derechos humanos”²⁴.

1.3.2. *El genocidio, una vía insuficiente*

El termino genocidio y el impulso para su consideración como delito internacional son en gran medida obra de Rafael Lemkin²⁵. El primer paso para la elaboración del nuevo delito fue su ponencia en la Conferencia para la Unificación del Derecho Penal de 1933 que tuvo lugar en Madrid (Lemkin, 2015: 87 ss.), en la que aún no utiliza el término genocidio, pero propugna la consideración como delitos del derecho de gentes a los “actos de barbarie,” y atribuye tal consideración a “los atentados ejecutados contra un individuo en tanto que miembro de una colectividad” y a los “actos de vandalismo (destrucción de obras de arte y cultura), pues estos actos afectan a “toda la cultura de la humanidad”²⁶.

El paso siguiente, no sin dificultades²⁷, va a ser la aprobación por Naciones Unidas en 1948 del “Convenio para la prevención y sanción de delitos de genocidio”, que en su ar.2, proporciona la definición del nuevo delito:

En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como

²⁴ La Opinión consultiva fue solicitada por Colombia, referida a los pueblos del Caribe colombiano. *Vid.* texto completo en www.cortidh.or.cr.

²⁵ Tiene especial interés la lectura de las páginas que Sands (2017: 199 ss.), dedica a la biografía de Lemkin y a sus esfuerzos para la creación del delito de genocidio. *Vid.* también Elorza (2015: 11 ss.).

²⁶ Lemkin (2015: 89), con carácter general concluye este apartado de su texto afirmando, que estos actos de barbarie y vandalismo, “conmueven la conciencia de la humanidad entera haciendo temer por su futuro” y que por ello “deben ser considerados como delitos de derecho de gentes”.

²⁷ Sobre el proceso de elaboración de la Convención, *vid.* Cárdenas (2019: 115 ss.).

tal: a) Matanza de miembros del grupo, b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo. c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo. e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Este contenido es el que se incorporó al ordenamiento penal brasileño por la Ley n° 2.889 de 1 de octubre de 1956, y el que, cincuenta años más tarde ha reproducido el art. 6 del Estatuto de Roma. Como ha puesto de relieve la doctrina (Elorza, 2015: 43), ha sido aplicado por la Corte Penal Internacional, ciertamente a personas “carentes ya del menor peso en la esfera internacional”.

La definición del genocidio que dan la Convención, la ley brasileña y el Estatuto de Roma ha sido y es objeto de debate²⁸. Dentro de los temas discutidos dos tienen particular trascendencia para estas reflexiones, la no inclusión en la definición del conocido como genocidio cultural y el contenido de la “*mens rea*” requerida con carácter general para la apreciación de este delito.

1.3.3. *El genocidio cultural. De la imposición de la integración al derecho a la propia cultura*

El genocidio cultural, cuya tipificación propugnaba Lemkin desde sus primeros textos, supone la adopción de políticas encaminadas a la extinción de la cultura de un grupo. Es decir, presupone la presencia de una cultura propia y diferente como signo clave de una identidad colectiva propia y diferenciada.

El punto de partida en nuestra investigación es el reconocimiento a los pueblos indígenas del derecho a una cultura propia o, de forma más clara, la consideración de los pueblos indígenas como sujetos de Derecho Internacional²⁹. Este reconocimiento es reciente y pone fin, al

²⁸ Como pone de relieve en un esclarecedor artículo De Prada (2019: 62), el contenido de la definición de genocidio en la Convención responde a las circunstancias políticas internacionales de aquel momento histórico. Por ejemplo, la ausencia del genocidio cultural se debe a la oposición de los países con políticas coloniales.

²⁹ *Vid.* el apartado bajo este mismo título en Berdugo & Dutra de Paiva, 2020: 14.

menos normativamente, a una política de integración por imposición de evidentes raíces coloniales.

Las piezas claves en este cambio de consideración han sido el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales independientes de la OIT, de 1989³⁰, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada en 2007, y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que lo fue en 2016. Por otra parte, el reconocimiento del derecho a una cultura propia, como derecho colectivo de los pueblos indígenas, es una consecuencia directamente unida al carácter democrático del modelo de Estado constitucionalmente proclamado. Este reconocimiento por los textos mencionados requiere medidas internacionales para garantizar su cumplimiento por los distintos Estados y la existencia en las legislaciones internas de políticas que promuevan y garanticen este objetivo.

El contenido de los textos internacionales y de la propia Constitución debería llevar a la admisión dentro del delito de genocidio no solo de conductas encaminadas a la eliminación física de los integrantes de un grupo, sino también a aquellos comportamientos que directa o indirectamente eliminan la cultura de una colectividad³¹, pues, en palabras de Lemkin (2015: 88-89)³² “la aportación de toda colectividad particular a la cultura internacional ingresa en el tesoro de la humanidad entera, al tiempo que conserva sus característica”

La Declaración americana sigue este camino al establecer de forma expresa en su Artículo XI: “Protección contra el genocidio. Los pueblos indígenas tienen derecho a no ser objeto de forma alguna de genocidio o intento de exterminio”.

³⁰ Este Convenio de la OIT es el primer texto internacional que reconoce: “las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven”.

³¹ Es importante la aportación que afronta la ampliación del contenido del delito de genocidio y en especial del genocidio cultural que efectúa De Prada (2019: 62 ss.).

³² Lemkin incluía estos comportamientos dentro de los que consideraba actos de vandalismo y que debían pasar a ser considerados como delitos contra el derecho de gentes.

En este mismo sentido, la Constitución brasileña de 1988, como recuerda Loureiro Dias (2019: 54), a diferencia de constituciones anteriores, “no considera al indígena en una situación temporal, hasta que se torne civilizado”. Así, de forma expresa el art. 231 establece el reconocimiento a los indígenas de “su organización social, costumbres, lenguas, creencias y tradiciones y los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan”. Siendo competencia y deber de la Unión la garantía y protección de estos derechos.

Pero, pese a ello y al principio de jerarquía normativa del texto constitucional, continúa aún vigente el denominado Estatuto del Indio, promulgado en el año 1973 por la Ley n° 6.001, en el que está presente el sello del neocolonialismo, al establecer que “regula la situación jurídica de los indígenas o selvícolas y comunidades indígenas, con el propósito de preservar su cultura e integrarlas, de manera progresiva y armoniosa, con la comunidad nacional” (art. 1). Esta integración, aunque sea “progresiva y armoniosa,” choca frontalmente con el contenido del texto constitucional. Estamos, por tanto, ante una de las cuestiones pendientes, que precisa de una actualización, que aún está en trámite³³, que desarrolle los preceptos constitucionales y haga efectiva su aplicación.

1.3.4. La “*mens rea*” en el genocidio

Otro de los problemas que presenta el delito de genocidio radica en el debate sobre el tipo subjetivo, al entender que únicamente incorpora el dolo directo y como máximo a los casos de dolo eventual³⁴. Con lo que, su posible aplicación a los supuestos referidos a los pueblos indígenas, aparece bastante limitada, pues la realidad pone de manifiesto que, en bastantes casos, en especial de casos genocidio cultural, los resultados son consecuencia de comportamientos impru-

³³ La necesaria reforma legislativa, se inició en el año 2009, después de más de veinte años de vigencia de la Constitución, y aún permanece en el Senado Federal brasileño. Texto del proyecto en <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/125563>

³⁴ Gil Gil (2019: 453 ss.) defiende con una sólida argumentación dogmática la inclusión de supuestos de dolo eventual dentro del tipo del genocidio, lo que, como ella misma recuerda, ya mantenía en su tesis doctoral.

dentes. La Convención de 1948 está muy condicionada por las políticas nacionalsocialistas y especialmente por el Holocausto, donde la eliminación física del pueblo judío constituía la finalidad objeto de las conductas realizadas.

Pero el genocidio se plasma más que en una acción concreta en una política encaminada a la destrucción física o cultural de un pueblo, a hacer desaparecer su identidad. Ejemplos de genocidio han sido dramáticamente frecuentes en la historia de la humanidad (Spigno & Zamora, 2019: 93 ss.).

La realidad también pone de relieve, y constituye un buen ejemplo el de los pueblos indígenas, que la destrucción de un pueblo puede constituir una consecuencia no buscada, pero con la que se cuenta o se acepta como resultado de la posible materialización de un riesgo generado por otra actividad o incluso se espera que no llegue a producirse. Baste de ejemplo, la materialización del riesgo por una obra de infraestructura, o como consecuencia de una deforestación o la incidencia sobre tierras que tienen un especial significado para la cultura de un pueblo y que provocan un desplazamiento no deseado de un pueblo indígena³⁵.

La revisión de la historia de los indígenas brasileños pone de relieve que en tiempo reciente han tenido lugar hechos que constituirían el delito de genocidio, al producirse actos directamente encaminados a la destrucción física de pueblos indígenas. Los ejemplos recogidos en el ya citado Relatorio Figueiredo y en la publicación de Lewis, justifican sobradamente, como ya se señaló, el título que este último dio a su artículo³⁶.

Pero, pese a estas revelaciones y a las que reitera el informe, la aplicación de la legislación penal a estos hechos brilla por su ausencia. Probablemente todavía hoy en buena medida son aplicables las reflexiones de Lewis (2010: 193) en relación con las denuncias presentadas en los casos de “cacerías de indios”, tomando como referencia el genocidio de los indios “cintas largas” y como al final, denuncias

³⁵ *Vid.* sobre esta problemática García Ruiz (2018: 1 ss.).

³⁶ Sirve de ejemplo Lewis (2010: 187 ss.), donde describe con minuciosidad la terrible acción contra un poblado de estos indígenas promovida por la compañía cauchera Arruda-Junqueira.

como esta “descansan por centenares olvidadas en los archivos policiales, simplemente porque la policía ha aprendido a no desperdiciar esfuerzos en intentar lo imposible. Nueve de cada diez crímenes graves probablemente nunca han salido a la luz”.

Los hechos denunciados, pese a su gravedad, no llegaron a ser objeto de condena, aunque, como se adelantaba, años antes se había incorporado a la legislación brasileña el delito de genocidio. Esta ley, aún vigente, se ha aplicado una sola vez, en un episodio, que tuvo lugar el 23 de julio de 1993, en una zona minera en Roraima, en la frontera entre Brasil y Venezuela, y que es conocido como “la masacre de Haximu”³⁷.

1.3.5. *Primera conclusión*

La vía del delito de genocidio tiene en su actual redacción un contenido limitado para poder llegar a ser considerado como un instrumento eficaz para la directa protección de los derechos individuales y colectivos de los indígenas. Esta falta de eficacia es mayor si se le sitúa en un marco normativo como el brasileño, en el que continúan vigentes normas anteriores a la Constitución de 1988 de, al menos, dudosa constitucionalidad, o en el que la incorporación al ordenamiento penal del delito de genocidio no ha pasado de tener un carácter puramente simbólico.

Por otro lado, la utilización de esta figura delictiva en su vigente redacción deja fuera al genocidio cultural, que tiene particular importancia en relación con el mantenimiento del patrimonio cultural brasileño del que forma parte la cultura de estos pueblos, que constituye un rasgo fundamental de su identidad. Esta identidad cultural presenta muchas manifestaciones y choca con demasiada frecuencia con las políticas desarrollistas que continúan considerando a la Amazonia como el gran depósito de materias primas para todo Brasil.

³⁷ Supremo Tribunal Federal brasileño, Recurso Extraordinario n° 351.487, Relator Ministro Cezar Peluso, publicado en 10/11/2006.

1.4. Sobre la protección del medio ambiente. Problemas e insuficiencias

1.4.1. A modo de introducción

La necesidad de proteger la naturaleza, a la que se refería Delibes en el citado discurso de ingreso en la Academia de la Lengua, ha adquirido una dimensión internacional en especial a partir de la Conferencia de Estocolmo, a la que más tarde se hará referencia.

Hoy la protección de la naturaleza, para garantizar en último término la vida en el planeta, ha pasado a ser un condicionante de muchas políticas, también de la política penal, pues, como recuerda Delmas-Marty (2015: 7) “si ahora es urgente que el Derecho penal ‘socorra al medio ambiente’ es porque la intensidad de la degradación ha ido en aumento en las últimas décadas”. El cambio climático y el calentamiento global han dejado de ser especulaciones de científicos para pasar a constituir imperativos a frenar internacionalmente³⁸.

En este contexto hay que situar el reconocimiento constitucional del Derecho al medio ambiente, que sirve de base al bien jurídico del mismo nombre, con rasgos que, como se expondrá, deben ser tenidos en cuenta si se aspira a llevar a cabo una protección eficaz.

Está fuera de discusión el significado real y simbólico que, con carácter general, tiene la Amazonia respecto a las políticas medioambientales tanto en Brasil como internacionalmente, a lo que hay que agregar, como ya se ha apuntado, la decisiva importancia que el mantenimiento de las condiciones medioambientales de la región tiene para los pueblos indígenas que la habitan³⁹.

³⁸ La acción del hombre como factor determinante del cambio climático tiene dos vertientes, una vinculada a la industrialización hace que las grandes potencias industriales, China y Estados Unidos, ocupen los primeros puestos entre los Estados que en mayor medida inciden sobre el cambio climático y otra, a menudo directamente vinculada a la anterior, que se da en los países en vías de desarrollo y que con acciones que inciden directamente sobre el bioma proporcionan materias primas, reproduciendo muchas veces prácticas de épocas coloniales.

³⁹ Vid. CIDH (2019: 197), en la última de las conclusiones con la que da entrada a sus recomendaciones, afirma: “Sin embargo, durante los últimos años se han advertido nuevos problemas que amenazan la supervivencia de estos pueblos, particularmente las alteraciones medioambientales y el cambio climático, hacen cada vez más difícil que puedan mantener sus formas de vida e interacción con el

Además, en las últimas décadas, el contenido del medio ambiente ha dejado de estar vinculado exclusivamente al ser humano, la concepción antropocéntrica, para tomar como referencia a la propia naturaleza, concepción ecocéntrica⁴⁰. A todo ello hay que añadir la pluralidad de soportes sobre los que se proyecta el medio ambiente, lo que, como se analizará, genera problemas no presentes en otros bienes jurídicos. Aunque algunos de estos soportes ya eran objeto de reconocimiento constitucional, de regulación jurídica y de protección penal.

En el caso de la Amazonia brasileña, desde los tiempos del Estado Novo de Getulio Vargas, hay referencias constitucionales a la protección de las “bellezas naturales”⁴¹, así como normativa administrativa para regularla recogida en los sucesivos códigos forestales⁴². Esta situación de proteger alguno de los soportes, no todos, sobre los que hoy dan contenido al medio ambiente, pero sin utilizar este término, se prolonga hasta la vigencia del actual texto constitucional.

Pero las “bellezas naturales” constitucionalmente consagradas cedían, muy especialmente en la región amazónica, frente a una política de desarrollismo, que, tras la depredación colonial⁴³, había tenido

medio ambiente. En ese sentido, con miras a ampliar el campo de reconocimiento, fortalecimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas y tribales, en concordancia con el desarrollo sostenible de la región, la CIDH propone las siguientes recomendaciones a los Estados que componen la Panamazonía”

⁴⁰ Sobre este punto y sus consecuencias respecto a la protección penal puede consultarse De la Cuesta (2017).

⁴¹ El art.10. III de la Constitución de 1934 establece como competencia de la Unión y de los Estados: “*proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a evasão de obras de arte*”. El texto de la Constitución de 1934 puede consultarse en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm.

⁴² El primer Código forestal brasileño es de 1934, de la época del Estado Novo de Getulio Vargas, en vigor hasta su sustitución por el de 1965. En 2012 se aprueba la Ley n° 12.651 de Protección de la Vegetación Nativa, con un contenido muy condicionado por la presión de la “bancada ruralista”. La constitucionalidad de la ley fue reconocida por el Tribunal Supremo en una ajustada votación de 6 a 5 en sentencia de 19 de febrero de 2018. Sobre los sucesivos Códigos forestales, *vid.* Dutra de Paiva (2021: 64 ss.).

⁴³ Sobre las primeras presencias de europeos en la región, *vid.* Padua (2005).

su primer antecedente en la época del caucho⁴⁴ y que pretendía un aprovechamiento de las materias primas de la región amazónica. Esta política alcanzó su punto álgido durante la dictadura militar, en el pretendido y no real “milagro brasileño”. Las grandes obras y el aprovechamiento de los recursos amazónicos, era el principio que orientaba toda la política en la Amazonia y pasaba por la deforestación, por el desconocimiento de los indígenas como sujetos de derechos, y por ofrecer la Amazonia como un lugar para grandes inversiones y enormes beneficios. (Ribeiro Capobianco, 2019: 63 ss.).

1.4.2. *El medio ambiente de bien jurídico nacional a bien jurídico internacional*

En el debate sobre el derecho al medio ambiente y su necesaria protección, que se inicia en la década de los setenta del pasado siglo, pronto van a estar presentes las consecuencias de la dimensión internacional que pueden llegar a alcanzar los ataques al mismo de una mayor entidad. La causa próxima de esta incorporación hay que situarla, por un lado, en la utilización en la guerra de Vietnam del conocido como “agente naranja” en bombardeos que producen masivas deforestaciones y efectos que llegan hasta nuestros días⁴⁵, y, por otro, en la aprobación de la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano en el marco de la Conferencia de Naciones Unidas, que en 1972 tuvo lugar en la capital sueca, que abre el debate internacional sobre el medio ambiente y sus relaciones con el desarrollo y con la soberanía de los Estados. La lectura de la Declaración continúa hoy siendo obligada. El contenido de su Principio 2, no debe ser olvidado, afirma:

Los recursos naturales de la Tierra, incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante una cuidadosa planificación u ordenación, según convenga⁴⁶.

⁴⁴ Sobre este periodo de tiempo, de 1870 a 1910, y en especial su incidencia en el desarrollo urbano de Manaus y Belem, *vid.* Sarges (2006: 91 ss.).

⁴⁵ Por todos, *vid.* Vicente Martínez (2019: 246), donde enumera los efectos de estos bombardeos.

⁴⁶ Particular importancia para la internacionalización del medio ambiente tiene el Principio 21. “De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los

Además, la protección del medio ambiente aparece como una exigencia político criminal en conexión con el carácter social del Estado, lo que lleva a algunas de las nuevas Constituciones, a reconocer un derecho al medio ambiente e incluso, como es el caso de la española o de la brasileña, a imponer la utilización del Derecho Penal para su protección⁴⁷.

Paralelamente, en el campo del Derecho Penal, la incorporación del medio ambiente como bien jurídico colectivo constituye una constante en las reformas de los ordenamientos penales. La tutela penal del medio ambiente pasa a ser una propuesta político criminal y dogmática de un importante sector de la doctrina⁴⁸. Esta reforma y sus consecuencias dogmáticas es una de las piezas más significativas del nuevo Derecho Penal.

La *green criminology*, al analizar las lesiones de bienes jurídicos colectivos, con especial énfasis en el medio ambiente, se aparta de la limitación que supone el daño vinculado a una infracción de ley, es decir, las consecuencias negativas sobre el medio ambiente, pueden ser ocasionadas por conductas conforme a la ley⁴⁹. Con este punto de partida, el análisis criminológico conduce a propuestas político-criminales, en este caso particularmente problemáticas, que están condicionadas por factores como las complejas características de este bien jurídico, y, en el caso de los ataques más graves, por su colisión

principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional”.

⁴⁷ El Artículo 45 de la Constitución española establece: “1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado”.

⁴⁸ Su incorporación al “nuevo derecho penal hay que situarlo dentro de la tutela de los nuevos bienes jurídicos colectivos, *vid.* Sgubi (1975: 439 ss.).

⁴⁹ *Vid.* las páginas que dedica a este punto y que suscribo, De Pablo Serrano: (2020: 3 ss.).

con las políticas de desarrollo o por los rasgos de los autores de estas lesiones, con frecuencia las grandes corporaciones.

La Constitución brasileña de 1988 abre un nuevo periodo en la historia de Brasil y también en las políticas respecto a la Amazonia. El nuevo texto constitucional pretende consagrar un modelo de Estado, que según su primer artículo es, mejor tal vez aspira a ser, democrático de Derecho. En esta línea, siendo consecuente con la nueva situación internacional respecto a las políticas ambientales, contiene un amplio pronunciamiento sobre el medio ambiente, que inicia afirmando en el art. 225 que:

Todas las personas tienen derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, el cual es un bien de uso común del pueblo y esencial para una calidad de vida saludable. El Poder Público y la colectividad tienen el deber de defenderlo y preservarlo para las generaciones presentes y futuras.

Esta afirmación inicial es completada con un muy amplio desarrollo en los párrafos siguientes, al señalar las distintas obligaciones que este reconocimiento constitucional del medio ambiente impone a los poderes públicos. A resaltar, para el tema que nos ocupa, el contenido del párrafo 3, que establece:

Los infractores, personas físicas o jurídicas, que tengan conductas o realicen actividades consideradas perjudiciales para el medio ambiente, estarán sujetos a sanciones penales y administrativas, independientemente de la obligación de reparar los daños causados.

Y el del párrafo 4:

La Selva Amazónica brasileña, el Bosque Atlántico, la Sierra del Mar, el Pantanal de Mato Grosso y la Zona Costera son patrimonio nacional, y su uso se realizará, de conformidad con la ley, en condiciones que garanticen la preservación del medio ambiente, incluyendo el uso de los recursos naturales.

Es indudable que el pronunciamiento constitucional sobre el medio ambiente abre no sólo la necesidad de proyectarse sobre el contenido de las políticas públicas, que se seguían hasta entonces, sino también sobre el propio contenido que la Constitución le confiere, al

tener que ser este objeto de una interpretación acorde con el modelo de Estado que en la misma se recoge⁵⁰.

Los nuevos marcos constitucionales se traducen con carácter general en la incorporación en los Códigos penales nacionales, caso español, o en una ley especial, caso brasileño, de delitos contra el medio ambiente. El recurso al Derecho Penal aparece acompañado de la regulación administrativa de los límites del contenido de las distintas proyecciones del medio ambiente, así como del recurso al Derecho Administrativo sancionador.

En Brasil, las disposiciones constitucionales referidas al medio ambiente llevaron a los siguientes gobiernos brasileños a un importante desarrollo institucional y normativo, y a cambios en la política de desarrollismo que hasta entonces se seguía en la Amazonia⁵¹, aunque, como más adelante se expondrá, la política del actual gobierno, ha supuesto en buena medida el retorno a las viejas y fracasadas políticas desarrollistas de tiempos pasados.

En estas décadas el freno a la deforestación va a ser un objetivo prioritario de los sucesivos gobiernos, ciertamente no siempre con éxito⁵², plasmado en la adopción de medidas organizativas y normativas encaminadas a la protección de la selva amazónica consecuencia de la que con carácter general se pasaba a dispensar al medio ambiente y de la sensibilización de la opinión pública. Todo ello era el resultado de la presión internacional y de la acción de las ONG que tienen la protección del medio ambiente como signo de identidad⁵³. Estas nuevas políticas generaron un protagonismo de Brasil en la internacionalización del medio ambiente y alcanzaron un importante apoyo por parte de otros Estados.

⁵⁰ El tema es abordado en extenso por Morato Leite *et al.* (2014: 1 ss.).

⁵¹ *Vid.*, entre las publicaciones más recientes, Silva (2020: 222 ss.).

⁵² Puede consultarse el cuadro elaborado por Ribeiro Capobianco (2019: 69), que recoge la evolución de la deforestación de 1988 a 2017. Tras unos resultados irregulares, a partir de 2004 y hasta 2017 se había producido una constante de notable disminución de la superficie deforestada,

⁵³ Es, de acuerdo con Ribeiro Capobianco (2019: 65 ss.), un segundo ciclo que se prolongará hasta los primeros años del siglo XXI y que denomina, de “interrupción de las políticas de integración forzada y de surgimiento de políticas de protección del bosque amazónico en el Brasil (mediados de la década de 1980 a los inicios de la década de 2000.)”

Así Río, en 1992, fue sede de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, el contenido de cuya Declaración posee una especial relevancia⁵⁴. Particular interés presenta el Principio 22 que establece:

Las poblaciones indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Los Estados deberían reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible.

Por otra parte, en lo referido a la Amazonia, con ocasión de la Conferencia, se crearon fondos internacionales encaminados a apoyar el desarrollo sostenible de la región.

Ciertamente las políticas de los gobiernos democráticos no han sido homogéneas. Pero, en especial en la primera década del presente siglo, el desarrollo sostenible y el compromiso con las políticas para frenar el calentamiento global era un signo de identidad en la política brasileña, que vino acompañada por un incremento del apoyo internacional en el que fue particularmente significativo la creación del Fondo Amazonia⁵⁵.

De este periodo de vigencia de la Constitución de 1988 es la Ley n° 9.605 de 12 de febrero de 1998, que establece sanciones penales y administrativas para conductas y actividades lesivas del medio ambiente. La ley, por otro lado, es la única norma que en el ordenamiento brasileño reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al establecer en su art. 3 que

Las personas jurídicas tendrán responsabilidad administrativa civil y penal conforme a lo dispuesto en esta Ley, en los casos en que la infracción haya sido cometida por decisión de sus representante legal o contractual o de su órgano colegiado, en interés o beneficio de su entidad Parágrafo

⁵⁴ El texto de los 27 principios en los que se plasma la Declaración de Río puede consultarse en <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/documents/declaracion-río.htm>.

⁵⁵ *Vid.* el contenido del artículo de Marcovich & Pinsky (2019: 169 ss., con especial referencia al protagonismo y compromisos de Brasil en la Conferencia del Clima de París de 2015, papel muy distinto al que tuvo en la Conferencia celebrada en Madrid en 2019).

único. Las responsabilidades de las personas jurídicas no excluyen la de las personas físicas, autoras, coautoras o partícipe del mismo hecho.

La ley recoge una amplia lista de penas a imponer a la persona jurídica, estas son, de acuerdo con el art. 21, la multa, las penas restrictivas de derechos y prestación de servicios a la comunidad, y en concreto, entre otras, además de la multa, la prohibición de contratación y la restauración del daño causado. Las penas se establecen respecto a una muy amplia serie de delitos que el legislador diferencia, en función del sector del medio ambiente que resulta afectado. Con aplicación de este criterio agrupa los comportamientos objeto de sanción penal en: delitos contra la fauna, contra la flora, polución y otros delitos ambientales, delitos contra el ordenamiento urbano y el patrimonio cultural y delitos contra la administración ambiental.

En síntesis, en Brasil existen normas para la protección del medio ambiente, una cuestión distinta es el contenido real de su aplicación⁵⁶. El hecho es que, en la práctica, son mucho más frecuentes los procesos que tienen por objeto hechos de poca entidad en términos de impacto sobre el medio ambiente, ante la dificultad que presenta la actuación frente a los hechos de más importancia. Además, hay que tener presente el elevado número de acuerdos anteriores al inicio del proceso que hace pasar a primer plano la discusión sobre el “coste beneficio”, que estos acuerdos tienen para el imputado cuando tienen por objeto los daños ambientales⁵⁷.

También es cierto que hay una falta de estudios sobre la aplicación de la ley de los delitos ambientales en la primera instancia de la justicia federal, por la dificultad para la obtención de datos. Los datos a los que se tiene acceso se refieren a los casos que llegan a los tribunales por recurso a la sentencia de un juez unipersonal, lo que,

⁵⁶ Sobre todos los problemas de aplicación de las normas penales y administrativas, *vid.* Dutra de Paiva (2021: 70 ss.). Un artículo, al que más adelante volveré a hacer referencia, de Galarraga Gortazar (2021), como segundo titular resaltaba “Las multas por delitos ecológicos se desploman en el Brasil de Bolsonaro pese al record de deforestación en 2020”.

⁵⁷ Estos acuerdos son el denominado “transação penal” y “suspensao condicional do processo”. Sobre las consecuencias de su aplicación a los delitos ambientales, *vid.* Dutra de Paiva (2021: 71 ss.).

evidentemente, no es suficiente para hacer un retrato fiel de la aplicación de esta ley en Brasil.

1.4.3. *Una reflexión sobre el medio ambiente como bien jurídico global*

1.4.3.1. El modelo de Estado y la internacionalización como condicionantes

El doble condicionante de la evolución del modelo de Estado y la internacionalización tiene dos consecuencias sobre la tutela del medio ambiente: por un lado, lleva a los distintos ordenamientos estatales a asumir su protección, en especial mediante el Derecho Administrativo y el Derecho Penal, y por otro, se abre el debate sobre la elaboración de instrumentos internacionales que garanticen una respuesta eficaz frente a los ataques de mayor importancia, lo que tiene consecuencias sobre la evolución del Derecho Penal internacional.

En ambos campos, nacional e internacional, va a estar presente la colisión o, al menos la tensión, del medio ambiente con el derecho al desarrollo que se plasma en las políticas de cada Estado.

Los distintos soportes sobre los que se proyecta el medio ambiente y la posible distinta entidad de los menoscabos constituyen cuestiones claves para la articulación de una política criminal racional y efectiva.

En el diseño de esta política criminal hay que tener en cuenta al menos tres ramas del ordenamiento jurídico, naturalmente el Derecho Penal, pero no solo, para los ataques de menor entidad debería bastar el Derecho Administrativo sancionador, pero para los de mayor trascendencia, los que afectan globalmente a la vida en el planeta hay que considerar al Derecho Penal Internacional y contemplar la consideración de las conductas más graves como delitos internacionales. En este último punto hay que considerar la construcción doctrinalmente reclamada del delito de ecocidio.

En las últimas décadas, al hilo de distintas conferencias internacionales de carácter global o regional, se ha desarrollado un Derecho Internacional del medio ambiente con importantes aportaciones

doctrinales⁵⁸. En este campo se busca alcanzar políticas coordinadas entre los distintos Estados, lo que no es fácil dado el distinto nivel de desarrollo y las distintas políticas internas, e incluso se aspira a la elaboración de un delito internacional referido a los ataques al medio ambiente que supongan un riesgo para la vida en el planeta, un riesgo global.

Juste Ruiz (2012: 133) subraya la trascendencia que en la protección internacional del medio ambiente debe tener el principio de “responsabilidades comunes pero diferenciadas”, recogido en la Declaración de Río 1992, ya que es distinta la responsabilidad de los Estados en la degradación ambiental del planeta. Plasmar este principio, el 7 de la Declaración de Río, lo que aún no se ha logrado, es clave para una política medioambiental efectiva frente a riesgos globales.

El debate obviamente se ha trasladado también al campo penal, en el marco de la conveniencia de una ampliación del Derecho Penal Internacional plasmado en la creación de un delito de ecicidio. Aunque, como recientemente ha recordado Nieto Martín (2020: 61 ss.), en los debates sobre este tema no sólo sigue estando presente la vieja discusión entre los que defienden una concepción antropocéntrica y otra, que suscribo, ecocéntrica del medio ambiente, sino que también “la tutela del medio ambiente está impregnada de una fuerte visión nacional incompatible claramente con su naturaleza global.” Este debate, entre soberanía nacional y consecuencias internacionales, es particularmente agudo respecto a la Amazonia y encubre además el choque entre un determinado modelo de desarrollo y la protección del medio ambiente.

La presión internacional para la adopción de políticas medio ambientales que busquen un desarrollo sostenible⁵⁹ y garanticen la protección del bioma amazónico da pie en Brasil a planteamientos erróneamente nacionalistas, potenciados y queridos por el actual go-

⁵⁸ Una buena síntesis del Derecho Internacional ambiental puede verse en Juste Ruiz (2012: 121 ss.).

⁵⁹ El alcanzar un desarrollo sostenible, aquel que hace compatible desarrollo y mantenimiento del medio ambiente, fue pretensión de la Declaración de Río sobre medio ambiente de 1992 y de la Conferencia de Río de 2012, Río + 20 (*vid.* Vicente Martínez, 2019: p. 247 ss.).

bierno y facilitados por declaraciones de figuras internacionales a veces sacadas de contexto⁶⁰.

1.4.3.2. Sobre el bien jurídico medio ambiente

Con carácter general hasta ahora la historia del recurso al Derecho Penal para proteger el medio ambiente es, hay que reconocerlo, una historia de fracaso, pues sigue estando pendiente el dar respuesta a como el Derecho Penal puede proteger al medio ambiente en especial frente a aquellos ataques, los más graves, que tienen una dimensión o un componente internacional, bien por sus efectos, bien por su forma de comisión.

En el primer grupo están aquellas acciones que ponen en riesgo las condiciones de vida en el planeta, estamos, por tanto, ante un bien jurídico de naturaleza global, en el segundo, aquellas, normalmente vinculados a criminalidad organizada como puede ser el tráfico de especies protegidas o de materias primas ilegalmente obtenidas, en los que la internacionalidad se vincula al desvalor de acción, al implicar a varios Estados.

En un muy interesante artículo Beuvais (2015: 3 ss.) analiza los problemas políticos y jurídicos que dificultan la internacionalización de la protección penal del medio ambiente. El obstáculo clave radica en el ya apuntado ejercicio de la soberanía por parte de los distintos Estados, que se plasma en diferentes políticas respecto a sus recursos, lo que consecuentemente se traduce en distintas políticas respecto al medio ambiente. Este conflicto es de difícil solución en especial por el señalado distinto grado de desarrollo de los países, y porque hay que dar una respuesta aceptable a los países en vías de desarrollo, que materialice el mencionado principio de “responsabilidades comunes pero diferenciadas”. Lo que trae consigo las consecuencias del principio de solidaridad, que se materializan en políticas de colaboración exigibles a los países desarrollados. Estas se justifican en una deuda histórica de raíces coloniales, y en el aprovechamiento de las materias primas procedentes de los países en vías de desarrollo que llevan a cabo los

⁶⁰ *Vid.* la exposición y análisis de esta problemática que efectúa, Silva Guevara (2017: 209 ss.).

países que ya lo han alcanzado (Juste Ruiz, 2012: 134) Principio al que unir el reiteradamente plasmado en muchos de los actuales textos internacionales, de “quien contamina paga” y ciertamente las grandes potencias industriales contaminan.

Es preciso, por tanto, continuar profundizando en los rasgos del medio ambiente para poder diseñar las vías para una eficaz protección del mismo. Pues, tanto en el campo del derecho de cada Estado como en el ámbito internacional, los rasgos del nuevo bien jurídico y las implicaciones políticas de los límites de su tutela van a plantear obstáculos que requerirán nuevas respuestas o revisar las tradicionalmente adoptadas.

El medio ambiente presenta, al igual que otros bienes jurídicos colectivos, problemas y peculiaridades, con frecuencia difíciles de abordar, desde estructuras dogmáticas construidas sobre el estudio de bienes jurídicos individuales.

El primer rasgo del bien jurídico medio ambiente es la señalada pluralidad de soportes sobre los que puede proyectarse. Por lo que es un buen ejemplo para diferenciar entre objeto del delito y bien jurídico. El medio ambiente, sin pretensión de exhaustividad, puede referirse a soportes biológicos, forestales, agua, animales, etc.

El menoscabo del medio ambiente puede tener, de hecho, tiene, una distinta magnitud, lo que puede llevar a diferencias sustanciales. Por otro lado, las consecuencias negativas de una actuación sobre el medio ambiente pueden materializarse en el presente y tener resultados aplazados, nuevas consecuencias en momentos futuros, o ser consecuencia de una política constante que se plasma en distintos comportamientos de un mismo contenido, lo que lleva a la necesidad de acumular resultados para poder valorar la entidad del daño. También sus efectos pueden no limitarse al lugar donde radique el objeto o afectar a todo el planeta. La magnitud que pueden llegar a alcanzar las consecuencias de determinados comportamientos constituyen la otra cara, la negativa, del progreso. Estamos ante un bien jurídico los resultados de cuya lesión pueden llegar, por tanto, a materializar un riesgo de naturaleza global.

Estos rasgos del bien jurídico tienen también consecuencias sobre la determinación del titular del mismo, no de su soporte, en especial en los casos de gran magnitud de la lesión del medio ambiente, aque-

lla que puede llegar a alterar las condiciones de vida en el planeta. Es decir, en estos casos, el medio ambiente no está limitado por las fronteras de los Estados, si lo están los objetos o los soportes en las que el mismo se materializa.

Pero, el profundizar en el carácter plural de los objetos sobre los que se proyecta el medio ambiente lleva a un primer plano las relaciones de este bien jurídico con otros subyacentes, lo que queda puesto de manifiesto en las grandes catástrofes medioambientales⁶¹.

En el marco en el que centramos estas páginas hay que tener presente la relación del medio ambiente con los derechos reconocidos a los pueblos indígenas de la Amazonia y con el especial significado que tiene para los mismos el medio ambiente y su relación con la tierra en la que habitan desde tiempos ancestrales. Baste el señalado ejemplo de la deforestación⁶² masiva que además de su incidencia sobre el medio ambiente en muchos casos también la tiene sobre la cosmovisión indígena. Es decir, determinadas manifestaciones del expuesto genocidio cultural con frecuencia se llevan a cabo a través de una lesión del medio ambiente. Son supuestos en los que la destrucción del medio ambiente originario constituye el medio para la supresión de la cultura de los pueblos indígenas o para producir una emigración obligatoria.

Es significativo que la Corte Interamericana en las sentencias que aborda los derechos de los pueblos indígenas, de modo reiterado se haya centrado en sus derechos sobre sus tierras originarias y en ellas insista en que al lesionar sus derechos sobre ellas se está violando “sus derechos a participar en la vida cultural, en lo atinente a la identidad cultural, al medio ambiente sano”⁶³.

⁶¹ En Brasil, además de la incidencia negativa de las políticas ambientales en la Amazonia ha habido también otras catástrofes ambientales, basta con mencionar las dos más recientes, la rotura de la presa de Mariana en 2015 y la de la presa de Brumadinho en 2019, ambas en Minas Gerais. Pero las grandes catástrofes ambientales también han tenido lugar en España y en otros países europeos, *Vid.* Arroyo Zapatero *et al.* (2017: 265 ss.).

⁶² Sobre la deforestación tiene elevado interés el reciente artículo de Escobar (2020), con datos cuantitativos contrastados oficialmente, constata el aumento de la deforestación amazónica durante el último año en un 34%.

⁶³ La cita es de la sentencia más reciente, Argentina vs. Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra). *En* el caso brasileño

El menoscabo del medio ambiente tiene también muchas veces un significado económico, no sólo por su apuntada relación con el desarrollo económico, que crea escenarios que a veces le relacionan con delitos propios de la criminalidad organizada, sirvan de ejemplo, entre otros posibles, los supuestos de corrupción nacional e internacional⁶⁴ o de tráfico de especies animales protegidas.

A todas las cuestiones enumeradas hay que agregar una última y muy importante apreciación, tener en cuenta que los ataques más importantes al medio ambiente son llevados a cabo por grandes corporaciones en su mayor parte multinacionales. El tener una respuesta frente a esta realidad con razón calificada por la doctrina⁶⁵, como el segundo pilar de un Derecho Penal del medio ambiente, debe situarse en el marco de la evolución del Derecho Penal económico.

Esto hace que también aquí el debate sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se refiera tanto al Derecho Penal nacional como al internacional. En este último la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas presenta dificultades añadidas, vinculadas al contacto de las multinacionales con el poder político, o a entender que el problema es exclusivamente del país donde se produce el resultado pero no del de la sede principal de la multinacional, los ejemplos de corrupción internacional son aquí particularmente significativos⁶⁶. Junto a este obstáculo hay que salvar las dificultades que se derivan de la estructura de las grandes multinacionales, que en general condicionan todos los escalones de la criminalización secundaria. No se puede dejar de tener en cuenta el poder de las grandes corporaciones, que condiciona tanto el Derecho Internacional como en el Derecho Penal Internacional⁶⁷.

la sentencia que condena a Brasil es Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil. Sentencia de 05 de febrero de 2018.

⁶⁴ Por todos ver las páginas que dedica a este tema De Pablo Serrano (2020:17 ss.).

⁶⁵ En nuestra doctrina en este punto son determinantes las aportaciones que ha llevado a cabo Nieto Martín (2012: 137 ss.).

⁶⁶ Con carácter general *vid.* Berdugo Gómez De La Torre (2020: 569 ss.). Con carácter específico referido al Derecho Penal Internacional del medio ambiente, De Pablo Serrano (2020: 17 ss.).

⁶⁷ Tienen particular interés los artículos de Forcada Barona (2018) y Zúñiga Rodríguez (2018).

En este punto hay que mencionar la beligerante posición de Francia con la ley francesa de 2017, “Sobre la responsabilidad de las empresas por violaciones graves de los derechos humanos en terceros países” (Durán Ayago: 2018: 326) También, un ejemplo muy significativo, en sentido opuesto, lo constituye el caso de la petrolera Chevron, condenada en Ecuador por los daños medioambientales causados en la Amazonia ecuatoriana y absuelta más tarde en Nueva York⁶⁸.

Las dificultades para una política criminal eficaz frente a las conductas lesivas del medio ambiente se incrementan por el reiterado empleo por el legislador de la técnica de las leyes penales en blanco, que en último término lleva a que el carácter delictivo de una conducta dependa del contenido y alcance de la regulación administrativa, lo que incide en toda la problemática de las fuentes del Derecho Penal. Por otro lado, esta técnica de tipificación y el carácter secundario del Derecho Penal pueden llevar a que la amenaza de la sanción penal sea puramente simbólica y a constituir un obstáculo adicional para una respuesta de carácter internacional. Por tanto, es preciso llevar a cabo una reflexión general sobre el Derecho ambiental y muy especialmente sobre las respuestas que se dan desde el Derecho Administrativo y el Derecho Penal⁶⁹.

Las consecuencias de recurrir a esta técnica en los tipos penales son particularmente graves, pues hace depender su contenido directamente de la política de desarrollo y de aprovechamiento de los recursos naturales, que se siga en un determinado momento histórico. No puede olvidarse las consecuencias que la política ambiental tiene sobre la realidad en la que se materializa el medio ambiente.

⁶⁸ Sobre este caso puede consultarse, Martin-Chenut & Perruso (2015: 81 ss.).

⁶⁹ Para racionalizar las propuestas político-criminales se requiere tener presente la gravedad que puede alcanzar el menoscabo del medio ambiente y recurrir al Derecho Penal solo frente a los ataques de mayor gravedad, pues lo político criminalmente razonable es utilizar el Derecho administrativo sancionador frente a comportamientos que únicamente supongan un quebrantamiento de una regulación administrativa o frente a aquellos que supongan un menoscabo de pequeña entidad. Las relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo tienen una especial importancia respecto al medio ambiente. En relación con nuestro Derecho el tema fue abordado hace ya tiempo por Matellanes Rodríguez (2000).

Una buena prueba de lo expuesto se encuentra, por ejemplo, en el art. 50A de la ley que establece como delito, “deforestar, explotar económicamente o degradar el bosque, nativo o plantado, en tierras de dominio público o desarrolladas sin autorización del órgano competente”. La consecuencia es clara, la consideración de una conducta de deforestación como delictiva está condicionada por el contenido de dos decisiones de la Administración, pues se requiere que se trate de una tierra, que haya sido considerada de dominio público y que la deforestación se haya llevado a cabo sin autorización del órgano competente⁷⁰.

El examen de la evolución de la deforestación en la Amazonia aparece directamente vinculada a la política de desarrollo económico que se plasma en las señaladas decisiones de la Administración. Esta última apreciación hace que no se pueda obviar la valoración de las posibles responsabilidades de la Administración en la adopción de normas, o en la interpretación de las existentes, que posibiliten o faciliten las lesiones del medio ambiente.

1.4.4. Segunda conclusión

1.4.4.1. La insuficiente protección del medio ambiente en la Amazonia

Con independencia de otras consideraciones, la pregunta a resolver es si la protección del medio ambiente en la Amazonia dispensada por la legislación brasileña se acomoda a la consideración del medio ambiente no sólo como bien jurídico colectivo, sino como bien jurídico colectivo de titularidad internacional con las consecuencias políticas y jurídicas que de ello se derivan.

La eficaz protección del medio ambiente pasa por dos escalones, el primero es el contenido de las normas, el segundo, es la existencia de medios materiales y humanos que hagan efectiva esta protección y que materialicen la demandada y necesaria presencia del Estado. En

⁷⁰ El tipo de este artículo recoge un caso clásico de *grilagem*, que, como ha sido expuesto, comprende justamente aquellos hechos en que hay falsificación de documentos para el dominio de tierras públicas y su explotación

ambos escalones es preciso adoptar mejoras, siendo fundamental algo que hoy parece dudoso, la voluntad política de llevarlo a cabo.

Como se ha expuesto, las cifras de los impactos ambientales en la Amazonia son particularmente elevadas, con especial aumento en los dos últimos años. Este hecho, además demuestra las consecuencias negativas sobre el bioma amazónico de una errónea política de desarrollo y en conexión con ella de una equivocada política medio ambiental. La consecuencia es clara, la protección de Amazonia es un tema que no puede ser ignorado ni nacional, ni internacionalmente y que requiere ser objeto de una urgente reflexión.

Aunque en Brasil el medio ambiente tenga la protección garantizada por la Constitución Federal, un Código Forestal⁷¹ y una ley penal dirigida a esta finalidad, la realidad de la Amazonia muestra que hasta ahora la respuesta legislativa es insuficiente para lograr el resultado pretendido, pues no basta con tener buenas leyes, en caso de que estas lo sean, sino que es preciso la adopción de políticas que conduzcan a su aplicación.

Un conocido medio de comunicación, en un reciente artículo analizaba la protección del medio ambiente amazónico y, significativamente, lo titulaba “Un puñado de inspectores para vigilar toda la Amazonia”⁷². Todos los datos sobre la situación actual llevan a afirmar que es un buen ejemplo de la falta de voluntad política de llevar a cabo una protección del medio ambiente, que se plasma en priorizar un desarrollo a la “antigua usanza”, en retornar al neocolonialismo sobre los pueblos indígenas y en ignorar, recurriendo a un erróneo nacionalismo, los efectos globales del mantenimiento y protección del bioma amazónico.

Baste recordar algunos significativos ejemplos de esa falta de voluntad política y de sus consecuencias. El presidente Bolsonaro, mediante la medida provisional 870/2019, transfirió la competencia para la demarcación de tierras indígena, pieza clave para la racionalización

⁷¹ Sobre el contenido del Código Forestal ver las aportaciones de la Academia Brasileña de Ciencias en Silva *et al.* (2011).

⁷² El artículo firmado por Galarraga Gortázar (2021), como segundo titular resaltaba que “Las multas por delitos ecológicos se desploman en el Brasil de Bolsonaro pese al record de deforestación en 2020”.

de una política ambiental que posibilite un desarrollo sostenible, del FUNAI al Ministerio de Agricultura, Ganadería y Abastecimiento, que es justamente el sector económico más interesado en el control de tierras, en los latifundios y en el aumento de las grandes producciones. No debe olvidarse el peso político de la denominada “bancada ruralista”. Acertadamente, el Supremo Tribunal Federal, después de diversas acciones cuestionando la legalidad de la medida, ha suspendido la referida decisión y, por lo tanto, la competencia sigue siendo del FUNAI.

El IBAMA, Instituto Brasileño del Medio Ambiente, que cuenta para sus labores con apoyo tecnológico importante, con seguimiento satelital de las deforestaciones⁷³, tiene sobre el terreno una importante limitación de recursos humanos para hacer efectiva la reiteradamente requerida presencia efectiva del Estado. La información de Galarraga Cortázar, pone en evidencia estas carencias, que son evidentes si se pone en relación el número de funcionario con la extensión del territorio⁷⁴. Todo lo cual lleva a la ineficacia de políticas de la protección del medio ambiente amazónico, si es que realmente ese es su objetivo.

Las consecuencias de esta situación son muy graves para el medio ambiente, pueden señalarse entre otras: los incrementos significativos de la deforestación, la disminución efectiva de las sanciones, el volumen de las deforestaciones ilegales⁷⁵ y la pérdida de apoyo inter-

⁷³ El satélite envía los datos en tiempo real, proyectos DETER y PRODES, lo que permite conocer la magnitud de la deforestación amazónica y posibilitaría llevar a cabo una eficaz política para limitar esas actividades. La falta de voluntad política queda reflejada en el cese en 2019 del responsable de estos datos y, con carácter general, en el contenido del artículo de Escobar (2020).

⁷⁴ Los datos de 2020, el número de fiscales del IBAMA en 2010, por ejemplo, era de 1.311, mientras que en 2019 era de 591. Hubo una reducción de 55% de sus efectivos. La cifra se refiere a la totalidad de Brasil, en el Estado de Amazonas, con una extensión tres veces mayor que la de España, hay poco más de una veintena, un puñado de policías y varias decenas de uniformados del Batallón ambiental de la Policía Militar, *vid.* Galarraga Cortázar (2021).

⁷⁵ Es especialmente revelador el Informe anual sobre deforestación elaborado por MAPBIOMAS, que pone de relieve el volumen de las deforestaciones ilegales (disponible en <http://alerta.mapbiomas.org/relatorios>). Tras analizar los datos concluye “Ao cruzar os dados com imóveis com desmatamento autorizado, que respitam a Reserva Legal, APP e nascentes, e que não sobreponham com áreas protegidas (UC e TI), apenas 105 dos 56.867 alertas, ou 0,2% (0,5% em área),

nacional, con la supresión del Fondo Amazonas y la paralización del Convenio Mercosur Unión Europea, unidos a la posible adopción de medidas para no importar productos del agronegocio que estén contaminados por el contenido de la política ambiental brasileña⁷⁶

La situación por tanto es particularmente preocupante para la Amazonia y para sus moradores y se aparta con claridad de los imperativos constitucionales y de los compromisos internacionales de Brasil.

1.4.4.2. La necesaria internacionalización, el largo camino hacia el ecocidio

En lo que se refiere al escalón normativo, un paso importante para la protección del medio ambiente en la Amazonia fue en su momento, en desarrollo del texto constitucional, la promulgación de la mencionada ley de crímenes ambientales de 1998, en la que, además, como se expuso, se reconocía la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Pero no pueden valorarse positivamente sus efectos respecto a la protección del medio ambiente como bien jurídico global, pues responde a una dimensión nacional del mismo, máxime si se tiene en cuenta el contenido del criticado nuevo Código Forestal y la técnica de leyes penales en blanco a la que recurre el legislador. Todavía hay un largo camino a recorrer para que tengan cabida en la legislación brasileña los efectos internacionales del menoscabo ambiental.

Tal camino pasa por la adopción del delito de ecocidio como delito internacional, que lleve a unificar el tratamiento dispensado por los distintos Estados a los ataques al medio ambiente que supongan un riesgo global, lo que además posibilitaría una respuesta eficaz frente a la frecuente implicación en estos casos de grandes multinacionales. Lograr este objetivo pasa por la aprobación de un tratado interna-

atendem as regras para legalidade. Estes índices apontam um nível de irregularidade do desmatamento no Brasil acima de 99%”.

⁷⁶ Son particularmente reveladores los datos recogidos por Escobar (2020) sobre lo que en un reciente artículo de la revista *Science* se califica como “las manzanas podridas del agronegocio brasileño”, en el que se sostiene que el 2% de los propietarios rurales son responsables del 60% de las deforestaciones ilegales.

cional con este contenido, que en este momento está muy lejos de conseguirse.

Sobre las conductas que debería contemplar este delito, entiendo, al igual que un importante sector de la doctrina, que tiene que comprender no solo conductas dolosas, también comportamientos imprudentes, en el marco de la actividad de estas personas jurídicas, a los que sean objetivamente imputables estos daños.

Como se ha señalado en el caso de la Amazonia, las políticas seguidas por el actual gobierno brasileño tanto el contenido de las normas, como en su aplicación entiendo que en bastantes casos favorecen más que dificultan conductas que menoscaban el medio ambiente amazónico. Como se ha apuntado el medio ambiente puede ser objeto de un riesgo global, no solo por una acción concreta, sino por una reiterada serie de acciones de un mismo o análogo contenido, los incendios en el Amazonas son un buen ejemplo. En estos casos hay que plantearse la eventual responsabilidad penal de quienes toman esas decisiones y la nulidad de las normas que lo posibilitan. Para llegar a esta conclusión hay que recordar y proyectar sobre estos casos los principios básicos del Derecho Penal Internacional, en especial la consideración del *ius cogens*, y recordar la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. La vía para hacer valer una posición político criminal de este contenido pasa por la actuación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁷⁷.

Esta nueva dimensión del Derecho Penal Internacional se completa con la reflexión sobre las sanciones⁷⁸ a las que debe recurrirse en estos casos y con el debate sobre la conveniencia del establecimiento de la

⁷⁷ La Corte Interamericana ha llevado a cabo una importante labor de desarrollo del Derecho Penal Internacional controlando con sus sentencias las normas y su aplicación por los Estados cuando afectan a contenidos que pueden considerarse como *ius cogens*. Me remito a dos estudios (Berdugo, 2017; Berdugo, 2019: 17 ss.) sobre las dos sentencias en que se le condena por casos de justicia transicional a Brasil y en las que la Corte se pronuncia sobre la ley de amnistía de 1979. Aunque ciertamente el problema que sigue abierto es el del cumplimiento de estas sentencias. También aquí el camino es largo.

⁷⁸ Con carácter general aborda el tema Zúñiga Rodríguez (2020: 2007 ss.). En un reciente y muy sugerente artículo, Nieto Martín (2020) propone para los casos de responsabilidad de personas jurídicas por graves daños ambientales un sistema de multas de capital, que da paso a una justicia restaurativa en la que implica

jurisdicción competente para garantizar el juzgamiento del referido delito.

Hasta ahora los instrumentos internacionales, que tienen como objeto el medio ambiente, con carácter general presentan los siguientes rasgos: son sectoriales, tanto sobre su contenido, recuérdese la señalada pluralidad de objetos sobre los que puede proyectarse el medio ambiente, como sobre sus potenciales destinatarios, al tener muchos de ellos carácter regional. Son textos de *soft law* ya que, en su mayor parte, son recomendaciones genéricas más que textos imperativos y no resuelven los problemas de las relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo.

De hecho, hay tan solo una referencia a la protección del medio ambiente, aunque con limitaciones, en un texto imperativo de carácter global, al incluir el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en el art. 8.IV, dentro de los crímenes de guerra, el ataque intencionado que se sabe causará “daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea”.

Los intentos de elaborar una propuesta aceptable de proteger internacionalmente el medio ambiente con el recurso al Derecho Penal han sido varios. Por su contenido político criminal y por su grado de elaboración creo que el más importante es el llevado a cabo por un grupo de investigadores especialistas en medio ambiente bajo la coordinación de Laurent Neyret, con ocasión de la Conferencia Mundial sobre el clima celebrada en París. La propuesta tiene el valor de ser completa y de constituir una buena base para futuros desarrollos, y se plasma en dos proyectos de convenciones internacionales uno referido al ecocidio, que vincula a la seguridad del planeta y que pasaría a ser *ius cogens*, y otro a la criminalidad medio ambiental, a los delitos ecológicos⁷⁹.

a los perjudicados. Creo que su aportación abre un camino por el que es preciso transitar.

⁷⁹ En el art. 2. 1. de su propuesta de Convención establece: “A los efectos de la presente Convención, se entenderá como ecocidio cualquiera de las siguientes conductas intencionadas que se cometan como parte de una acción generalizada o sistemática y que afecten a la seguridad del planeta”.

Con acierto el texto se articula sobre una concepción ecológica del medio ambiente⁸⁰, aunque las conductas que enumera pecan de una visión demasiado europea del problema⁸¹. El componente subjetivo, la *mens rea*, lo resuelve dando una definición autentica de “intencionadamente” que puede llegar a comprender comportamientos imprudentes⁸².

Políticamente el objetivo de llegar a elaborar un delito internacional que sea aceptable por todos los Estados y que aborde comportamientos con el contenido que se ha señalado de este carácter, constituye un buen punto de partida. Ahora bien, la viabilidad efectiva de alcanzar esta meta creo que pasa por una primera fase de regionalización, que en el caso de la Amazonia se puede plasmar en la ya apuntada labor de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana, que evite que el contenido del ecocidio se establezca reflejando solo los intereses que determinen los países desarrollados.

⁸⁰ En el art. 2. 2. “Los comportamientos previstos en el apartado anterior constituyen un ataque a la seguridad planetaria cuando ocasionen: a. Un daño sustancial, permanente y grave, a la calidad del aire, el suelo o las aguas, o a animales o plantas, o a sus funciones ecológicas, b. La muerte, enfermedades permanentes o males incurables y graves a una población”.

⁸¹ Art. 2.2. enumera las conductas que pueden llegar a constituir ecocidio: “a. El vertido, la emisión o la introducción en el aire, el suelo o las aguas de una cantidad de materiales o radiaciones ionizantes; b. La recogida, el transporte, la valoración o la eliminación de residuos, incluida la vigilancia de estos procedimientos, así como la posterior reparación de instalaciones de eliminación, e incluidas las operaciones efectuadas por los comerciantes o intermediarios en toda actividad relacionada con la gestión de los residuos; c. La explotación de instalaciones en las que se realice una actividad peligrosa, o en las que se almacenen o utilicen sustancias o preparados peligrosos; d. La producción, la transformación, el tratamiento, la utilización, la posesión, el almacenamiento, el transporte, la importación, la exportación y la eliminación de materiales nucleares u otras sustancias radiactivas peligrosas; e. La matanza, destrucción, la posesión o la apropiación de especies protegidas o no de fauna o flora silvestres; f. Cualquier otro comportamiento de naturaleza análoga cometido intencionalmente y que suponga un atentado a la seguridad planetaria”

⁸² Pues la propuesta precisa: “Estos comportamientos se consideran también intencionales cuando su autor supiera o debiera haber sabido que existía una alta probabilidad de que su acción constituía un ataque a la seguridad planetaria”.

Ya se ha apuntado que en la reflexión sobre la reforma de los delitos ambientales se requiere que los ordenamientos estatales incorporen a este nuevo delito, manifestación de la internacionalización. Algunos países, pocos, ya lo hicieron⁸³, pero, al igual que en los otros cuatro delitos internacionales en sentido estricto, sería deseable, como objetivo final, que esta protección nacional se reforzara y completara con una jurisdicción internacional, bien la ya existente Corte Penal Interancional, o un nuevo tribunal internacional que tuviera la competencia para depurar la responsabilidad derivada de estos delitos o con la posible actuación de otras jurisdicciones nacionales.

El camino del ecocidio es todavía largo, continua lleno de obstáculos y pasa por acuerdos entre Estados que, la realidad de las sucesivas Conferencias Internacionales pone de manifiesto, que continúan siendo un objetivo difícil de alcanzar, en el que la presión de la ciencia y de la doctrina, la presión de la razón, tiene que seguir desempeñando un papel fundamental⁸⁴. El creciente peso político de los movimientos que hacen de la ecología su signo de identidad es un factor que favorece los cambios en las políticas nacionales e internacionales sobre el medio ambiente. En el caso de América Latina la convergencia de las demandas de los movimientos ecologistas con la internacionalización del reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas⁸⁵ es un factor que puede potenciar la internacionalización en la región de la protección del medio ambiente.

⁸³ Ver los datos que aporta García (2020), en concreto ya recogen el ecocidio como delito cuando es cometido dentro de sus fronteras: Georgia, Armenia, Ucrania, Bielorrusia, Ecuador, Kazajistán, Kirguistán, Moldavia, Rusia, Tayikistán, Uzbekistán y Vietnam.

⁸⁴ Bastantes han sido ya los intentos encaminados a lograr este objetivo, sería imperdonable no mencionar a dos personas, en el campo internacional a la abogada escocesa Polly Higgs, a la que García (2020) dedica un epígrafe que titula “una abogada para la tierra”. En Brasil es obligada la referencia a Chico Mendes, que en 1988 pagó con su vida su compromiso ambientalista. Su legado sigue siendo un referente para la lucha por la conservación de toda la región del Amazonas. Recientemente, el 17 de enero 2021 el periódico *La Vanguardia* titulaba un artículo muy crítico con la política de Bolsonaro en la Amazonia, “La segunda muerte de Chico Mendes”.

⁸⁵ *Vid.* el análisis de esta convergencia que lleva a cabo Bengoa (2000: 134 ss.).

2. Reflexión final

Es muy importante que también los estudiosos del Derecho Penal dirijamos nuestro estudio hacia esta realidad que, por muchos años, ha sido ignorada y que aparece directamente unida a la evolución del modelo de Estado y a la internacionalización. Los obstáculos, tanto en las políticas nacionales como en las relaciones internacionales, son muchos y debemos intentar salvarlos con la fuerza de la razón, que ponga en valor bienes jurídicos que afectan a toda la humanidad y principios que formalmente dicen aceptar todos los Estados. Las interrogantes que plantea la Amazonia constituyen un banco de prueba para reflexionar sobre el pluralismo, sobre la igualdad y sobre la necesidad de evitar un “progreso” que lleve a medio plazo a tornar inhabitable al planeta⁸⁶.

En estas páginas he intentado llevar a cabo una aproximación a una amplia relación de estas interrogantes, señalarlas y proponer alternativas. Somos bastantes los que entendemos que hacerlo responde a una obligación como juristas. Este compromiso es aún mayor cuando se refiere a los derechos de los durante siglos ignorados, y a veces esclavizados, pueblos indígenas, y se plasma en garantizar que tengan voz, tierra y cultura. Enfrente estará siempre la versión mercantilista de la ciega explotación de la naturaleza y sus recursos (Silva Guevara, 2017: 209 ss.), a cualquier precio, aunque impliquen efectos negativos que pongan en riesgo la propia existencia de vida en nuestro planeta.

Esta fuera de toda duda el valor que la Amazonia tiene para detener las alteraciones climáticas, el calentamiento global, y para mantener el planeta tierra habitable. En fecha muy reciente en muy documentado artículo, en el que se analizan la presión internacional y nacional para un cambio en la política del actual gobierno brasileño sobre la Amazonia, Marcovitch y Pinsky (2020: 100) afirman

los nuevos demandantes no quieren ni un palmo de la tierra amazónica. Ellos quieren solo que el gran bioma continúe regulando la lluvia en el

⁸⁶ Es significativa la toma de postura de buena parte de la ciencia brasileña. Por todos, *vid.* las palabras del Presidente de la Academia Brasileña de Ciencias, Luiz Davidovich, que al referirse a la deforestación la califica como “um verdadeiro crime de lesa-pátria”, y una “grande burrice”, y sostiene con razón que “Destimar a Amazônia é perder riqueza” (Escobar, 2020).

planeta; asegurando una vida digna a los pueblos indígenas; desarrollando nuevos remedios a partir de su específica biodiversidad; posibilitando lluvias abundantes en áreas productoras de agronegocio en América del Sur; y contribuyendo de modo efectivo a mantener buenos padrones climáticos en el planeta.

Referencias

DOCTRINA

- Arroyo Zapatero, L. A. (2018). *Política criminal humanista para la sociedad contemporánea*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha.
- Arroyo Zapatero, L. A., De Pablo Serrano, A. & Gimeno Beviá, J. (2017). “Historical Pollution in Spain: A Powerful Legal Framework for a Few Past Cases”. En Centone, F. & Manacorda, S. *Historical pollution. Comparative legal responses to environmental crimes*. Springer International Publishing.
- Beck, U. (2008). *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida*. Barcelona: Paidós.
- Bengoia, J. (2000). *La emergencia indígena en América Latina*. Santiago de Chile: Fondo de Cultura Económica.
- Berdugo Gómez de la Torre, I. (2019). “El caso Herzog. La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 15 de marzo de 2018”. *Revista de Estudios Brasileños*. Vol. 6. N° 13, pp. 17-34.
- Berdugo Gómez de la Torre, I. (2020). “El soborno internacional: Normas, obstáculos y propuestas”. En Demetrio Crespo, E. (Dir.). *Derecho penal económico y teoría del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 569-602.
- Berdugo Gómez de la Torre, I. (2017). *La justicia transicional en Brasil. El caso de la guerrilla de Araguaia*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.
- Berdugo Gómez de la Torre, I. (2019). *Reflexiones penales desde Salamanca. “Decían ayer, decimos hoy, dirán mañana”*. Madrid: Iustel.
- Berdugo Gómez de la Torre, I. & Dutra de Paiva, G. (2020). “La Amazonia brasileña: los derechos de los pueblos indígenas, la protección del medio ambiente. Una reflexión desde el Derecho penal”. *Sistema penal crítico*. N° 01, pp. 9-41
- Cárdenas, C. (2019). “El proceso de definición del delito de genocidio en la Convención de 1948”. En Olasolo, H. & Eirene de Prada, P. (Coords.). *La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio. La Contribución Iberoamericana y el Legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 115-144.

- De la Cuesta, J. L. (2017). “El derecho al ambiente: su protección por el Derecho penal”. *Revue Internationale de Droit penal*.
- De Pablo Serrano, A. (2020). “El expolio de recursos naturales. De la *green criminology* a un nuevo y necesario Derecho penal internacional del medio ambiente”. *Revista General de Derecho Penal*. N° 33.
- De Prada, J. R. (2019). “Reflexiones sobre la evolución del concepto originario al actual de genocidio”. En Olasolo, H. & Eirene de Prada, P. (Coords.). *La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio. La Contribución Iberoamericana y el Legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 29-74.
- Delibes Setién, M. (1975). *El sentido del progreso desde mi obra*. Madrid: Real Academia Española. Madrid.
- Delmas Marty, M. (2015). “Preface”. En Neyret, L. (Dir.). *Des ecocrimes a l'écocide. Le droit penal au secours de l'environnement*. Bruselas: Bruylant.
- Demetrio Crespo, E. (Dir.) (2020). *Derecho penal económico y teoría del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Durán Ayago, A. (2018). “Sobre la responsabilidad de las empresas por violaciones graves de los derechos humanos en terceros países (a propósito de la ley francesa 2017-399, de 27 de marzo 2017, relativa al deber de vigilancia de las empresas matrices sobre sus filiales)”. *Anuario Español de Derecho Internacional privado*. N° 18, pp. 323-348.
- Dutra de Paiva, G. (2021). *Los incendios forestales en la Amazonia brasileña. Propuesta político criminal frente a un riesgo global*. Salamanca: Ratio legis.
- Elorza, A. (2015). “El nombre para un crimen”. En Elorza, A. (Ed.). *Genocidio: Escritos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Escobar, H. (2020). “Desmatamento da Amazonia dispara de novo em 2020”. *Jornal da UPD*. [Disponible en <https://jornal.usp.br/ciencias/desmatamento-da-amazonia-dispara-de-novo-em-2020>].
- Escobar Mesa, A. (2011). “*Ecocidio* y genocidio en Mancha de Aceite de César Uribe Piedrahita”. *Sociocriticism*. Vol. 16 (1 y 2).
- Forcada Barona, I. (2018). “Derecho internacional responsabilidad social corporativa y Derechos Humanos”. En Demetrio Crespo, E. & Nieto Martín, A. *Derecho penal económico y Derechos Humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 53-85.
- Galarraga Cortázar, N. (2021). “Un puñado de inspectores para vigilar toda la Amazonia”. *El País*. 6.1.2021.
- Galeano, E. (1971). *Las venas abiertas de América Latina*. La Habana: Casa de las Américas.
- García, B. (2020). “La historia del ecocidio, un nuevo crimen contra la humanidad”. En *BBVA Openmind*. [Disponible en <https://www.bbvaopenmind.com/>].

- García Ruiz, A. (2018). “Del ecocidio y los procesos migratorios a la opacidad de la victimización ecológica”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Nº 20-11.
- Gil Gil, A. “El tipo subjetivo del delito de genocidio: especial atención a la figura del dolo eventual”. En Olasolo, H. & Eirene de Prada, P. (Coords.). *La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio. La Contribución Iberoamericana y el Legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 453-496.
- Gómez Isa, F. (2011). “Diversidad cultural y Derechos Humanos desde los referentes cosmovisionales de los pueblos indígenas”. *Anuario Español de Derechos Internacional*. Nº 27.
- Guimaraes, E. (2015). *Relatorio Figueiredo. Entre tempos, narrativas e memorias*. Universidad Federal do Estado de Río.
- Juste Ruiz, J. (2012). “El derecho internacional frente a los desafíos ambientales globales”. En Mercado Pacheco, P., Pérez Alonso, E. J., Arana García, E. & Serrano Moreno, J. L. (Coords.). *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 119-142.
- Lemkin, R. (2015). “Ponencia de Madrid”. En Elorza, A. (Ed.). *Genocidio: Escritos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
- Lewis, N. (2010). *El expreso de Rangún, Genocidio y otros relatos*. Traducción de N. Salinas. Badalona: Altaïr.
- Loureiro Dias, C. (2019). “Direitos dos povos indígenas e desenvolvimento na Amazonia”. *Revista de Estudos Brasileños*. Vol. 6. Nº 11.
- Malm, A. (2020). *Capital fósil. El auge del vapor y las raíces del calentamiento global*. Traducción de E. Ayllón. Madrid: Capitán Swing.
- Marcovich, J. & Pinsky, V. (2019). “Um retrato da Amazonia planetaria”. *Revista de Estudos Brasileños*. Vol. 6. Nº 11.
- Marcovitch, J. & Pinsky, V (2020). “Bioma Amazonia: Atos e fatos”. *Estudos Avançados*. Vol. 34. Nº 100, pp. 83-106.
- Martin-Chenut, K. & Perruso, C. (2015). “L’affaire Chevron-Texaco et l’apport des projets de convention ecocrimes et ecocide a la responsabilisation penales des entreproises transnationales”, en Neyret, L. (Dir.). *Des ecocrimes a l’ecocide. Le droit penal au secours de l’environnement*. Bruselas: Bruylant.
- Matellanes Rodríguez, N. (2000). *Medio ambiente y funcionarios públicos análisis del tipo objetivo del artículo 329 del Código Penal*. Barcelona: Bosch.
- Meirelles, J. & Mendes, F. (2019). “Amazonia viajantes. Os viajantes e a reflexao sobre a Amazonia nos últimos cem anos”. *Revista de Estudos Brasileños*. Vol. 6. Nº 12.

- Morato Leite, J. R., Parente Neiva, B. & Peralta, C. E. (2014). “Derecho constitucional ambiental brasileño a la luz de una posmodernidad”. *Revista Catalana de Dret Ambiental*. Vol. 5. Nº 1.
- Moreira do Nascimento Domingos, I. (2019). “A população indígena e seus reflexos no Direito Internacional contemporâneo”. *Cadernos de Direito Atual*. Nº 11.
- Nieto Martín, A. (2012). “Bases para un futuros Derecho penal internacional del medio ambiente”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma*. Nº 16, pp. 137-164.
- Nieto Martín, A. (2020). “Cambio climático y Derecho penal internacional del medio ambiente”. *Jueces para la democracia*. Nº 98, pp. 61-70.
- Nieto Martín, A. (2020). “Ecocidio y justicia restaurativa: el Derecho Penal Internacional post-Núremberg. En *Almacén de Derecho*. [Disponible en <https://almacenederecho.org/category/autor/adan-nieto>].
- Ollé Sesé, M. (2008). *Justicia universal para crímenes internacionales*. Madrid: La Ley.
- Padua, J.A. (2005). “Arrastrados por uma cega avareza. As origens da crítica a destruição dos recursos naturais amazônicos”. *Revista Ciencia & Ambiente*. Nº 31.
- Ribeiro Capobianco, J. P. (2019). “Avanços e recuos da sustentabilidade na Amazonia: uma análise da governança socioambiental na Amazonia”. *Revista de Estudos Brasileños*. Vol 6. Nº 11.
- Sands, P. (2017). *Calle Este-Oeste*. Traducción de F. J. Ramos Mena. Barcelona: Anagrama.
- Sarges, M. N. (2006). “La Belle-Epoque en la Amazonia en la época del caucho”. En Santos Pérez, J. M. & Petit, P. *La Amazonia brasileña en perspectiva histórica*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.
- Sgubi, F. (1975). “Tutela penali di interesse difussi”. *La questione criminale*. Nº 3.
- Silva, J. A. A. (Coord.). (2011) *O código forestal e a ciencia: contribuições para o dialogo*. Sao Paulo: ABC.
- Silva, M. D. (2020). “Amazônia e o desenvolvimento: Aspectos da trajetória das políticas públicas na região” *Revista de Estudos Brasileños*. Vol. 7. Nº 15. Silva Guevara, G. (2017). “Intervencionismo y medio ambiente: el caso de la Amazonía Brasileña”. *Revista de relaciones internacionales estrategia y seguridad*. Vol. 12. Nº 1.
- Spigno, I. & Zamora, C. (2019). “Los orígenes del fenómeno del genocidio”. En Olasolo, H. & Eirene de Prada, P. (Coords.). *La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio. La Contribución Iberoamericana y el Legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 93-113.

- Uribe Piedrahita, C. (2006). *Mancha de aceite*. Maracaibo: Ediciones Astro Data.
- Vicente Martínez, R. (2019). “Hacia un derecho penal internacional medioambiental: catástrofes medioambientales y “ecocidio”. En Demetrio Crespo, E. & Nieto Martín, A. (Dir.). *Derecho penal económico y Derechos humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 245-277.
- Zúñiga Rodríguez L. (2020). “Delitos medioambientales y responsabilidad penal las personas jurídicas. El daño ambiental”. En De Vicente Remesal *et al.* (Dirs.). *Libro Homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña*. Vol. II. Madrid: Reus, pp. 2007-2017.
- Zúñiga Rodríguez, L. (2018). “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y Derechos Humanos. Una valoración desde la reforma de 2025 de la legislación española”. En Demetrio Crespo, E. & Nieto Martín, A. (Coords.) *Derecho penal económico y Derechos Humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 87-110.

INFORMES

- CIDH (2013). *Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas: recomendaciones para el pleno respeto de los Derechos humanos*. [Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/informe-pueblos-indigenas-aislamiento-voluntario.pdf>].
- CIDH. (2019). *Situación de los Derechos Humanos de los pueblos indígenas y tribales de la Panamazonia*. [Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Panamazonia2019.pdf>].

Capítulo 13

LA AFECTACIÓN DE LA VIDA Y SALUD DE LOS TRABAJADORES MÁS VULNERABLES Y SU REPERCUSIÓN PENAL

Lucía Remersaro Coronel

Introducción

El trabajo es una de las manifestaciones de los derechos económicos sociales y culturales (en adelante, DESC) más importante y tiene una protección normativa multinivel, es decir, la regulación laboral se halla tanto en la normativa nacional, regional como global. Así, no se discute que toda persona tiene derecho a trabajar y esta es la base para la realización de otros derechos humanos (REDESC, 2021), y por ello, como expresa Terradillos Basoco (2020: 126), “el mundo del trabajo es, pues, un ámbito de evidente interés para la intervención penal en la tutela de los DESC, y no solo en cuanto derechos subjetivos, sino también por su función institucional”.

No obstante, no todos los países ostentan el mismo acceso al trabajo, ni similar legislación tuitiva. Tal es así, que la pandemia que actualmente atravesamos no ha hecho más que dejar en evidencia la exclusión social de algunos individuos, que tiene como corolario, entre otras cuestiones, el trabajo precarizado sin las mínimas condiciones de higiene y seguridad. En efecto, un nuevo análisis de la OIT alerta de que se necesitan “acciones ambiciosas” para la recuperación del mercado de trabajo en América Latina y el Caribe, en un 2021 que inició marcado por una situación sanitaria que afecta al mundo laboral. El fuerte impacto de la COVID-19 fue agravado por problemas estructurales preexistentes, de hecho, en América Latina y el Caribe se perdieron 26 millones de empleos como consecuencia de la pandemia (OIT, 2021).

Por su parte, uno de los aspectos que más afecta a los trabajadores son los accidentes laborales. La siniestralidad se origina concomitantemente con el nacimiento mismo del trabajo y, por ello, “es fundamental seguir dirigiendo esfuerzos a consolidar un modelo productivo donde la siniestralidad se reduzca a mínimos e incluso desaparezca” (Cuevas Monzonís & Gabarda Méndez, 2016: 3). En cualquier caso, 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.

Sin embargo, como se verá, del análisis comparado se observa un Derecho Penal laboral consolidado en Europa, a diferencia de los ordenamientos penales latinoamericanos, donde el Derecho Penal laboral no goza de la misma suerte.

1. El trabajo y la siniestralidad laboral como manifestación aporofóbica

La aporofobia es un neologismo acuñado por la filósofa española Adela Cortina en 1995, al publicar un artículo periodístico del *ABC Cultural* de España refiriéndose a uno de los males de esta época: el rechazo y el odio hacia las personas pobres. La etimología de la palabra proviene de los términos griegos *a-poros* (sin medios ni recursos) y *fobeo* (aversión, odio, rechazo) (Cortina Orts, 2017).

En concreto, al hablar de aporofobia institucionalizada, se apunta, siguiendo a Expósito Marín (2015: 75), a “la idea de que una institución es capaz de producir y reproducir aporofobia y pobreza. Alude tanto al hecho de proyectar una imagen del empobrecido que implica sesgos y está cargada de prejuicios como a una manifiesta práctica social diferenciada”. De ahí que exista un componente simbólico generado y reproducido por las instituciones, en este caso por el sistema político, al sancionar leyes que acaban produciendo prácticas discriminatorias hacia la población más pobre. Por tanto, no todos los trabajadores portan los mismos derechos, ni son sometidos a los mismos riesgos, de hecho, son los trabajadores más empobrecidos los que a diario ponen su vida y salud en peligro.

Justamente, la aporofobia se centra en las sociedades que denominamos “desarrolladas”, en colectivos que se suelen considerar “no

productivos”, esto es, los calificados parados, los trabajadores con escasa cualificación profesional, los jóvenes que buscan su primer empleo, trabajadores sometidos a condiciones laborales muy precarias en cuanto a salario y continuidad, personas enfermas o con discapacidades severas que no consiguen empleo y carecen de recursos económicos, familias monoparentales de escasos ingresos, minorías étnicas tradicionalmente marginadas, inmigrantes que aún no han conseguido insertarse de manera legal en el mercado laboral, etc. (Martínez Navarro, 2002). De hecho, no puede perderse de vista que la causa última de la pobreza es la falta de medios, y en el contexto de las sociedades actuales deriva de dos grandes ámbitos: la dificultad para acceder a un puesto de trabajo en condiciones dignas y la mala o inexistente distribución de la riqueza.

Siguiendo a Wacquant (2010) el foco se debe poner en el acceso a los DESC, que son los que habilitan el ejercicio de una ciudadanía efectiva. En ese sentido, en la reciente obra del Prof. Terradillos Basoco titulada *Aporofobia y plutofobia. La deriva jánica de la política criminal contemporánea* (2020) el autor analiza la legislación penal vinculada a los DESC en Latinoamérica, dejando al descubierto la importancia del ámbito laboral. No en balde, el artículo 6 (1) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone que “(l)os Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias”. Por añadidura, este instrumento internacional ha sido ratificado por más de 160 países.

Otra de las cuestiones que se relacionan íntimamente con esta temática, refiere a que la nota característica del trabajo dependiente es la relación asimétrica que se genera, en donde el trabajador se encuentra en una situación de subordinación y por tanto de inferioridad frente al empleador (Terradillos Basoco, 2021). En el fondo, el carácter aporóforo de algunas prácticas del trabajo se visualiza en la circunstancia en la que los empleadores e, incluso, los mismos trabajadores, asumen que es mejor cualquier trabajo antes que estar en el paro e inmersos en la pobreza. Un claro ejemplo lo constituye el colectivo de personas que viven en calle, grupo de personas que se encuentran de modo notorio en los márgenes del sistema. De una investigación realizada por Curbelo (2019) en Uruguay sobre los individuos sin techo, surge que prevalece sobre este colectivo un universo de personas que sus traba-

jos son precarizados, “no están en caja”, encontrándose por debajo de los límites legales. En consecuencia, para Curbelo

no sólo se ejerce violencia laboral cuando no se respetan los derechos formales del trabajador, sino que con esta población (SIC SIN HOGARIS-TAS), acrecienta la brecha vinculada a la precariedad, de distintas formas quizás menos visibles, pero que suponen un continuo alejamiento de estas personas al mercado laboral forma (2019:101).

Asimismo, el estudio deja al descubierto las lógicas de dominación, producto de la precariedad de los trabajadores, en donde prima el sentir de que ellos “los ayudan”, bastando con la paga de unos “pocos pesos diarios. Esto va de la mano, a que los propios trabajadores en estas condiciones asumen estas modalidades de explotación sin cuestionar demasiado a sus jefes” (Curbelo, 2019: 101). Expósito Marín (2015: 84) apunta a que se trata de “otra de las grandes falacias que se ha impuesto en los últimos tiempos”, y que estas situaciones extremas permiten imponer cualquier condición laboral, constituyendo en puridad una forma de aporofobia institucionalizada: los pobres no merecen las condiciones laborales básicas que goza cualquier ciudadano.

Ciertamente, una cuestión que atraviesa a los accidentes laborales representa la vulnerabilidad de los trabajadores que son afectados por este flagelo. A ese respecto, describe Bilbao (1997: 2-3):

El accidente es el final visible de una sucesión de acontecimientos que describen un entorno penoso para determinados individuos. La enfermedad y la muerte en el trabajo son los síntomas externos de una profunda desigualdad. La distribución del estado de salud dista mucho de ser homogénea. La salud y la enfermedad no son características asociadas en exclusividad a la naturaleza biológica del individuo. Están, por el contrario, estrechamente asociadas a las condiciones de trabajo.

Dicho en breve, son los trabajadores pertenecientes a las clases socioeconómicas más rezagadas los que lideran las estadísticas de siniestralidad laboral, y es por ello que es necesaria la presencia del Estado a través de políticas integrales preventivas que protejan a los trabajadores más vulnerables de la cadena de producción.

2. Los riesgos laborales como un fenómeno global

La globalización ha construido sus bases económicas generando mecanismos de desplazamiento del capital, regulando los sistemas productivos y organizando el medio laboral de cara a un proyecto político que redunde en explotación de dimensiones desconocidas. En ese contexto, el aumento del comercio a escala mundial, los daños generados al medio ambiente, los recortes de los derechos laborales, sumado a la relocalización de industrias y empresas en países con Estados menos presentes, ha influido sensiblemente en los derechos humanos (Remersaro Coronel, 2021a).

No en vano, Beck (1998: 18) señala como puntos clave de la globalización: el traslado de puestos de trabajo a países con menores costes laborales e impositivos, la posibilidad de “desmenuzar los productos y las prestaciones de servicios, así como de repartir el trabajo por todo el mundo, de manera que las etiquetas nacionales y empresariales nos pueden inducir fácilmente a error”, la obtención de beneficios impositivos y de infraestructura por parte de los Estados para la instalación de empresas y por último la posibilidad de que “los cuadros dirigentes podrán vivir y residir allí donde les resulte más atractivo y pagar los impuestos allí donde les resulte menos gravoso”. En síntesis, todas estas cuestiones son obtenidas por las cúpulas de poder sin movimientos políticos burocráticos, es decir, sin leyes, decretos e, incluso, muchas veces sin siquiera debates públicos, lo que daría lugar a una suerte de “subpolítica”.

Justamente, América Latina se trata de un espacio geográfico en el que proliferan las multinacionales vinculadas a actividades laborales peligrosas que se benefician de una mano de obra más barata, de la realización de actividades que, a menudo, se encuentran prohibidas en sus países de origen y que, a la postre, posee legislaciones más laxas. Incluso varias de esas legislaciones se encuentran muy alejadas de los mínimos estándares de protección (Hernández Zubizarreta, 2009). No en vano, se reclaman reacciones globales ante el fenómeno de la subcontratación mundial que den las respuestas que los derechos internos no pueden resolver (Fernández Prol & Fernández Sánchez, 2019: 1384-1385).

Dicho en breve, la problemática de la siniestralidad laboral no es únicamente nacional, por el contrario, es un flagelo que exige solu-

ciones globales e intervenciones de carácter supraestatal. El vínculo actual que mantienen la Economía y el Derecho en el marco de la globalización requiere el esfuerzo de los Estados de construir límites jurídicos que permitan a los más vulnerables no ser arrasados por decisiones que no contemplan el bien general (Gracia Martín, 2010). Lo cierto es que la siniestralidad laboral es un fenómeno global que afecta a los trabajadores de todo el mundo y por ello debe ser pensado en términos transfronterizos.

3. Legitimación político-criminal para incorporar un delito de peligro

El interés por proteger a los trabajadores de los peligros derivados del trabajo no es una preocupación reciente, por el contrario, desde antaño se encuentran normas que intervienen en el ámbito de la accidentalidad laboral (Gallardo García, 2016). Así, ya explicaba Arroyo Zapatero (1988: 6) que la legitimación del Derecho Penal para intervenir se da “cuando se cumplen dos condiciones: el carácter fundamental de los bienes e intereses jurídicos en cuestión y la insuficiencia protectora de las normas laborales mismas y el aparato sancionador administrativo”.

Por un lado, sobre el bien jurídico, la vida y salud de los trabajadores en su faceta colectiva conforman un bien jurídico autónomo que exige protección penal y, como expresa Terradillos Basoco (2021:2), “trasciende los intereses puramente económicos implicados en la relación laboral”. Además, la utilización del Derecho Penal para sancionar esta conducta viene dada por las cifras de siniestralidad laboral, es decir, por la dañosidad de la conducta.

Por otro lado, en el caso del delito de riesgos laborales, al ser su estructura una norma penal en blanco, será el Derecho Laboral el que va a indicar cuáles son los incumplimientos administrativos frente a hipótesis en que el empleador no adopte los medios de resguardo y seguridad laboral. Si bien la reglamentación administrativa resulta la piedra angular para originar responsabilidad penal, en ocasiones estas sanciones no revisten de la gravedad ni de la motivación necesaria para que el empleador cumpla con la normativa laboral.

No obstante, se debe reconocer el carácter subsidiario y de *ultima ratio* del Derecho Penal, lo que implica asumir que las respuestas apropiadas para estos conflictos se darán en principio, y en forma principal, en el campo del Derecho Laboral. Además, este debe ser respetuoso con el principio *non bis in idem*, así como con el de intervención mínima. En efecto, la constatación de un incumplimiento laboral no debería acarrear *per se* responsabilidad penal, en la medida que ambas parcelas obedecen a principios y garantías diferentes. Así, en el ámbito laboral, pueden ser exigibles ciertas obligaciones de carácter formal que acarrearán responsabilidad, y en el ámbito penal estas mismas serán violatorias del principio de lesividad (Morales García, 2006).

En pocas palabras, se comparte la visión de Terradillos Basoco (2006:17), puesto que

no se puede incurrir en la ingenuidad de que sólo a través de políticas laborales dirigidas a una mejor conformación del mercado de trabajo quepa esperar soluciones. Por el contrario, cabe entender que sólo si van acompañadas de políticas penales, intransigentes con las prácticas más perversas instaladas en el mercado de trabajo, pueden dar frutos. Así planteadas las cosas, la necesidad de acudir a los instrumentos que brinda el Derecho penal no debería ser objeto de discusión.

4. La siniestralidad laboral

4.1. España en cifras

Según los datos que publica Eurostat, en el año 2017 el índice de incidencia de accidentes de trabajo mortales en el conjunto de la Unión Europea fue de 1,65 accidentes por cada 100.000 trabajadores, mientras que en España el valor correspondiente fue 1,99. Luxemburgo, Rumanía y Letonia lideran el ranking de accidentes mortales por encima de cinco fallecidos por cada 100.000 trabajadores.

Concretamente, en España fallecieron 2,89 trabajadores por cada 100.000 en el año 2016. De hecho, los accidentes laborales siguieron aumentando en 2018, además de que crecieron los contratos a tiempo parcial, es decir, sin tener en cuenta que la extensión de horas trabajadas es inferior al aumento de trabajadores, registrándose 34 muertes más en el trabajo en 2018 (+5,5%), por lo que teniendo en cuenta el

aumento de la población ocupada, las muertes se incrementan en un 2,0%. Los datos del año 2018 ofrecidos por el Ministerio de Trabajo muestran un aumento del 3,2% del número de accidentes de trabajo con baja —sea en jornada (3,2%) como *in itinere* (3,3%)—.

Por cierto, las secciones de la actividad productiva que presentan un incremento mayor del número de accidentes en jornada de trabajo son la construcción (13,1%), las industrias extractivas (10,8%) y la industria manufacturera (5,6%). Por su parte, la siniestralidad mortal se incrementó alcanzando 652 fallecimientos, 32 más que en 2017, lo que supone un incremento del 5,5% —en jornada de trabajo este incremento es del 4,5% e *in itinere* del 9%—. Y durante el primer trimestre de 2019 se produjeron más de 420.000 accidentes laborales (INSST, 2019). Resulta interesante añadir que el aumento de la siniestralidad laboral desde 2012 en España está ligado a la precariedad según un Informe de CCOO (2019: 5)¹.

La incidencia de los contratos temporales en los accidentes laborales es un 50% superior al de los contratos indefinidos. Pero si el contrato es temporal a tiempo completo, el incremento alcanzó un 25%, disparándose hasta el 33% para los temporales a tiempo parcial. Por otra parte, tanto la *V Encuesta Nacional de Condiciones de trabajo* (2004), así como el *Análisis de la mortalidad por accidente de trabajo en España* (2015), indican que la mayoría (87,5%) demostraron que el riesgo de padecer un accidente laboral es más grande en trabajadores temporales que en trabajadores con contratos definidos, los trabajadores que han sufrido un accidente mortal eran asalariados del sector privado, y entre el total de accidentes habían seis casos de trabajadores autónomos: casi la mitad de los trabajadores tenían contrato indefinido, y el 1,9% de trabajadores que no tenían contrato (INSSBT, 2017). Asimismo, para la UGT (2019) otros de los factores que afecta a la temporalidad es la falta de formación e información en materia de riesgos laborales, esencial para garantizar su seguridad

¹ En el año 2012 aprobó la reforma laboral del Partido Popular, que promovió un modelo de relaciones laborales basado en la precariedad en el empleo, en la desarticulación de la negociación colectiva, en el refuerzo de la capacidad unilateral del empresario y en dificultar a amplias capas de la población trabajadora el ejercicio efectivo de derechos, incluidos el de la salud y la seguridad en el trabajo (Secretaría Confederal de Salud Laboral de CCOO, 2019: 5).

y salud en el trabajo. Además, se apunta que los trabajadores en régimen temporal pueden llegar a asumir riesgos que quizá los trabajadores indefinidos no asumirían por temor a perder su puesto de trabajo. En consecuencia, la relación precariedad laboral y siniestralidad es clara; siendo difícil asegurar la tutela de los derechos de los trabajadores, ello deviene en que su limitación y reglamentación sea un tema recurrente.

Sanguineti Raymond (2006) ha denunciado que las facilidades que el Derecho español ofrece para recurrir al *outsourcing* con fines precarizadores o degradatorios de las condiciones de trabajo son tan tentadoras que las empresas que no las utilizan están en franca desventaja respecto a sus competidores que sí lo hacen. De este modo, pocos frutos pueden lograr las políticas de fomento del trabajo estable que pretendan convivir con un *statu quo* favorecedor de la externalización y, con ella, de la inestabilidad. Adicionalmente, los estudios criminológicos (Terradillos Basoco *et al.*, 2006: 37; Miñarro Yanini, 2002: 511) demuestran que los regímenes de subcontratación incrementan las probabilidades de ser víctima de siniestralidad laboral. Dentro de este marco, para Hortal Ibarra (2005: 300)

el hecho de que estos trabajadores realicen su actividad en un centro que no es suyo, aumenta el desconocimiento sobre los riesgos laborales que se ciernen sobre ellos y la forma adecuada de protegerse frente a los mismos (...) la confluencia de distintas empresas en un mismo espacio físico acrecienta los riesgos a los que se ve expuesto el trabajador.

Pero lo que es aún más importante, y constituye clara muestra del carácter aporofóbico de los riesgos laborales, es que el Informe (Secretaría Confederal de Salud Laboral de CCOO, 2019: 5) manifiesta que la clase social influye en la siniestralidad laboral, siendo la única ocupación en la que ha descendido el número de accidentes desde 2012 la de directores y gerentes.

Con respecto al género, los accidentes laborales son en la mayoría de los casos protagonizados por varones, constituyendo el 71%, y, en el caso de los fallecidos en el trabajo, alcanzan el 95%. El Informe subraya que tres de cada cuatro personas ocupadas a tiempo parcial son mujeres, ya que “en estos casos, para mantener un nivel de ingresos adecuado se ven obligadas a compaginar varios empleos, aumentando el número de desplazamientos en una misma jornada y aumentando

la posibilidad de accidentes” (Secretaría Confederal de Salud Laboral de CCOO, 2019: 16). Las mujeres tienden a padecer más enfermedades vinculadas al estrés; entre esos factores se encuentra: la discriminación por género, reflejada en salarios inferiores por igualdad de responsabilidades, la maternidad y el “techo de cristal” (refiere a la barrera invisible que impide a las mujeres acceder a las posiciones más altas de la jerarquía organizativa). Por añadidura, a partir de investigaciones realizadas en España, surge que la precariedad laboral tiene consecuencias adversas para la salud de las mujeres. El CCOO de Castilla La Mancha denunció que la mayor precariedad laboral genera que las mujeres sufran más accidentes *in itinere*, porque en una misma jornada realizan más desplazamientos, y esta exposición genera efectos más negativos sobre la salud de las mujeres. Desafortunadamente, el género, pese a ser un factor de riesgo importante, es poco tomado en cuenta por parte de las legislaciones e, incluso, en la firma de convenios colectivos. Por esta razón la Agencia Europea de Seguridad y Salud en el Trabajo, en 2003, propuso que la perspectiva de género fuese tenida en cuenta en las futuras directivas europeas sobre seguridad y salud en el trabajo.

Del examen anterior se advierte que los riesgos a los que están expuestas mayoritariamente las mujeres, por el tipo de tareas que desarrollan, producen daños que aparecen de manera lenta y progresiva y que suelen ser invisibilizados, como son las lesiones en el cuello y en los brazos y alteraciones de la salud psíquica. Como afirman Pérez del Río y Ballester Pastor (1999: 3), se trata de “riesgos laborales que no presentan peligro directo para la vida (que no matan) sino que desgastan”. Por el contrario, en los puestos ocupados por los varones son más comunes las lesiones físicas, las que se reconocen más fácilmente por su relación inmediata entre la causa y el daño (Acale Sánchez, 2010).

Abundando más en esta cuestión, los extranjeros aparecen como el colectivo donde mayor cifra negra se registra, por la falta de regularización administrativa a las que en ocasiones son sometidos, es decir, son personas que en general trabajan en España de forma clandestina (Gómez Gil, 2007). De ahí que difícilmente se pueda exigir el cumplimiento de las medidas de seguridad si ni siquiera poseen contratos laborales, siguiendo a Acale Sánchez (2005: 35)

cómo van a reivindicar por ejemplo, que se les someta a análisis clínicos, o que se les proporcionen medios de protección individual idóneos para las tareas que realizan, si a todos los efectos no computan como trabajadores de obra. Es como si no existieran.

No en vano, en el año 2005, más de la mitad de los extranjeros que en Andalucía realizaban una prestación laboral por cuenta ajena no habían firmado contrato alguno, lo que supone ausencia de control público sobre sus condiciones de trabajo y, en la práctica, imposición ilimitada de condiciones de trabajo por parte del empleador (Ruiz Rodríguez, 2006).

Otro factor que se apunta es el de la nacionalidad. Así, las personas oriundas de Ecuador, Marruecos y Argelia son quienes manejan índices de siniestralidad más elevados, llegando casi a duplicar al de las de nacionalidad española. A la postre, se ha incrementado su siniestralidad desde 2012 en mayor medida que el conjunto de la población (Secretaría Confederal de Salud Laboral de CCOO, 2019: 24.). De hecho, para Ruiz Rodríguez y Gallardo García (2009: 103):

El carácter laboral del fenómeno migratorio y la evidencia de que el colectivo de trabajadores extranjeros ocupa de forma principal los peldaños inferiores del mercado laboral, en condiciones de desigualdad con los trabajadores españoles, obliga de forma permanente a poner en relación las condiciones reales de cualquier trabajador y la regulación laboral en España, por un lado, con la situación real de los inmigrantes y la regulación de la situación de los extranjeros en nuestro país, por otro.

Actualmente, los *delivery* o *riders* aparecen como una población con alta siniestralidad laboral. Los factores de riesgo con más influencia en la siniestralidad del sector están relacionados con las características de la población trabajadora y con las condiciones de trabajo. En ese sentido, en general estos trabajadores son personas jóvenes, con poca cualificación profesional, o estudiantes que compatibilizan los estudios y el trabajo.

4.2. La protección penal de los riesgos laborales en el ámbito europeo

A partir del estudio del Derecho comparado, surge que las legislaciones europeas incorporaron el delito de riesgos laborales alrededor

de un lustro antes que los pocos países latinoamericanos que protegen penalmente la vida y salud de los trabajadores.

En el caso español, se criminalizan conductas relativas a los riesgos laborales desde 1928, incluso con un delito de peligro, y la primera sentencia condenatoria fue dictada en el año 1997 (Hortal Ibarra, 2009: 80). Con lo cual, en el ordenamiento jurídico español la protección penal respecto de las conductas atentatorias a la integridad física del trabajador tiene larga tradición.

Actualmente, desde el Código Penal español de 1995, se encuentra redactado el delito de riesgos laborales en los arts. 316 (modalidad dolosa) y 317 (modalidad imprudente); además el Título XV del Código Penal agrupa varias figuras penales que exceden la puesta en peligro de la vida y salud, salvaguardando de manera integral los derechos de los trabajadores. De esta manera, el ordenamiento jurídico español, si bien no está exento de ciertas críticas, procura tutelar de forma amplia y contundente todas las conductas atentatorias de los derechos de los trabajadores, no solo la de los riesgos laborales.

Por lo demás, en las legislaciones de países como Alemania, Francia, Italia, Portugal, Suiza y Rusia, se hallan delitos que castigan la puesta en peligro de la vida y salud de los trabajadores ante incumplimientos de la normativa laboral. De esta forma, estas conductas se tipifican a título imprudente y doloso, incluso en legislación extra código (Aguado López, 2002).

A mayor abundamiento, la armonización que se visualiza en la Unión Europea deja en evidencia la importancia que le otorga a la siniestralidad laboral por la idoneidad que muestra el Derecho Comunitario para salvaguardar los riesgos laborales, a diferencia del Derecho Internacional, que, si bien es un buen insumo para orientar las políticas, carece de efecto vinculante (Gallardo García, 2016). En ese sentido, para Nieto Martín (2004: 69), “(l)a seguridad en el trabajo constituye el ámbito más importante de la política social comunitaria, como demuestra el alto número de recomendaciones, decisiones y, sobre todo, directivas”.

En virtud de todo lo expuesto, se puede afirmar que la protección de la seguridad en el trabajo a través del sistema penal se encuentra sólidamente constituida en las legislaciones de los países europeos mencionados. Así también, la utilización de la técnica de peligro no

tiene carácter excepcional, lo que demuestra cómo la salud y vida de los trabajadores está visibilizada y su tratamiento de larga data se encuentran demostrados en los avances normativos y jurisprudenciales.

4.3. América latina en cifras

Según el último *Informe de la OIT Presente y futuro de la protección social en América Latina y el Caribe*, “(e)n América Latina más de la mitad de los trabajadores no cotizan a un sistema de seguridad social para enfrentar riesgos sociales como la enfermedad, el desempleo y aquellos asociados a la vejez” (OIT, 2018). De todas formas, América Latina no es un espacio geográfico homogéneo y los países que lo componen no presentan el mismo grado de desarrollo legislativo, ni de incumplimiento contumaz de las disposiciones laborales.

Los países latinoamericanos lideran los índices mundiales de siniestralidad laboral. Según la Organización Iberoamericana de Seguridad Social se producen 30 millones de accidentes laborales al año, de los cuales 240 mil son fatales. Estas cifras son aún más alarmantes si se consideran los altos índices de la economía informal de la región, y que solo se reportan entre un 20 y 25% de los infortunios (OISS, 2013). Así, hay 11,1 accidentes mortales por cada 100.000 trabajadores en la industria, 10,7 en la agricultura, y 6,9 en el sector de los servicios, habiendo una mayor incidencia de accidentes en los sectores con mayor producción, como la minería, la construcción, la agricultura y la pesca (OIT, 2019).

A pesar de estas cifras, muy pocos países cuentan con legislaciones que criminalicen los delitos referidos al ámbito laboral. Además, se señalan diferencias destacables en la distribución de la actividad productiva. Esta puntualización es importante, puesto que en América Latina hay sectores de producción con una alta siniestralidad laboral que no son tan frecuentes en el contexto europeo, como la pesca o la minería (Cuevas Monzonís & Gabarda Méndez, 2016).

Por otra parte, se debe considerar el papel insuficiente que efectúan las Inspecciones de Trabajo; como expresa Gallo (2019: 100) hay pocos inspectores, estos se encuentran sobrecargados, y su presencia es mayor en las capitales, sumado a que “no en todos los países

de Latinoamérica el inspector tiene el poder de interrumpir o parar las operaciones ante un peligro inminente”.

4.3.1. Países que cuentan en sus legislaciones con el delito de riesgos laborales

En los últimos años, algunos países latinoamericanos han incorporado el delito de riesgos laborales a sus ordenamientos jurídicos, castigando al empleador o a quien tenga el poder de dirección en el ámbito de la seguridad que infrinja las leyes laborales, y con ello pusiera en peligro la vida o salud de los trabajadores. Pese a lo afirmado, únicamente Perú, Paraguay y Uruguay han añadido delitos de riesgos laborales en sus legislaciones.

El ordenamiento jurídico peruano recoge en el Capítulo relativo a la violación de la libertad de trabajo el art. 168-A del Código Penal —modificado por múltiples reformas en los años 1996, 1997, 2011, 2014, 2017, 2019—, un delito de peligro concreto para el que infrinja las medidas de seguridad laboral. Sin embargo, con la modificación realizada por la Ley 30.222 del 10 de julio de 2014², se restringió ampliamente el ámbito de aplicación de la conducta delictiva. Sobre la reforma expresa Oré Sosa (2018: 209) que “a mi entender, constituye una involución en cuanto a las normas que protegen la seguridad y salud en el trabajo. Efectivamente, la modificación operada (...) tiene,

² “El que, deliberadamente, infringiendo las normas de seguridad y salud en el trabajo y estando legalmente obligado, y habiendo sido notificado previamente por la autoridad competente por no adoptar las medidas previstas en éstas y como consecuencia directa de dicha inobservancia, ponga en peligro inminente la vida, salud o integridad física de sus trabajadores, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años. Si, como consecuencia de la inobservancia deliberada de las normas de seguridad y salud en el trabajo, se causa la muerte del trabajador o terceros o le producen lesión grave, y el agente pudo prever este resultado, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años en caso de muerte y, no menor de tres ni mayor de seis años en caso de lesión grave. Se excluye la responsabilidad penal cuando la muerte o lesiones graves son producto de la inobservancia de las normas de seguridad y salud en el trabajo por parte del trabajador”. Para ver la evolución de la normativa, *vid* Arévalo Vela (2013) y un análisis dogmático del tipo penal en García Cavero (2014: 1-28).

sin exageraciones de ningún tipo, una presencia meramente simbólica”.

En la misma línea, Gallo apunta a que el delito

se ha convertido prácticamente en un delito de desobediencia a la autoridad, pues lo que es pasible de sanción es que no se haya cumplido con adoptar las medidas de prevención legalmente requeridas, una vez que así lo haya hecho notar la autoridad laboral competente (2018: 69).

El tipo penal de peligro exige que el empleador haya sido “notificado previamente por la autoridad competente”. Para Gallardo García (2018) este requerimiento de la notificación previa debería analizarse como un requisito típico condicionante que abarca el dolo, y no como una condición de procedibilidad. Por su parte, para Terradillos Basoco (2021: 97) “la prueba de la infracción normativa sí puede basarse en la previa resolución administrativa, pero sin quedar predeterminada por ella: tanto el presupuesto fáctico de la infracción como su valoración jurídica han de ser objeto de examen judicial independiente”.

De suyo, la inclusión de la exigencia subjetiva “deliberadamente” descartaría la posibilidad de que dicha conducta se incrimine a título de dolo eventual, siendo exclusivamente aplicable a dolo directo (Oré Sosa, 2018), lo que hace difícil la aplicación del delito, siendo que refiere a una intención calificada, una suerte de dolo deliberado, que exige pleno incumplimiento de la normativa laboral. Para Terradillos Basoco (2021: 105) de todos modos no se requiere la presencia de otros elementos subjetivos del tipo de injusto.

Además, en el segundo acápite del art. 168-A se sanciona con una pena más gravosa en caso de ocasionarse la muerte o las lesiones de los trabajadores por la infracción laboral. No obstante, siguiendo a Terradillos Basoco (2021: 104), se deben independizar las dos figuras, en la medida en que el delito de peligro puede ser cometido por quienes portan obligaciones específicas de seguridad y, en el caso del delito de daño, podrá ser sujeto activo cualquier persona que fruto de su infracción a la normativa laboral causare la muerte o las lesiones graves a los trabajadores. Es decir, si bien el sujeto activo aparece descrito como “el que”, la referencia que el tipo penal en el primer acápite realiza a “sus trabajadores”, así como la fórmula utilizada —similar al art. 316 del CP español— “estando legalmente obligados”, reduce el sujeto activo a quienes portan obligaciones específicas de seguridad

o, como establece la fórmula uruguaya, al “empleador”, es decir, al garante de la seguridad de los trabajadores. Es de hacer notar que la legislación peruana permite imputar tanto a la persona física como a la persona jurídica, en aplicación del art. 27 del CP.

Por su parte, el art. 205 del Código Penal paraguayo³ consagra un delito de riesgos laborales, tipificándose su modalidad dolosa e imprudente. El tipo penal establece como sujeto activo calificado al “titular de un establecimiento o empresa y su responsable de la prevención de accidentes de trabajo”, por lo que se exige una relación de dependencia.

Como expresa Gallo (2018: 77), “la doctrina paraguaya no ha prestado atención a este precepto”. Además, la autora muestra que si bien no ha tenido gran aplicación práctica, ha sido utilizado en un único caso frente a un incendio en el Supermercado “Ycúa Bolaños”, donde la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay condenó tanto al titular del centro comercial como al encargado de seguridad, accionista de la empresa y delegado del Directorio (Gallo, 2018: 77-80). En dicha sentencia se sientan las bases interpretativas del delito, estableciéndose que la conducta del sujeto activo puede ser activa como omisiva, concretamente una omisión impropia, que la exigencia del resultado configura un “peligro grave” referido a la indemnidad del trabajador y no a la infracción de las medidas de prevención laborales (Gallo, 2018).

Finalmente, el caso uruguayo resulta paradigmático. Uruguay cuenta desde el año 2014 con un delito de peligro tipificado en forma

³ “Exposición de personas a lugares de trabajo peligrosos. 1° El titular de un establecimiento o empresa y su responsable de la prevención de accidentes de trabajo que: 1. causara o no evitara que los lugares o medios de trabajo incumplan las disposiciones legales sobre la seguridad y la prevención de accidentes en lugares de trabajo; o 2. claramente incumpliera las exigencias del cuidado técnico, y con ello peligrara la vida o la integridad física de otros, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa. 2° Los responsables, conforme al inciso 1°, que omitieran informar en forma idónea a los empleados sobre los peligros para la vida o la integridad física vinculados con los trabajos y sobre las medidas para la prevención, serán castigados con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa. 3° El que realizara el hecho mediante una conducta culposa será castigado, en los casos del inciso 1°, con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa y, en los casos del inciso 2°, con multa”.

muy similar al art. 316 del Código Penal español⁴. No obstante, a la fecha solo hay dos sentencias de condena, lo que da cuenta de la resistencia que mantienen los operadores para aplicar esta conducta. La inclusión del delito de riesgos laborales en Uruguay provocó una reacción insólita por parte de los medios de comunicación y de la mayoría de los doctrinarios en el país, exhibiendo los poderosos intereses que la seguridad en el trabajo suscita en Uruguay, y que generó como expresa Silva Forné (2017: 150) “una conmoción entre quienes percibieron que de alguna manera podían verse comprendidos por el ámbito de aplicación de este proyecto que terminó siendo ley”⁵.

La ley 19.196 se titula “Responsabilidad penal del empleador”, título que resulta poco adecuado para el tratamiento de los riesgos laborales, ya que insinúa la criminalización de los empleadores y no su objetivo real, que es salvaguardar los bienes jurídicos que se encuentran en juego (Remersaro Coronel, 2016), aunque, como apunta Terradillos Basoco (2014: 61), “su desdichada denominación obstaculice superficialmente la visibilidad de su función”. Sin embargo, esta ley no se encuadra dentro de un marco integral, sistematizado y coordinado de regulación de toda la problemática que plantean los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, sino que únicamente se dedica a un aspecto específico: la responsabilidad penal del empleador o de las personas que ejercen el poder de dirección en su nombre. Asimismo, tampoco procura tutelar otras conductas que vulneran distintos aspectos del trabajo, como puede ser el derecho a la huelga, la libertad sindical, o la no discriminación laboral. En cualquier caso, la presente ley constituye el comienzo para la edificación de un Derecho Penal del trabajo que pretende fortalecer la seguridad laboral de todos los trabajadores. De manera que no puede hablarse

⁴ Art. 1 de la ley 19.196: “El empleador, o en su caso, quien ejerciendo efectivamente en su nombre el poder de dirección en la empresa, no adoptaren los medios de resguardo y seguridad laboral previstos en la ley y su reglamentación, de forma que pongan en peligro grave y concreto la vida, la salud o la integridad física del trabajador, serán castigados con tres a veinticuatro meses de prisión”.

⁵ De ahí que Álvarez Petraglia (2015: 72) expresare “En mi caso, como abogado que ejerce la profesión, jamás había visto tanta gente con un julepe de novela — disculpen la expresión— siendo empresarios, desesperados para que los asesoren en cómo poder cumplir y evitar cualquier tipo de accidente o de peligro para el trabajador.

en Uruguay de un cambio de paradigma en la Política Criminal, por el contrario, su inclusión se presenta como una conquista laboral que impactó en el Código Penal (Remersaro Coronel, 2021b).

Con respecto a la tipificación del delito de riesgos laborales, el sujeto activo es calificado siendo “el empleador o en su caso, quien ejerciendo efectivamente en su nombre el poder de dirección en la empresa”, lo que reduce el ámbito de aplicación de la norma a quienes sean empleadores o tengan el poder de dirección respecto de los medios de seguridad laboral, lo que no es sinónimo de ostentar la obligación concreta de evitar la puesta en peligro de la vida o salud de los trabajadores. El núcleo del tipo refiere en concreto a la “omisión en la adopción o facilitación de los medios de resguardo y seguridad laboral previstos en la ley y su reglamentación”. Demuestra que el contenido de seguridad posee una referencia amplia que incluye a los medios materiales y de vigilancia. De ahí que la conducta es omisiva, porque el autor no cumple con la normativa laboral estipulada para proteger a los trabajadores de los riesgos laborales. Por último, la imputación subjetiva en el caso uruguayo se consagra solamente a título doloso.

En resumidas cuentas, la inclusión de este delito obedece al desarrollo de una política laboral muy intensa que a través de la acción sindical —un sujeto político clave en Uruguay— incorporó en la legislación uruguaya un delito que protege la salud y vida de los trabajadores.

4.3.2. Países que no cuentan con el delito de riesgos laborales

En tanto, persisten legislaciones que no cuentan con un delito que castigue la puesta en peligro de los trabajadores por el incumplimiento de la normativa laboral por parte del empleador. Sin embargo, se hallan otras manifestaciones de Derecho Penal laboral vinculado con la siniestralidad laboral.

Así, en el ordenamiento penal brasilero, se encuentran tipificados en el Código Penal “*Dos crimes contra o organização do trabalho*”, en los artículos 197 a 207, que contemplan tipos penales que protegen

la actividad económica y la libertad sindical negativa⁶, y en el art. 121 se castiga la “*inobservância de regra técnica de profissão*”.

Por otro lado, en el caso argentino⁷, el único artículo que tiene su legislación en materia de riesgos en la actividad laboral es el art. 124.3 que establece que “será penado con multa de 15 a 180 días el que omitiere proveer a sus trabajadores de los medios necesarios para ejercer su actividad en las condiciones de seguridad y salud que impusieren las leyes o los reglamentos”. No obstante, no se tutela desde el ámbito penal al trabajo con un delito de peligro, siendo los delitos de homicidio y lesiones a los que se recurre ante accidentes laborales ocasionados por la responsabilidad del empleador. De esta manera, mientras el obrero es castigado específicamente, los empleadores en Argentina no son sujetos activos calificados de ningún delito y, siguiendo a Gallo (2018: 3), “los delitos que puede cometer en su perjuicio el empleador, en general no son sancionados, formando de este modo parte de una protección penal simbólica, que los trabajadores saben inaplicables para protegerlos cuando son ellos las víctimas del delito”. De eso se desprende que difícilmente se tipificará un delito de homicidio o lesiones culposas o dolosas en la hipótesis de un accidente de trabajo en el que se han omitido las normas existentes de seguridad, por no existir un ámbito de especificidad (López Palomero, 2011: 40).

⁶ Así, el art. 197 criminaliza el atentado contra la libertad de trabajo, el art. 198 el atentado contra la libertad de contrato de trabajo y boicot violento, el art. 200 la paralización del trabajo seguida de violencia o perturbación del orden, el art. 201 la paralización de trabajo de interés colectivo y el art. 202 la invasión de establecimiento industrial, comercial o agrícola. Asimismo, el art. 199 tutela la libertad sindical criminalizando el “atentado contra la libertad de asociación” y el art. 203 protege el efectivo cumplimiento de la ley laboral. En el art. 204 se protegen las políticas de empleo, y en los artículos 206 y 207 se procura prevenir reclutamiento fraudulento de trabajadores. También se elevan a la categoría de delito algunas conductas de evasión de obligaciones relativas a la seguridad social (artículos 297 y 337.1). Además, el art. 12 de la ley 18.695 prevé que en caso no ser satisfechas en plazo las multas impuestas al empleador por la autoridad administrativa, las mismas puedan convertirse en penas privativas de libertad.

⁷ Para un estudio pormenorizado de la situación argentina, *vid.* Gallo (2016: 13-27 y 63-64). La autora, además, propone una tipificación del delito de riesgos laborales para la legislación argentina.

Dentro de este marco, es paradigmático el caso chileno. En el año 2003, el Prof. Bustos Ramírez, en su calidad de diputado, presentó, en conjunto con otros parlamentarios, un proyecto de ley para proteger penalmente a los trabajadores y cambiar la matriz de la ley penal que no tuvo suerte. En 2008 volvió a presentar el proyecto de ley formulando la responsabilidad penal del empleador, otra vez sin tener éxito. En 2010, al haber quedado atrapados 33 mineros trabajadores de la minera San Esteban Primera S.A.⁸, se reabrió el debate en torno a las responsabilidades sobre seguridad e higiene en materia laboral, presentándose en este contexto, el 17 de noviembre de 2010, el “Proyecto de Ley que establece Responsabilidad Penal del Empleador por accidentes del trabajo” (Palma Lamperein & Toro Venegas, 2012: 88).

De otra parte, tanto en las legislaciones de Venezuela como Cuba, se hallan conductas que castigan las lesiones o muertes de los trabajadores por el incumplimiento de las normas laborales.

Así, en Venezuela, el art. 131 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo (LOPCIMAT) castiga con pena de prisión —de ocho a diez años— al empleador que viole grave o muy gravemente la normativa legal en materia de seguridad y salud en el trabajo y, como consecuencia de tal violación, ocasione la muerte de un trabajador. Refiere Iturraspe (2015: 104) que previo a esta ley “en un país donde los homicidios laborales, desde que se aprobó la ley en el año 1986 hasta la reforma del 2005, se contaban por miles, nunca hubo, hasta ese momento, una sentencia penal que implicara a los patrones”. En la misma línea, destaca Carmona (2009: 74-75) que son pocos los procesos judiciales iniciados porque, si bien se dispuso la creación de fiscalías especializadas en materia de seguridad y salud en el trabajo, “los órganos encargados de sancionar administrativa-

⁸ Se expresa en el Proyecto de Ley “(l)a situación anteriormente expuesta y las recientes muertes de tres trabajadores en una mina clandestina en Atacama, deja de manifiesto el grave vacío legal existente al respecto, toda vez que pese a que los bienes jurídicos protegidos por la ley N° 16.744 y el Código del Trabajo, han sido gravemente puestos en peligro en numerosas ocasiones, dejando de manifiesto que el ordenamiento jurídico vigente no cuenta con sanciones que fomenten conductas tendientes a implementar sistemas y condiciones adecuados de seguridad para los trabajadores y que logren desincentivar conductas que deriven en las infracciones graves de conocimiento público”. En Biblioteca del Congreso Nacional. Boletín Legislativo N° 7316-07 (en línea).

mente estos hechos no remiten a la Fiscalía del Ministerio Público determinadas actuaciones relacionadas con accidentes de trabajo o enfermedades profesionales”. Aun cuando esta norma fue sancionada en el año 2005, no se hallan sentencias.

Mientras que el Código Penal cubano, en el Título X, denominado “Delitos contra los Derechos Laborales”, en el Capítulo I, “Incumplimiento de Normas de Protección e Higiene del Trabajo”, dispone en un artículo —único— 296⁹ el castigo a quienes infringiendo las medidas de protección e higiene en el trabajo y, a consecuencia, se ocasionare la muerte o lesión de algún trabajador. Para Gallo (2018: 89), opinión con la que se coincide, este delito adolece de una redacción indeterminada que dificulta la identificación del sujeto activo y de las normas laborales a las que se remite. Del mismo modo, las sanciones que se disponen en los numerales 2 (la provocación de lesiones graves o graves perjuicios para la salud), 3 (el resultado de muerte de un trabajador como consecuencia de no haber ordenado las medidas de protección) y 4 (la provocación de lesiones graves o graves perjuicios para la salud de un trabajador como consecuencia de no haber ordenado las medidas de protección) son exclusivamente económicas, lo que podría generar la creencia de que las medidas de seguridad laboral únicamente son importantes en sentido económico, percibiéndose a la seguridad laboral como una mera prestación mercantil.

⁹ “1. El responsable directo de la aplicación o ejecución de las medidas referentes a la protección e higiene del trabajo que, a consecuencia de infringir, dentro del ámbito de su competencia, las disposiciones establecidas al respecto, dé lugar a que se produzca la muerte de algún trabajador, incurre en sanción de privación de libertad de dos a cinco años. 2. Si, como consecuencia de la infracción a que se refiere el apartado anterior, se producen lesiones graves o graves perjuicios para la salud a algún trabajador, la sanción es de seis meses a dos años o multa de doscientas a quinientas cuotas. 3. El que, por no haber ordenado, teniendo la obligación de hacerlo, las medidas de protección e higiene del trabajo a quienes deban cumplirlas, dé lugar a que se produzca la muerte de un trabajador, incurre en sanción de privación de libertad de uno a tres años o multa de trescientas a mil cuotas. 4. Si, como consecuencia de la infracción a que se refiere el apartado anterior, se producen lesiones graves o graves perjuicios para la salud a algún trabajador, la sanción es de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas”.

5. Reflexiones finales

Como se dijo, la siniestralidad laboral es un fenómeno que afecta a los trabajadores más vulnerables del mundo. Además, las cifras son, a grandes rasgos, superiores en el contexto latinoamericano que en el español (Cuevas Monzonís y Gabarda Méndez, 2016). Por añadidura, para implementarse estrategias político-criminales en el ámbito de los riesgos laborales, se debe concebir al fenómeno como un flagelo sin fronteras territoriales, con el agregado de que, actualmente, la internacionalización de los mercados de trabajo genera profundas oleadas migratorias, principalmente de países del Sur que impacta en las regulaciones del mercado laboral (Baylos, 1999). Al globalizarse la economía, se disipa la tutela de derechos laborales como son la salud e higiene en el trabajo. Como se dijo, ello se da con frecuencia porque el marco permite la liberalización de los servicios y trabajadores, percibidas como trabas para las empresas en su afán de lucro (Quintero Lima, 2012).

Resulta evidente, en este punto, afirmar que la protección de la seguridad en el trabajo a través del sistema penal se encuentra sólidamente constituida en las legislaciones de los países europeos. En cualquier caso, la utilización de la técnica de peligro no tiene carácter excepcional, lo que demuestra cómo la salud y vida de los trabajadores está visibilizada en dichas legislaciones y su tratamiento de larga data se exhibe en los avances normativos y jurisprudenciales. Como se ha apreciado en este análisis, muy pocas legislaciones de los países latinoamericanos cuentan con tipos penales que protejan la salud y vida de los trabajadores, pese a los altos índices de siniestralidad laboral constatados.

De todos modos, los países latinoamericanos que han incorporado el delito demuestran que no basta con incluir la conducta en el ordenamiento jurídico. En efecto, el proceso penal muestra las numerosas dificultades que surgen en la práctica al aplicarse las normas penales a supuestos de siniestralidad laboral. Así, se requiere de otras acciones, además de incorporar el delito, como la creación de una Fiscalía especializada en siniestralidad laboral. Dadas las características del delito, se exige a los operadores conocer cuestiones técnicas de naturaleza laboral para probar la puesta en peligro concreto y grave de los trabajadores. La existencia de una Fiscalía especializada consolida y refuerza

la comunicación y colaboración con otros agentes involucrados con la siniestralidad laboral, lo que redundará en mayor eficacia del delito.

Desde esta perspectiva, la incorporación de delitos que protegen la vida y salud de los trabajadores no plantea ni una expansión del *ius puniendi*, ni una reformulación de los principios de imputación penal, así como tampoco una nueva disciplina académica, con contenidos y metodología propia (Terradillos Basoco, 2010). Simplemente se procura salvaguardar bienes jurídicos de suma importancia para los trabajadores y adherir un segmento de protección a un ámbito con gran dañosidad social, en donde existe una desigualdad estructural (Hortal Ibarra, 2018).

Si bien no es a través del Derecho Penal que dicha problemática va a ser solucionada —como ninguno de los conflictos sociales que se encuentran bajo el manto del Derecho Penal—, no puede deslegitimarse la intervención penal *in limine*. En puridad, Derecho Penal mínimo no es, ni será nunca, Derecho Penal nulo (Terradillos Basoco, 2006).

En el fondo, la siniestralidad laboral afecta a los trabajadores más vulnerables, circunstancia que no puede desconocerse, y que obliga a incorporar la máxima protección en pos de proteger derechos tan básicos como el de la vida y la salud.

Referencias

DOCTRINA

- Acale Sánchez, M. (2005). “Capítulo IV. Análisis criminológico de la siniestralidad laboral en la Provincia de Cádiz”. En Terradillos Basoco, J. & Acale Sánchez, M., *Estudios jurídicos sobre siniestralidad laboral, II Jornadas Universitarias Jurídicas*. Sevilla: Servicio de Publicaciones de la Junta de Andalucía, pp. 211-252.
- Acale Sánchez, M. (2010). “Género y siniestralidad laboral”. *Gestión práctica de riesgos laborales*. 69, pp. 26-33.
- Agudo López, S. (2002). *El delito contra la seguridad en el trabajo artículo 316 y 317 del Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Álvarez Petraglia, F. (2015). “Intervención de Federico Álvarez Petraglia”. *Jornadas académicas en defensa de la vida*. Montevideo: SUNCA PIT-CNT.
- Arévalo Vela, J. (2013). “La protección penal del trabajo”. *Revista Oficial del Poder Judicial*. Año 6-7. N° 8-9, pp. 33-44.

- Arroyo Zapatero, L. (1988). *Manual de Derecho Penal del Trabajo*. Madrid: Editorial Praxis.
- Baylos, A. (1999). “Globalización y Derecho del trabajo. realidad y proyecto”. *Cuadernos de Relaciones Laborales*. 15, pp. 19-49.
- Beck, U., (1998). *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Barcelona: Paidós.
- Bilbao, A. (1997). *El accidente de trabajo: entre lo negativo y lo irreformable*, Madrid: S. XXI Editores.
- Carmona García, J. L. (2009). “Tipos penales relacionados con el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Breve análisis comparativo entre la legislación venezolana y española”. *Revista Gaceta Laboral*. 15 (2), pp. 59-77.
- Cortina Orts, A. (2017). *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*. Buenos Aires: Paidós.
- Cuevas Monzonís N. & Gabarda Méndez C. (2016). *Siniestralidad Laboral en Europa y Latinoamérica: una visión comparada*. Informe Viu. Universidad de Valencia. [Disponible en: <https://www.aepsal.com/wp-content/uploads/2016/05/Siniestralidad-labora-en-Europa-y-Latinoamerica-pdf>].
- Curbelo, M. N. (2019). “De refugios, paradas y changas. Una aproximación etnográfica a formas de vivienda y trabajo de personas en situación de calle del Centro de Montevideo”. *Revista de Derecho penal*. 27, pp. 95-106.
- Expósito Marín, A. J. (2015). “Una aproximación a la aporofobia institucionalizada”. *Asociación Castellano manchega de sociología*. XIV Premio de ensayo breve en Ciencias Sociales “Fermín Caballero”-2015, pp. 73-89.
- Fernández Prol, F. & Fernández Sánchez, S. (2019) “Trabajadores inmersos en procesos de subcontratación transnacional: ¿qué protección hay desde el plano internacional?”. *Boletín Mexicano de Derecho comparado nueva serie* (LI). 56, pp. 1384-85.
- Gallardo García, R. (2016). *Protección jurídica de la vida y salud de los trabajadores*. Granada: Comares.
- Gallardo García, R. (2018). “Análisis comparado de la intervención penal peruana y española ante la lacra de la siniestralidad laboral: el objeto de protección”. *Revista penal*. 41, pp. 104-116.
- Gallo, P. (2018). “El Derecho Penal Laboral y la prevención de riesgos laborales”. *Revista de Derecho Laboral Actualidad, On line, Ed. Rubinzal Culzoni*. RC D 132/2018.
- Gallo, P. (2019). “La seguridad laboral en Latinoamérica y su protección penal”. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*. 7 (4), pp. 92-111.
- Gallo, P. (2020). “Perspectiva penal de la seguridad laboral en Latinoamérica”. *Revista de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo*. 1 (1), pp. 17-20.

- García Cavero, P. (2014). “La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo”. *Derecho penal laboral. Delitos contra los trabajadores*. Buenos Aires: B de F, pp. 1-28.
- Gómez Gil, C. (2007). *Algunas particularidades sobre el empleo de los inmigrantes*. Documento del observatorio permanente de la inmigración de la Universidad de Alicante, [Disponible en: <https://web.ua.es/es/sedealicante/documentos/pdf/informes-de-inmigracion-de-carlos-gomez-gil/empleo-inmigrantes-seguridad-social.pdf>].
- Gracia Martín, L. (2010). “El derecho penal ante la globalización económica”. En Serrano-Piedecabras Fernández, J. R. & Demetrio Crespo, E. (Dirs.). *El Derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo*. Madrid: Colex, pp. 29-47.
- Hernández Zubizarreta, J. (2009). *Las Empresas Transnacionales frente a los Derechos Humanos: Historia De Una Asimetría Normativa*. Bilbao: Egoa.
- Hortal Ibarra, J. C. (2005). *Protección penal de la seguridad en el trabajo*. Barcelona: Atelier.
- Hortal Ibarra J.C. (2009). “Concreción del riesgo típico en el delito contra la seguridad en el trabajo (art. 316). A la vez, un apunte sobre algunos modelos europeos de protección “penal” de la prevención de riesgos laborales”. En Mir Puig, S & Corcoy Bidasolo, M. (Dirs.) *Protección penal de los derechos de los trabajadores seguridad en el trabajo, tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina*. Buenos Aires: Editorial B de F, pp. 73-123.
- Hortal Ibarra J.C. (2018). “Tutela de las condiciones laborales y reformas penales: ¿el ocaso del Derecho penal del Trabajo?”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 3^a. 20, pp. 65-85.
- Iturraspe F. (2015). “Intervención de Francisco Iturraspe”. *Jornadas académicas en defensa de la vida*. Montevideo: SUNCA PIT-CNT.
- López Palomero, E. A. (2011). *Derecho penal del trabajo*. Buenos Aires: Ediciones la Roca.
- Martínez Navarro, E. (2002). “Aporofobia”. En Conill, J. (Coord.): *Glosario para una sociedad intercultural*. Bancaja: Valencia.
- Miñarro Yanini, M. (2002). *La prevención de riesgos laborales en la contratación temporal, empresas de trabajo temporal y contratas y subcontratas*. Madrid: Ministerio de Trabajo e inmigración.
- Morales García O. (2006). “Responsabilidad penal asociada a la siniestralidad laboral”. *La responsabilidad laboral del empresario: siniestralidad laboral*. Albacete: Editorial Bomarzo.
- Nieto Martín, A. (2004). “Delitos contra los derechos de los trabajadores”. En Tiedemann, K. (Dir.) / Nieto Martín, A. (Coord.), *Eurodelitos. El De-*

- recho Penal económico en la Unión Europea*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, pp. 65-72.
- Ore Sosa, E. (2018). "Prevención de riesgos laborales y derecho penal". *Revista de la Facultad de Derecho*. 81, pp. 197-225.
- Palma Lamperein M. J. & Toro Venegas N. A. (2012). *La noción de riesgo en materia de responsabilidad del empleador por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales: proyecto de ley sobre responsabilidad penal del empleador por accidentes del trabajo*. Tesis doctoral. Universidad de Santiago de Chile.
- Pérez del Río, M. T. & Ballester Pastor, M. A. (1999). *Mujer y Salud laboral*. Madrid: Wolters Kluwer.
- Quintero Lima, M. G. (2012). "La protección transnacional de los derechos laborales en materia de seguridad y salud: una asimetría comunitaria y sus remiendos institucionales". *Cuadernos de Derecho Transnacional*. 4 (1), pp. 180-221.
- Remersaro Coronel, L. (2016). *El delito de riesgos laborales*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Remersaro Coronel, L. (2021a). "Las empresas transnacionales y la protección de la vida y salud de los trabajadores. Una propuesta político-criminal para la persecución global del delito de riesgos laborales". *Revista penal*. 47, pp. 263-282
- Remersaro Coronel, L. (2021b). *Protección penal de la vida y salud de los trabajadores: análisis político-criminal y dogmático del delito de riesgos laborales en España y Uruguay*. Buenos Aires: B de F.
- Ruiz Rodríguez, L. R. & Gallardo García, R. M. (2009). "La siniestralidad laboral en la población extranjera". En Terradillos Basoco, J. M. (Dir.) / Acale Sánchez, M. (Coord.), *La siniestralidad laboral. Incidencia de las variables "género", "inmigración" y "edad"*. Albacete: Editorial Bomarzo.
- Ruiz Rodríguez, L. R. (2006). "Informe sobre condiciones de marginalidad y exclusión de extranjeros en España". En Ruiz Rodríguez, L. R. (Coord.), *Sistema penal y exclusión de extranjeros*. Albacete: Editorial Bomarzo, pp. 103-124.
- Sanguinetti Raymond, W. (2006). "Descentralización productiva, subcontratación y calidad del empleo: ¿términos incompatibles?". *Revista de Derecho Social*. 33, pp. 219-258.
- Silva Forné, D. (2017). "Balance. Seminario Internacional de Derecho penal del trabajo y responsabilidad penal del empleador". En Silva Forné, D. (Coord). *Derecho penal del trabajo y responsabilidad penal del empleador. Análisis de Derecho nacional y comparado*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria y CIEPUR, pp. 149-155.

- Terradillos Basoco, J. M. (2000). “El Estado y los conflictos sociales: la función del sistema penal”. *Revista de Derecho social*. 9, pp. 23-42.
- 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. (2010). *Cuestiones actuales de Derecho penal económico y la empresa*. Lima: Ara Editores.
- Terradillos Basoco, J. M. (2014). “Protección jurídico-penal de la vida y salud de los trabajadores. Ley uruguaya N° 19.196 y experiencia española”. *Revista de Derecho penal*. 22, pp. 59-72.
- Terradillos Basoco, J. M. (2020). *Aporofobia y plutofobia. La deriva jánica de la política criminal contemporánea*. Barcelona: J. M Bosch.
- Terradillos Basoco, J. M. (2021). “Delitos contra los derechos de los trabajadores: veinticinco años de política legislativa errática”. *Estudios penales y criminológicos*. 41, pp. 1-57.
- Tiedemann, K. (2010). *Manual de Derecho Penal Económico. Parte general y especial*. Tirant lo Blanch: Valencia.
- Wacquant L. (2010). *Castigar a los pobres: el gobierno neoliberal de la inseguridad social*. Barcelona: Gedisa.

INFORMES, REPORTES Y OTROS DOCUMENTOS

- Comisión Ejecutiva Confedera. Unión General de Trabajadores (2019). *Estadística de accidentes de trabajo 2019. Datos de avance*. [Disponible en: https://www.ugt.es/sites/default/files/anexo_slma011-20_informes_at_2019.pdf].
- Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (2019). *Informe anual de accidentes de trabajo en España*. Madrid: Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo. [Disponible en: <https://www.insst.es/documents/94886/785254/Informe+anual+de+accidentes+de+trabajo+en+Espa%C3%B1a+2019/550b6df1-a35c-437d-84fc-1cd679c044d7>].
- Instituto Nacional de Seguridad, Salud y Bienestar en el Trabajo (2017). *Análisis de mortalidad por accidente de trabajo en España*. Madrid: Instituto Nacional de Seguridad, Salud y Bienestar en el Trabajo.
- Instituto Nacional de Seguridad, Salud y Bienestar en el Trabajo (2015). *Análisis de mortalidad por accidente de trabajo en España*. Madrid: Instituto Nacional de Seguridad, Salud y Bienestar en el Trabajo. [Disponible en: <https://www.insst.es/documents/94886/96082/An%C3%A1lisis+de+la+mortalidad+por+accidente+de+trabajo+en+Espa%C3%B1a+2015/0e2057c5-f1fc-45d0-9e37-ca1390063c38>].

- Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (2015). *V encuesta nacional de condiciones de trabajo*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. [Disponible en: <https://www.insst.es/documents/94886/96082/V+Encuesta+Nacional.pdf/3df69b5f-c7c7-45feb2f-4d8a5ba23977?t=1529925196533>].
- Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2021). “La región perdió 26 millones de empleos en un año de pandemia”. [Disponible en: https://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_779116/lang--es/index.htm].
- Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2019). “Panorama Laboral Temático”. [Disponible en: https://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_634997/lang--es/index.htm 27/07/2018].
- Organización Internacional del Trabajo. (OIT) (2015). *Salud y seguridad en trabajo en América Latina y el Caribe*. [Disponible en: <http://www.ilo.org/americas/temas/salud-y-seguridad-en-trabajo/lang--es/index.htm>].
- Secretaria Confederal de Salud Laboral de CCOO (2019). *Informe Evolución de los accidentes de trabajo en España (2012-2018)*. Madrid: Confederación Sindical de CCOO.

Capítulo 14

TRÁFICO DE DROGAS Y ESTADO DE NECESIDAD: ANÁLISIS Y REVISIÓN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL EN RELACIÓN CON LOS CORREOS DE LA DROGA

María Soledad Gil Nobajas

Introducción

El comercio de las drogas goza de una consolidada hegemonía entre los negocios ilícitos económicamente más lucrativos, asumiendo esquemas empresariales con diverso grado de formalización y complejidad que desarrollan su “objeto social” a través de una cadena de producción, distribución y venta al consumidor final, habitualmente internacional y asociada al crimen organizado. En esta cadena de oferta pueden llegar a intervenir miles de participantes con distintas funciones y roles (agricultores, comerciantes locales, regionales, refinadores, exportadores, intervenciones diversas en las transacciones en tránsito y los distribuidores finales), cuyo grado de importancia suele estar en una relación inversamente proporcional al riesgo que asume la persona de ser detenida por la policía. Ocurre, igualmente, que las sustanciosas ganancias obtenidas mediante el comercio ilegal fluyen generalmente al nivel donde se ubican los grandes traficantes (Aza Jácome, 2017: 74-75). No son los miles de agricultores y campesinos que cultivan la droga, ni los transportistas que intervienen en los estadios intermedios de acercamiento de la droga al “punto de venta” los que obtienen los grandes beneficios. El tráfico de drogas es un lucrativo negocio en el que todos ganan, aunque algunos más que otros (Morán Blanco, 2021: 96). Es por ello un mercado que se alimenta y aprovecha de la pobreza. Cada transacción en la cadena del comercio de las drogas representa una oportunidad y un problema social, donde muchas veces la participación no está motivada por la codicia,

sino por la necesidad, de manera que la incorporación en la ilegalidad es un reflejo de la pobreza y las opciones limitadas (Aza Jácome, 2017: 74). Son víctimas del narcotráfico quienes consumen y sufren las consecuencias personales y sociales de ello, pero también lo son las que ocasiona el funcionamiento de esa gran empresa ilegal. Allí, en el lado de la oferta, hay toda una mano de obra barata a disposición, fácilmente asequible y reemplazable, para cubrir las funciones más expuestas a la actuación policial y arriesgando, en muchas ocasiones, su vida para ello.

Lo anterior encuentra reflejo en los datos estadísticos penitenciarios. Los delitos de tráfico de drogas constituyen un porcentaje muy significativo del total de la población reclusa española. Según el último informe de Instituciones Penitenciarias de 2019 cerca del 20% de la población reclusa, entre penados y preventivos, lo son por delitos contra la salud pública. Esta cifra, solo superada por los delitos patrimoniales, visibiliza la triste realidad criminológica de esta delincuencia, en la que el perfil característico del condenado no es el gran narcotraficante. Son principalmente distribuidores a pequeña escala, pequeños narcotraficantes que se dedican al menudeo con el que financiar en la mayoría de las ocasiones su propia adicción a la droga, o eslabones secundarios en la cadena del comercio ilícito, que desempeñan labores de transporte, a veces a cambio de una remuneración, otras engañados o coaccionados. Común denominador de esta realidad que puebla las cárceles españolas es la procedencia de estas personas de los estratos más desfavorecidos de la sociedad. Son, pues, principalmente razones de pobreza o penuria económica las que les empuja a participar en el negocio ilícito de la droga.

En este contexto, el presente trabajo analiza la aplicación por parte de los tribunales españoles de la eximente de estado de necesidad por motivos económicos en el delito de tráfico de drogas. Si bien el análisis jurisprudencial que se va a realizar es extrapolable en su práctica totalidad a cualquier contribución al tráfico de drogas motivada por razones económicas, se centrará exclusivamente en uno de los colectivos de personas que desempeña uno de los papeles más vulnerables en el ciclo económico de la droga, el correo o mula. A tal efecto, se delimitará inicialmente la concreta clase de correo de la droga a la que se va a referir el análisis para, una vez hecha esta acotación, abordar cuál es el tratamiento represivo que recibe conforme a la regulación

española de tráfico de drogas contenida en el art. 368 y siguientes del Código Penal, paso previo necesario para abordar el objeto principal del trabajo, esto es, la aplicación por la jurisprudencia del estado de necesidad motivado por la situación económica del sujeto, así como una revisión crítica de esta doctrina.

1. Los correos de la droga por necesidad económica

No existe una única definición sobre lo que debe entenderse por correo de la droga o mula, pues en este concepto encajaría cualquier supuesto de transporte de drogas en atención a distintas características, objetivas y subjetivas. En el marco de esta investigación, y siguiendo las definiciones elaboradas por algunos estudios y los criterios que en ellos se manejan¹, se acotará el tratamiento jurídico-penal a una clase muy específica de correo cuya presencia es habitual en nuestros tribunales, concretamente las personas que transportan la droga a través de una frontera internacional, todo ello a cambio de una contraprestación monetaria preestablecida.

A partir de esta delimitación previa, todavía muy general, es posible identificar varias características definitorias del perfil y actividad que realizan estas personas. Así, son extranjeras, nacionales de los países en los que se cultiva o produce la droga. Fundamentalmente proceden de países de América Latina, teniendo en cuenta que la clase de droga que se les incauta es, fundamentalmente, cocaína y es en estos países, en particular Colombia, donde se cultiva. Estas personas son contratadas para importar la droga en vuelos comerciales, siendo descubiertas y detenidas en la zona aduanera del aeropuerto o en la zona de tránsito internacional si el destino es un tercer país distinto de España. La forma en que transportan la droga resulta variada, desde llevarla escondida en el equipaje, debajo de la ropa pegada al cuerpo o, el caso más frecuente que en ocasiones se combina con los anteriores, transportada en el interior del organismo. De ahí que se

¹ Vid. una propuesta de definición en el ámbito europeo elaborada por la *European monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction* (2012). Vid. igualmente en el ámbito anglosajón el estudio realizado por Fleetwood (2011).

les denomine también “boleros”, puesto que la droga se empaqueta en bolas o cilindros para ser ingeridos.

Es importante resaltar que una nota fundamental que les caracteriza es su papel en el ciclo económico de la droga, limitado exclusivamente al transporte-importación bajo contraprestación preestablecida. No hay en estos correos un interés comercial de las sustancias en cuestión (Martínez Escamilla, 2005: 6), es decir, en la distribución y venta posterior de la droga; tampoco forman parte de la organización, grupo u organización de importación y tráfico. Son personas que se captan para servir de vehículos humanos de cantidades de drogas que en realidad no resultan relevantes para la red, organización o grupo que “contrata” a la mula, pues existen otras fórmulas y rutas de importación más adecuadas y rentables económicamente para macroenvíos, por tierra, mar o aire². Pero aunque su contribución a la importación de la droga es poco relevante en términos globales (Ambos *et al.*, 1996: 47), integran la mayoría de los casos de detenciones e incautaciones. Sirven en muchas ocasiones de distracción frente las autoridades para desviar la atención de otros envíos, por lo que el coste de su contratación y posterior sacrificio resulta rentable para las organizaciones y grupos que se aprovechan de ellas (Ambos *et al.*, 1996: 47-48; Aja Jácome, 2017: 349).

Según se ha indicado anteriormente, el motivo que lleva al correo a aceptar este rol es de naturaleza económica; una decisión que pone en grave peligro su propia vida si uno de los cilindros o bolas que lleva almacenado en su organismo se rompe, como trágicamente sucede. En una clara situación de vulnerabilidad económica y, como consecuencia de ello, personal y social, por pertenecer a los sectores más desfavorecidos de la sociedad en sus países de origen, son el caldo de cultivo perfecto para que estas personas sean instrumentalizadas por las redes de narcotráfico, que encuentran así una mano de obra barata y fungible. El voto particular de la STS 81/2001 refleja muy acertadamente la realidad vital del correo, que “expresa con esa opción trágica un drama personal que no debería ser indiferente para el derecho”.

² Señala Aja Jácome (2017: 349) que en el caso de España, principal punto de entrada de la cocaína a Europa, el transporte por vía de estas mulas solo supuso un 6% del total de droga introducida en el periodo 2008-2010.

2. Tratamiento penal de los correos por delito de tráfico de drogas

De acuerdo con la figura de correo de la coca que se acaba de delimitar, se expondrá brevemente la respuesta jurídico-penal que enfrenta por su contribución al tráfico de drogas, incidiendo en los momentos más relevantes de la evolución del marco normativo español. Resulta necesario conocer este contexto para comprender en toda su dimensión los factores que a mi juicio han condicionado determinadamente la posición de nuestro Tribunal Supremo y, por extensión, del resto de tribunales, sobre la aplicación del estado de necesidad en estos casos.

El CP español contiene una regulación de tráfico de drogas que sigue la tónica severamente prohibicionista de la normativa internacional en la materia, muy cuestionada por su escasa eficacia para abordar un problema complejo e interdisciplinar como es el consumo de drogas (Villacampa Estiarte, 2017: 33-35). Brevemente, la regulación española se ha caracterizado por un progresivo endurecimiento represivo, primero con el CP de 1995 y posteriormente con la LO 15/2003, de 15 de noviembre; tendencia que solo se ha atemperado parcialmente con la LO 5/2010, de 22 de junio. Con estas premisas, no ha de sorprender que uno de los casos en los que se ha manifestado con mayor crudeza la extremada dureza del castigo penal han sido los que motivan este estudio, por lo que en lo que sigue únicamente me referiré a las previsiones jurídico-penales sobre tráfico de drogas aplicables a los correos según el perfil acotado anteriormente.

El artículo 368.1 CP contiene el tipo básico de tráfico de drogas por el que se castiga, con la misma penalidad, todo acto de contacto con la droga (De la Cuesta Arzamendi, 1998: 2), algo difícilmente justificable en atención al principio de proporcionalidad. Es un tipo penal extensivo que incrimina toda contribución, por mínima que sea, al ciclo económico de la droga (Muñoz Conde, 2019: 616). Con ello se aspira a proteger, en términos de peligro abstracto y mera actividad, el controvertido bien jurídico salud pública³. Teniendo en cuenta

³ Sobre la conceptualización del bien jurídico salud pública y las distintas posturas en la doctrina y la jurisprudencia, con ulteriores referencias, *vid.* por todos Sayas Simón (2016).

la amplitud de la incriminación que recoge este artículo y que los actos de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas permiten abarcar, en mi opinión, todas las conductas tipificadas en él (cf. Joshi Jubert, 1999: 100-101), no hay duda de que la actuación del correo es subsumible en el tipo penal, en consonancia con lo dispuesto en el art. 3.1.a) i) de la Convención de Viena de 1988 por el que se tipificarán como delito “el envío, el envío en tránsito, el transporte, la importación o la exportación de cualquier estupefaciente o sustancia psicotrópica”. Y ello con independencia de que se califique su contribución de indirecta o auxiliar al tráfico (entre otras, STS rec. 1209/1998, al entender el transporte como acto auxiliar más próximo al tráfico), favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas (Acale Sánchez, 2002, 58; SSTS 1854/2000; 416/2012), o tenencia preordenada al tráfico (SSTS 353/2002; 302/2019). Es, además, una imputación a título de autoría (STSS 1854/2000; 356/2001) y en grado de consumación (STSS 416/2012; 760/2018; 596/2020). Existe muy poco margen para apreciar formas imperfectas de ejecución y formas de participación delictiva en los casos de transporte por cuenta ajena (Joshi Jubert, 1999: 185 y 278, con referencias jurisprudenciales), entre los que no se incluyen los aquí tratados, pues el correo dispone del dominio sobre la droga que transporta. Por otro lado, la pena se distingue por el objeto material del delito, según se trate de drogas que causan grave daño a la salud o no. Dado que la droga que se transporta es mayoritariamente cocaína (siempre cuando se transporta en el interior del organismo), y que el TS la considera una sustancia que causa grave daño a la salud, la penalidad es la más elevada, entre 3 y 6 años de prisión y multa del tanto al triple del valor de la droga.

A partir del tipo básico se regula un subtipo atenuado y un elenco de tipos agravados. El párrafo segundo del art. 368, introducido en el CP por la LO 5/2010, de 22 de junio, permite facultativamente rebajar las penas previstas en el tipo básico en un grado “en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable”, lo que sitúa la penalidad para estos supuestos entre 1 año y 6 meses a 2 años, 11 meses y 29 días de prisión y multa de la mitad del tanto al tanto del valor de la droga. Esta atenuación facultativa de la pena se veta si concurre alguna de las circunstancias de los arts. 369 bis (criminalidad organizada) y 370 (supuestos hiperagravados).

Aunque ninguna de estas circunstancias es de aplicación por regla general en los supuestos de correos que aquí se analizan, los tribunales rechazan sistemáticamente la aplicación del subtipo atenuado, principalmente porque la cantidad de droga que transportan no cumpliría, a su juicio, con el requisito de escasa entidad del hecho⁴. Por su parte, el art. 369 regula ocho circunstancias que agravan obligatoriamente la pena en un grado y que elevan el marco penal entre un mínimo de 6 años y 1 día de pena de prisión mínima a un máximo de 9 años, además de la multa del tanto al triplo del valor de la droga. De entre ellas, concurre con frecuencia en estos casos la prevista en el numeral 5º: “fuera de notoria importancia la cantidad de las citadas sustancias objeto de las conductas a que se refiere el artículo anterior”. A la amplitud con la que el art. 368 castiga toda contribución al ciclo económico de la droga, se suma aquí una circunstancia de agravación de la pena de dudosa conciliación con el principio de taxatividad penal (Acale Sánchez, 2002: 162; Díez Ripollés, 1989: 83). Este concepto jurídico indeterminado ha sido concretado por los tribunales, con respuestas dispares en el tiempo e, incluso, entre órganos judiciales. El Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2001, siguiendo en este extremo un informe del Instituto Nacional de Toxicología, de 18 de octubre de ese mismo año, estableció la frontera de notoria importancia a partir de 500 dosis de consumo diario reducidos a su porcentaje de pureza o cantidad de principio activo, lo que para cocaína se sitúa en los 750 gr. Con anterioridad a esa fecha, sin embargo, esta agravación ya concurría a partir de los 120 gr. puros de cocaína, algo que había sido objeto de duras críticas por la doctrina y la jurisprudencia. En lo que aquí interesa, hasta la fecha en la que el TS modificó el umbral de la notoria importancia, lo excepcional era el castigo del correo por

⁴ El subtipo atenuado que introdujo la LO 5/2010, de 22 de junio, dio carta de naturaleza al Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2005. Con ello se hizo eco de la denuncia jurisprudencial y doctrinal sobre la excesiva severidad de la penalidad de los delitos de tráfico en supuestos de drogas que causan grave daño a la salud. No es posible abordar la doctrina jurisprudencial sobre la aplicación del subtipo atenuado y las razones por las que se deniega su aplicación a la actuación de las mulas, a mi juicio, impidiendo ajustar por razones de proporcionalidad el castigo penal a la relevancia de su contribución al comercio ilícito de las drogas.

la modalidad básica del delito de tráfico de drogas, puesto que en la mayoría de los casos se había ingerido y transportado una cantidad superior a los 120 gr., a menos que se tratara de cocaína con un bajo grado de pureza.

El cuadro normativo descrito ha de completarse con la alusión a dos momentos históricos que reflejan, de nuevo, la severidad del tratamiento punitivo del tráfico de drogas, en general, y del correo de la droga, en particular.

Junto a la introducción del subtipo atenuado, la reforma de 2010 disminuyó la pena privativa de libertad del tipo básico en relación con sustancias que causan grave daño a la salud, oscilando con anterioridad entre los 3 y 9 años de prisión. Ello también arrastraba el castigo de los tipos agravados, cuya penalidad se construye aplicando la pena superior en grado a la del tipo básico. En consecuencia, el correo se enfrentaba a una pena mínima de 9 años y 1 día, pudiendo llegar a los 13 años y 6 meses. A ello hay que añadir la frecuencia con la que concurría el tipo agravado de cantidad de notoria importancia, ya que hasta el Acuerdo del Tribunal Supremo de 2001 se incluían en él cantidades superiores a 120 gr. de cocaína según su porcentaje de pureza, como se acaba de exponer. En segundo lugar, la STS 10 de diciembre de 1998 consolidó la doctrina de que no hay concurso ideal de delitos entre el tráfico de drogas y el delito de contrabando en los casos de importación de droga, sino un concurso de normas a resolver a favor del primero por la regla de la consunción; doctrina refrendada por el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2000. Ciertamente es que el concurso ideal, así como su previsión normativa heredera introducida por la LO 15/2003, de 15 de noviembre⁵, posteriormente derogada en 2010, se aplicaba restrictivamente, pues no operaba cuando la incautación de la droga tenía lugar en las propias dependencias aduaneras del aeropuerto. En cualquier caso, la apreciación del concurso ideal implicaba una nueva exacerbación de la pena, al tener que imponer la mitad superior de la pena más grave, es decir, el tráfico de drogas en su tipo básico o, en su caso, agravado

⁵ La LO 15/2003 incorporó en el art. 369 la circunstancia agravatoria 10ª, cuando “el culpable introdujera o sacare ilegalmente las referidas sustancias o productos del territorio nacional, o favoreciese la realización de tales conductas”, posteriormente derogada por la LO 5/2010.

por notoria importancia. En su versión como circunstancia agravatoria del art. 369, implicaba por sí sola la agravación de la pena, o bien una doble agravación, si concurría junto a la de notoria importancia.

Del panorama legislativo anterior se constatan varios puntos de inflexión en la respuesta penal al tráfico de drogas, en relación con la penalidad del tipo básico y sobre el límite de cantidad para que opere el tipo agravado de notoria importancia. Con todo, hay que reconocer que estas atemperaciones no modifican el hecho de que el tráfico de drogas mantiene una incriminación omnicomprendensiva en los términos ya expuestos, lo que a mi juicio supone una insuficiente adecuación con los principios de lesividad, proporcionalidad y taxatividad que legitiman la intervención penal. Además, esta parcial aminoración ha tenido un claro efecto perturbador en la aplicación judicial del estado de necesidad, como una suerte de “contrapeso” en dirección contraria con la excesiva rigurosidad con la que se ha valorado su concurrencia en los delitos de tráfico de drogas. Sobre ello se volverá en la última parte de este trabajo, tras analizar la doctrina jurisprudencial.

3. La doctrina del Tribunal Supremo sobre la aplicación del estado de necesidad a los correos de la droga

3.1. *Tráfico de drogas y estado de necesidad: primera aproximación*

La eximente de estado de necesidad implica una situación de peligro para bienes jurídicos que únicamente pueden ser salvados o protegidos a costa de lesionar o afectar otros intereses jurídicamente protegidos (Luzón Peña, 2012: 419). Encuentra su fundamento en un conflicto de bienes jurídicos a resolver a favor de uno de ellos, y cuya resolución se articula en torno a la ponderación de bienes y males (Gómez Benítez, 1984: 285). Con todo, no puede decirse que el debate sobre la naturaleza jurídica del estado de necesidad esté cerrado tras la aprobación del CP 1995 y los requisitos legales que para su apreciación señala el art. 20.5. En este sentido, frente a quienes defienden una teoría unitaria en la que todo estado de necesidad es una causa de justificación, los partidarios de la tesis de la diferenciación le atribuyen naturaleza justificante o exculpante. En esencia, la discu-

sión sobre su apreciación como causa de justificación que afecta a la antijuricidad del hecho o como causa de exculpación que excluye la culpabilidad del sujeto, ha girado tradicionalmente en torno al objeto de la ponderación del conflicto y el resultado de dicha ponderación, sobre lo que tampoco existe consenso. Así, cuando el conflicto surge entre bienes o intereses desiguales se está en el ámbito de la antijuricidad, mientras que ante un conflicto de bienes o intereses iguales, ha de valorarse de exculpación (Luzón Peña, 2012: 420). Para otros autores el art. 20.5 compara males o intereses y no estrictamente bienes jurídicos, de manera que cuando el mal causado es menor o igual que el producido la conducta típica realizada por el sujeto está justificada. Pero si la ponderación tiene como objeto bienes personalísimos iguales, ya no se trata de un estado de necesidad, sino una causa de exculpación, concretamente miedo insuperable (Mir Puig, 2016: 469; Gómez Benítez, 1984: 381).

No es mi pretensión abordar una cuestión de semejante calado dogmático, ni por los límites de extensión ni por el objeto específico de estudio, más allá de la valoración crítica que merece la doctrina jurisprudencial que se va a analizar según los tribunales han planteado su aplicación como causa de justificación o, en algunos casos, causa de exculpación o inexigibilidad de otra conducta, siguiendo la postura mayoritaria jurisprudencial a favor de una tesis diferenciadora. De entrada, debe partirse que cuando se trata de la aplicación del art. 20.5 al delito de tráfico de drogas, en general y, en particular, a los correos de la droga, se está valorando como causa de justificación. Ello se debe a que el objeto de la comparación se mueve, en principio, en el plano de bienes jurídicos distintos o heterogéneos (por todas SSTs 265/2015 y 1002/2011), donde la salud pública siempre va a estar en un lado de la balanza y en el otro un bien jurídico desigual o no identificado. Pero incluso si lo que se pondera, como entiendo correctamente, son males o intereses, uno de los argumentos claves de la doctrina jurisprudencial que se va a analizar pivota en la absoluta desproporción de los males en juego, por lo que el TS, sin pronunciarse expresamente sobre la naturaleza jurídica del estado de necesidad en estos casos (SSTs 998/2000 y 111/2003), realiza un juicio de ponderación, *a priori*, en sede de antijuricidad. No obstante, existen algunos pronunciamientos que atribuyen un rango equivalente a los males en conflicto, si bien siempre se llega a la conclusión, errónea

en mi opinión, de que, por el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de drogas y por tratarse de drogas duras, no cabe exonerar ni como causa de justificación ni como causa de inculpabilidad (STS 1998/2000 y 163/2011). Solo puntualmente se ha admitido una exoneración parcial de responsabilidad por aplicación de la eximente incompleta del 21.1 CP, conforme a esta distinción anterior, si bien con distinta fundamentación dogmática, como se verá.

A partir de lo anterior, se recordará que el art. 20.5 exige los siguientes requisitos para su apreciación. En primer lugar, la existencia del propio estado de necesidad. Presupuesto que constituye un elemento esencial y que de no existir veta todo efecto exoneratorio y atenuatorio. Además, han de cumplirse otros tres requisitos: i) El mal causado no debe ser mayor que el mal evitado; ii) La situación de necesidad no debe haber sido provocada intencionadamente por el sujeto que actúa típicamente; iii) El necesitado no ha de tener por su oficio o cargo obligación de sacrificarse. Estas tres constituyen condiciones restrictivas no esenciales que apelan al cómo se puede actuar bajo una situación de necesidad, de manera que acreditada esta, el incumplimiento o una extralimitación intensiva en el obrar del sujeto impide la exclusión completa de responsabilidad, pero todavía permitiría una atenuación de la pena en función del exceso, por aplicación de la eximente incompleta del art. 21.1 CP en relación al art. 20.5, o de la atenuante analógica del art. 21.7 CP en relación al art. 21.1. Por último, se exige un elemento subjetivo, en el sentido de que el motivo que determina la actuación sea precisamente la situación de necesidad, es decir, el sujeto actúa para evitar un mal, tal y como se desprende de la dicción literal del art. 20.5; requisito que el TS tradicionalmente ha considerado esencial, junto con el presupuesto (Paredes Castañón, 1989: 118).

Teniendo presente estos requisitos, que apelan a la necesidad y proporcionalidad de lo realizado, el análisis que se va a realizar se va a enfocar exclusivamente en el presupuesto (situación de necesidad) y la primera de las condiciones (mal causado igual o menor que el mal evitado), puesto que el resto de elementos no ha planteado en estos casos problemas de apreciación en los tribunales. Debe puntualizarse que el estudio jurisprudencial atenderá fundamentalmente a resoluciones del TS y solo puntualmente se aludirá a resoluciones de

audiencias provinciales, cuando su decisión es divergente con la doctrina consolidada que, como veremos, rige en nuestro Alto Tribunal.

En consonancia con lo anterior, el estado de necesidad por motivos económicos tiene un amplio espectro de invocación, donde los delitos patrimoniales y el tráfico de droga constituyen su campo estrella de alegación. Aunque se va a analizar un supuesto muy específico dentro de las posibles contribuciones al comercio ilícito de la droga, los argumentos del TS para no apreciar la eximente del art. 20.5, se reproducen sistemáticamente sin apenas variaciones para cualquiera de estos delitos (cf. históricamente, Paredes Castañón, 1989: 116). Sabiendo, por tanto, que el análisis que se va a realizar respecto de los correos de la coca es en gran medida extrapolable a otros supuestos, ha de partirse de la existencia de una doctrina consolidada⁶ que puede condensarse en dos ideas fundamentales. Primero, el tráfico de drogas se concibe, en abstracto, como un mal absoluto frente a cualquier mal económico o físico con el que entre en colisión. Segundo, el carácter absoluto del mal que supone el tráfico de drogas y las graves consecuencias personales, familiares y sociales que conlleva, impide apreciar una exoneración completa e incompleta de la responsabilidad, incluso una atenuante analógica. Estos dos argumentos centran el núcleo de la discusión en la propia existencia a juicio de los tribunales de una situación de necesidad jurídico-penalmente relevante. En esta línea, la doctrina jurisprudencial está en consonancia con la tipificación omnicompreensiva e indiscriminada que dispensa el CP a este delito. Por la misma razón no es de extrañar que este carácter indisputable del mal que engendra el tráfico de drogas haya llevado a un sector de la doctrina a hablar de

⁶ Refleja fielmente este posicionamiento la STS 636/2016: “En lo que se refiere a la relación con supuestos de penuria económica utilizados para justificar la necesidad de realizar viajes desde ultramar con objeto de transportar y difundir sustancias estupefacientes, particularmente cocaína, con la finalidad de conseguir numerario suficiente, como contraprestación a dicho traslado, para atenuar situaciones personales de dificultad, como pueden ser apuros económicos o enfermedades de hijos o familiares cercanos, la jurisprudencia se ha decantado reiteradamente en sentido negativo a la aplicación de la circunstancias de estado de necesidad”.

derogación *de facto* del estado de necesidad por vía jurisprudencial (Calle Calderón, 2015, p. 277)⁷.

Corresponde ahora desgranar estas premisas iniciales y descender en profundidad en el análisis particular de los elementos principales de discusión, la presencia del estado de necesidad y la ponderación de intereses.

3.2. Filtro previo: la acreditación procesal del estado de necesidad

No es posible desvincular los elementos sustantivos que definen la exigencia de estado de necesidad del proceso penal en el que se ventila su apreciación, ya que conforme a nuestro sistema acusatorio quien alega una circunstancia que excluye o atenúa la responsabilidad penal debe probar su concurrencia. Aquí se encuentra el primer filtro de inadmisión del estado de necesidad, puesto que en un porcentaje muy elevado dicha circunstancia no queda acreditada, bien por solo constar la declaración del correo sin prueba documental que la sustente, en instancia o, con mayor frecuencia, en sede casacional, bien por no considerar suficiente o fehaciente la prueba documental aportada o por resultar sospechosa en cuanto a su autenticidad y contenido. En realidad, únicamente un pequeño porcentaje de supuestos superan el filtro de la prueba, de inevitable constatación. Con todo, la acreditación fehaciente de las circunstancias económicas y familiares de la persona que actúa de correo debe superar los sucesivos filtros para la apreciación del estado de necesidad, cuyo análisis se aborda a continuación.

⁷ Cf. STS 1998/2000:” la interpretación judicial de las normas penales no debe conducir a unos resultados que en la práctica pueda suponer una efectiva derogación —por su inaplicación— de las normas generales sobre la teoría del delito y la de su participación, así como sobre los institutos existentes para graduar la antijuridicidad del hecho o la culpabilidad de los intervinientes, porque ello pudiera ser exponente de un derecho penal de excepción ante la gravedad del ataque a los bienes jurídicos puestos en peligro por el delito, en concreto en referencia al tráfico de drogas”.

3.3. El elemento esencial de la situación de necesidad

El conflicto de intereses que subyace al estado de necesidad se materializa en dos componentes: i) Una situación de amenaza o peligro para un bien jurídico del propio sujeto que actúa o de un tercero (en cuyo caso se denomina auxilio necesario); ii) que únicamente puede conjurarse mediante la lesión de otro bien jurídico de un tercero. Con la particularidad, a diferencia de la legítima defensa, de que ambos intereses son igualmente legítimos.

3.3.1. Primer filtro: existencia de un mal real, grave, actual e inminente

Es constante en la jurisprudencia definir la situación de necesidad como “pendencia acuciante y grave de un mal propio o ajeno, que no es preciso que haya comenzado a producirse (...), bastando con que el sujeto (...) pueda apreciar la existencia de una situación de peligro y riesgo intenso para un bien jurídicamente protegido y que requiera realizar una acción determinada para atajarlo” (por todas, ATS 1520/2017). En otras palabras, que “(...) el mal que pretende evitar sea real, grave y actual o inminente (...)”, lo que apela a la necesidad en abstracto como núcleo de la eximente (entre otras, SSTS 265/2015 y 1002/2011; AATS 1294/2016 y 350/2015).

Más allá de las dificultades probatorias que plantea la acreditación de este requisito, la precariedad económica que lleva a estas personas a aceptar transportar la droga, generalmente en su organismo, no tiene para la jurisprudencia la consideración de mal grave o inminente (SSTS 75/1999; 1125/2000; 1998/2000; 701/2002; 233/2002; 574/2008; 356/2009; 470/2009; 745/2011; 773/2011; 649/2013; 636/2016; ATS 1132/2009). Lo anterior requiere, no obstante, de una mayor profundización. Que conforme al sistema de valores del ordenamiento jurídico la desigualdad social, la pobreza y la exclusión social que genera, constituye un mal es, a mi juicio, una afirmación incontestable en atención a la cláusula del art. 9.2 CE, manifestación de nuestro Estado Social (en el mismo sentido, Paredes Castañón, 1989: 120-121; Martínez Escamilla, 2005: p. 18). No es por tanto que el TS esté negando que la penuria económica sea un mal objetivo, sino que en atención al conflicto que surge con el delito de tráfico de drogas y

al bien jurídico tutelado por él, no alcanza a que sea grave e inminente a los efectos de constituir una situación de necesidad que justifique recurrir a la comisión delictiva. Subyace a esta argumentación dos aspectos. Uno, el carácter grave de mal, que para el TS parece implicar la ausencia de identificación del bien jurídico que se ve amenazado (así expresamente, STS 188/2008). Dos, el elemento de la inminencia del mal, lo que se manifiesta en la tradicional controversia de que la precariedad o pobreza es una situación de carácter permanente, de manera que el sujeto puede esperar a mejor fortuna. Señala en esta línea la STS de 21 de septiembre de 2001 que “la finalidad de obtener medios para subvenir a las necesidades de subsistencia propias y de familiares cercanos no puede servir de base ni para una eximente completa ni para una atenuante analógica”.

Lo anterior no impide que los motivos económicos puedan superar en algún caso el filtro de la pendencia o inminencia del mal y su gravedad. Así se ha aceptado puntualmente, como en la SAP Madrid, Secc. 23^a, 10/2003, pero en general no es suficiente la mera estructura económica por desempleo, falta de recursos y familiares a cargo (SSTS 1125/2000; 1973/2001; 233/2002; 1412/2002; 265/2015), o la existencia de deudas (impago de hipoteca y de facturas de luz, agua o gas...), pareja e hijos pequeños a cargo, por mucho que la situación sea intensamente acuciante o apremiante (STS 1998/2000, revocando la eximente incompleta aplicada por el tribunal de instancia por este motivo). Se exige un estado extremo de penuria en el que, en realidad, ya podría identificarse para la jurisprudencia un bien jurídico merecedor de ser protegido o salvado en relación con la aparición de males físicos.

Ahondando en esta cuestión, los excepcionales supuestos en los que se ha dado por cumplido este primer filtro del estado de necesidad son aquellos en los que, en un contexto personal de penuria económica particularmente acuciante, surge la amenaza a un bien jurídico, salud o vida, a la que no se puede hacer frente por la propia situación económica que vive la persona, o porque esta situación agrava el mal. Pero siempre y cuando, de nuevo, el mal se considere grave e inminente. No se ha admitido cuando el correo transporta la droga para sufragar una operación quirúrgica por afección ocular (STS 842/2002), para hacer frente a una operación quirúrgica de trasplante de córnea no sufragada por el sistema de salud de su país, al existir riesgo in-

minente de sufrir una ceguera total (ATS 350/2015), o para sufragar una operación de rodilla que suponía pérdida de funcionalidad y cojera (STS 641/2002, casando la eximente incompleta por estado de necesidad que le había aplicado el tribunal de instancia). En el ámbito del auxilio necesario no se ha admitido, por carecer de gravedad e inminencia el mal, una rotura ósea del cuello del húmero y de una úlcera en pie diabético del padre de la condenada (STS 416/2012), o una operación de cirugía estética para tratar de corregir las cicatrices por quemaduras de la hija (ATS 386/2006).

En otra línea, algunas sentencias del TS y de algunas audiencias provinciales se ha valorado la existencia de un mal para el bien jurídico, dando lugar a la aplicación de una eximente incompleta. La SAP Madrid, Secc. 4ª, 49/2003, enjuicia un supuesto en el que el correo, en situación de paro y sin posibilidad asistencial por desempleo o salud en su país de origen, padecía una diabetes que ya le había producido daños en varios órganos, lo que hacía que sin un tratamiento constante de insulina su vida corría peligro. Aunque los casos más habituales son los de enfermedad grave de un familiar cercano. En ellos la respuesta judicial varía en función del bien jurídico amenazado y de la inminencia respecto del resultado de muerte del necesitado. Según esto, se ha considerado que cumplía con la gravedad, inminencia y actualidad del mal las situaciones de intervenciones quirúrgicas que debían realizarse a la mayor brevedad posible y que de no realizarse ponía en peligro concreto la vida del familiar (SSTS 8 de junio de 1994; 1652/1998; 1957/2001; SSAP Madrid, Secc. 5ª, 430/2000; AP Madrid, Secc. 4ª, 251/2001). Por lo tanto, cotejado con el mal que pudo causar el tráfico de drogas, se concluye que este no parece que sea de rango superior, es decir, la lesión a la vida frente al daño potencial del consumo de drogas que solo excepcionalmente puede afectar a la vida misma (STS 8 de junio de 1994). A partir de la existencia de bienes del mismo o equivalente valor, lo que sitúa el debate en el ámbito del estado de necesidad exculpante, la argumentación del TS se vuelve confusa a la hora de fundamentar la aplicación de la eximente incompleta.

La STS 8 de junio de 1994 admite la existencia de males del mismo rango entre el tráfico de drogas y el mal que recae sobre la vida de la hija del correo por necesitar de una intervención quirúrgica inmediata para salvarle la vida. Ahora bien, el TS razona que la inevitabilidad

del mal no fue objetivamente absoluta, produciéndose un notorio exceso o falta de proporción en la actuación delictiva. En consecuencia, la eximente incompleta entra en juego en atención al estado anímico del sujeto en la valoración de la inevitabilidad del mal, es decir, en el marco de la culpabilidad. Probablemente la conclusión a la que llega el TS tenga que ver con el hecho de que no quedó acreditado la necesaria inmediatez de la intervención para salvar la vida, a pesar de que el familiar falleció tras varios meses de hospitalización con posterioridad a la detención del correo al transportar la droga, lo que conecta con el siguiente componente del estado de necesidad cuyo análisis se abordará posteriormente. Con todo, sirva de adelanto a la revisión que en la última parte de este trabajo se realizará, lo contradictorio de la respuesta del TS, pues si se reconoce una equivalencia en los males y el estado de necesidad pasa a valorarse, entonces, como una situación de inexigibilidad del sujeto, lo que procede es una exención completa de responsabilidad.

Similar argumentación a la antedicha resolución sigue la STS 1652/1998, donde también el hijo de la correo necesitaba urgentemente una operación debido a una grave enfermedad respiratoria. La sentencia de instancia había seguido la misma argumentación que la STS 8 de junio de 1994 recién expuesta para aplicar la eximente incompleta. A juicio del tribunal, la inevitabilidad del mal no se presentaba objetivamente de manera absoluta, sino solo desde el punto de vista del agente por la angustia ante el temor de perder al hijo, por lo que no se podría apreciar una inexigibilidad completa de otra conducta. En casación, el TS reconoce la existencia del mal grave e inminente “para la vida o por lo menos para la salud”, admitiendo el nivel equiparable del mal consiguiente al delito de tráfico de drogas. Pero concluye que se cumple la inevitabilidad del mal, “aunque no se acreditase de forma total el agotamiento de todos los medios precisos para remediar el mal anterior antes de entrar en la actuación delictiva”.

Por su parte, en la STS 1576/2001, el mal que aquejaba al familiar del correo no era, para el TS, grave e inminente, de nuevo una intervención quirúrgica que comprometía su salud. En este caso, se admite un error en la apreciación o valoración de la existencia del estado de necesidad (cf. STS 574/2008, que reconoce la posibilidad en abstracto de apreciar un error de esta índole para rechazarlo en

el caso concreto). Es decir, se discute la aplicación de un estado de necesidad justificante en el que no se cumpliría el primer elemento del presupuesto (mal grave e inminente), debido a que la enfermedad no ponía en peligro la vida de forma inminente. Así, se concluye que “el acusado obró sometido a una fuerte presión psicológica como consecuencia de los peligros que preveía para la salud de su hijo y el coste de los tratamientos necesarios para la grave enfermedad que padecía”. De manera que “en realidad (...), al alegar como circunstancias exculpantes del hecho delictivo cometido elementos del estado de necesidad, pone de manifiesto que ha incurrido en un error sobre el alcance de una causa de justificación”, con las consecuencias penológicas del art. 14.3 sobre el error de prohibición, es decir, las mismas que implica la eximente incompleta.

Se finaliza el análisis del presupuesto con la STS 806/2002. Lo particular de esta resolución no está tal vez en las circunstancias que motivan la actuación de la mujer que actuaba de correo, similar a otros supuestos (grave enfermedad del hijo que no pone en riesgo inminente su vida, situación económica extremadamente difícil, deudas por alquiler de vivienda y facturas impagadas de agua y electricidad), sino que, en primer lugar lo que se discute es la aplicación de dos atenuantes analógicas que admitió el tribunal de instancia, una por estado de necesidad y otra por considerar que existió un castigo metajurídico o una “pena natural” que disminuía analógicamente la culpabilidad y la pena necesaria, debido a que la mujer sufrió graves daños físicos al romperse en el intestino varios cilindros de la droga que transportaba. Dejando de lado los motivos que llevan al TS a revocar esta última atenuante analógica, en lo que se refiere al estado de necesidad se acepta la admisión de la atenuante analógica, pero lo que no se comprende es por qué no podría haber dado lugar a la aplicación de una eximente incompleta u otra vía que penológicamente con la misma consecuencia, como el error de prohibición vencible sobre el presupuesto. En este sentido, la sentencia dicta que “no es menos cierto que la exigibilidad de una conducta distinta a la realizada por la acusada no lo es con la misma y máxima energía que si esa situación no hubiera existido”. Lo interesante aquí es el juego de lo que “se quita y se pone” a la decisión de instancia, por lo que parecen subyacer motivos de oportunidad al margen de consideraciones dogmáticas. Teniendo en cuenta el conjunto de resoluciones expuestas, parecen ya

dejar entrever que, en cualquier caso, lo máximo que es posible atenuar la pena es un grado. Obsérvese que en el presente caso, a pesar de que se rechazó una de las atenuantes analógicas aplicadas por el tribunal de instancia y que conjuntamente habían rebajado la pena un grado, también se revocó la calificación de los hechos como de notoria importancia por aplicación del cambio jurisprudencial a partir del Acuerdo del TS de 2001. En consecuencia, al aplicar la pena del tipo básico en su mitad inferior por la atenuante analógica de estado de necesidad se llega a la misma pena impuesta que si se rebaja en dos grados la pena del subtipo agravado por aplicación de dos atenuantes analógicas. Tampoco se escapa los marcos penales entonces vigentes, anteriores a la reducción del límite superior de la pena privativa de libertad por la reforma de 2010.

Recapitulando brevemente, el criterio de la gravedad e inminencia del mal que aqueja al correo o a un tercero familiar suyo siempre se orienta hacia un riesgo concreto para la vida. Este rigor de concebir como único mal que puede disputarle al tráfico de drogas la amenaza inminente a la vida, conecta con la doctrina general tradicional del estado de necesidad, que requiere que el bien jurídico que se trata de proteger “se halle no en trance de tangencial y leve menoscabo o deterioro, o de molestia o de incomodidad para su titular, sino en peligro de perecimiento, destrucción o aniquilamiento” (STS 2 de julio de 1979). Por otro lado, se observa ya en este primer filtro algunas respuestas que amortiguan el excesivo rigor con que los tribunales valoran la concurrencia de este requisito (inexigibilidad de otra conducta o error de prohibición sobre el presupuesto de una causa de justificación), siempre con el límite de que la pena al correo se rebaje en un grado y partiendo del marco penal previo a la reforma de 2010, es decir, de 9 años más 1 día a 13 años y 6 meses en lo que a la pena de prisión se refiere.

3.3.2. Segundo filtro: la subsidiariedad o inexistencia de otros medios para atajar el mal

El segundo filtro para apreciar la presencia de un estado de necesidad es que la acción realizada tipificada como delito ha de ser la única vía para resolver el conflicto, es decir, se han debido agotar todos los recursos lícitos existentes para justificar lo realizado. Esto apela a la

idoneidad objetiva de la acción de entre las menos lesivas existentes, si bien no ha de olvidarse que con carácter general se trata de situaciones de apremio y angustia.

Así, en situaciones en las que se constata una situación de afección para el bien jurídico vida o salud, se ha denegado generalmente la existencia de un estado de necesidad por no acreditarse el agotamiento de las vías lícitas (AATS 1517/2003y 350/2015; SSTS 1585/1998 y 1629/2002). Es de señalar el rigor con el que se conceptúa el carácter subsidiario de la conducta delictiva frente a otras vías lícitas, puesto que exige agotar todos los recursos del sujeto a su alcance, personales, familiares, profesionales y sociales (SSTS 1412/2002; 13/2010; 745/2011; AATS 2212/2010; 966/2010; 381/2010), incluso de carácter asistencial (STS 1585/1998). En definitiva, exige la “comprobación de que el agente haya agotado todos los medios alternativos lícitos para soslayar ese mal antes de acudir a la vía delictiva, de tal manera que, fracasados aquellos, no queda otra posibilidad humanamente razonable que el delito, pues a nadie se le puede exigir la heroicidad o el martirio en este ámbito” (entre otras, SSTS 13/2010; 745/2011; 416/2012; 649/2013).

No obstante, el propio TS ha dispuesto en algunas resoluciones que no hay que otorgar una virtualidad absoluta al agotamiento de las vías legítimas, sino que ha de atemperarse en sintonía con las especiales circunstancias concurrentes y la situación concreta en que se encuentra el sujeto e instrumentos que dispone, sin poder esperar a mejor fortuna. En esta línea, la STS 1957/2002, es uno de los pocos casos en los que el TS ratifica, en contra de la opinión del Ministerio Fiscal, que el acusado sí había agotado las vías lícitas en las concretas circunstancias de urgencia ante la grave enfermedad que sufría el hijo del correo, evidenciado en la solicitud de un crédito bancario en su país que le había sido denegado por su situación de insolvencia, lo que lleva a la aplicación de una eximente incompleta.

También algunas sentencias de audiencias provinciales, concentradas en unos años muy concretos, han apreciado la eximente incompleta a pesar de no acreditarse la subsidiariedad del delito de tráfico frente a otras vías lícitas o, al menos, el tribunal ha valorado la disposición del acusado o acusada a otras formas de solución del problema, sin mayores concreciones (SAP Madrid, Secc. 7^a, 58/2001, para hacer

frente a los gastos de hospitalización de la esposa con embarazo de alto riesgo y que ya había tenido dos amenazas de aborto, habiendo perdido el trabajo de taxista; SAP Madrid, Secc. 4^a, 251/2001, para sufragar un costoso tratamiento médico de la madre de la acusada, no existiendo cobertura pública sanitaria en su país de origen). Se mencionarán dos casos muy particulares en cuanto al país de origen de los condenados y las circunstancias sociopolíticas del momento. En la SAP Madrid, Secc. 2^a, 27/2002, el matrimonio que transportaba la droga estaba en situación de penuria económica por los efectos del huracán Mitch, tenían tres hijos a su cargo y otros dos en acogida, el marido detenido padecía una enfermedad (que no específica) y uno de los hijos anemia severa. En este supuesto se aplica eximente incompleta, rebajando la pena en dos grados, pues dada la situación del país tras el paso del huracán, no había alternativa a solicitar ayuda. En este punto la AP plantea que a pesar de conocer la doctrina del TS sobre la inaplicación de la eximente completa o incompleta de estado de necesidad por razón de estrechez económica, las particulares circunstancias del país, devastado y sin recursos para hacer frente a las consecuencias socioeconómicas, hacen decaer el juicio de subsidiariedad. En términos similares se pronuncia la SAP Madrid, Secc. 23^a, n^o 10/2003, en la que se enjuició a una mujer damnificada por las consecuencias devastadoras del huracán Mitch, sin vivienda, en grave situación personal, tres hijos menores a su cargo y en paro. A diferencia del caso anterior, el hecho de que se acreditara que previamente había realizado varios trabajos de carácter temporal y provisional, puso de manifiesto a juicio del tribunal una voluntad de querer agotar todas las vías posibles antes de acudir a la comisión del delito. Ninguno de los dos casos fue recurrido por la Fiscalía.

Esta jurisprudencia es expresión de una valoración del criterio de subsidiariedad mucho más cercana a la realidad social de los países de los que provienen los correos de la droga. Ya la STS 8 de junio de 1994 manifestaba que la ponderación de este requisito no se podía realizar aplicando “parámetros de normalidad de la sanidad y economía públicas, muy lejos de existir” en los países de origen de los correos (en el mismo sentido, *vid.* el voto particular de la STS 81/2002). Y más contundentemente se expresa la SAP Madrid, Secc. 5^a, 430/2000, al señalar que “es evidente que la gente común no se juega la vida sin una causa especialmente grave (...)”, reconociendo

más adelante que “(...) cuando esa miseria se combina con el riesgo de muerte de una hija y se asume el peligro de arriesgar la vida propia para salvar la de aquella, el Derecho no puede decir que aquí no pasa nada y que era exigible sin especial dificultad una conducta distinta”⁸.

3.4. La ponderación de los males en conflicto: ¿condición no esencial si el mal causado se refiere al tráfico de drogas?

De acuerdo con la primera de las condiciones no esenciales del estado de necesidad, el mal causado no debe ser mayor que el que se trata de evitar, lo que apela a la necesidad en concreto de la actuación. Implica realizar un juicio de proporcionalidad, segundo elemento nuclear de la eximente (por todas, SSTS 1002/2011 y 265/2015), a veces de difícil valoración, puesto que según lo que establece el art. 20.5 CP lo que se comparan son males o intereses, algo que va más allá de la estricta valoración en abstracto del bien o bienes jurídicos afectados. Conforme a lo anterior, es constante en la jurisprudencia que en este estadio de ponderación siempre va a tener mayor peso la comi-

⁸ Merece la pena reproducir un extracto de esta sentencia, en un supuesto en la que la Audiencia aplicó eximente incompleta de estado de necesidad en un caso en el que la hija del correo necesitaba una operación quirúrgica de cabeza que no era costeada por los servicios sanitarios públicos del país. La exoneración parcial viene motivada por no acreditarse la urgencia con la que requería la operación y, en consecuencia, no quedaba acreditada otras vías lícitas para costear la operación. El tribunal reconoce que por ello no se atreve a hablar de inexigibilidad de una conducta distinta que está en la base de toda causa de exculpación: “Estos hechos no pueden juzgarse con absoluta frialdad ni con un sistema dogmático de pesos y medidas. El Derecho Penal tiene que saber proyectar la norma sobre la realidad. Los que vienen con droga en el intestino nunca son los poderosos, y ciertos recursos jurídicos, cuales la ilicitud de la prueba de cargo que constituyen sin duda un avance de la ciencia y la conciencia del Derecho, y que tanto juego dan en otras ocasiones, carecen por lo común de relevancia en estos casos protagonizados por los más débiles social y económicamente. Ciertamente hay entre éstos y personas en las que predomina el mero ánimo de lucro. Pero también hay muchas veces una pobreza y miseria que se predica con tanta facilidad de la sociedad en que viven siempre que se trate de hablar en general, cuanto se troca en enorme dificultad cuando ha de atribuirse a concretas personas de carne y hueso (...)”.

sión del delito de tráfico de drogas⁹. Esto incluye cualquier hipótesis, igualmente los casos en los que el mal grave e inminente a evitar va referido a la vida, como sucede en la STS 1957/2001. En consecuencia, únicamente puede entrar en juego la eximente incompleta.

Toda la doctrina jurisprudencial en torno al juicio de ponderación puede sintetizarse en los siguientes elementos: i) Existe tal extrema desproporción entre los intereses en juego, abrumante desproporción cuando lo que se contrapone frente al tráfico de drogas son motivos económicos de penuria o pobreza, que en realidad no es posible siquiera hablar de conflicto. Esto es importante, puesto que con ello se modifica la naturaleza no esencial del requisito de la ponderación de males a elemento esencial que niega directamente la existencia del presupuesto legitimador (así, expresamente atribuye naturaleza de requisito esencial a la proporcionalidad de los males en conflicto, pues “de lo contrario o si no lo exigiéramos, se estaría desnaturalizando la eximente en cuestión, el ATS 381/2010); ii) Pero, además, habiéndose acreditado que realmente concurría una amenaza real, inminente y grave de carácter para la salud o la vida, existe la misma desproporción, reafirmando el carácter de mal absoluto del tráfico de drogas; iii) detrás de esta afirmación subyace un juicio valorativo en el que la afectación al bien jurídico salud pública es siempre un mal superior que la afectación a cualquier otro bien jurídico de titularidad individual (expresamente, ATS 778/2016); iv) y esto es así debido a las graves consecuencias que ocasiona el consumo de droga y que las

⁹ Como expone reiteradamente el TS, “no cabe duda alguna (...) que el tráfico de drogas, como la cocaína, constituye actualmente uno de los males sociales más graves, en razón de las gravísimas consecuencias que su consumo ocasiona, consecuencias que abarcan un amplio espectro, desde la ruina física, psíquica, económica y social del adicto, a la destrucción de relaciones familiares con el subsiguiente e inevitable sufrimiento que ello supone, sin olvidar la fuente inagotable de delincuencia con resultados siempre dramáticos y con frecuencia tráficos que tal tráfico genera. La desproporción entre los intereses enfrentados en el caso de autos, se muestra tan evidente y abrumadora, que no precisa de mayores comentarios para poner de manifiesto la primacía que ha de otorgarse a la salud colectiva sobre una particular situación de dificultad económica, que en ningún caso permitiría justificar una agresión a la salud de la comunidad de la gravedad y consecuencias como las que supone el consumo de sustancias tan nocivas como aquellas con las que traficaba el acusado (por todas, SSTS 13/2010; 1002/2011 y 745/2011).

resoluciones analizadas enumeran en bloque en las siguientes: ruina física, psíquica, económica y social del adicto, destrucción de relaciones familiares y el sufrimiento que ello inevitablemente produce, así como un incremento de la delincuencia en este ámbito si se aceptara exonerar de responsabilidad conductas como las que realiza el correo de la coca; v) Por último, todos los males que provoca el tráfico de drogas y la absoluta desproporción existente con cualquier otro interés es tan evidente, que “no necesita mayores comentarios”, con lo que no es posible exonerar de responsabilidad completa ni parcialmente (AATS 2212/2010; 966/2010; 381/2010; 2367/2013; SSTS 1412/2002; 13/2010; 745/2011), a excepción de los puntuales casos ya expuestos anteriormente.

De lo anterior se derivan varias consideraciones. En primer lugar, a efectos prácticos todo el argumentario del TS sobre la desproporción de los intereses en conflicto lleva a la misma conclusión, tanto si se califica de causa de justificación como de exculpación, dado que el mal del tráfico de drogas es absoluto. En segundo lugar, la jurisprudencia llega a otorgar a este elemento carácter esencial, consecuencia de la extrema desproporción existente entre el tráfico de drogas y situaciones de penuria económica sin apreciación de males físicos acreditados, de manera que, en realidad, se está afirmando que no existe conflicto de intereses. Aunque este discurso es coherente con la doctrina general de que los motivos económicos no constituyen *per se* una situación de necesidad, no se sostiene cuando sí se ha reconocido esta. En estos casos, la ponderación de intereses debe realizarse bajo la consideración de condición no esencial. Interesa recordar que el TS tiene reconocido de forma constante que “(...) si el mal que se pretende evitar es de superior o de igual entidad que la gravedad que entraña el delito cometido para evitarlo, y no hay otro remedio humanamente aceptable, la eximente debe ser aplicada de modo completo; si esa balanza comparativa se inclina mínimamente en favor de la acción delictiva y se aprecian en el agente poderosas necesidades, la circunstancia modificativa debe aceptarse con carácter parcial (eximente incompleta); pero si ese escalón comparativo revela una diferencia muy apreciable, no puede ser aplicable en ninguna de sus modalidades” (STS 265/2015). En consonancia con esto, pareciera que el Tribunal Supremo se contradice en su propia doctrina, pues rechazar el estado de necesidad en este nivel de ponderación de males resulta,

a mi juicio, incoherente con los supuestos en los que la atenuación de la pena en un grado ha sido posible por considerar que no existía objetivamente presupuesto, pero la jurisprudencia ha apreciado un error de prohibición vencible o una inexigibilidad de otra conducta de carácter incompleto.

3.5. Breve referencia a la atenuante analógica de estado de necesidad y la individualización de la pena

Del análisis realizado se desprende que, bajo una u otra vía de argumentación, lo máximo que los tribunales han reducido la pena ha sido por regla general un grado. ¿Y la atenuante analógica por estado de necesidad? Según las reglas de determinación de la pena del art. 66 CP, de concurrir solo una atenuante, la pena se impondrá en la mitad inferior del marco penal aplicable al delito cometido (art. 66.1.1º). Pero la jurisprudencia también ha venido rechazando la aplicación de la atenuante analógica de estado de necesidad por el mal absoluto que supone el tráfico de drogas. A pesar de ello, se encuentran resoluciones en las que se ha señalado expresamente que la situación de angustia económica y, en su caso, situaciones de enfermedad propia o de un familiar que motivan la comisión del delito, incluso aunque dichas circunstancias no hayan sido suficientemente acreditadas, ya son tenidas en cuenta en la individualización de la pena imponiéndola en el mínimo que legalmente se establece para el delito (SSTS 1125/2000; 1548/2002; 745/2011; AATS 966/2010; 2966/2009; 1132/2009).

Con ello parece advertirse el mismo patrón que en los casos en los que se ha admitido una exoneración parcial de responsabilidad, esto es, la severidad de la represión del tráfico de drogas, principalmente en determinados momentos de la regulación penal española. De manera que es la pena abstracta señalada para el delito de tráfico de drogas la que marca hasta dónde y bajo qué argumentación es necesario un “reajuste” de la pena por razones de proporcionalidad.

4. Revisión de la doctrina jurisprudencial y propuesta de aplicación

La primera conclusión que se extrae del análisis de la doctrina jurisprudencial sobre el estado de necesidad en los delitos de tráfico

de drogas y, en particular, en relación con las personas que actúan de correos de la cocaína, es el trasfondo ideológico o político que subyace a ella, con dos plasmaciones. No se escapa el que existe en cuanto al tratamiento jurídico-penal de la pobreza, algo extrapolable a cualquier delincuencia que se comete por razones económicas, pero 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. A la condición de pobres, con sus señas de identidad y factores de exclusión que trascienden al criterio puramente económico (Martínez Escamilla, 2005: 20-21), se suma, una vez detenidos, la de extranjero e inmigrante irregular cuando se enfrentan al proceso penal. Nuestro sistema penal acusatorio exige probar fehacientemente la existencia del estado de necesidad a los efectos de valorar si despliega o no una eficacia exoneratoria, total o parcial. Aunque no es posible hacer generalizaciones, cabe preguntarse hasta qué punto estas personas, que tienen la obligación de demostrar lo que ocurre a miles de kilómetros de distancia, se encuentran en igualdad de armas procesales. El excesivo rigor con el que los tribunales exigen la prueba de los requisitos del estado de necesidad, convierte a esta, en numerosas ocasiones, en una prueba diabólica¹⁰, sobre todo en lo concerniente al agotamiento de los medios lícitos para resolver la situación de necesidad, mediatizada por la percepción del Estado social del país en el que son enjuiciadas y condenadas estas personas. Aunque, como se incidirá más adelante, no se trata únicamente de un problema procesal de prueba, sino de hasta dónde llega lo exigible al sujeto para resolver el conflicto sin tener que recurrir a la actuación delictiva.

Pero no se escapa tampoco el profundo trasfondo ideológico que subyace en el tratamiento jurídico-penal del tráfico de drogas acorde con la Política Criminal prohibicionista que le da sentido, de manera

¹⁰ Vid. críticamente en materia de prueba, Martínez Escamilla (2005: 14). Señala Calle Calderón (2015: 291) la desigualdad probatoria que se produce por la exigencia con la que se exige a la defensa una pormenorizada reconstrucción del escenario fáctico, lo que supone muchas veces una prueba imposible de cumplir, con la nula exigencia que se exige a la acusación sobre la reconstrucción o concreción del daño que causa la conducta del correo, dada la estructura típica de delito de peligro abstracto del tráfico de drogas.

que lo que no pareciera discutible para los tribunales es que, en cualquier caso, cualquier contribución al comercio ilegal de las drogas, sea más o menos relevante, debe ser castigada. Se sacraliza así, como bien ha señalado la doctrina, el bien jurídico salud pública (Martínez Escamilla, 2005: 15), por cuanto resulta insacrificable para la jurisprudencia (Calle Calderón, 2015: 277 y 283), de manera que solo se cuestionaría el *quantum* de la pena imponible. Como se ha podido comprobar *supra*, se aprecia cronológicamente una clara correlación entre el marco penal vigente aplicable a la contribución que realiza el correo al ciclo económico de la droga y cierta apertura con la que, en ocasiones puntuales, los tribunales han admitido una atenuación de la pena. Es extremadamente significativo que los pocos casos en los que se ha admitido una eximente incompleta de estado de necesidad, al margen ahora de la concreta razón dogmática esgrimida para ello, se concentran en un periodo de tiempo muy preciso. No es coincidencia la existencia de cierta permisividad judicial en la aplicación del estado de necesidad (pero no olvidemos que nunca como exoneración total de responsabilidad), con la vigencia de una regulación penal que castigaba el tráfico de drogas que causan grave daño a la salud con una penalidad de 3 a 9 años de privación de libertad, además de la pena de multa, lo que suponía un amplísimo margen de apreciación judicial. En esta misma línea, se recordará que el Acuerdo de 19 de noviembre de 2001 elevó la cantidad de notoria importancia a los 750 gr. de cocaína reducida a su porcentaje de pureza, restringiendo el ámbito de lo punible del subtipo agravado que, de concurrir, exigía imponer como mínimo una pena privativa de libertad de 9 años más 1 día. Tras la modificación de este criterio jurisprudencial la actuación de los tribunales cambia radicalmente, confirmándose como doctrina consolidada la absoluta inaplicación, en cualquier grado, de la eximente del art. 20.5, ya antes de que la reforma promovida por la LO 5/2010 disminuyera el límite máximo de la pena del tipo básico de tráfico de drogas que causan un grave daño a la salud de los 9 años a los 6 años. Por ese entonces la doctrina advirtió que aunque la reforma de 2010 debía valorarse positivamente porque, sin resolver los problemas de lesividad que supone sancionar con la misma pena cualquier contribución al ciclo económico de la droga, por lo menos tomaba en consideración globalmente el principio de proporcionalidad, ello podría producir un efecto perverso al desplazar todavía más la aplicación

de las eximentes y atenuantes de los artículos 20 y 21, así como la nueva previsión de la atenuación facultativa del apartado segundo del art. 368 que también introdujo la reforma (Pedreira González, 2010: 422). Sobre esto último ya se señaló que los tribunales han venido rechazando la aplicación de esta atenuación facultativa a los supuestos de tráfico de drogas objeto de análisis en esta investigación. En cuanto al estado de necesidad, el desplazamiento pleno a su admisión parcial se había producido unos años antes, con la imposición de las penas en la mitad inferior al marco penal previsto para el tipo básico, que coincide con el marco penal reformado en 2010, o imponiendo la pena mínima del tipo agravado. Este proceder en el juego de la determinación de la pena no es, a mi juicio, correcto, pues confunde aspectos muy distintos. El recurso a la figura del estado de necesidad para mitigar o compensar un problema de excesiva proporcionalidad, por loable que sea el objetivo, desvirtúa la función que aquella cumple en los presupuestos de la responsabilidad penal. Y tampoco resuelve el problema, puesto que la regulación penal de tráfico de drogas 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 y si todas esas contribuciones son merecedoras de reproche penal. Además, los cambios legislativos y jurisprudenciales que se han sucedido en el tiempo son aplicables con carácter general a cualquier supuesto subsumible en el tipo penal, pero olvida las circunstancias específicas que motivan la actuación delictiva del sujeto y que deben ser objeto de valoración jurídico-penal. Por otro lado, en este recurso compensatorio del estado de necesidad por la excesiva severidad de la penalidad, la jurisprudencia ha recurrido a varias vías de fundamentación para aplicar una exención parcial de responsabilidad, lo que conduce a una mayor confusión en cuanto a la función y requisitos de esta figura.

Teniendo presente lo anterior, debe partirse de que las eximentes de responsabilidad que recoge el CP tienen una aplicación excepcional. No se trata, en consecuencia, de desnaturalizar la eximente de estado de necesidad y convertir en regla lo que debe ser una excepción. Tampoco de modificar sus requisitos para adaptarlos a las situaciones objeto de estudio. La jurisprudencia advierte en su doctrina del peligro de abrir la puerta a “impunidades inadmisibles” con imprevisibles consecuencias, lo que a juicio de Martínez Escamilla (2005: 13-14)

constituye la auténtica *ratio decidendi* de esta doctrina, mejor o peor disfrazada dogmáticamente. A este respecto, no cabe duda de que resulta necesario establecer unos criterios que sirvan de filtros evitando los abusos (Paredes Castañón, 1989: 121), lo que centra la discusión en la compleja determinación de la frontera de lo admisible. Labor ciertamente difícil cuando, conviene de nuevo recordar, existe además un claro posicionamiento ideológico relativo a la Política Criminal sobre el tráfico de droga y sobre la pobreza. En este escenario no debiera de sorprender, realmente, el formalismo, automatismo y rigor extremo con los que nuestros tribunales han venido interpretando la cadena de filtros que han de superarse para apreciar un estado de necesidad, algo criticado desde antaño por la doctrina. Como señalaba hace más de tres décadas Paredes Castañón (1989: 123), si el CP recoge una eximente “ello quiere decir que tiene interés en que tal justificación se aplique, lo cual no casa bien con que después se opongán a tal aplicación exigencias desmesuradas”, lo que equivale, entonces, a una derogación *de facto* por vía judicial.

Adentrándonos en los específicos requisitos del estado de necesidad, de la doctrina jurisprudencial se desprende que la única situación que a su juicio constituye un mal grave y actual capaz de entrar en conflicto con el mal que supone el tráfico de drogas es el referido a una afectación inminente a la vida. Pero esta interpretación que equipara la gravedad e inminencia del mal con un exclusivo resultado cierto de muerte no resulta, en mi opinión, correcta. Pues solo reconoce una única situación de conflicto en relación con el controvertido bien jurídico salud pública, afectado por lo demás en términos de peligro abstracto. No se comprende por qué un peligro real, concreto y grave relativo a la salud personal, que afecta también a la calidad de vida (peligro abstracto) no puede calificarse igualmente de mal grave y actual a los efectos del art. 20.5 CP. Estas situaciones, que van empeorando paulatinamente en el contexto económico del correo y su entorno familiar, cumplirían ya en mi opinión con la exigencia de la actualidad y gravedad del mal (cf. Martínez Escamilla, 2005: 16 y 26). La interpretación seguida por el TS, al rechazar la concurrencia de este elemento, veta toda virtualidad de incidencia en la penalidad, por tratarse de una condición esencial. Únicamente rompen la regla algunos casos que el TS reconduce a un error de prohibición sobre el presupuesto de la causa de justificación, con la misma incidencia en

la penalidad que la eximente incompleta. En otras situaciones, sí se ha aceptado que la afección concreta a la vida o, incluso a la salud personal ya es un mal inminente y grave, un mal además de rango equivalente al que implica el tráfico de drogas. Pero estas dos líneas jurisprudenciales, no ofrecen una respuesta satisfactoria. En el caso del error de prohibición, porque no resulta necesario recurrir a él si se admite, como considero, que ya concurre el primer elemento del presupuesto. Aceptar la presencia de este primer filtro no conduce, ni mucho menos, a una impunidad inadmisibles, sino que deriva la cuestión a otros filtros posteriores, esenciales e inesenciales que también deben concurrir. Y en los supuestos en los que se parte de la equivalencia de los males para luego indicar que existió un exceso en el mal causado porque la inevitabilidad del mal no fue objetivamente absoluta, se produciría en mi opinión una confusión con los requisitos del estado de necesidad. Esta línea jurisprudencial deriva la valoración de la eximente a la culpabilidad del sujeto, según una tesis diferenciadora en la que el conflicto surge entre bienes del mismo rango, lo que afectaría a la exigibilidad de una conducta distinta y no a la antijuricidad del hecho. Pero los tribunales se refieren expresamente a una equivalencia de males, por lo que no se comprende entonces por qué no se aplica una eximente completa (similar, Molina Blázquez, 2020: 129), algo que también se tendría que aplicar si se defiende una tesis unitaria, puesto que el art. 20.5 permite que el mal causado sea inferior o igual. En realidad, se confunden bienes jurídicos equivalentes en rango, y males, siempre mayor en lo relativo al tráfico de drogas para la jurisprudencia.

Todavía en relación con este primer filtro, un sector doctrinal daría un paso más y defendería que la propia situación de necesidad económica ya podría superar, en determinados casos, el primer filtro del presupuesto del estado de necesidad. Según este planteamiento, que comparto, la “gravedad” del mal no implica necesariamente que el sujeto esté “desesperado” ante el peligro, ni que este 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 (inminencia del mal), que ya existe antes de que se llegue a la situación de auténtica necesidad física (Paredes Castañón, 1989: 121 y 122; Baldó Lavilla, 1994: 138; Martínez Escamilla, 2005: 16 y 20 ss.). Y, además, estas situaciones de necesidad económica, antesala de la creación de la

aparición de futuros males físicos, sí suponen ya la afeción de bienes jurídicos protegidos penalmente, como la dignidad de la persona o las condiciones de una “vida digna” (Paredes Castañón, 1989: 122; Martínez Escamilla, 2005: 26), aceptando además que pueda ser prolongada en el tiempo o permanente (Luzón Peña, 2012: 422). A este respecto, nótese que en los casos de pobreza, sin puesta en peligro inminente de la salud o la vida, la jurisprudencia guarda silencio en torno a la afectación de la dignidad de la persona.

No se escapa que esta interpretación del mal grave y actual referidos a otros bienes jurídicos distintos de la vida, tiene incidencia directa en el segundo filtro del presupuesto del estado de necesidad (criterio de la subsidiariedad), de manera 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. Aunque la jurisprudencia afirme que no hay que otorgar a este requisito una virtualidad absoluta, a medida que el referente del mal se aleja del que aqueja al bien jurídico vida, el criterio de la subsidiariedad cobra inversamente mayor importancia valorativa, sobre todo en supuestos de penuria económica (Baldó Lavilla, 1994: 138), puesto que no sería admisible optar por la realización de la conducta típica si existían otras vías lícitas al alcance del sujeto. Ahora bien, subsidiariedad no ha de equipararse con absoluta necesidad del medio empleado en el marco de un juicio en abstracto (Paredes Castañón, 1989: 123), pues casi siempre existiría un medio posible imaginable alternativo al tráfico de drogas, con el añadido de que el imaginario de recursos personales, laborales, familiares, estatales e, incluso, de beneficencia al que podría recurrir (y debe probar), se construye sobre un escenario social muy alejado del que viven las personas que actúan de correos de la cocaína. Debe señalarse igualmente que muchas de estas situaciones son estructurales, generadas por el propio sistema de las que resulta muy complicado salir (Martínez Escamilla, 2005: 28). Con ello se pone de relieve el profundo desconocimiento por parte la jurisprudencia de las condiciones sociales y económicas que enfrentan los correos en sus países de origen, cuando se les reprocha no haber acudido a las instancias del Estado de bienestar que estos les ofrece (Calle Calderón, 2015, p. 290), lo que convierte esta cuestión, además, en una prueba diabólica en el marco del proceso penal. Nuestro Estado social y democrático de Derecho no es perfecto,

menos cuando se está produciendo un desmantelamiento progresivo del Estado de bienestar, pero cuando se alega por parte de los tribunales y del Ministerio Fiscal que el sujeto podría haber optado por políticas o ayudas públicas, que no han quedado acreditadas, supone desconocer muchas veces una realidad en el que puede no existir sanidad pública. Habrá de valorarse, en consecuencia, este requisito según el baremo de la exigibilidad objetiva, lo razonablemente exigible al sujeto aceptando cierto margen de error (Paredes Castañón, 1989: 124), teniendo presente las coordenadas sociopolíticas del país de origen de la persona que transporta la droga, de manera que lo que conforme a nuestro Estado de bienestar 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 (Paredes Castañón, 1989: 125; Martínez Escamilla, 2005: 28). ¿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? Algunas resoluciones jurisprudenciales apuntan a esta dirección, hasta el punto de que parecen concederle una naturaleza no esencial, en la misma línea que defienden algunos autores (Baldó Lavilla, 1994: 150; Luzón Peña, 2012: 423) o, como indica Calle Calderón (2015: 287), siendo esencial, resulta graduable. Por su parte, Paredes Castañón (1989: 123) deriva esta cuestión a un problema de proporcionalidad de males y no realmente a una exigencia de subsidiariedad, otorgándole así carácter no esencial que, de no cumplirse, podría tener efecto mitigador en la penalidad.

Nos adentramos en el último filtro, la proporcionalidad de los males. La jurisprudencia concibe el tráfico de drogas como un mal absoluto, planteamiento en el que influye, como ya se ha señalado reiteradamente con anterioridad, el trasfondo ideológico que subyace a la regulación penal en materia de drogas. Esta ponderación de males está condicionada, además, 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 (por todas, STS 340/2005). Por ello los tribunales tampoco han admitido una exoneración completa de responsabilidad, superados los filtros anteriores, cuando se está ante un peligro cierto

e inminente de muerte. No obstante, esta postura tradicional de conceder prevalencia al bien jurídico colectivo no resulta pacífica en la doctrina, de manera que nada impediría considerar que en atención a las circunstancias concretas la vida o salud no tengan un valor inferior a la salud pública (De la Cuesta Aguado, 2007: 105, nota 69). Y así ha sucedido, como se ha señalado *supra*, cuando algunas resoluciones han reconocido la equivalencia de rango de los bienes jurídicos en juego, a pesar de que erróneamente aludan a una equivalencia de 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.

La jurisprudencia, sin excepción, atribuye al correo todos los males del tráfico de drogas en el ámbito personal, familiar y social (Martínez Escamilla, 2005: 33), con carácter general y abstracto, siendo algo tan evidente, que no necesita descender a una ponderación al caso concreto para reconocer cualquier forma de atenuación (Calle Calderón, 2015: 278 y 281). Resulta llamativo, como nos recuerda Martínez Escamilla (2005: 32) la exhaustiva descripción con la que la jurisprudencia enumera las consecuencias nefastas del tráfico de drogas, a todos los niveles, con la escasa descripción de los males que se enfrentan en el otro lado de la comparación. Son muchas las objeciones que a este respecto pueden esgrimirse. En conexión con los bienes enfrentados, la ponderación de intereses no solo ha de tener en cuenta cuál es el interés salvado y sacrificado, sino igualmente cómo es su afectación y en qué grado. ¿Resulta un mal mayor el peligro abstracto que implica la contribución del correo al ciclo económico de la droga o el peligro concreto que existe para un interés particular (vida o salud personal) por falta de recursos económicos o la vulneración de la dignidad humana? En opinión de Cigüela Sola (2019: 316), la ponderación a favor del tráfico de droga resulta poco plausible. Y si además, como se ha visto, el propio TS ha reconocido en algunos casos la equivalencia de los males, la respuesta debería ser, entonces, la apreciación de un estado de necesidad exculpante, y no una exigente incompleta (en el mismo sentido, Cigüela Sola, 2019: 317; Molina Blázquez, 2020: 131). También en supuestos en los que los males no son equivalentes, no parece de recibo asumir que en todo caso existe tal desproporción que no pueden entrar en juego una

exención parcial o atenuación de la responsabilidad¹¹. Además de todo lo ya dicho hasta el momento, la aplicación automática e indiscriminada que realizan los tribunales no atienden a qué “porcentaje” de posible afectación de la salud pública corresponde al correo, cuya contribución al negocio ilícito de la droga es de escasa relevancia y alejada del momento de consumo, y en este rol no está en condiciones de ejercer control o influencia significativa en el mercado de la droga (Martínez Escamilla, 2005: 34-35 y 38). En esta línea, resulta cuanto menos en esta ponderación, por un lado, la disminución del peligro que deriva directamente de la acción del correo y, por otro, la creación de un peligro que no se deriva de dicha acción, sino de la acción de innumerables acciones de múltiples traficantes de droga (Calle Calderón, 2015: 286). Atribuir al correo 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 personas¹², atiende, sin mayor concreción, a los daños que se producen en el lado del consumo de las drogas, desatendiendo el drama personal, familiar y social de las personas para portar la droga y las consecuencias de la pobreza o exclusión social en la que viven. Tampoco se comparte, como ha criticado en profundidad Martínez Escamilla (2005: 47-48 y 50), la introducción en el juicio de valoración de consideraciones preventivo-generales a las que alude la doctrina jurisprudencial, puesto que la posible merma preventivo-general derivada de la aplicación de la eximente a situaciones extendidas no es un efecto generado por la acción del necesitado, sino por la hipotética aplicación de una eximente prevista en el Cód-

¹¹ Plantea la posibilidad de aplicar al exceso intensivo en la causa de justificación una situación de inexigibilidad de otra conducta, Acale Sánchez (2002: 94).

¹² Señala Calle Calderón (2015: 284) que “debe concluirse que evidenciados los graves e inminentes peligros antes los cuales se encuentran los inmigrantes que deciden transportar droga, provenientes de contextos sociopolíticos altamente discriminatorios y desiguales y que se evidencia con una aproximación desprejuiciada a la historia y al contexto de las sociedades del tercer mundo, la supuestos desproporcionalidad que advierte el Tribunal entre bienes en conflicto no es una consecuencia del ejercicio jurídico-constitucional que exige el juicio ponderativo, sino el fruto de una decisión política consistente en negarle cualquier valor y por tanto cualquier protección jurídica al extremo más débil de los intereses en pugna”.

go Penal (en el mismo sentido, Martínez Cantón, 2006: 590; Sánchez Dafaue, 2019: 88; Cigüela Sola, 2019: 318; Molina Blázquez, 2020: 130). Que este “efecto llamada” influya en el juicio de ponderación implica presuponer ya la antijuricidad de la conducta del correo, así como instrumentalizarle, lo que no resulta aceptable en atención al principio de responsabilidad personal (Cigüela Sola, 2019: 318-319)

Lo anterior no debe llevar a una generalización del juicio de ponderación en el que se 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, como reivindica Calle Calderón (2015: 301), no se banalicen los males relacionados con la pobreza, no solo los físicos, y se tome en serio su ponderación, realizando los tribunales un verdadero ejercicio valorativo de las condiciones del estado de necesidad (en el mismo sentido Cigüela Sola, 2019: 315 y 320; Molina Blázquez, 2020: 131) y del contexto personal en que la conducta tiene lugar (Cigüela Sola, 2019: 319). 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, incluidos, entre otros, el deber de tolerancia o de solidaridad del tercero en la ponderación del mal (apunta a esta cuestión Martínez Escamilla, 2005: 47 y 49) y otras consideraciones de índole social. El resultado de dicha ponderación lo marcarán las circunstancias concretas del caso, sin que quepan automatismos judiciales en este ámbito. Este requisito debe recobrar, además, su naturaleza de no esencialidad, de manera que, en caso de incumplimiento, todavía permitiría una atenuación de la pena (en el mismo sentido, Calle Calderón, 2015: 279), mayor o menor en función del exceso intensivo en que se hubiera incurrido.

Frente a la consolidada doctrina jurisprudencial sobre el estado de necesidad por motivos económicos en relación con los correos de la cocaína, este trabajo defiende la posibilidad de aplicación del estado de necesidad a estos supuestos, pues aunque su aplicación ha de quedar reservada a supuestos excepcionales, lo que resulta no admisible es que esta excepcionalidad se vacíe de contenido en sede judicial. La propuesta que aquí se defiende no pretende, por tanto, desvirtuar la figura del estado de necesidad, tampoco modificar sus requisitos legales. El art. 20.5 CP, como toda eximente de responsabilidad, opera como excepción y no como regla. Lo que se propone, según se ha

desarrollado a lo largo de esta revisión de la doctrina jurisprudencial, es un replanteamiento de una interpretación jurisprudencial en la que apenas se valora el conflicto que lleva al correo a servir de vehículo humano para el transporte de la droga.

Referencias

DOCTRINA

- Acale Sánchez, M. (2002). *Salud pública y drogas tóxicas*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ambos, K., Doval País, A., Cornils, K. & Van de Rey, I. (1996). “El tratamiento penal de los correos de drogas en Alemania, Dinamarca, Holanda y España”. *Estudios Penales y Criminológicos* (19), pp. 7-48.
- Aza Jácome, A. (2017). *Drogas y políticas públicas ¿Legalización o prohibición?* Chía, Colombia: Universidad de La Sabana.
- Baldó Lavilla, F. (1994). *Estado de necesidad y legítima defensa*. Barcelona: J.M. Bosch Editor.
- Calle Calderón, A.L. (2015). *El estado de necesidad y el caso de las drogas en la doctrina del Tribunal Supremo. Una crítica desde la perspectiva latinoamericana* [tesis doctoral, Universitat de Girona]. TDX.
- Cigüela Sola, J. (2019). *Crimen y castigo del excluido social. Sobre la ilegitimidad política de la pena*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- De la Cuesta Aguado, P. M. (2003). *Culpabilidad. Exigibilidad y razones para la exculpación*. Madrid: Dykinson.
- De la Cuesta Aguado, P.M. (2007). “Estado de necesidad: estructura normativa y naturaleza jurídica”. *Revista de derecho y proceso penal* (17), pp. 93-110.
- De la Cuesta Arzamendi, J.L. (1998). “La política criminal en materia de drogas en España, tras el nuevo Código Penal”. En Ipiña Beristain, A. (Dir.). *Cuadernos de Derecho Judicial: Política Criminal Comparada. Hoy y Mañana*. Madrid: CGPJ, pp. 87-135.
- Díez Ripollés, J.L. (1989). *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefaciente y sustancias psicotrópicas*. Madrid: Tecnos.
- Fleetwood, J. (2011). “Penalties and practices in the international cocaine trade”. *British Journal of Criminology* (51), pp. 375-393.
- Gómez Benítez, J.M. (1984). *Teoría Jurídica del delito. Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Civitas.
- Joshi Ubert, U (1999). *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368*. Barcelona: J.M. Bosch.

- Luzón Peña, D. M. (2012). *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Martínez Escamilla, M. (2005). “Pobreza, estado de necesidad y prevención general: os correos de la cocaína y el Tribunal Supremo español”. *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional* (12), pp. 5-52.
- Martínez Cantón, S. (2006). *La ponderación en el estado de necesidad*. León: Universidad de León.
- Mir Puig, S. (2016). *Derecho Penal. Parte General*. 10ª ed. Barcelona: Repertor.
- Molina Blázquez, M.C. (2020). “Necesidad y Derecho penal: el hurto familiar, los correos de la coca y la ocupación pacífica de inmuebles”. En Benito Sánchez, D. & Gómez Lanz, J. (Coords.). *Sistema penal y exclusión social*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, pp. 109-142.
- Morán Blanco, S. (2021). *Lucha contra el narcotráfico en América Latina-Caribe. La labor de la Organización de Estados Americanos (OEA)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Muñoz Conde, F. (2019). *Derecho Penal. Parte Especial*. 22ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Paredes Castañón, J.M. (1989). “Subsidiariedad y proporcionalidad de los males en el estado de necesidad: el criterio de la exigibilidad (comentario a la STS de 8 de abril de 1988)”. *Poder Judicial*, pp. 115-128.
- Pedreira González, F.M. (2010). “Tráfico de drogas (arts. 368, 369 bis y 370)”. En Álvarez García, F. J. & González Cussac, J. L. (Dirs.). *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 417-427.
- Sánchez Dafaue, M. (2019). “Algunos problemas singulares de la antijuridicidad penal”. *Nuevo Foro Penal* (93), pp. 76-110.
- Sayas Simón, S. (2016), *Alcance del bien jurídico-penal en el delito de tráfico de drogas: una alternativa político-criminal despenalizadora* [Tesis doctoral. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria]. Acceda.
- Villacampa Estiarte, C. (2017). *Política criminal internacional. Tráfico de drogas, trata de seres humanos y prostitución*. Barcelona: Editorial UOC.

JURISPRUDENCIA

Tribunal Supremo (España)

- Tribunal Supremo. (1979). Sala de lo Penal. Sentencia de 2 de julio de 1979. Ponente: Luís Vivas Marzal. Citada como STS 2 de julio de 1979.
- Tribunal Supremo. (1994). Sala de lo Penal. Sentencia de 8 de junio de 1994. Ponente: Eugenio Díaz Palos. Citada como STS 8 de junio de 1994.
- Tribunal Supremo. (1998). Sala 2ª. Sentencia rec.1209/1997. Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid. 3 de abril de 1998. Citada como STS rec. 1209/1997.

- Tribunal Supremo. (1998). Sala 2ª. Sentencia rec. 1585/1998. Ponente: José Augusto de Vega Ruíz. 14 de mayo de 1998. Citada como STS 1585/1998.
- Tribunal Supremo. (1998). Sala 2ª. Sentencia n° 1652/1998. Ponente: José Antonio Marañón Chávarri. 30 de octubre de 2000. Citada como STS 1652/1998.
- Tribunal Supremo. (1998). Sala 2ª. Sentencia rec. 737/1998. Ponente: José Augusto de Vega Ruíz. 10 de diciembre de 1998. Citada como STS 10 de diciembre de 1998.
- Tribunal Supremo. (1999). Sala 2ª. Sentencia n° 75/1999. Ponente: José Augusto de Vega Ruíz. 26 de enero de 1999. Citada como STS 75/1999.
- Tribunal Supremo. (2000). Sala 2ª. Sentencia n° 1125/2000. Ponente: Enrique Abad Martínez. 21 de junio de 2000. Citada como STS 1125/2000.
- Tribunal Supremo. (2000). Sala 2ª. Sentencia n° 1854/2000. Ponente: Joaquín Delgado García. 1 de diciembre de 2000. Citada como STS 1854/2000.
- Tribunal Supremo. (2000). Sala 2ª. Sentencia n° 1998/2000. Ponente: Joaquín Giménez García. 28 de diciembre de 2000. Citada como STS 1998/2000.
- Tribunal Supremo. (2001). Sala 2ª. Sentencia n° 81/2001. Ponente: Perfecto Andrés Ibáñez. 24 de enero de 2001. Citada como STS 81/2001.
- Tribunal Supremo. (2001). Sala 2ª. Sentencia n° 356/2001. Ponente: Gregorio García Ancos. 6 de marzo de 2001. Citada como STS 356/2001.
- Tribunal Supremo. (2001). Sala 2ª. Sentencia rec. 42/2000. Ponente: Enrique Abad Fernández. 21 de septiembre de 2001. Citada como STS 21 de septiembre de 2001.
- Tribunal Supremo. (2001). Sala 2ª. Sentencia n° 1973/2001. Ponente: José Ramón Soriano Soriano. 25 de octubre de 2001. Citada como STS 1973/2001.
- Tribunal Supremo. (2001). Sala 2ª. Sentencia n° 1957/2001. Ponente: Adolfo Prego de Oliver y Tolivar. 26 de octubre de 2001. Citada como STS 1957/2001.
- Tribunal Supremo. (2002). Sala 2ª. Sentencia n° 233/2002. Ponente: José Ramón Soriano Soriano. 15 de febrero de 2002. Citada como STS 233/2002.
- Tribunal Supremo. (2002). Sala 2ª. Sentencia n° 353/2002. Ponente: Enrique Bacigalupo Zapater. 4 de marzo de 2002. Citada como STS 353/2002.
- Tribunal Supremo. (2002). Sala 2ª. Sentencia n° 641/2002. Ponente: Juan Saavedra Ruíz. 18 de abril de 2002. Citada como STS 641/2002.
- Tribunal Supremo. (2002). Sala 2ª. Sentencia n° 701/2002. Ponente: José Manuel Maza Martín. 19 de abril de 2002. Citada como STS 701/2002.

- Tribunal Supremo. (2002). Sala 2ª. Sentencia nº 806/2002. Ponente: Diego Ramos Gancedo. 30 de abril de 2002. Citada como STS 806/2002.
- Tribunal Supremo. (2002). Sala 2ª. Sentencia nº 842/2002. Ponente: Julián Sánchez Melgar. 10 de mayo de 2002. Citada como STS 842/2002.
- Tribunal Supremo. (2002). Sala 2ª. Sentencia nº 1412/2002. Ponente: Luís Román Puerta Luís. 19 de julio de 2002. Citada como STS 1412/2002.
- Tribunal Supremo. (2002). Sala 2ª. Sentencia nº 1629/2002. Ponente: Diego Ramos Gancedo. 2 de octubre de 2002. Citada como STS 1629/2002.
- Tribunal Supremo. (2002). Sala 2ª. Sentencia nº 1548/2002. Ponente: Juan Saavedra Ruíz. 13 de noviembre de 2002. Citada como STS 1548/2002.
- Tribunal Supremo. (2003). Sala 2ª. Sentencia nº 111/2003. Ponente: José Aparicio Calvo-Rubio. 3 de febrero de 2003. Citada como STS 111/2003.
- Tribunal Supremo. (2003). Sala 2ª. Auto nº 1517/2003. Ponente: Luís Román Puerta Luís. 25 de septiembre de 2003. Citado como ATS 1517/2003.
- Tribunal Supremo. (2005). Sala 2ª. Sentencia nº 340/2005. Ponente: Andrés Martínez Arrieta. 8 de marzo de 2005. Citada como STS 340/2005.
- Tribunal Supremo. (2006). Sala 2ª. Auto nº 386/2006. Ponente: José Antonio Martín Pallín. 2 de febrero de 2006. Citado como ATS 386/2006.
- Tribunal Supremo. (2008). Sala 2ª. Sentencia nº 188/2008. Ponente: Luis Román Puerta Luís. 18 de abril de 2008. Citada como STS 188/2008.
- Tribunal Supremo. (2008). Sala 2ª. Sentencia nº 574/2008. Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar. 30 de septiembre de 2008. Citada como STS 574/2008.
- Tribunal Supremo. (2009). Sala 2ª. Sentencia nº 356/2009. Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar. 7 de abril de 2009. Citada como STS 356/2009.
- Tribunal Supremo. (2009). Sala 2ª. Auto nº 1132/2009. Ponente: Adolfo Prego de Oliver Tolivar. 30 de abril de 2009. Citado como ATS 1132/2009.
- Tribunal Supremo. (2009). Sala 2ª. Sentencia nº 470/2009. Ponente: Andrés Martínez Arrieta. 7 de mayo de 2009. Citada como STS 470/2009.
- Tribunal Supremo. (2009). Sala 2ª. Auto nº 2966/2009. Ponente: Francisco Monterde Ferrer. 21 de diciembre de 2009. Citado como ATS 1966/2009.
- Tribunal Supremo. (2010). Sala 2ª. Sentencia nº 13/2010. Ponente: Francisco Monterde Ferrer. 21 de enero de 2010. Citada como STS 13/2010.
- Tribunal Supremo. (2010). Sala 2ª. Auto nº 381/2010. Ponente: Andrés Martínez Arrieta. 4 de marzo de 2010. Citado como ATS 381/2010.
- Tribunal Supremo. (2010). Sala 2ª. Auto nº 966/2010. Ponente: Juan Saavedra Ruíz. 6 de mayo de 2010. Citado como ATS 966/2010.
- Tribunal Supremo. (2010). Sala 2ª. Auto nº 2212/2010. Ponente: Julián Sánchez Melgar. 4 de noviembre de 2010. Citado como ATS 2212/2010.

- Tribunal Supremo (2011). Sala 2ª. Sentencia nº 163/2011. Ponente: Carlos Granados Pérez. 28 de febrero de 2011. Citada como STS 163/2011.
- Tribunal Supremo. (2011). Sala 2ª: Sentencia nº 745/2011. Ponente: Francisco Monterde Ferrer. 6 de julio de 2011. Citada como STS 745/2011.
- Tribunal Supremo. (2011). Sala 2ª: Sentencia nº 773/2011. Ponente: Andrés Martínez Arrieta. 11 de julio De 2011. Citada como STS 773/2011.
- Tribunal Supremo. (2011). Sala 2ª. Sentencia nº 1002/2011. Ponente: Andrés Martínez Arrieta. 4 de octubre de 2011. Citada como STS 1002/2011.
- Tribunal Supremo. (2012). Sala 2ª. Sentencia nº 416/2012. Ponente: Andrés Martínez Arrieta. 30 de mayo de 2012. Citada como STS 416/2012.
- Tribunal Supremo. (2013). Sala 2ª. Sentencia nº 649/2013. Ponente: Julián Sánchez Melgar. 11 de junio de 2013. Citada como STS 649/2013.
- Tribunal Supremo. (2013). Sala 2ª. Auto nº 2367/2013. Ponente: Perfecto Andrés Ibáñez. 12 de diciembre. Citado como ATS 2367/2013.
- Tribunal Supremo. (2015). Sala 2ª. Auto nº 350/2015. Ponente: Cándido Conde-Pumpido Tourón. 5 de marzo de 2015. Citado como ATS 350/2015.
- Tribunal Supremo. (2015). Sala 2ª. Sentencia nº 265/2015. Ponente: Cándido Conde-Pumpido Tourón. 29 de abril de 2015. Citada como STS 265/2015.
- Tribunal Supremo. (2016). Sala 2ª. Auto nº 778/2016. Ponente: Andrés Martínez Arrieta. 5 de mayo de 2016. Citado como ATS 778/2016.
- Tribunal Supremo. (2016). Sala 2ª. Sentencia nº 636/2016. Ponente: Cándido Conde-Pumpido Tourón. 14 de julio de 2016. Citada como STS 636/2016.
- Tribunal Supremo. (2016). Sala 2ª. Auto nº 1294/2016. Ponente: Ana María Ferrer García. 8 de septiembre de 2016. Citado como ATS 1294/2016.
- Tribunal Supremo. (2017). Sala 2ª. Auto nº 1520/2017. Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Lurca. 16 de noviembre de 2017. Citado como ATS 1520/2017.
- Tribunal Supremo. (2018). Sala 2ª: Sentencia nº 760/2018. Ponente: Pablo Llarena Condé. 28 de mayo de 2018. Citada como STS 760/2018.
- Tribunal Supremo. (2019). Sala 2ª. Sentencia nº 302/2019. Ponente: Carmen Lamela Díaz. 7 de junio de 2019. Citada como STS 302/2019.
- Tribunal Supremo. (2020). Sala 2ª. Sentencia nº 596/2020. Ponente: Carmen Lamela Díaz. 11 de noviembre de 2020. Citada como STS 596/2020.

Audiencias provinciales (España)

- Audiencia Provincial. (2000). Madrid. Sección 5ª. Sentencia nº 430/2000. Ponente: Arturo Beltrán Núñez. 28 de marzo de 2000. Citada como SAP Madrid, Secc. 5ª, 430/2000.

- Audiencia Provincial. (2001). Madrid. Sección 7ª. Sentencia nº 58/2001. Ponente: Mª Luisa Aparicio Carril. 6 de junio de 2001. Citada como SAP Madrid, Secc. 7ª, 58/2001.
- Audiencia Provincial. (2001). Madrid. Sección 4ª. Sentencia nº 251/2001. Ponente: Alejandro María Benito López. 19 de septiembre de 2001. Citada como SAP Madrid, Secc. 4ª, 251/2001.
- Audiencia Provincial. (2002). Madrid. Sección 2ª. Sentencia nº 27/2002. Ponente: 18 de enero de 2002. Ponente: Mª del Carmen Compaired Plo. Citada como SAP Madrid, Secc. 2ª, 27/2002.
- Audiencia Provincial. (2003). Madrid. Sección 23ª. Sentencia nº 10/2003. Ponente: Jesús Eduardo Gutiérrez Gómez. 28 de enero de 2003. Citada como SAP Madrid, Secc. 23ª, 20/2003.
- Audiencia Provincial. (2003). Madrid. Sección 4ª. Sentencia nº 49/2003. Ponente: Mª del Pilar de Prada Bengoa. 12 de febrero de 2003. Citada como SAP, Secc. 4ª, 49/2003.

INFORMES, REPORTES Y OTROS DOCUMENTOS

- European monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction (2012). *A definition of “drug mules” for use in a European context*. [Disponible en: https://www.emcdda.europa.eu/system/files/publications/692/EMCDDA_ThematicPapers_DrugMules_329088.pdf].
- Ministerio del Interior. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. (2019). Informe General 2019. [Disponible en: http://www.interior.gob.es/documents/642317/1202140/Informe_General_IIPP_2019_12615039X.pdf].

Capítulo 15

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

Silvia Mendoza Calderón

Introducción

Según la Agencia Europea de Derechos Fundamentales, los crímenes de odio son aquellos delitos motivados por racismo, xenofobia, antisemitismo, extremismo o intolerancia sobre otras personas con diferente orientación sexual o identidad de género, así como sobre personas con discapacidad, y se consideran actuaciones contra la Convención Europea de Derechos Humanos y contra la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA, 2012: 13).

En España, la prensa (El País, 5 de septiembre de 2015) ha destacado que se habrían reportado un mínimo de 57 casos de delitos de odio durante el año 2015, y la mayoría estarían relacionados con casos de islamofobia, representando un 40 por ciento del total, según informes policiales¹.

Conforme al denominado Informe Raxen (2020), el discurso de odio pretende suspender derechos y libertades como serían los derechos a vivir sin miedo o intimidación, el derecho a la dignidad de la persona, tanto individual como colectiva, a la igualdad de trato sin ningún tipo de discriminación o marginación, en definitiva, el derecho a ser diferentes pero iguales en tener derechos y libertades fundamentales (Informe Raxen, 2020: 3 ss.).

* Este trabajo se atribuye también al proyecto del que es Co-IP la autora “El discurso del odio en Andalucía: análisis de su incidencia y persecución penal”, cofinanciado con fondos FEDER (Ref. UPO-1265099).

¹ Vid. Medina Ariza (2004), donde se señala lo siguiente: “in opinion polls, is that Spaniards, in general, have come to equate the immigrant with the criminal”.

Este discurso se referiría a aquellas manifestaciones, en muchos casos punibles penalmente o al menos sancionables civil o administrativamente, difundidas de manera oral, escrita, en soporte visual, papel o audio, en los medios de comunicación, o internet, u otros medios de difusión social (incluidos cartelera, pancartas u otros medios de distribución social), que concreten y alienten conductas que niegan dignidad e iguales derechos a personas, de colectivos minoritarios o mayoritarios, a grupos vulnerables y gentes en riesgo por ser distintos, pudiendo adoptarse diversas formas de intolerancia como racismo, xenofobia, antisemitismo, islamofobia, cristianofobia, LGTBIfobia, antigitanismo y gitanofobia, misoginia y sexismo, aporofobia, etno-nacionalismo y cualquier otra construcción que implicase rechazo, desprecio e irrespeto al prójimo y a sus inalienables derechos humanos.

Por otra parte, en el Informe del Ministerio del Interior (2016) se ha sostenido que la terminología “delitos de odio” vendría a definir a una categoría de conductas que presentarían como factor denominador común la presencia de un elemento motivador, el odio y la discriminación.

En este sentido, según este informe, cualquier persona puede ser objeto de un delito de odio, con independencia que la base de la conducta hostil y discriminatoria, el odio, esté o no fundada desde la perspectiva del responsable, en hechos reales o percibidos, es decir, independientemente de que la víctima pertenezca al grupo al que va dirigida la agresión.

Asimismo, según la Oficina para las Instituciones Democráticas y los Derechos Humanos de la OSCE se concibe al delito de odio como “cualquier infracción penal, incluyendo infracciones contra las personas o las propiedades, donde la víctima, sus bienes o el objetivo son elegidos por su real o asimilada conexión, afiliación, apoyo o pertenencia a un grupo definido por estar basado en una característica común de sus miembros, tal como su real o perceptiva raza, nacional o étnico origen, lenguaje, color, religión, sexo, edad, minusvalía mental o física, orientación sexual u otro factor similar”².

² Cf. <https://www.osce.org/es>. VV.AA (2015: 24 ss.). En el marco de la OSCE se adoptó en el año 2003 una definición conforme a la cual delito de odio es “cual-

Asimismo, en el contexto de la pandemia generada por la COVID-19, conforme al informe elaborado por *Rights International Spain*, a solicitud de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en nuestro país se habría producido un aumento de bulos racistas y de incitación al odio hacia personas de origen asiático, así como para solicitantes de asilo y personas refugiadas (Mamadou *et al.*, 2020).

Según el Informe de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa (en adelante, ECRI) de 8 de marzo de 2021, la pandemia tiene mayores consecuencias sobre la población vulnerable, y los discursos de odio, incluidos los realizados a través de Internet, dirigidos a minorías y a los refugiados e inmigrantes culpándoles infundadamente de la propagación del coronavirus, habría aumentado las tendencias xenófobas, racistas e intolerantes en muchos países europeos (Comisión Europea, 2020b).

Por estos motivos, en el presente estudio se pretende 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 del Tribunal Constitucional español. 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 la COVID-19 ha repercutido en la propagación de bulos en un contexto de discurso del odio sobre dichos

quier infracción penal, incluyendo infracciones contra las personas (A) o las propiedades, donde la víctima, el local o el objetivo de la infracción se elija por su, real o percibida, conexión, simpatía, filiación, apoyo o pertenencia a un grupo como los definidos en la parte B. (B) Un grupo se basa en una característica común de sus miembros, como su orientación o identidad sexual real o percibida”. Se indica que la definición se refiere más a un tipo de delitos, o fenómenos, que a un delito específico.

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.

1. La distinción entre delitos de odio y discurso del odio

1.1. *El odio y su trascendencia en Derecho Penal*

Como ha puesto de manifiesto Fuentes Osorio (2017: 4 ss.), el odio se define gramaticalmente como la antipatía y aversión hacia algo o hacia alguien cuyo mal se desea, encontrando desde el punto de vista penal tres elementos relevantes en esta definición: un sentimiento aversivo del autor sobre un sujeto; el deseo de que sufra un daño; y una indeterminación del motivo de la aversión, del daño y su alcance, del sujeto afectado.

Se destaca que el elemento esencial del odio sería el factor emotivo (una emoción de enemistad, rechazo, hostilidad a un sujeto u grupo), pero en su sentido penal no se vincularía con cualquier clase de ánimo hostil, sino que tiene que ser discriminatorio. La utilización del término “discriminación” sería mucho más precisa y aportaría una mayor seguridad jurídica (*ibid.*).

En esta materia, los motivos discriminatorios ofrecerían una doble información, por una parte, sobre el ánimo subjetivo discriminatorio del autor y, por otra, sobre el colectivo afectado. En este sentido, los delitos de odio se podrían construir exigiendo ambos aspectos o dando prioridad a uno de ellos. Según la decisión adoptada surgirían tres modelos: en el *hostility model* se desvaloraría la comisión del delito contra una persona por alguno de los motivos discriminatorios indicados legalmente; en el *discriminatory selection model*, en cambio, se desvaloraría la selección de la víctima porque poseería algunas de las características protegidas, pero no se demanda motivación; y finalmente, en el modelo mixto se exigirían los dos factores (*ibid.*).

Respecto al concepto de discriminación, De Vicente Martínez ha considerado que ésta podría definirse como aquel comportamiento que implica una negación de la igualdad entre todos los seres humanos basada en rasgos o peculiaridades que distinguen al discriminado

del modelo de normalidad que se toma de referencia, remarcándose entre sus caracteres distintos los siguientes: en primer lugar, el origen del trato desigual; en segundo lugar, que sería un trato peyorativo de menosprecio, que crea o profundiza la situación de marginación en la que se encuentran estos colectivos por el simple hecho de que sus miembros comparten caracteres que los distinguen de la generalidad; en tercer lugar, se produciría un trato que negaría su condición de seres humanos a los demás afectando a su dignidad personal (De Vicente Martínez, 2018: 31 ss.).

Desde este punto de vista, se ha señalado que la importancia de los delitos de odio radicaría en que implicarían un doble ataque: por una parte, las víctimas de estos delitos serían intencionalmente seleccionadas por motivos de intolerancia, por lo que se les causarían daños físicos y emocionales incalculables. Por otra, con estos delitos se atemorizaría a todo el colectivo al que pertenecen generando sentimientos de miedo y de inseguridad y se amenazaría de forma indirecta la seguridad de todos los ciudadanos. Sin embargo, señala que un sector doctrinal rechazaría el término delitos de odio al considerar que esta terminología se vincularía al Derecho Penal de autor (*ibid.*).

En esta línea, se ha sostenido que cuando la motivación no fuera el factor determinante se simplifica la aplicación de los delitos de odio, puesto que no habría que probar el ánimo, sino que el ataque ha recaído sobre el colectivo definido por las características asociadas a los motivos discriminatorios, quedando sin sanción cuando las víctimas no formaran parte en sentido estricto del grupo. Para evitar este hecho, el concepto de colectivo se ampliaría y, por un lado, se definiría por la pertenencia real o percibida / supuesta, y por otro, se extendería a todos los miembros “indirectos” mediante conceptos como sujeto “asociado con”, “conectado con”, “afiliado con” el colectivo (Fuentes Osorio, 2017: 4 ss.).

En España, como ha recalcado la doctrina, el delito de odio no dispondría de un estricto reconocimiento expreso en el Código Penal, si bien, de acuerdo con la identificación entre odio y discriminación se podrían integrar dentro de esta categoría, (utilizando la distinción entre “motivo de discriminación” y “selección discriminatoria de la víctima”), los siguientes delitos: los que contienen el odio como animo aversivo discriminatorio: arts. 510.1.a-b, 515 CP; los agravados

por la concurrencia de motivos discriminatorios como circunstancia genérica (art. 22.4 CP) o específica (art. 174, 314, 510.2.a, 510.2.b, 511, 512 CP); los que protegen al colectivo con relación a un motivo discriminatorio concreto, los delitos de genocidio o de lesa humanidad (art. 607, 607 bis, 510.1.c CP), los delitos contra los sentimientos religiosos (arts. 522-526 CP); y los agravados por afectar a un grupo vulnerable: arts. 170.1, 197.5 CP.

De igual forma, el odio como juicio de peligrosidad se construiría sobre una doble presunción, entendiendo en primer lugar, que la conducta que manifiesta un ánimo aversivo puede crear climas de enemistad, hostilidad o antipatía; y en segundo, que estos climas serían predelictivos, es decir, podrían conducir a la producción de futuros delitos. Así, mediante este doble juicio de potencialidad causal (respecto a la hostilidad y al daño), se afirma que estadísticamente son conductas criminógenas que se asocian con la posterior realización de actividades delictivas o que poseen las características de estados que desencadenan estas conductas delictivas posteriores. La técnica legislativa clásica desde este enfoque habría sido crear delitos autónomos de odio, especialmente referidos a formas de incitación al odio (Fuentes Osorio, 2017: 10 ss.)³.

1.2. *El concepto de discurso del odio*

Como han indicado los especialistas, el prejuicio es un *juicio a priori* o previo hacia una persona o un grupo, por lo general, desfavorable, que se emite sin fundamento, sin conocer a dicha persona o grupo. Tener prejuicios no implica necesariamente discriminar a otros, aunque pueden llegar a convertirse en actitudes o comportamientos discriminatorios (VV.AA, 2015: 24 ss.).

³ Se citan como ejemplo, el art. 4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965; el art. 20.2 del Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966; la Decisión Marco 2008/913/JAI de 28 de noviembre de 2008, que en su art. 1 establece la obligación por parte de los Estados de sancionar: “a) la incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico”; o el art. 10.2 del Convenio de Europeo de Derechos Humanos.

Asimismo, cuando nos referimos al concepto de estereotipos, este vocablo se utiliza para referirse a generalizaciones o imágenes mentales simplificadas que recaen sobre los miembros de un grupo, cuando se asume que todos los individuos que lo componen tienen las mismas características, actuando como una simplificación o deformación de la realidad. Se afirma que los estereotipos y prejuicios se hallarían en la base de los comportamientos discriminatorios, pudiendo fortalecer o justificar prácticas discriminatorias, siendo importante cuestionar los estereotipos y prejuicios que recaen sobre algunos grupos y personas, como un primer paso necesario para prevenir o evitar los actos de discriminación (*ibid.*).

La expresión discurso del odio o *hate speech* se emplea para designar acciones antijurídicas, o cuando menos inmorales, de la más diversa naturaleza, identificándose a la quema de cruces del Ku Klux Klan (KKK), la negación del Holocausto del pueblo judío durante la Segunda Guerra Mundial o la promoción del exterminio del pueblo Tutsi que daría lugar al genocidio ocurrido en Ruanda en 1994 (Díaz Soto, 2015: 77-101).

En este contexto, se habría defendido que con el discurso del odio se lesionaría la dignidad de los miembros de un determinado colectivo, pudiendo adoptar cuatro formas distintas. En primer lugar, la imputación de forma generalizada a los miembros de un grupo de la comisión de hechos ilícitos; en segundo, mediante caracterizaciones que denigran de los miembros de la comunidad; en tercer lugar, a través de referencias a animales o cosas, de modo que se prive a los miembros de la colectividad atacada de su condición de seres humanos; y finalmente, mediante prohibiciones en atención a los rasgos definidores del grupo (*ibid.*).

Asimismo, se habría considerado que las expresiones que incitan a la violencia y a la apología del delito pueden también ubicarse dentro de la categoría del discurso del odio, incluyéndose las expresiones y símbolos considerados ofensivos por cierta comunidad. También podrían incluirse la destrucción pública de imágenes religiosas o los insultos a los signos patrios, así como también se han concebido dentro de este concepto las imágenes que estigmatizan la sumisión y subordinación de la mujer (Esquivel Alonso, 2016: 14 ss.).

Desde esta perspectiva, se habría reconocido que el concepto de discurso del odio sería demasiado impreciso, en particular, que la referencia al término “odio” daría lugar a pensar que lo que sería objeto de reproche sería el sentimiento de animadversión o incomodidad que se puede experimentar hacia los miembros de un grupo minoritario⁴. Alcácer Guirao ha puesto de relieve que el “discurso de odio” es 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 considera social o jurídicamente lícito (Alcácer Guirao, 2012: 10 ss.).

Sin embargo, como afirma Fuentes Osorio, el odio sería un concepto muy popular en el contexto criminológico, habiendo sido utilizado (inicialmente por la tradición anglosajona) como un elemento calificador de una clase de comportamientos desviados (agresiones, insultos, amenazas, negación de prestaciones, etc.) teniendo en común su posicionamiento hostil contra ciertos colectivos. Los “delitos de odio” se referirían inicialmente a delitos clásicos agravados por la motivación del sujeto activo y/o por la selección discriminatoria del sujeto pasivo, residiendo la problemática de su sanción en determinar los motivos del odio, justificar que no se está sancionando al sujeto por su forma de ser (machista, xenófoba, etc.) sino por el desvalor adicional de su conducta y precisar si solo comprendería a aquellos colectivos caracterizados como “vulnerables” (Fuentes Osorio, 2017: 2 ss.)⁵.

⁴ Cf. Díaz Soto (2015: 77-101), citando a Waldron (2012). *The harm in hate speech*, London, Harvard University Press.

⁵ Respecto a esta concepción, cf. STEDH 214/1991, de 11 noviembre (Caso Friedman), donde se recoge que el derecho al honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, o siendo posible apreciarlo en instituciones públicas o clases determinadas del Estado. Sería posible apreciar lesión en aquellos ataques a un determinado colectivo de personas, lo que trascendería a sus miembros, que no tienen que estar perfecta y debidamente individualizados *ad personam*; STS 224/2010, que entiende que la instigación al genocidio es su incitación directa y no la apología del mismo. Revocación de condena impuesta a la alcaldesa de Hernani por las expresiones de loa y solicitud de aplausos para dos presos de ETA; STS. 259/2011 (caso Librería Kalki), en relación a la edición, venta o publicación de libros y revistas que no provocan ni incitan a la discriminación, la violencia o el odio contra grupos raciales, étnicos o religiosos. Se considera que las actividades “filonazis” no suponen la difusión de ideas o doctrinas que pre-

Sin embargo, se ha indicado que, actualmente, con el creciente y constante desarrollo de los medios de comunicación y especialmente con la llegada de Internet el delito de odio se habría concentrado en una de sus formas de comisión en torno a declaraciones intimidatorias, denigrantes, hostiles, etc., con una motivación discriminatoria, cuando el proceso de creación de los delitos de odio se articularía en torno precisamente al propio concepto de odio, que puede ser al mismo tiempo una motivación discriminatoria, una necesidad preventiva, una forma de puesta en peligro de un colectivo y, directamente, un daño social (*ibid.*).

1.3. Las limitaciones al discurso del odio: estándar de Brandenburg v. criterio del abuso del Derecho

Como ha indicado Serrano Maíllo (2011: 579-596), la libertad de expresión se configura como un derecho fundamental en nuestro ordenamiento, recogida en la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, considerándose que sería uno de los fundamentos de las sociedades democráticas, pues sólo a través de la libertad de expresión se podría crear una opinión pública libre y responsable, siendo el presupuesto necesario para el correcto funcionamiento de una democracia.

En el artículo 10 de esta Convención, la libertad de expresión se articula como un derecho único que integra la libertad de opinión por un lado, y la de recibir o de comunicar informaciones, por otro, si bien, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha destacado la necesidad de diferenciar entre hechos y opiniones, ya que los primeros serían susceptibles de prueba y se les puede exigir el requisito de veracidad, mientras que las opiniones no podrían ser comprobadas ni, por tanto, sometidas al control de la verdad (*ibid.*).

senten como justa la ejecución de cualquiera de las conductas constitutivas del genocidio, por más que sean claramente rechazables. No se aprecia “peligro cierto” de generar un clima de hostilidad que pueda concretarse en actos específicos de violencia, odio o discriminación; STS 372/2011 se confirma la condena para los miembros de la Asociación cultural “Blood&Honour España” dedicada a la promoción y difusión de la ideología *skinhead* nacionalsocialista, por fomento del odio, la discriminación y la violencia, entre otros, contra los inmigrantes y los judíos, promoviendo la superioridad de la raza aria.

Siguiendo a Alcácer Guirao (2015: 45-86), la discusión relativa a los límites de la libertad de expresión ante el discurso extremista, racista o antidemocrático actualmente habría trascendido el ámbito del Derecho, para erigirse en una de las grandes cuestiones de la filosofía política, discutiéndose a qué precio puede ser restringida la libertad de expresión. En la jurisprudencia sobre libertad de expresión, el término “discurso de odio” se habría elevado a una suerte de categoría jurídica, siendo empleado como criterio de delimitación negativa del derecho fundamental. Asimismo, también habría terminado por convertirse en un criterio legitimador de la incriminación penal, al presuponerse su lesividad para bienes jurídicos como el honor o la igualdad (Alcácer Guirao, 2018: 1-39)⁶.

1.4. La postura sostenida por la Corte Suprema de los Estados Unidos

En relación a lo dispuesto por la Corte Suprema de Estados Unidos, se ha sostenido principalmente el llamado “enfoque liberal”, conforme al cual el valor otorgado a la libertad de expresión como pilar de toda sociedad democrática deberá conducir a una mayor tolerancia de las autoridades gubernamentales frente a este tipo de manifestaciones (Díaz Soto, 2015: 91 ss.).

En el caso *Brandenburg v. Ohio* (1969), un dirigente del Ku Klux Klan, en una reunión de dicha organización, filmada y retransmitida por un medio de comunicación, había difundido ideas racistas que, en el contexto en que tuvo lugar el discurso, podían interpretarse como una incitación a la violencia contra grupos minoritarios, en particular, contra las personas de color y contra los judíos. Esta persona fue condenada a pena de prisión y multa conforme a una ley del Estado de Ohio que prohibía incitar al uso de la violencia como medio para lograr reformas laborales o políticas. Al llegar el caso a la Corte Su-

⁶ Se cita la STC 235/2007, que declaró inconstitucional la modalidad delictiva de negación del genocidio por vulnerar la libertad de expresión, manteniendo sin embargo la legitimidad constitucional de la modalidad delictiva consistente en la justificación del genocidio. En relación al delito de enaltecimiento del terrorismo, artículo 578 CP (enaltecimiento del terrorismo o humillación a las víctimas): SAN 9/2017, STS 623/2016, STS 106/2015 y STS 4/2017.

prema, la misma había estimado que la ley estatal resultaba contraria a la primera enmienda, en especial, que expresiones como las analizadas solo podían ser reprimidas por la ley si estaban “dirigidas a incitar o producir inminentes acciones desenfrenadas” (*lawlees*), y fuera probable que las incitara y produjera. Surgía el criterio de la violencia inminente, o estándar Brandenburg (Díaz Soto, 2015, 91 ss.).

Asimismo, en el caso *Snyder v. Phelps et al.* (2011), la Corte Suprema volvió a reiterar el enfoque liberal frente al *hate speech* en un supuesto en que los miembros de un grupo religioso provocaron una manifestación durante el funeral de un marine que profesaba la fe católica y a su vez era homosexual, arengando contra la tolerancia a la homosexualidad en las fuerzas armadas. La Corte confirmó la sentencia, que en segunda instancia había revocado la indemnización otorgada a los familiares del fallecido por daños morales y punitivos, pues la manifestación tenía por objeto temas de interés público; razón por la cual se encontraba respaldada por la primera enmienda (Díaz Soto, 2015: 91 ss.).

En el caso *RAV v. ST Paul* (1992), la Corte Suprema norteamericana invalidó una ordenanza municipal de discurso del odio usada para procesar a un *skinhead* adolescente por quemar una cruz en el jardín de una familia afroamericana. La ley castigaba selectivamente el uso terrorista de los símbolos del odio, pero solo cuando éstos expresaban un odio específico. La Corte sostuvo que era inconstitucional castigar el uso de un símbolo terrorista sobre el que se proyectaba un punto de vista en el que subyacía un prejuicio, como por ejemplo el racismo, en oposición a otro prejuicio, como la homofobia. Esta resolución invalidó, por lo tanto, las leyes de discurso del odio cuando el delito dependía en exclusiva de la idea expresada mediante el uso de un símbolo en particular⁷.

En otro relevante supuesto, el caso *Texas v. Johnson* (1989), en el que un manifestante anarquista quemó una bandera estadounidense, la Corte Suprema mantuvo que la Constitución protegería incluso

⁷ Levin (2018: 153 ss.) indica que en EE. UU. las leyes en materia de delitos de odio son relativamente recientes, pero sus raíces se remontan a las enmiendas constitucionales posteriores a la Guerra de Secesión. Se indica que el alcance de las leyes sobre delitos de odio se ha visto restringida por la protección de la libertad de expresión recogida en la Primera Enmienda.

el discurso simbólico más impopular y ofensivo, destacándose que el gobierno no podía prohibir la expresión de una idea simplemente porque la sociedad la encontrara ofensiva o desagradable (Levin, 2018: 165).

1.5. La postura sostenida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

En lo que respecta a la posición mantenida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la STEDH de 12 de mayo de 1988 (caso Kühlen v. Alemania), se cuestionaron las actividades de publicidad que un periodista daba al denominado Partido Socialista del Reich, que tenía por objeto reimplantar en Alemania el partido de Hitler, el Partido Nacional Socialista. La publicidad se centraba esencialmente en la exaltación de la “Alemania unida, la justicia social, el orgullo racial, la comunidad del pueblo y la camaradería”. Al respecto, el Tribunal Constitucional alemán condenó al partido, al verificar que era una asociación con fines que transgredían el orden democrático instaurado en Alemania. Posteriormente, el TEDH señaló que los puntos de vista antisemita que incitaban al odio hacia el pueblo judío constituían un ataque general a un grupo étnico y que dichas manifestaciones eran contrarias al artículo 17 CEDH, en particular a la tolerancia, la paz social y la no discriminación (Esquivel Alonso, 2016: 14 ss.).

En este sentido, el TEDH ha considerado que el discurso del odio no encontraría fundamento en el derecho a la libertad de expresión. Tales manifestaciones constituyen abuso del derecho, es decir, de ejercicio de las libertades reconocidas en el Convenio para atentar contra los valores esenciales en que se funda; opción proscrita por el artículo 17 CEDH.

Sin embargo, en relación a sanciones penales por difusión de ideas subversivas, el criterio de valoración de la convencionalidad de la injerencia sería la aptitud del discurso para promover la violencia, más que la incitación al odio o su contenido discriminatorio. En el caso Karatas v. Turquía (1999), TEDH consideró que la condena contra el autor de un libro de poemas sobre la situación del Kurdistán resultaba contraria al Convenio, pues se trataba de un asunto de interés público, y aunque algunos pasajes del libro tenían un tono agresivo y

llamaban al uso de la violencia, el carácter artístico de la obra le restaba aptitud para convocar a la insurrección (Díaz Soto, 2015: 94 ss.).

Se ha considerado que el discurso del odio tiene como blanco a una minoría y su propósito sería excluir socialmente a sus miembros, atribuyéndoles características que les impiden vivir en sociedad. Desde esta perspectiva su ilegalidad se daría por sentada, no se entraría a valorar si las manifestaciones racistas, xenófobas o antisemíticas cuentan con una base fáctica o aportarían algo al debate sobre los asuntos públicos (*ibid.*).

En el caso *Norwood v. el Reino Unido* (2004), tras el ataque terrorista contra el World Trade Center de Nueva York, un dirigente local de un partido colgó en la ventana de su casa un gran cartel con la fotografía del edificio en llamas y un letrero en el que se decía: “Fuera el islam de Gran Bretaña. Protejamos al pueblo británico”. El TEDH estimó que palabras e imágenes como las contenidas en el póster constituirían la expresión pública de un ataque contra todos los musulmanes del Reino Unido. Tan generalizado y vehemente ataque contra un grupo religioso, consistente en vincular a dicho grupo como un todo con un grave acto terrorista, sería incompatible con los valores proclamados y garantizados en el Convenio: tolerancia, paz social y no discriminación.

En el caso *Féret v. Belgium*, de 16 de julio de 2009, el demandante era un miembro del parlamento belga que durante la campaña electoral había distribuido mensajes contra la “islamificación de Bélgica” y contra los demandantes de empleo no europeos. El TEDH también consideró que los mensajes formaban parte del discurso del odio. Asimismo, en el caso *Belkacem v. Belgium*, 27 junio de 2017, el Líder de “Sharia4Belgium”, que fue disuelta en 2012, (en relación a colgar material en *YouTube* contra grupos no musulmanes en relación a la Sharia), el TEDH determinó que esta serie de mensajes no estarían amparados por la libertad de expresión y constituirían discurso del odio (European Court of Human Rights, 2017: 4 ss.).

En relación a España, la STEDH de 1 de junio de 2010 (caso José Luis Gutiérrez v. España) (Serrano Maíllo, 2011: 579-596), el Tribunal procedió a comprobar si la injerencia en la libertad de expresión llevada a cabo por España superaba el denominado “test de Estrasburgo”; es decir, que la medida restrictiva estuviera prevista por la

ley; que la restricción estuviera justificada por alguno de los fines establecidos en el apartado 2 del artículo 10 del Convenio; y que la medida fuera necesaria en el ámbito de una sociedad democrática. Los dos primeros requisitos se cumplían, pero no ocurría lo mismo con la adecuación de la medida, que debía responder a una necesidad social imperiosa, resultar proporcionada y que los motivos aducidos por las autoridades nacionales fueran pertinentes. Por ello, teniendo en cuenta que la noticia era veraz y de interés público y que no había demostrado mala fe en los informadores, el TEDH estimó que dicha información era digna de protección y, en consecuencia, debía prevalecer en caso de conflicto, incurriéndose en una violación del artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Serrano Maíllo, 2011: 579-596)⁸.

1.6. La perspectiva del Tribunal Constitucional español

Finalmente, en lo que respecta la visión de nuestro Tribunal Constitucional, en la STC 235/2007 se ha interpretado que el legítimo ejercicio de la libertad de expresión no implicaría que pueda llegar a ser

⁸ En cambio, en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 15 de marzo de 2011 (caso Arnaldo Otegui v. España), se planteó un conflicto entre la libertad de expresión —en su vertiente de derecho a expresar ideas, opiniones y juicios de valor— de un representante político, por un lado, y el derecho al honor de una persona pública, el Rey de España, por otro. El TEDH determinó que la injerencia en la libertad de expresión de Otegui por parte del Estado español no había respondido a una necesidad social imperiosa por ser la pena desproporcionada al fin que se perseguía, razón por la cual se habría condenado a España. Serrano Maíllo (2011: 579-596) se muestra muy crítica esta con sentencia, afirmando que el TEDH habría dado muestras de su desconocimiento de la situación que se vive en el País Vasco y en el resto de España en relación con el problema del terrorismo. Este proceso traía causa de una querrela interpuesta de oficio por la fiscalía española contra Arnaldo Otegui, portavoz de Sozialista Abertzaleak, por vulnerar el honor del Rey de España con unas declaraciones hechas en una rueda de prensa en las que lo señalaba como “el responsable de los torturadores” y de proteger “la tortura e imponer su régimen monárquico (...) por medio de la tortura y la violencia”. Otegui fue absuelto por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y condenado, posteriormente, por el Tribunal Supremo como autor de un delito de injurias graves al Rey, sentencia que fue ratificada por el Tribunal Constitucional, que desestimó el recurso de amparo del demandante

considerado como un “derecho absoluto”, a través del cual se puedan difundir frases y expresiones ultrajantes u ofensivas no relacionadas con el propósito, como ocurriría con los discursos racistas o xenófobos.

Asimismo, desde la STC 105/1990 se ha concretado que la libertad de expresión dispondría de un campo de acción sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas, es decir, el artículo 20.1 CE no reconocería un pretendido “derecho al insulto”, pero sí toda libertad de crítica “aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige”⁹.

Por otra parte, se ha destacado (Alcácer Guirao, 2012: 10 ss.) la importancia del discurso político y su delimitación dentro de la libertad de expresión, ya que dentro de la comunicación con relevancia pública el discurso netamente político tendría que gozar del mayor grado de libre desenvolvimiento, por cuanto formaría parte estructural del propio procedimiento democrático de elección de representantes por los ciudadanos (*ibid.*: 16 ss.). A este respecto, cuando la libertad de expresión operase en tal contexto, se hallarían también concernidas la libertad ideológica (art. 16 CE) y el derecho a la participación en asuntos públicos (art. 23 CE); derechos que, como puso de manifiesto STC 136/1999, se encontrarían íntimamente vinculados con la libertad de expresión en la finalidad de hacer efectivos valores como la legitimidad democrática del sistema político, el pluralismo político y la formación de la opinión pública libre (Alcácer Guirao, 2012: 16 ss.)¹⁰.

En relación al discurso del odio, el Tribunal Constitucional ha establecido los siguientes márgenes: en lo referente a la incitación a la violencia o con discursos amenazantes, no podría considerarse ejercicio legítimo de las libertades de expresión e información a los men-

⁹ Cf., asimismo, la STC 6/2000.

¹⁰ Respecto a la cuestión libertad de conciencia y libertad de expresión, cf. Contreras Mazarío (2017: 95 ss.), quien indica que existe una innegable interdependencia o complementariedad del derecho a la libre expresión y del derecho de libertad religiosa, convergiendo las dos libertades en la protección de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad contenidos en el art. 10.1 CE.

sajes que incorporen amenazas o intimidaciones a los ciudadanos o a los electores; por otro lado, el art. 20.1 CE no garantizaría el derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la Historia o concepción del mundo con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia persona, étnica o social. Asimismo, no poseería cobertura constitucional la apología de los verdugos, glorificando su imagen o justificando sus hechos cuando ello suponga una humillación de sus víctimas, y desde este punto de vista la libertad de expresión hallaría su límite en las manifestaciones vilipendiadoras, racistas o humillantes o en aquéllas que incitan directamente a dichas actitudes, constitucionalmente inaceptables (Alcácer Guirao, 2012: 16 ss.)¹¹.

¹¹ Asimismo, la SAN 10/2018 marzo, se refiere a la actividad de abundante almacenaje y consumo propio de información de carácter yihadista radical y violenta y de la inclusión de ese material (imágenes, videos, composiciones), su muestra, difusión, propagación, confección de comentarios e intercambio de información, con carácter laudatorio de las actividades de organizaciones, significados y personajes terroristas del Estado Islámico y de otros, en redes sociales abiertas, accesibles por ello a otras personas, singularmente Facebook. No obstante, los acusados, no tenían alguna clase de implicación en las actividades de organizaciones terroristas, ni relación con ellas, ni con sus miembros o integrantes, ni ninguna intención ulterior de colaborar o participar en sus actividades, viajar a territorios en conflicto, ni en la realización de ningún acto o actividad de carácter terrorista, ni estuvieran obteniendo información para dichos fines, ni para formarse ni capacitarse en tal sentido, o que con sus publicaciones pretendieran o buscaran contribuir o contribuyeran de hecho a reclutar, formar o capacitar a otras personas para actividades terroristas o para su integración en grupos terroristas de carácter yihadista. Se considera cometido un delito de enaltecimiento del terrorismo, considerando que éste posee los siguientes elementos típicos: la existencia de unas acciones o palabras por las que se enaltece o justifica, considerando que “enaltecer” equivaldría a ensalzar o hacer elogios, alabar las cualidades o méritos de alguien o de algo y “justificar” quiere aquí decir que se hace aparecer como acciones lícitas y legítimas aquello que sólo es un comportamiento criminal; objeto del ensalzamiento puede ser cualquiera de las conductas definidas como delitos de terrorismo de los arts. 572 a 577 CP o cualquiera de las personas que hayan participado en la ejecución de tales comportamientos; y tal acción de enaltecer o justificar ha de realizarse por cualquier medio de expresión pública o difusión, como puede ser periódico o un acto público con numerosas concurrencias y hoy día, dada la evolución tecnológica, a través de internet. Se detalla que el Tribunal Constitucional, en su STC 112/2016, expone que “supone una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores, en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del

2. Criminalización de la inmigración y discurso del odio. Delitos de incitación al odio¹²

2.1. Vertiente sociológica y criminológica

Palidda ha definido la criminalización de los inmigrantes como “todos los discursos, hechos y prácticas realizados por la policía, las autoridades judiciales, pero también los gobiernos locales, los medios

discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades”. Se añade que la Directiva (UE) 2017/541 tipifica en su art. 5 la provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo, que conforme a su considerando 10, estos delitos “comprenden, entre otros, la apología y la justificación del terrorismo o la difusión de mensajes o imágenes, ya sea en línea o no, entre ellas las relacionadas con las víctimas del terrorismo, con objeto de obtener apoyo para causas terroristas o de intimidar gravemente a la población”, pero, y esto es un aspecto esencial, exige que conlleve el riesgo, aunque sea meramente abstracto o de aptitud (TEDH, en el asunto Leroy), de que puedan cometerse actos terroristas. Teruel Lozano (2017: 8 ss.). Por otra parte, en la sentencia del caso César Strawberry, STS 4/2017, el Tribunal Supremo condenaba basándose en la difusión pública de un mensaje cuyo contenido podría considerarse que humillaba a las víctimas o enaltecía el terrorismo, aunque se había acreditado que no hubo ánimo ofensivo y que los tuits difundidos tenían simplemente un “tono provocador, irónico y sarcástico”. Asimismo, en la STS 706/2017, el Tribunal Supremo admitía la condena a un tuitero sin realizar ninguna valoración del efectivo peligro que se hubiera podido producir por la difusión de sus mensajes a través de esta red social. Incluso excluía *ratione materiae* del ámbito protegido por la libertad de expresión a “la utilización de símbolos, mensajes o elementos que representen o se identifiquen con la exclusión policia, social o cultural”, los cuales consideraba que dejan de ser “una simple manifestación ideológica para convertirse en un acto colaborador de la intolerancia excluyente”. En lo relativo a conductas conectadas con el enaltecimiento del terrorismo, se habría puesto de relieve que en la STC 112/2016, el Tribunal había considerado legítima la sanción penal de tales conductas de enaltecimiento en la medida en que pudieran ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque fuera de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades, destacando el voto particular del magistrado Xiol, que proponía que se hubiera considerado el concreto impacto de la difusión pública, las circunstancias personales de quien realizara la conducta, la coincidencia temporal con actos terroristas o las concretas manifestaciones proferidas

¹² Cf., ampliamente, Mendoza Calderón (2019: 265-308) y Mendoza Calderón (2020: 83-100).

y la población que responsabilizan a inmigrantes / extranjeros de una gran parte de las ofensas criminales” (Parkin, 2011: 1; Palidda, 2011).

En este sentido, podrían destacarse las siguientes posturas en relación con las formas del discurso de criminalización de la inmigración.

Por una parte, existiría una identificación entre los conceptos de inmigración ilegal y crimen. De Giorgi, desde la perspectiva de la criminología materialista, ha 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 (De Giorgi, 2010: 157; Preston & Pérez, 2006: 43-66).

Asimismo, por otra, se ha producido una interrelación dentro de la criminalización de la inmigración, entre el concepto de inmigración y la discriminación hacia minorías raciales, en donde, como afirma Parkin los inmigrantes indocumentados serían percibidos como una amenaza criminal, donde el problema criminal se interrelaciona con la raza (Parkin, 2013: 5 ss.). Desde la vertiente sociológica se ha señalado (Wang, 2012), que Sutherland habría enfatizado que la noción de un vínculo positivo entre inmigración y delincuencia sería una idea errónea popular (Wang, 2012: 743). De este modo, se habría sugerido la perspectiva de la amenaza de las minorías (*minority threat perspective*) para explicar por qué los inmigrantes indocumentados serían percibidos como una amenaza criminal, recogiendo que esta concepción habría emergido porque el problema del crimen (por ejemplo, en los Estados Unidos) se habría construido de una manera que estaría muy interrelacionada con la raza. A menudo, los políticos y los medios de comunicación identificarían aspectos violentos con la pertenencia a una raza al retratar el crimen, dando como resultado que las minorías raciales tiendan a ser vistas como una amenaza criminal potencialmente peligrosa. Tales concepciones del crimen a su vez, podrían llevar al grupo mayoritario a demandar la movilización de recursos de justicia penal e imponer el control del delito para reducir las amenazas de las minorías raciales (Parkin, 2013: 5-7. *Vid.* también Council of Europe, 2016: 3).

Asimismo, otros autores como Baker han puesto de manifiesto 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*) (Barker, 2012: 113-121).

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 (Stacey *et al.*, 2011: 278-298)¹³.

Desde este punto de vista, Muñoz Conde (2003: 11 ss.) ha puesto de manifiesto que la amenaza al Derecho Penal del Estado de Derecho tendría también otro origen, soterrado en las capas más profundas de las estructuras económicas y sociales del actual modelo de sociedad, basada en la ley del mercado y en su globalización. 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, entendiendo 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.

En este sentido puede apreciarse que los inmigrantes pueden ser un colectivo altamente vulnerable para ser seleccionado como objetivo de comportamientos propios en última instancia, del discurso del odio. Desde esta perspectiva, en relación a su trascendencia penal, nos centraremos principalmente en la posible comisión de las conductas de fomento, promoción o incitación al odio, así como en la problemática de la penalización de la negación y justificación de delitos de genocidio.

¹³ En relación a la diversidad étnica, cf. Hooghe & De Vroome (2016).

2.2. *La criminalización de las formas de fomento, promoción o incitación al odio, hostilidad, discriminación o violencia (art. 510 CP)*

En la anterior regulación penal, en el art. 510.1 CP se sancionaba a “los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses”.

Como ha sintetizado Alastuey Dobón (2016: 1 ss.), la LO 1/2015, de 30 de marzo, habría conllevado una profunda modificación de los preceptos del Código penal destinados a sancionar conductas que se vincularían con los fenómenos del “discurso del odio” y del “negacionismo”. El extenso art. 510 CP regularía el ámbito típico de los delitos de provocación a la discriminación, al odio y a la violencia, y de justificación del genocidio e introduciría nuevos tipos penales.

En el art. 510 se castiga con penas de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses, en primer lugar, al fomento, promoción o incitación directa o indirecta públicos al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo o individuos pertenecientes a él por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión, creencias, situación familiar, etnia, nacionalidad, sexo, orientación o identidad sexual, género, enfermedad o discapacidad (letra a) del art. 510.1). En segundo lugar, a la producción, elaboración, posesión con la finalidad de distribución, facilitación del acceso a terceras personas, distribución, difusión o venta de materiales que por su contenido sean aptos para realizar las conductas descritas en la letra a) (letra b) del art. 510.1). En tercer y último lugar, se sancionaría la negación, trivialización grave o enaltecimiento públicos de los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltecimiento de sus autores, cuando esos delitos se hubieran cometido contra un grupo o individuos pertenecientes a él por los motivos ya mencionados, cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos (letra c) del art. 510.1) (*ibid.*).

En el apartado segundo del mismo precepto se describen dos grupos de conductas castigadas con penas de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses. Primero, se sanciona lesionar la dignidad de las personas mediante actos que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos ya mencionados o de individuos pertenecientes a ellos por los mismos motivos enumerados en el apartado primero del precepto. Se incluye igualmente la producción, elaboración, posesión o difusión de materiales idóneos para causar una lesión a la dignidad de las personas a través de ese tipo de conductas (letra a) del art. 510.2). La misma pena corresponde, asimismo, a los actos de enaltecimiento o justificación por cualquier medio de expresión pública de los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo o miembros del grupo por los motivos aludidos, así como el enaltecimiento de quienes hubieran participado en la ejecución de esos delitos (letra b) del art. 510.2). Estos hechos se castigan con penas de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses cuando promuevan o favorezcan un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos (*ibid.*).

El apartado tercero del art. 510 contiene un tipo agravado de aplicación a todos los anteriores, en virtud del cual las penas deben imponerse en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social que los hagan accesibles a un elevado número de personas. Por otro lado, se dispone en el siguiente apartado que si los hechos resultan idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiendo elevarse hasta la superior en grado¹⁴.

¹⁴ Alastuey Dobón (2016: 1 ss.) señala que, como pena acumulada a las anteriores, el apartado quinto prevé la imposición de una inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y diez años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia. Finalmente, al apartado sexto del precepto impone, a modo de consecuencia accesoria, la destrucción, borrado o inutilización de los libros, documentos y otros soportes utilizados para la comisión de los delitos anteriores, así como la retirada de los contenidos si el delito se cometió a través de las tecnologías de la información. Si se trata de portales de acceso a internet dedicados exclusivamente o preponderantemente a la difusión de contenidos de

Este precepto había recibido constantes críticas doctrinales, habiéndose abogado por la necesidad de trazar una línea de interpretación restrictiva del mismo¹⁵.

En lo relativo a los límites de la libertad de expresión en conexión con manifestaciones discriminatorias contra inmigrantes, la STS 259/2011 había analizado un supuesto de difusión de ideas genocidas, en relación a la redacción, edición y distribución de varios textos que atacaban a discapacitados, extranjeros, magrebíes, así como a judíos y homosexuales. El Tribunal Supremo mantuvo que el art. 510.1 CP podría colisionar con derechos constitucionalmente reconocidos como serían el de libertad ideológica y libertad de expresión, de tal forma, que su restricción solo estaría justificada cuando aquellas colisiones con otros bienes jurídicos acreedores de una mayor protección, realizada a la oportuna ponderación correspondiente, como serían el derecho a la dignidad de la persona, sus derechos a la igualdad y a su honor.

No obstante, la superación de los límites de los ámbitos protegidos por las libertades ideológica y de expresión no implicaría directamente la tipicidad de las conductas, y tan solo no se daría este caso, cuando la difusión, (atendiendo a la forma y el ámbito en que se llevara a cabo y a lo que se difundiera) implicara un peligro cierto de generar un clima de hostilidad que pudiera concretarse en actos de violencia, odio o discriminación contra aquellos grupos o sus integrantes. De esta forma, para que el bien jurídico se viera afectado como consecuencia de la difusión de esta serie de ideas, se consideraba preciso que el autor acudiera a medios que no solo facilitaran 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, mover su sentimientos, primero y su conducta después en una dirección peligrosa para aquellos bienes (Contreras Mazarío, 2017: 113 ss).

Por lo tanto, como puede advertirse, en esta materia, cobrarían importancia las siguientes cuestiones: por una parte, la necesidad de

tales características, se ha de ordenar el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo.

¹⁵ Cf., ampliamente, al respecto Alastuey Dobón (2016: 8 y ss).

diferenciar entre lo que podría ser considerado, un discurso meramente “impopular” de lo que constituiría un auténtico discurso del odio; y por otra, la interpretación jurisprudencial del elemento típico “llamada a la discriminación” o del concepto de “provocación de un sentimiento de odio” en el discurso con relevancia penal.

2.2.1. La distinción entre el discurso impopular y el discurso del odio

La SJP de Barcelona, de 11 de diciembre de 2017, examinó el caso de la página web “Europa despierta”, donde se recogían mensajes vejatorios contra personas de origen extranjero e inmigrantes, que profesaran la religión musulmana, judíos y personas afrodescendientes (aparte de otras minorías étnicas o raciales), defendiendo a ultranza la supremacía de la “raza aria” sobre las demás, estando dirigida a crear entre la población sentimientos de hostilidad, animadversión, agresividad y trato desigual injustificado contra dichos colectivos, así como a difundir ideas nacional socialistas del III Reich en Alemania de los años treinta y cuarenta. Se habría condenado al principal responsable, que habría vertido y controlado dichos contenidos en la web, por la comisión de un delito de provocación a la discriminación, al odio o la violencia.

Igualmente, en el Auto del Juzgado de Instrucción de Reus, Tarragona, de 25 de enero de 2016, se habría abierto procedimiento penal por el contenido de la propaganda electoral del partido político “Plataforma por Cataluña” (PxC), por lo acontecido en las elecciones municipales de 2011, donde se había divulgado un cheque simulado con el importe de 4.000 euros, en cuyo reverso se decía que “el Parlament ha repartido 4.000 millones de euros entre los inmigrantes en 2009 y 2010 y que cada catalán destina 600 euros de sus impuestos para que cada inmigrante reciba 4.000 euros”; un resumen de su programa electoral con el lema de “Que los primeros son de la casa” y un llamamiento a la eliminación de las plazas de los colegios y guarderías de la ciudad reservadas para inmigrantes. Asimismo, se habría manifestado que “7 de cada 9 nuevos puestos de trabajo son para los inmigrantes”, que son “mano de obra que genera competencia desleal con pérdida de derechos laborales y salarios a la baja” o que a “los inmigrantes se le paga el alquiler del piso, subsidios sin haber cotizado, recibos

de agua y luz, becas escolares, coches bebe y avales para la farmacia o supermercado” o que “el comercio inmigrante acaba con el tejido comercial”, que “los inmigrantes incumplen los horarios, trabajan sin cotizar, exentos de impuestos” o, en otro punto del programa, los inmigrantes serían vinculados a las mafias.

En este sentido, en el primer caso, la Sentencia del Juzgado de lo Penal de Barcelona, habría defendido que mientras que el discurso del odio no podría estar nunca amparado por la libertad de expresión, el “discurso ofensivo o impopular” sí podría estar protegido por la misma, si bien los tribunales no habrían establecido claramente la línea divisoria entre un tipo y otro de discurso, debiendo ser la diferenciación, por lo general, casuística. Desde esta perspectiva, la libertad ideológica y la libertad de expresión protegerían la libre expresión de las ideas, incluso rechazables y molestas para algunas personas, pero en ningún caso tales libertades podrían dar cobertura al menosprecio y el insulto contra personas o grupos, o la generación de sentimientos de hostilidad contra ellos.

Igualmente, en el segundo supuesto, en el Auto del Juzgado de Instrucción de Reus, se habría insistido que no podría sostenerse la existencia de un discurso impopular cuando se demostrara que se habría exteriorizado un ánimo de menospreciar y discriminar a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social¹⁶.

¹⁶ La STS 79/2018, se refiere a un supuesto de canciones publicadas en internet y con acceso abierto que tienen carácter laudatorio de las organizaciones terroristas GRAPO y ETA, de sus miembros y de los medios violentos empleados por esas organizaciones terroristas, así como insultos al Rey. Se detalla que la STC 177/2015, sienta que el derecho a la libertad de expresión no es de carácter absoluto, y ante conductas que pueden ser eventualmente consideradas manifestaciones del “discurso del odio”, la labor de control constitucional es la de “dilucidar si los hechos acaecidos son expresión de una opción política legítima, que pudieran estimular el debate tendente a transformar el sistema político, o si, por el contrario, persiguen desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo el odio y la intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la democracia.” Igualmente, se especifica que la libertad de expresión comprende la libertad de crítica “aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática” entendiéndose que la libertad de expresión adquiere unos márgenes

2.2.2. *El concepto de provocación recogido en el art. 510.1 CP: la “llamada a la discriminación” y la “provocación de un sentimiento”.*

Según la SJP de Barcelona, de 11 de diciembre de 2017, desde la doctrina del Tribunal Supremo, la conducta típica del artículo 510 requeriría que sea posible como resultado del mensaje, un acto agresivo contra cualquier miembro de la asociación contra la intolerancia, pues la afrenta vendría a constituirla una acción difusora de expresiones que inciten al odio, a la discriminación o a la violencia respecto de aquellos a los que se alude en el tipo¹⁷.

Sin embargo, el Juzgado de lo Penal, en esta resolución habría defendido que habría que distinguir entre la forma de provocación recogida en el art. 18 CP y la prevista en el ámbito típico del art. 510 CP. Desde este punto de vista, la provocación en el art. 18 CP sería la incitación a la perpetración de un delito y, por el contrario, la provocación exigida en el art. 510 CP sería la de generar discriminación, odio o violencia. Desde esta perspectiva, los ataques verbales, escritos e incluso gráficos que se cometieran contra personas, injuriándolas,

especialmente valiosos cuando se ejerce por una persona elegida por el pueblo, que representa a sus electores, señala sus preocupaciones y defiende sus intereses, estándole “permitido recurrir a una cierta dosis de exageración, o incluso de provocación, es decir, de ser un tanto inmoderado en sus observaciones”. Se recalca en esta resolución que la sentencia de instancia no había reelaborado, ni sacado de contexto, las letras, nada inocuas por sí mismas, sino que lo que hace sería agruparlas al objeto de subsumirlas en los tipos penales atribuidos al acusado. En este sentido se estima que las manifestaciones más toscas del denominado “discurso del odio” son las que se proyectan sobre las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas, si bien, el discurso fóbico ofrece también otras vertientes, siendo una de ellas la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no compartan el ideario de los intolerantes.

¹⁷ Cf., igualmente, SJP de Logroño, 133/2004, de 2 de abril, en relación a la conducta de colgar carteles ofensivos contra inmigrantes, afirmando que son basura, que quitan trabajo a los riojanos, que los impuestos sufragan solo sus gastos, etc. Se estima un delito de provocación como una inducción general, cuyos requisitos son la incitación directa para la ejecución de un hecho previsto como delito, la necesidad de que se trate de uno o más delitos concretos, la percepción por el destinatario de las palabras o medios excitantes, con independencia de su eficacia y que la incitación instrumentada sea virtualmente suasoria.

ridiculizándolas o difamándolas por las razones expuestas en el art. 510 CP, serían suficientes para constituir la conducta típica, siempre que supongan un efectivo llamamiento a la discriminación, al odio y sin duda, a la violencia frente a dichos colectivos, si, de las características del contenido del mensaje, se estimara que éste podría mover, sentimientos primero, y conductas después, en una dirección peligrosa para el bien jurídico que se protege.

Se habría puesto énfasis en que la “llamada a la discriminación” implicaría un comportamiento que conllevaría una negación de la igualdad entre todos los seres humanos basada en ciertos rasgos o peculiaridades que distinguen al discriminado del modelo de normalidad que se toma como punto de referencia. Entre sus caracteres distintivos se encontrarían los siguientes rasgos: por una parte, que el origen del trato desigual, (las causas que lo producen), estuvieran siempre relacionadas con ciertos caracteres diferenciales de las víctimas, que las colocarían, conforme a las valoraciones sociales imperantes, en situación de inferioridad respecto del resto de la mayoría dominante; en segundo lugar, que se trataría de un trato peyorativo, de menosprecio, que crea o profundiza la situación de marginación en que se encuentran colectivos por el solo hecho de que sus miembros compartirían caracteres que los distinguen de la generalidad; y finalmente, la existencia de un trato que negara su condición de seres humanos iguales a los demás, lo que afectaría a su dignidad personal. Desde este ámbito, se habría subrayado por el órgano judicial, la importancia de medios como Internet para resultar un canal de propagación del odio¹⁸.

Por otra parte, en el Auto del Juzgado de Instrucción de Reus, de 25 de enero de 2016, se sostiene que el delito previsto en el art.

¹⁸ La STS 72/2018 analiza un supuesto de publicación en redes sociales de diversos mensajes de forma voluntaria con frases de carácter agresivo, al ir referidas a situaciones en las que se desea encontrar a mujeres en un contexto de género, aludiendo a qué deben ser asesinadas más por la acción machista e indicando maltratar a otras. Se recalca que, respecto a la tipicidad subjetiva, tanto el delito de enaltecimiento como el de incitación al odio, no requieren un dolo específico, siendo suficiente la concurrencia de un dolo básico que ha de ser constatado a partir del contenido de las expresiones vertidas. El dolo de estos delitos se configuraría con la constatación de la voluntariedad del acto y de no tratarse de una situación incontrolada o una reacción momentánea, incluso emocional, ante una circunstancia que el sujeto no ha sido capaz de controlar.

510.1 CP sería un delito de peligro abstracto, que se consumaría con la “provocación al odio”¹⁹ sin que fuera necesario que “el receptor del discurso modifique su conducta influenciado por el mismo”²⁰.

¹⁹ Se habría destacado la diferencia entre los conceptos de “provocación” y “difusión”, afirmándose la primera sería una incitación directa a la comisión de hechos mínimamente concretados de los que pudiera afirmarse que se caracterizan por su contenido discriminatorio, presidido por el odio o violencia contra los integrantes de los grupos protegidos; mientras que la segunda, se trataría de “trasladar, hacer saber, propagar, divulgar, descubrir o comunicar algo a terceros” debiendo exigirse que “el medio empleado permita el acceso a lo difundido por parte de un número plural de personas”.

²⁰ En la SAN 6/2018 se refiere a un supuesto de publicación de tweets relacionados con ETA y el GRAPO. Se recoge que, según la STS 52/2018, en cuanto al delito de enaltecimiento del terrorismo del art. 578. CP, se especifica que la exigencia de que la sanción penal de las conductas de exaltación o justificación de actos terroristas o de sus autores requiere, como una manifestación del discurso del odio, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades. De ahí, la relevancia a efectos de tipificación, de la acreditación de con qué finalidad o motivación se ejecutan los actos de enaltecimiento o humillación. Y de la valoración sobre el riesgo que se crea con el acto imputado. Se expone que “una cosa es proclamar, incluso vociferar, lo que el sujeto siente, exteriorizándolos a rienda suelta y otra cosa que tal expresión se haga, no para tal expresión emotiva, sino, más allá, para la racional finalidad de procurar que el mensaje, al menos indirectamente, incite a otros a cometer delitos de terrorismo”. Por otra parte, se añade que el Tribunal Constitucional, en su STC 112/2016, señala el carácter limitable del derecho a la libertad de expresión, singularmente por las manifestaciones que alienten la violencia, afirmando que puede considerarse necesario en las sociedades democráticas sancionar e incluso prevenir formas de expresión que propaguen, promuevan, o justifiquen el odio basado en la intolerancia. Se indica el art. 510 CP sanciona a quienes fomentan, promueven la discriminación el odio o la violencia contra grupos o asociaciones por distintos motivos que son recogidos en el precepto. El elemento nuclear del hecho delictivo consistiría en la expresión de epítetos, calificativos, o expresiones, que contienen un mensaje de odio que se transmite de forma genérica. Se trata de un tipo penal estructurado bajo la forma de delito de peligro, bastando para su realización la generación de un peligro que se concreta en el mensaje con un contenido propio del “discurso del odio”, que lleva implícito el peligro al que se refieren los Convenios Internacionales de los que surge la tipicidad. Estos refieren la antijuricidad del discurso del odio sin necesidad de una exigencia que vaya más allá del propio discurso que contiene el mensaje de odio y que por sí mismo es contrario a la convivencia y por eso considerado lesivo. De esta forma, el dolo de estos delitos se rellena con la constatación de la voluntariedad del acto y la constatación de no tratarse de una situación incontrolada o una reacción

Se hace hincapié en el elemento típico de la “provocación de un sentimiento”, entendiendo que la potencialidad persuasiva de las ideas que se difunden no podría ser medida con criterios de lógica, pues sus efectos normalmente excederían de la previsión del autor que difunde y desconocería el resultado que su discurso ofensivo puede causar en terceras personas y su disposición a la concreción de un daño. No se trataría de una provocación a la acción, que sería típica de otro delito, sino una provocación al odio, es decir, a un sentimiento (Landa Gorostiza, 2018: 10 ss.)²¹.

Desde esta óptica, el objetivo del delito sería “cortar de raíz el mensaje del odio” desde su mera difusión, “para proteger a la sociedad de mensajes de esta naturaleza, en sí mismos lesivos e hirientes y perturbadores de una adecuada convivencia”²² y para, además,

momentánea, incluso emocional, ante una circunstancia que el sujeto no ha sido capaz de controlar.

²¹ Señala la SAP de Tenerife 107/2014, de 7 de marzo, se refiere a un poema xenóforo, considerándose que poseía llamamientos a la violencia “en legítima defensa”. En torno a criterios restrictivos al respecto, habría destacado la SAP de Navarra 55/2017, de 21 de marzo relativa a una condena por subir a internet un video “asesina a todos los judíos”, indicando que el acto de colgar dicho video, de por sí, y a pesar de su dureza, no podía ser valorado sin más dentro de la comisión del art. 510 CP, sin revisar el contexto en el que se había vertido. Se afirma, que conforme al Plan de acción de Rabat (2011) y a la Recomendación de Política General nº 15 de la ECRI (2015), debería aportarse información sobre su potencial impacto geográfico, por más que teóricamente, las redes sociales tengan una proyección universal. No obstante, lo esencial sería demostrar si los criterios contextuales determinarían de forma conclusiva que la incitación tal y como se profirió haría crisis y generaría una emulación eficaz que afectaría potencialmente a los derechos fundamentales del colectivo diana.

²² Cf. la SAN 1/2018, donde se recoge que la STS 4/2017 establece que la interpretación de un precepto como el 578 del Código Penal exige ponderar los límites a la libertad de expresión, frente a la locución “discurso del odio”, determinando el alcance de lo que públicamente penalmente es intolerable, considerando que no todo exceso verbal, ni todo mensaje que desborde la protección constitucional, pueden considerarse incluidos en la porción de injusto abarcada por el art. 578 CP: “entre el odio que incita a la comisión de delitos, el odio que siembra la semilla del enfrentamiento y que erosiona los valores esenciales de la convivencia y el odio que se identifica con la animadversión o el resentimiento, existen matices que no pueden ser orillados por el juez penal con el argumento de que todo lo que no es acogible en la libertad de expresión resulta intolerable y, por ello, necesariamente delictivo”. Se subraya que “el juicio de tipicidad no puede consistirse trazando una convencional y artificiosa línea entre *el discurso del odio*

“preservar a los colectivos en riesgo de discriminación, de situaciones provocadoras de discriminación y de odio”²³.

y la *ética del discurso*”. El Derecho Penal no puede prohibir el odio, no puede castigar al ciudadano que odia, siendo conscientes de que la extensión actual de las nuevas tecnologías al servicio de la comunicación intensificaría de forma exponencial el daño de afirmaciones o mensajes que, en otro momento, podían haber limitado sus perniciosos efectos a un reducido y seleccionado grupo de destinatarios. Quien hoy incita a la violencia en una red social sabe que su mensaje se incorpora a las redes telemáticas con vocación de perpetuidad. Además, carece de control sobre su zigzagueante difusión, pues desde que ese mensaje llega a manos de su destinatario éste puede multiplicar su impacto mediante sucesivos y renovados actos de transmisión. Los modelos comunicativos clásicos implicaban una limitación en los efectos nocivos de todo delito que hoy, sin embargo, está ausente. Este dato, ligado al inevitable recorrido transnacional de esos mensajes, ha de ser tenido en cuenta en el momento de ponderar el impacto de los enunciados y mensajes que han de ser sometidos a valoración jurídico-penal”. Por otra parte, conforme a la STC 177/2015, ante conductas que pueden ser eventualmente consideradas manifestaciones del discurso del odio, la labor de control constitucional que debe desarrollarse es la de “dilucidar si los hechos acaecidos son expresión de una opción política legítima, que pudieran estimular el debate tendente a transformar el sistema político, o si, por el contrario, persiguen desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo el odio y la intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la democracia”. Del mismo modo, la utilización de símbolos, mensajes o elementos que representen o se identifiquen con la exclusión política, social o cultural, deja de ser una simple manifestación ideológica para convertirse en un acto cooperador con la intolerancia excluyente, por lo que no puede encontrar cobertura en la libertad de expresión, cuya finalidad es contribuir a la formación de una opinión pública libre.

²³ La STS 52/2018 señala que el relato probado de los hechos no posibilitaría la inferencia conclusiva de que a raíz de los tuits expresados por el acusado, se haya generado ni sean potencialmente aptos para que incrementen mínimamente el peligro de comisión de delitos terroristas. Mientras que el contexto en que se emiten, siempre coincidentes con algún suceso o efeméride, traslucen un ánimo crítico, ajeno a cualquier incitación violenta. De ahí su atipicidad. Se considera que “objetivamente esos micromensajes no enaltecen ni justifican porque no incitan o alientan ni instigan a la violencia terrorista, ni siquiera de forma indirecta, ni generan un peligro o riesgo de comisión de actos violentos, ni tampoco incrementan el que pudiera existir. Son expresión de opiniones o deseos, actos de comunicación no seguidos de incitación a la acción, porque no contienen llamamiento a la violencia terrorista ni han generado riesgo alguno para las personas, ni los derechos de terceros ni para el orden jurídico. La mejor demostración de la ausencia de riesgo alguno es que los tuits solo fueron detectados cuando los investigadores policiales realizaron prospecciones en la red social, que se convir-

2.3. *La justificación del delito de genocidio*

Por otra parte, debe abarcarse también la cuestión en torno a la justificación de crímenes tan execrables como el crimen de genocidio. En este sentido, el Tribunal Constitucional, en la STC 235/2007, había considerado que para que la difusión de ideas o doctrinas que niegan o justifican los actos de genocidio fuera punible debía exigirse: primero, la difusión de ideas que nieguen actos de genocidio reales, a lo que se añadiría que dicha difusión suponga una incitación directa a la violencia; segundo, difusión de ideas que justifiquen actos de genocidio, entendiendo que dicha difusión suponga una incitación indirecta a realizar actos de genocidio. Como se trataría de un delito de peligro abstracto no se exigiría un resultado de proximidad de lesión de un concreto bien jurídico, sino que bastaría la peligrosidad de tal conducta.

De este modo se habría declarado la inconstitucionalidad parcial del art. 607.2 CP, limitando dicha declaración de inconstitucionalidad a la conducta consistente en “negar”; considerando que la mera difusión de conclusiones en torno a la existencia o no de determinados hechos, sin emitir juicios de valor sobre los mismos o su antijuridicidad, afectaría al ámbito de la libertad científica reconocida en el art. 20.1 CE²⁴.

En la SAP de Pontevedra 330/2012, de 27 de julio, se enjuició la existencia de un delito de justificación del genocidio según la redacción prevista en el anterior art. 607.2 CP, en un supuesto de difusión a través de internet de mensajes de alto contenido racista, incluyéndose incitación directa al homicidio o lesión de judíos y otra minorías étnicas e inmigrantes²⁵.

tieron en destinatarios de los mensajes. Por lo tanto, no habían tenido impacto alguno en la opinión pública”.

²⁴ Cf., ampliamente, Teruel Lozano (2015: 448 ss.).

²⁵ Se recoge en dicho pronunciamiento judicial que “así deben entenderse expresiones como las relativas a la solución judía, su expulsión sistemática, la afirmación de que hay que quemar el Hotel de la Toja con arena a sus correligionarios en tal sentido, alusiones a ser más valientes contra otros grupos étnicos, denominar enemigos a los judíos y facilitar en el foro direcciones, difundir una fotografía de un cartel que afirma la existencia de una zona de caza de judíos, y hacer un llamamiento de boicot a los judíos”.

Se afirmaba que el antiguo 607.2 CP²⁶ exigía, además de la difusión de las ideas o doctrinas justificadoras del genocidio en cualquiera de sus manifestaciones “por cualquier medio”, que la justificación en cuestión constituyera una incitación indirecta a la comisión del genocidio. Asimismo, debía valorarse que la difusión, atendiendo a la forma y al ámbito en que se llevara a cabo y a lo que se difundiera, implicara un peligro potencial de generar un clima de hostilidad que pueda concretarse en actos de violencia, odio o discriminación contra aquellos grupos o sus integrantes como tales.

3. Fake news y ciberodio contra colectivos vulnerables: aporofobia e inmigración. Principio de intervención mínima penal: la importancia de la configuración de la denominada “verdad digital”

3.1. Concepto de ciberodio

Se denomina ciberodio a cualquier uso de las comunicaciones electrónicas de la información para diseminar mensajes o informaciones antisemitas, racistas, intolerantes, extremistas o terroristas. Estas comunicaciones electrónicas incluirían internet, (páginas webs, redes sociales, web 2.0, contenidos generados por los usuarios, páginas de contactos, blogs, juegos on-line, mensajería instantánea y e-mail), así como otras tecnologías basadas en ordenadores y móviles (cómo mensajes de texto y teléfonos móviles). Se resalta que el ciberodio sería un fenómeno creciente y global que crea un clima que normaliza la intolerancia hacia inmigrantes, personas sin hogar, musulmanes, judíos, gitanos, personas LGTBI y, en definitiva, de todas las personas que no encajen en sus perspectivas de poder y de exclusión, estimándose formas de ciberodio enviar mensajes desagradables, degradantes o amenazantes; publicación de comentarios, fotos o videos desagradables en un perfil, una página web o un chat; suplantación de identidad a la hora de realizar comentarios desagradables, en un foro de mensajes, en un chat, etc. (Alises, 2017: 56 ss.).

²⁶ Cf. el actual art. 510.2 CP, tras las modificaciones introducidas por la LO 1/2015, de 30 de marzo.

En 2016, la Comisión Europea estableció un código de conducta para luchar contra la propagación de la incitación al odio en internet, promoviéndose la educación y sensibilización en el uso de redes sociales; la facilitación de procedimientos eficaces para examinar notificaciones relativas a la incitación al odio; revisión de notificaciones para retirar las que inciten al odio; y facilitar información sobre la deshabilitación del acceso o la retirada de manifestaciones de incitación al odio (Alises, 2017: 56 ss.).

El discurso del odio en internet tendría una serie de particularidades como sería la sobreabundancia comunicativa, ya que, por medio de las redes sociales, la comunicación de mensajes que antes estaban limitados al ámbito privado, se habría convertido en pública de manera absolutamente masiva. En segundo lugar, la descentralización de la comunicación, que “democratiza” las comunicaciones, en el sentido de cualquiera puede emitir un mensaje con un enorme potencial de audiencia. El efecto multiplicador de las redes sociales permite convertir un determinado mensaje en un fenómeno de transmisión exponencial, dando lugar a lo que se denomina metafóricamente como “viralizaciones”. Por otra parte, cobrarían relevancia factores como la permanencia de los contenidos, la itinerancia entre diferentes plataformas, el uso de pseudónimos, el anonimato y la transnacionalidad, dificultándose su persecución y ofreciendo una sensación de impunidad que alienta la proliferación del discurso del odio, aludiéndose a la falacia del dualismo digital, como falsa separación entre el mundo online y el mundo *off line* (Cabo Isasi & García Juanetey, 2017: 7 ss.).

De este modo, principalmente las redes sociales se habrían transformado en una plataforma de auto-comunicación de masas actuando como canalización de movimientos sociales, si bien, también presentarían la característica de poseer capacidades de control de la información y de manipulación (Bustos Martínez *et al.*, 2019: 25-42)²⁷.

²⁷ Se recoge también que en España, tras los atentados de París en noviembre de 2015, el tercer tema más comentado en las redes sociales se recogía bajo la almohadilla #matadatodoslosmusulmanes, situación que se repitió tras los atentados de Barcelona y Cambrils de agosto de 2017, acompañado de otras tendencias relacionadas tales como #stopIslam, #musulmanes terroristas, o #TerroristasWelcome o #Refugeesnotwelcome, dándole la vuelta a la campaña que le daba la bienvenida a los refugiados que huían de sus países en guerra.

Se considera a los *haters* como “individuos que se dedican obsesivamente a atacar y agredir verbalmente a individuos concretos (en gran medida, personas famosas), o a colectivos a los que desprecian por su origen étnico, su religión, etc., si bien se incide en que sus motivaciones y sus prejuicios hostiles provendrían del espacio *off line*” (Cabo Isasi & García Juanetey, 2017: 7 ss.).

Se insiste en que un aspecto esencial para comprender este fenómeno sería el sentimiento de pertenencia a una comunidad que apoya e insta a este tipo de actitudes. La sensación de estar en un círculo reducido (pese a que los mensajes son completamente públicos en la mayoría de ocasiones), superaría a los recelos de los interlocutores en revelar la identidad. Asimismo, también se produciría el cifrado de términos xenófobos o racistas para que no puedan ser localizados (Bustos Martínez *et al.*, 2019: 25-42).

En torno a la perseguibilidad se ha indicado que las redes sociales más usadas en Europa son empresas que tienen su sede en los Estados Unidos, y este hecho influye en materias como protección de datos o colaboración con la justicia. Se ha recalcado que mientras en los Estados Unidos los proveedores de servicios están prácticamente exentos de responsabilidad por los contenidos publicados, la atribución de responsabilidad a los prestadores de servicios intermediarios en la Unión Europea se basaría principalmente en el conocimiento del carácter ilícito de los contenidos publicados en su servicio, indicándose que sólo serán responsables cuando no retiraran o impidieran el acceso a un contenido ilícito con prontitud, habiendo tenido conocimiento de su ilicitud por medio de una notificación del titular de los derechos o por medio de una orden de un órgano competente (Cabo Isasi & García Juanetey, 2017: 25 ss.)²⁸.

²⁸ Se cita la STEDH (caso Delfi), que establece una diferenciación entre estableciendo una diferenciación entre proveedores de servicios técnicos, con un rol pasivo, como las redes sociales, y los proveedores de servicios de contenidos como una web de noticias o un medio de comunicación online. Cf. sobre esta temática, ampliamente, Galán Muñoz (2010: 115 ss.), quien señala que los preceptos 16.1 y 17.1 de la Ley de servicios de la sociedad de la información mantienen dentro del ámbito de lo generalmente permitido a todas las prestaciones de servicios de almacenamiento y de enlaces que se hubiesen efectuado sin tener conocimiento de que un órgano competente hubiera declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado

En este sentido, en lo relativo a las formas de autorregulación de las redes sociales las redes sociales más extendidas, Twitter, Facebook, Instagram, Tumblr, etc., e incluso los medios de comunicación, cuyos foros de comentarios también son un canal habitual del discurso del odio, contarían políticas o condiciones de uso que, en principio, prohíben el discurso del odio en sus plataformas de comunicación. En el supuesto de Twitter, se prohíbe expresamente las amenazas, la incitación a la violencia, el acoso, así como el comportamiento que incita al odio, por motivos de origen étnico, nacionalidad, orientación sexual, género, religión, etc.; Facebook incluye en sus condiciones de servicio cláusulas relativas a la no publicación de contenido intimidatorio, discriminatorio, incitador de la violencia, pero reconocería expresamente la incapacidad de garantizar que Facebook sea un lugar seguro, y enuncian sus normas a modo de compromisos del usuario (Cabo Isasi & García Juanetey, 2017: 25 ss).

Igualmente, la mayoría de las redes sociales, incluidas las dos grandes redes sociales, Facebook y Twitter, tienen sistemas de denuncia que permiten a los usuarios poner en conocimiento de las empresas la presencia de contenido abusivo que vulnere las normas de uso de las plataformas, para que las compañías valoren su eliminación. Facebook advierte expresamente en sus normas comunitarias de que no todo contenido ofensivo infringe sus normas, y por ello, ofrecería la posibilidad de bloqueos y filtros personalizados para ocultar aquel contenido que el usuario no desea ver. No obstante, a pesar de estos medios, se ha demostrado que la práctica de estas competencias ha resultado ser disfuncional, sobre todo debido a falta de transparencia sobre el proceso (si se realizan mediante algoritmos, equipos humanos o con una mezcla de ambos) o sobre el número de denuncias o cuentas eliminadas (Cabo Isasi & García Juanetey, 2017: 25 ss.)²⁹.

la existencia de la lesión, y que el prestador conociera la correspondiente resolución.

²⁹ Cf., en materia de protección de datos personales, Platero Alcón (2017: 1284 ss.), quien señala que en muchos casos los usuarios de una red social, pueden ser considerados como consumidores de las mismas en el sentido de la existencia de contratos de adhesión y la posible casuística de cláusulas abusivas tanto de elección de fueros como de ley aplicable y de exención de responsabilidad a las redes sociales.

En la Nota de la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado, de 17 de abril de 2020, se ha recogido la importancia de hechos relacionados con la publicación o el retuiteo de mensajes de Twitter por parte de dos ciudadanos —en cada uno de los cuales se atribuían falsamente hechos delictivos a un determinado colectivo social (en este caso, los MENAS), habiendo interpuesto la Fiscalía Provincial de Barcelona dos querrelas por delito del art. 510.2.a) CP (castigado con pena de prisión de 6 meses a 2 años y multa de 6 a 12 meses).

Las *fake news*, según esta información, pueden integrar los tipos penales del delito de injurias del art. 209 CP (con publicidad se castigarán con la pena de multa de 6 a 14 meses y, en otro caso, con la de 3 a 7 meses) y del delito de calumnias del art. 206 CP (6 meses a 2 años o multa de 12 a 24 meses, si se propagaran con publicidad y, en otro caso, con multa de 6 a 12 meses). Asimismo, se especifica que en casos de muy extrema gravedad y siendo la víctima una persona individual, las falsas noticias podrían llegar a integrar el delito contra la integridad moral del art. 173.1 CP (prisión de 6 meses a 2 años³⁰).

³⁰ Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo los elementos que conforman el concepto de atentado a la integridad moral serían los siguientes: un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo; la concurrencia de un padecimiento físico o psíquico; que el comportamiento sea degradante o humillante con especial incidencia en el concepto de dignidad de la persona-víctima. Y todo ello unido a modo de hilo conductor de la nota de gravedad, que exigiría un estudio individualizando caso a caso, pudiendo derivarse de una sola acción particularmente intensa que integre las notas que vertebran el tipo, o bien una conducta mantenida en el tiempo; sin que se requiera que este quebranto grave se integre en el concepto de lesión psíquica. De igual modo se añade, que aunque la conducta no tenga la entidad lesiva suficiente para constituir un delito contra la integridad moral, otra serie de “daños morales” podrían ser resarcidos a través de la responsabilidad civil.

El delito contra la integridad moral del art. 173 CP permitiría el castigo, tanto de aquellas conductas aisladas que por su naturaleza tienen entidad suficiente para producir un menoscabo grave de la integridad moral de la víctima, cuanto de aquellas otras que, si bien aisladamente consideradas no rebasarían el umbral exigido por este delito, sin embargo en tanto reiteradas o sistemáticas, realizadas habitualmente y consideradas en su conjunto, terminan produciendo dicho menoscabo grave a la integridad moral. Son conductas, éstas últimas, de trato degradante, entendiéndose por “trato degradante” aquel que pueda crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso su resistencia física o moral, o, en síntesis, cualquier atentado a la dignidad de la persona, que en su individual

3.2. *Delimitación del concepto de fake news y su importancia en la “era COVID-19”*

El cambio de paradigma comunicativo a través de internet y los canales de difusión masiva ha permitido que se acuñe en este contexto

consideración pueden no ser calificables de graves, pero que al ser reiteradas terminan menoscabando gravemente por erosión dicha integridad moral. En relación a la comisión de una conducta de ciberacoso, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 25 de mayo de 2012, sostiene que los hechos no han de ser percibidos aisladamente, sino en conjunto, puesto que todos ellos, con sus distintas protagonistas, se han ido realizando y ejecutando en el tiempo, por distintas personas pero respondiendo a un parámetro o patrón de conducta común, organizado y sistemático, con una finalidad concreta que era acosar, hostigar, burlar y agredir tanto física como sobre todo psíquicamente a la menor. Se estima que los hechos podrían constituir un delito contra la integridad moral, valorando que el “ciberacoso” sería un fenómeno frecuente en nuestros días y que en ocasiones pasaría desapercibido, consistiendo en una acción reiterada a través de diferentes formas de acoso u hostigamiento hacia un alumno llevado a cabo por un compañero o, más frecuentemente, por un grupo de compañeros, en el que la víctima se encuentra en una situación de inferioridad respecto al agresor o agresores, manifestándose no solo a través de peleas o agresiones físicas, sino que con frecuencia se nutre de un conjunto de intimidaciones de diferente índole que dejan al agredido sin respuesta, tales como intimidaciones verbales (insultos, motes, siembra de rumores), intimidaciones psicológicas (amenazas para provocar miedo o simplemente para obligar a la víctima a hacer cosas que no quiere ni debe hacer), agresiones físicas, tanto directas (peleas, palizas o simplemente “collejas”) como indirectas (destrozo de materiales personales, pequeños hurtos, etc.) y aislamiento social, bien impidiendo participar, bien ignorando su presencia y no contando con él en las actividades normales entre amigos o compañeros de clase.

El delito contra la integridad moral del artículo 173 permitiría el castigo, tanto de aquellas conductas aisladas que por su naturaleza tienen entidad suficiente para producir un menoscabo grave de la integridad moral de la víctima, cuanto de aquellas otras que, si bien aisladamente consideradas no rebasarían el umbral exigido por este delito, sin embargo en tanto reiteradas o sistemáticas, realizadas habitualmente y consideradas en su conjunto, terminan produciendo dicho menoscabo grave a la integridad moral. Son conductas, éstas últimas, de trato degradante, entendiéndose por “trato degradante” aquel que pueda crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso su resistencia física o moral, o, en síntesis, cualquier atentado a la dignidad de la persona, que en su individual consideración pueden no ser calificables de graves, pero que al ser reiteradas terminan menoscabando gravemente por erosión dicha integridad moral (Ministerio del Interior, 2015: 39 ss.).

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” (Galdámez Morales, 2019: 25-44)³¹.

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 “desinformación” (*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 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 accidental³². 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 este sentido, el Comité Digital, Cultura, Medios y Deporte (*Digital, Culture, Media and Sport Committee*) de la Cámara de los Comunes del Parlamento Británico, en su Informe sobre Desinfor-

³¹ Citando el término “*information disorder*”, *vid.* Wardle & Derakhshan (2017), Richter (2018: 25 ss.).

³² Cf. Comisión Nacional de los Derechos Humanos (2019: 5 ss.). Respecto a la exteriorización de estos contenidos se ha destacado que normalmente sus titulares, imágenes o letras son de un mayor tamaño y los sujetos que publican dichos contenidos son impostores. Es decir, que se circula en redes sociales alguna imagen o artículo de cierto periodista, cuando ellos no redactaron ni formaron dicha fotografía. Es decir, son videos o artículos de impostores en donde la información parecería verdadera, por el periodista o fotógrafo a quien se le atribuye la supuesta publicación de la información. En relación a los acontecimientos que han definido la conceptualización de “Fake News” se citan el referéndum sobre el Brexit de 23 de junio de 2016, el referéndum por el que se objetaron los acuerdos de paz con las FARC de Colombia el 02 de octubre de 2016 y las elecciones presidenciales de los Estados Unidos de 08 de noviembre de 2016.

mación y *fake news*, muy difundido, habría destacado varios tipos de información falsa: como contenido fabricado, es decir, contenido completamente falso; contenido manipulado, referido a la distorsión de información o imágenes genuinas, (un titular que se hace más sensacionalista, a menudo popularizado por “*clickbait*”); contenido impostor, en cuanto existe suplantación de fuentes genuinas, por ejemplo, mediante el uso de la marca de una agencia de noticias establecida; contenido engañoso, en el cual se hace un uso engañoso de la información, (presentando un comentario como un hecho); contexto de conexión falso, esto es, contenido objetivo que se comparte con información contextual falsa, (cuando el título de un artículo no refleja el contenido); y, sátira y parodia, al presentarse tiendas humorísticas pero falsas como si fueran verdaderas (Weidenslaufer, 2019: 1-14, citando House of Commons, 2017: 7).

En la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo de 26 de abril de 2018³³ 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.

Se destaca que la obligación principal de los agentes estatales con respecto a la libertad de expresión y a la libertad de los medios de comunicación sería evitar la interferencia y la censura y garantizar un entorno favorable para un debate público inclusivo y plural. El contenido legal, aunque sea un contenido presuntamente perjudicial,

³³ Vid. Comisión Europea (2018). Se señala que, si las medidas tomadas actualmente (como el código de conducta no vinculante para la lucha contra la desinformación que Facebook, Twitter y otras plataformas adoptaron voluntariamente en 2018. resultarían insuficientes, podría ser necesario utilizar instrumentos jurídicos para imponer medidas apropiadas a los responsables de las redes sociales.

suele estar protegido por la libertad de expresión y no debe tratarse del mismo modo que el contenido ilegal, cuya eliminación puede estar justificada.

Se define a la desinformación como información verificablemente falsa o engañosa que se crea, presenta y divulga con fines lucrativos o para engañar deliberadamente a la población, y que puede causar un perjuicio público. El perjuicio público comprende amenazas contra los procesos democráticos políticos y de elaboración de políticas, así como contra los bienes públicos, como la protección de la salud, el medio ambiente o la seguridad de los ciudadanos de la UE. La desinformación no incluiría los errores de información, la sátira y la parodia ni las noticias y los comentarios claramente identificados como partidistas. Se resalta que la precariedad económica, el creciente extremismo y los cambios culturales generan ansiedad y ofrecen un caldo de cultivo en el que las campañas de desinformación pueden fomentar las tensiones sociales, la polarización y la desconfianza. El efecto de la desinformación variaría de una sociedad a otra, en función de los niveles de educación, la cultura democrática, la confianza en las instituciones, la inclusividad de los sistemas electorales, la importancia del dinero en los procesos políticos y las desigualdades sociales y económicas.

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”)³⁴.

En el Dictamen del Comité Europeo de las Regiones³⁵ 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 (Comisión Europea, 2020a), 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 sociales³⁶.

Se ha insistido en 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 sa-

³⁴ Cf. a este respecto la importancia del Reglamento n° 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE. Se fomenta el uso de la versión 6 del protocolo de internet (IPv6), que permite la asignación de un único usuario por dirección de protocolo de internet.

³⁵ Cf. Comité Europeo de las Regiones (2019), donde se recoge que estudios científicos señalan que es un 70 % más probable que los usuarios de Twitter retransmitan (retuiteen) la información falsa que la información real.

³⁶ Se pone de relieve la importancia de acciones como el Plan de acción contra la desinformación, y la experiencia adquirida desde 2015 por el Grupo de Trabajo East StratCom, creado en el Servicio Europeo de Acción Exterior (SEAE) para rebatir las campañas de desinformación originarias de Rusia. En marzo de 2019 se creó un Sistema de Alerta Rápida para poner en contacto a los expertos en materia de desinformación de las instituciones de la UE con los de los Estados miembros y facilitar la comunicación entre organismos oficiales de análisis y mejores prácticas sobre aspectos como la comunicación proactiva y la eficacia en la respuesta.

nitarias oficiales, o repercutiendo de forma negativa en instituciones democráticas, así como en la situación económica y financiera.

De este modo, se insiste en que la información que ha circulado incluiría peligrosas supercherías e información sanitaria engañosa cuajada de afirmaciones falsas (del género “lavarse las manos no sirve de nada” o “el coronavirus solo es peligroso para las personas ancianas”), indicándose que “este tipo de contenido no es necesariamente ilegal, pero puede suponer un peligro directo para las vidas y socavar gravemente los esfuerzos por contener la pandemia”. Las “teorías de la conspiración” capaces de poner en peligro la salud humana³⁷, 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 penal³⁸.

³⁷ Se citan como ejemplo “las creencias conspiratorias y los bulos que afirman que las instalaciones de 5G propagan la COVID-19, dando lugar a actos de vandalismo sobre las torres, o las que señalan a un grupo étnico o religioso concreto como origen de la propagación de la COVID-19, lo que se refleja en el preocupante aumento de contenido antisemítico relacionado con la COVID-19”.

³⁸ Se destaca que dentro de sus competencias respectivas, la Comisión y el Alto Representante trabajarán en asociación con la OMS para mejorar su vigilancia epidemiológica mediante un seguimiento eficaz de los medios de comunicación y para fomentar la detección de relatos engañosos y nocivos y la respuesta correspondiente; intensificarán el intercambio de información con los interlocutores pertinentes de la sociedad civil y el sector privado de información acerca de la conciencia situacional y la evolución de las amenazas mediante la organización, entre otras actividades, de consultas, conferencias y actos públicos; intensificarán las asociaciones existentes, como las que nos vinculan al G7 y a la OTAN, y ampliarán la cooperación a las Naciones Unidas y a organizaciones regionales como la OSCE, el Consejo de Europa y la Unión Africana. Como parte del paquete de medidas del “Equipo Europa” se promoverán el acceso a información fidedigna, apoyándose las iniciativas destinadas a abordar el problema de la desinformación y la información errónea en terceros países a través de las Delegaciones de la UE y las misiones diplomáticas de los Estados miembros sobre el terreno. Las plataformas en línea han notificado la introducción de ajustes en sus políticas para hacer frente a las nuevas amenazas de desinformación acerca de la COVID-19, promoviendo la difusión de información sobre la COVID-19 procedente de fuentes autorizadas como la OMS, las autoridades sanitarias nacionales y los medios informativos profesionales.

3.3. *Libertad de expresión vs discurso del odio*

Una vez delimitada la importancia del fenómeno de las *fake news* contra colectivos especialmente vulnerables como los inmigrantes, debe incidirse que el punto de partida antes de reclamar una penalización indiscriminada de las mismas, es partir de la perspectiva de que en el fondo, lo que puede subyacer en un análisis propio del principio de intervención mínima, que debe guiar cualquier actuación penal, es el examen de la eterna dicotomía entre donde finalizaría la libertad de información o de opinión en este aspecto, y donde comenzaría el discurso del odio.

Como se ha reconocido ampliamente desde la visión constitucional, la libertad de expresión se extiende a ideas y opiniones contrarias al sistema democrático, puesto que comprende la libertad de crítica, aun cuando la misma pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe “sociedad democrática”. La libertad de configuración del legislador penal encontraría su límite en el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión, de tal modo que no permite la tipificación como delito de la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que se trate de ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana que constituye el fundamento de todos los derechos que recoge la Constitución y, por ende, de nuestro sistema político. Asimismo, se insiste en que en las zonas grises, no integradas en el núcleo del derecho debe ponderarse, antes de recurrir a la sanción penal, si se hace del mismo un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión, del que hemos advertido en otras ocasiones, de tal modo que, si fuere así, habría de acudir, en su caso, a otros remedios menos gravosos, como la sanción civil o administrativa³⁹.

Por ello, se pone de relieve que hay que diferenciar entre actividades contrarias a la Constitución y la difusión de ideas o ideologías

³⁹ Puede solicitarse la rectificación de la información difundida conforme a la LO 2/1984 de 26 de marzo reguladora del derecho de rectificación, que dispone en su art. 1 que “Toda persona natural o jurídica, tiene derecho a rectificar la información difundida, por cualquier medio de comunicación social, de hechos que le aludan, que considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio”.

contrarias a la Constitución. Las primeras no son admisibles, sí las segundas, ya que el valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar, o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas.

En primer lugar, en torno a los discursos de orientación inequívocamente injuriosa o vejatoria, se habría afirmado que se sitúa fuera del ámbito de protección de dicho derecho, la difusión de las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se quieran exponer, y, por tanto, innecesarias a este propósito. Por lo que se refiere a los discursos racistas o xenófobos, el art. 20.1 CE no garantiza el derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar, al tiempo de formularlo, a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social, pues sería tanto como admitir que, por el mero hecho de efectuarse al hilo de un discurso más o menos histórico, la Constitución permite la violación de uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, como es la igualdad (art. 1.1 CE) y uno de los fundamentos del orden político y de la paz social: la dignidad de la persona (art. 10.1 CE).

Por otra parte, también se entienden ajenos al ámbito de la libertad de expresión, los discursos de vertiente incitatoria, como el «discurso del odio», en los términos en que se ha referido a él el TEDH, a aquél desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular.

3.4. Algunas conclusiones preliminares: hacia una delimitación del concepto de “verdad digital” como criterio interpretativo desde la óptica del principio de intervención mínima penal

Conforme a la concepción mantenida principalmente por el Tribunal Supremo español, debe incidirse en que la extensión actual de las nuevas tecnologías al servicio de la comunicación intensifica de forma

exponencial el daño de afirmaciones o mensajes que, en otro momento, podían haber limitado sus perniciosos efectos a un reducido y seleccionado grupo de destinatarios. Además, también puede carecerse de auténtico control sobre su difusión, pues desde que ese mensaje llega a manos de su destinatario, éste puede multiplicar su impacto mediante sucesivos y renovados actos de transmisión, cobrando importancia desde el punto de vista penal de la relevancia del discurso del odio, aspectos con la presencia de un elemento tendencial, referido a la intención, finalidad o motivación del sujeto activo, y la constatación objetiva de una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades, abarcada por el dolo del autor. Se ha insistido en que a aptitud para generar un riesgo debe ser objetiva y no subjetiva, por lo tanto, debe prestarse atención al eco de los mensajes (Ramírez Ortiz, 2019).

Por ello, entendemos que en materia de *fake news*, con su amplia concepción, debe seguirse lo dispuesto por el Tribunal Constitucional cuando distingue expresamente entre los conceptos de libertades de expresión e información, entendiendo que la primera sería más amplia por no operar, en su ejercicio el límite interno de veracidad. No constituye una lesión al honor, incluyéndose dentro del legítimo ejercicio de la libertad de expresión cualquiera manifestación, incluidas aquellas que impliquen una crítica, “aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige” aceptándose la libertad de crítica. Respecto a la libertad de información definida, como “derecho a difundir información noticiable y veraz, que no contenga expresiones vejatorias o afrentosas por cualquier medio de difusión”, se considera que la libertad de información prevalecería sobre el derecho al honor si reúne las características de “noticiable” y “veraz”.

El carácter de noticiable de una información digital dependerá de que esa información tenga interés o relevancia pública, (excluyéndose, por tanto, aquella información dirigida únicamente a satisfacer el espíritu morboso de algunos lectores). El requisito de veracidad sería absolutamente esencial, constituyendo un límite interno a dicha libertad, dependiendo ésta no de la total exactitud en el contenido de la información. Se aceptan como adecuadas al legítimo ejercicio, las informaciones erróneas que fueran inevitables en un debate libre, sustituyéndose el criterio de la exactitud por el de diligencia valorada

dese un juicio objetivo *ex ante*, resultando irrelevante que *ex post* se demuestre que la información transmitida no se ajusta objetivamente a la realidad. En el examen de la diligencia se tendrá en cuenta las posibilidades efectivas de contrastar la información; y la fiabilidad de las fuentes de información utilizadas. En relación a la profesión periodística, dicha infracción existiría cuando el emisor de la información conozca la falsedad de la imputación o actúe con temerario o absoluto desprecio hacia la realidad transgrediendo el “riesgo permitido” al no haber realizado comprobación alguna sobre su veracidad.

4. Conclusiones

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 (De Vicente Martínez, 2018: 6 ss.).

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 (Alcácer Guirao, 2015: 45-86).

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 so-

ciudad mayoritaria en la que tratan de integrarse, poseyendo además la condición de extranjeros en el territorio en el que se encuentran.

Como ha destacado el Tribunal Supremo español en su STS 259/2011, la tipicidad penal de las conductas, debería darse cuando la difusión, (atendiendo a la forma y el ámbito en que se llevara a cabo y a lo que se difundiera), implicara un peligro cierto de generar un clima de hostilidad que pudiera concretarse en actos de violencia, odio o discriminación contra aquellos grupos o sus integrantes. De esta forma, para que el bien jurídico se viera afectado como consecuencia de la difusión de esta serie de ideas, 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, mover su sentimientos, primero y su conducta después, en una dirección peligrosa para aquellos bienes.

En este sentido, coincidimos plenamente con la doctrina que habría señalado la necesidad de acotar conforme a orientaciones básicas del debido respeto al principio de intervención mínima penal, la necesaria delimitación de los conceptos de discurso del odio y sobre todo, del amplio campo del “discurso del odio”, ya que el odio, se habría valorado en la misma línea, como una motivación discriminatoria, una necesidad preventiva y una forma de puesta en peligro de un determinado colectivo (Fuentes Osorio, 2017: 2 ss.; Alcácer Guirao, 2015: 45-86).

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 ciega⁴⁰.

Por otra parte, dentro de los supuestos localizados dentro de la infodemia motivada por la pandemia de la COVID-19 y la proliferación

⁴⁰ *Vid.*, Fuentes Osorio (2017: 36 ss.), indicando datos en relación a la incidencia estadística de delitos de odio en España y el número de incidentes registrados, así como que estos hechos pueden haberse vinculado con lesiones de bienes jurídicos ya protegidos como lesiones, amenazas, abusos y agresiones sexuales. Se indica que, a partir del 2015, se comenzó a distinguir dentro del delito de odio a hechos definibles como discurso del odio.

de bulos contra determinados colectivos vulnerables por motivos de racismo o xenofobia, para adquirir relevancia penal, 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 información⁴¹ 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

⁴¹ Cf. Parlamento Europeo (2019: 47 ss.), recogiendo asimismo la doctrina sobre “el derecho al olvido en Internet”, aludiendo a la STC 58/2018, de 4 de junio que indica que cuando “la noticia relata hechos pasados sin ninguna incidencia en el presente. No se trata de una noticia nueva sobre hechos actuales, ni de una nueva noticia sobre hechos pasados, que puedan merecer una respuesta constitucional distinta. Su difusión actual en poco contribuye al debate público. Por tanto, la retransmisión de la noticia en cuestión, transcurridos más de treinta años desde que los hechos ocurrieron, carece a día de hoy de toda relevancia pública”.

cuenta, que el primero gira en torno al mantenimiento de una rigurosidad en la búsqueda de la verdad, y su correspondiente exposición⁴².

Así, se ha defendido 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 jurídico⁴³.

Referencias

DOCTRINA

Alcácer Guirao, R. (2012). “Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Nº 14-02.

Alcácer Guirao, R. (2015). “Víctimas y disidentes. El «discurso del odio» en EE. UU y Europa”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Nº 103.

⁴² Cf. STEDH de 28 de agosto de 2018 (caso Savva Terentyev v. Rusia), en las que se reconoce que las instituciones públicas deben tener mayor grado de tolerancia ante las palabras ofensivas.

⁴³ Cf. Teruel Lozano (2014). Sobre verificación de veracidad en la red, cf. Ballard Spahr Andrews & Ingersoll, LLP. (2002). En relación a pautas básicas, cf. Agencia Española de Protección de datos *et al.* (s.f). Cf., igualmente, Galán Muñoz, 2019: 209 ss., donde recoge en materia de discurso del odio terrorista, que la enorme amplitud e indeterminación de los nuevos delitos ha generado que nuestro sistema se coloque al borde de las fronteras que delimitan el necesario respeto y garantía de los derechos a la libertad ideológica y de expresión que debe acatar todo Estado democrático que no sea ejemplo de una democracia autoritaria o meramente formal.

- Alcácer Guirao, R. (2018). “Opiniones constitucionales”. *InDret. Revista para el análisis del Derecho*. Nº 1.
- Alises, C. (2017). *Guía de Delitos de Odio LGTBI*, Consejería de Igualdad y Asuntos Sociales, Junta de Andalucía.
- Ballard Spahr Andrews & Ingersoll, LLP (2002). *Evaluating the quality of information on the Internet: groups that alert the public to Internet fraud, fanaticism and bad information*.
- Barker, V. (2012). “Global Mobility and Penal Order: Criminalizing Migration, A View from Europe”. *Sociology Compass*. Nº 6/2, pp. 113-121.
- Bustos Martínez, L., De Santiago Ortega, P. P., Martínez Miró, M. A. & Rengifo Hidalgo, M. S. (2019). “Discursos de odio: una epidemia que se propaga en la red. Estado de la cuestión sobre el racismo y la xenofobia en las redes sociales”. *Mediaciones Sociales*. Vol. 18, pp. 25-42.
- Cabo Isasi, A. & García Juanetey, A. (2017). *El discurso de odio en las redes sociales: un estado de la cuestión*. Ayuntamiento de Barcelona, Área de Derechos de Ciudadanía, Cultura, Participación y Transparencia Dirección de Servicios de Derechos de Ciudadanía y Diversidad, Barcelona.
- Contreras Mazarío, J. M. (2017). “Libertad religiosa vs. libertad de expresión: análisis jurisprudencial”. *Laicidad y Libertades: escritos jurídicos*. Nº 17, pp. 85-142.
- De Georgi, A. (2010). “Immigration control, post-Fordism, and less eligibility. A materialist critique of the criminalization of immigration across Europe”. *Punishment and Society*. Nº 2(2). P. 147-147.
- De Vicente Martínez, R. (2018). *El discurso del odio: análisis del artículo 510 del código penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Díaz Soto, J. M. (2015). “Una aproximación al concepto de discurso del odio”. *Revista Derecho del Estado*. Nº 34, pp. 77-101.
- Esquivel Alonso, Y. (2016). “El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*. Nº 35.
- FRA (European Union Agency for Fundamental Rights) (2012). *Making hate crime visible in the European Union: acknowledging victims’ rights*. Luxembourg: Publications Office of the European Union.
- Fuentes Osorio, J. L. (2017). “El odio como delito”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Nº 19-27.
- Galán Muñoz, A. (2019). “El delito de enaltecimiento terrorista. ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twietteros y titiriteros?”. En Galán Muñoz, A. & Mendoza Calderón, S. (Dirs.). *Globalización y lucha contra las nuevas formas de criminalidad transnacional*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Galdámez Morales, A. (2019). “Posverdad y crisis de legitimidad. El creciente impacto de las fake news”. *Revista Española de Transparencia*, N° 8, pp. 25-44.
- Hooghe, M. & De Vroome, T. (2016). “The relation between ethnic diversity and fear of crime: An analysis of police records and survey data in Belgian communities”. *International Journal of Intercultural Relations*. N° 50, pp. 66-75.
- Landa Gorostiza, J. M. (2018). *Los delitos de odio: artículos 510 y 22.4º CP 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Levin, B. (2018). “La legislación sobre delitos de odio en Estados Unidos: un análisis histórico y contemporáneo”. En Landa Gorostiza, J. M. & Garro Carera, E. (Dirs.). *Delitos de odio: derecho comparado y regulación española*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Mamadou, E., Ouled, Y., Mamadou, I. & Vicente Márquez, L. (2020). *Crisis Sanitaria COVID-19. Racismo y xenofobia durante el estado de alarma en España*. [Disponible en: <http://www.rightsinternationalspain.org/uploads/publicacion/d0b782ac0452e9052241b17a646df19ad4edf12c.pdf>].
- Mendoza Calderón, S. (2019). “Discurso del odio e inmigración. La criminalización de la intolerancia en Derecho penal español”. En Galán Muñoz, A. & Mendoza Calderón, S. (Dir.), *Globalización y lucha contra las nuevas formas de criminalidad transnacional*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Mendoza Calderon, S. (2020) “Criminalization of Immigration in European Union and Hate Speech in Spain”. En Sanjeev, P. & Poulomi, B. (Eds.). *Crime and Criminal Law, Perspectives on Global Migration*. New Delhi (en colaboración con Muñoz Conde, F.),
- Muñoz Conde, F. (2003). *El nuevo Derecho penal autoritario*. Texto de la ponencia presentada por su autor en el Coloquio Internacional Humboldt “La función mediadora del derecho como ciencia universal En una época de globalización y de lucha contra el terrorismo”. Fundación Alexander von Humboldt. Montevideo 6 y el 8 de abril del año 2003.
- Palidda, S. (2011). “A Review of the Principal European Countries”. En Palidda, S. (Ed.). *Racial criminalization of migrants in 21st Century*, Farnham: Ashgate.
- Parkin, J. (2013). The Criminalization of Migration in Europe. A State-of-the-Art of the Academic Literature and Research”. *Liberty and Security in Europe Papers*. N° 61
- Platero Alcón, A. (2017). “La responsabilidad de las redes sociales: el caso de Ashley Madison”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol. 50. N° 150, pp. 1259-1288.
- Preston, P. & Perez, M. (2006). “The criminalization of aliens: regulating foreigners”. *Critical Criminology*. N° 14, pp. 43-66.

- Serrano Maíllo, I. (2011). “El derecho a la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: dos casos españoles”. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*. Nº 28, 2011, pp. 581-596.
- Ramírez Ortiz, J. L. (2019). “Apologías débiles y libertad de expresión: hitos de la jurisprudencia”. *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso penal*. Nº 53.
- Richter, U. (2018). *El Ciudadano Digital. Fake News y posverdad en la era digital*. Editorial Océano: México.
- Stacey, M., Carbone-López, K. & Rosenfeld, R. (2011). “Demographic Change and Ethnically Motivated Crime: The Impact of Immigration on Anti-Hispanic Hate Crime in the United States”. *Journal of Contemporary Criminal Justice*. Nº 27(3), pp. 278-298.
- Teruel Lozano, G. M. (2017). “Discursos extremos y libertad de expresión: un análisis jurisprudencial”. *Revista de Estudios Jurídicos*. Nº 17, pp. 1-10
- Teruel Lozano, G. M. (2015). *La lucha del Derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Teruel Lozano, G. M. (2014). “Libertad de expresión y censura en Internet”. *Estudios de Deusto*. Nº 62 (2), pp. 41-72.
- VV.AA (2018). *La lucha contra los delitos de odio en Europa (OSCE)*. Movimiento contra la Intolerancia.
- VV.AA (2015). *Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación*. Generalitat de Catalunya, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada.
- Wang, X. (2012). “Undocumented immigrants as perceived criminal threat: a test of the minority threat perspective”. *Criminology*. Vol. 50. Nº 3, pp. 743-776.
- Wardle, C. & Derakhshan, H. (2017). *Information Disorder: Toward an interdisciplinary framework for research and policy making*. Estrasburgo: Consejo de Europa. [Disponible en: <https://rm.coe.int/information-disorder-toward-aninterdisciplinary-framework-for-research/168076277c>].
- Weidenslaufer, C. (2019). “La regulación de las «fake news» en el Derecho comparado”. Asesoría Legal Parlamentaria. Congreso Nacional de Chile. [Disponible en: https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/26901/1/Regulacion_de_las_fake_news_2018.pdf].

JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional (España)

- Tribunal Constitucional de España. (1990). Sentencia nº 105. Presidente: Francisco Tomás y Valiente. BOE nº 160, de 5 de julio de 1990. 6 de junio de 1990. Citada como STC 105/1990.

- Tribunal Constitucional de España. (1999). Sentencia nº 136. Presidente: Pedro Cruz Villalón. BOE nº 97, de 18 de agosto de 1999. 20 de julio de 1999. Citada como STC 136/1999.
- Tribunal Constitucional de España. (2000). Sentencia nº 6. Presidente: Carles Viver Pi-Sunyer. BOE nº 42, de 28 de febrero de 2000. 17 de enero de 2000. Citada como STC 6/2000.
- Tribunal Constitucional de España. (2007). Sentencia nº 235. Presidenta: María Emilia Casas Baamonde. BOE nº 295, de 10 de diciembre de 2007. 7 de noviembre de 2007. Citada como STC 235/2007.
- Tribunal Constitucional de España. (2015). Sentencia nº. 177. Presidente: Francisco Pérez de los Cobos Orihuel. BOE nº 200, de 21 de agosto de 2015. 22 de julio de 2015. Citada como STC 177/2015.
- Tribunal Constitucional de España. (2016). Sentencia 112. Presidente: Francisco Pérez de los Cobos Orihuel. BOE nº 181, de 28 de julio de 2016. 20 de junio de 2016. Citada como STC 112/2016.

Tribunal Supremo (España)

- Tribunal Supremo de España. (2010). Sala 2ª. Sentencia nº 224. 3 de marzo de 2010. Citada como STS 224/2010.
- Tribunal Supremo de España. (2011). Sala 2ª. Sentencia 259. 12 de abril de 2011. Citada como STS nº 259/2011.
- Tribunal Supremo de España. (2011). Sala 2ª. Sentencia nº 372. 10 de mayo de 2011. Citada como STS 372/2011.
- Tribunal Supremo de España. (2015). Sala 2ª. Sentencia nº 106. 19 de febrero de 2015. Citada como STS 106/2015.
- Tribunal Supremo de España. (2016). Sala 2ª. Sentencia nº 623. 13 de julio de 2016. Citada como STS 623/2016.
- Tribunal Supremo de España. (2017). Sala 2ª. Sentencia nº 4. 18 de enero de 2017. Citada como STS 4/2017.
- Tribunal Supremo de España. (2017). Sala 2ª. Sentencia nº 706. 27 de octubre de 2017. Citada como STS 706/2017.
- Tribunal Supremo de España. (2018). Sala 2ª. Sentencia nº 52. 31 de enero de 2018. Citada como STS 52/2018
- Tribunal Supremo de España. (2018). Sala 2ª. Sentencia nº 72. 9 de febrero de 2018. Citada como STS 72/2018.
- Tribunal Supremo de España. (2018). Sala 2ª. Sentencia nº 79. 15 de febrero de 2018. Citada como STS 79/2018.

Audiencia Nacional (España)

- Audiencia Nacional de España. (2017). Sala de lo Penal. Sección 4ª. Sentencia nº 9. 29 de marzo de 2017. Citada como SAN 9/2017.

- Audiencia Nacional de España. (2018). Sala de lo Penal. Sentencia nº 1. 22 enero de 2018. Citada como SAN 1/2018
- Audiencia Nacional de España. (2018). Sala de lo Penal. Sección 2ª. Sentencia nº 6. 1 marzo de 2018. Citada como SAN 6/2018.
- Audiencia Nacional de España. (2018). Sala de lo Penal. Sección 2ª. Sentencia nº 10. 9 marzo de 2018. Citada como SAN 10/2018.

RESOLUCIONES, INFORMES Y OTROS DOCUMENTOS

- Agencia Española de Protección de Datos, INCIBE, Oficina de Seguridad del Internauta (s.f.). *Privacidad y Seguridad en Internet*. [Disponible en: <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/guia-privacidad-y-seguridad-en-internet.pdf>].
- Comisión Europea (2020a). *Comunicación conjunta al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. La lucha contra la desinformación acerca de la COVID-19: contrastando los datos*. JOIN (2020) 8 final. Bruselas, 10.6.2020. [Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020JC0008&from=ES>].
- Comisión Europea (2020b). *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Unión de la igualdad: Plan de Acción de la UE Antirracismo para 2020-2025*. COM (2020) 565 final. Bruselas, 18.9.2020. [Disponible en https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/a_union_of_equality_eu_action_plan_against_racism_2020_-2025_es.pdf].
- Comisión Europea (2018). *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones. La lucha contra la desinformación en línea: un enfoque europeo*. COM (2018) 236 final. Bruselas, 26.4.2018.
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos (2019). *Reporte sobre las campañas de desinformación, “Noticias falsas (fake news)” y su impacto en el derecho a la libertad de expresión*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. México.
- Comité Europeo de las Regiones (2019). *Dictamen sobre “La lucha contra la desinformación en línea: un enfoque europeo”*. 2019/C 168/04. Diario Oficial de la Unión Europea C 168 de 16.5.2019.
- Council of Europe (2016). *Working document National Laws Relating to Smuggling of Migrants in Council of Europe Member States*. Estrasburgo: European Committee on Crime Problems (CDPC). [Disponible en: <https://rm.coe.int/168070af89>] (última consulta el 12.8.2021).
- European Court of Human Rights. Factsheet - Hate speech. Julio 2017. Se cita como “European Court of Human Rights, 2017”.

- Informe Raxen contra el racismo, el coronavirus, el discurso y los delitos de odio, enero-marzo, N° 73, 2020. [Disponible en: <http://www.informe-raxen.es/wp-content/uploads/2020/07/RAX-73.pdf>]. Se cita como “Informe Raxen, 2020”.
- Ministerio del Interior (2015). Informe sobre incidentes relacionados con los delitos de odio en España. [Disponible en: <http://www.interior.gob.es/documents/642012/3479677/DELITOS+DE+ODIO+2015/c7caf071-df8b-4309-ade6-1936032b850e>].
- Ministerio del Interior (2016). Informe sobre la evolución de los incidentes relacionados con los delitos de odio en España. [Disponible en: <http://www.interior.gob.es/documents/10180/5791067/ESTUDIO+INCIDENTES+DELITOS+DE+ODIO+2016.pdf/c5ef4121-ae02-4368-ac1b-ce5cc7e731c2>].
- Parlamento Europeo (2019). *La libertad de expresión, una perspectiva de Derecho Comparado*. EPRS / Servicio de Estudios del Parlamento Europeo Unidad Biblioteca de Derecho Comparado. [Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/642241/EPRS_STU\(2019\)642241_ES.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/642241/EPRS_STU(2019)642241_ES.pdf)].

Parte IV
CONCLUSIONES

PROPUESTAS PARA UNA REVISIÓN CON PERSPECTIVA ANTI-APORÓFOBA DEL DERECHO PENAL

Demelsa Benito Sánchez

Introducción

Como se señaló en la introducción, el objetivo de esta obra colectiva es ofrecer alternativas para mitigar la aporofobia que aún puede apreciarse en la legislación penal y, en general, en el sistema de justicia penal. Se ha tomado como referencia el Derecho español, aunque muchas de las propuestas que se recogen, tanto de la parte general como de la parte especial del Derecho Penal, se pueden hacer extensibles a otros ordenamientos jurídicos. De hecho, en algunos de los trabajos que componen este volumen son varias las referencias a las legislaciones de otros estados, en los cuales también es necesario realizar una revisión en clave anti-aporófoba.

Para un mejor seguimiento la obra, se ha dividido en dos partes principales. La primera recoge los estudios que se han focalizado en la parte general del Derecho Penal. La segunda incluye los trabajos que se han centrado en la parte especial de esta disciplina. En esta última, se ha seguido el orden sistemático del Código Penal español. Las limitaciones de un trabajo de este tipo han llevado a hacer una selección de los delitos en los que más se pueden apreciar los tintes aporóforos, ya sea por exceso o por defecto, conceptos explicados en la introducción a esta obra. En concreto, se han analizado algunos delitos de lesiones (especialmente, en contextos de violencia de género y violencia filio-parental), contra el patrimonio (esencialmente el hurto y su relación con el estado de necesidad), contra el medio ambiente (poniendo especial énfasis en la responsabilidad de las empresas), contra los derechos de los trabajadores (claro ejemplo del Derecho Penal de la aporofobia *por defecto*), el tráfico de drogas (en concreto, los *correos de la droga* y los problemas para aplicar el estado de ne-

cesidad a esas conductas de acuerdo con la jurisprudencia española) y los delitos de odio sobre el colectivo de personas inmigrantes.

En este apartado final de conclusiones se sigue esa misma estructura, destacando las propuestas bien de reforma legislativa bien de reforma interpretativa que han elaborado los investigadores para conseguir el objetivo antes mencionado. Las investigaciones se han realizado al amparo del proyecto coordinado I+D+i *Aporofobia y Derecho Penal*, financiado por el Gobierno de España, en el marco del cual también se han ido avanzado otras propuestas en clave antiaporofoba, tanto en la parte general como en la parte especial del Derecho Penal, que pueden consultarse en <https://crimen.eu/aporofobia/publicaciones/>.

1. Propuestas para la parte general del Derecho Penal

En el primer capítulo de esta obra colectiva, Pérez Cepeda ha esbozado una teoría del delito conectada con la justicia social. Su punto de partida es un Derecho Penal “distópico, imperfecto y profundamente desigual” en el que se puede apreciar una estrecha conexión entre la responsabilidad penal y la pobreza. El Derecho Penal y, en general, el sistema de justicia penal en el momento actual, igual que a lo largo de la historia, apenas tienen en cuenta las desiguales condiciones socioeconómicas de las personas que han llevado a cabo un hecho tipificado como delito. Esta ignorancia de la realidad tiene como consecuencia, señala la autora, un trato desigual por parte del sistema penal, que sirve para reforzar la desigualdad ya existente. Por eso, Pérez Cepeda propone una Política Criminal con base dogmática que tenga en cuenta el contexto de exclusión y/o pobreza en el que puede vivir la persona que comete un delito. Solo así, señala, se podrá “perfilar un sistema penal justo en una sociedad injusta”, es decir, un sistema penal que refuerce la igualdad y proteja a los que son vulnerables por su condición socioeconómica.

Entre las propuestas que plantea la autora está la de considerar al Estado cooperador por omisión cuando no garantizó a la persona que acaba cometiendo un delito los derechos económicos, sociales y culturales propios del estado del bienestar; derechos que son expectativas positivas de prestaciones que se dirigen a aminorar las desigualda-

des existentes. Recuérdese que el art. 9.2 de la Constitución española obliga a los poderes públicos a “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas” y a “remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. El incumplimiento de esta obligación por el Estado es su violación más grave pues, como señala la autora, la ausencia de garantías convierte a estos derechos en “estructuralmente inefectivos”. Si el Estado no garantizó esos derechos, es decir, la igualdad real y material, y la persona abandonada a su suerte comete un delito, Pérez Cepeda plantea que el Estado pueda ser considerado cooperador por omisión. Para esto es necesario desarrollar una teoría del delito “permeable a la justicia social”, algo que no parece haber alcanzado hasta el momento la dogmática penal.

En este sentido, plantea la autora, por ejemplo, una revisión de las causas de justificación. En concreto, respecto del estado de necesidad, critica Pérez Cepeda el hecho de que la jurisprudencia haya establecido unos requisitos tan estrictos que hacen prácticamente inaplicable esta causa de justificación en el caso de determinados delitos (normalmente, delitos patrimoniales y tráfico de drogas a pequeña escala) llevados a cabo por causa de la pobreza, lo que no es más que una manifestación discriminatoria, aporófoba, del sistema penal. Propone por ello una “valoración más laxa” de los requisitos, por ejemplo, en el caso del estado de necesidad defensivo (no agresivo) o en el caso de delitos contra bienes jurídicos colectivos, como la salud pública (piénsese en los *correos de la droga*). Ello, señala la autora, no debe tener como consecuencia ningún “efecto llamada” que algunos pueden temer pues esto solo podría suceder si la jurisprudencia sentara, cosa improbable, que siempre se debe absolver a un pobre porque siempre actúa en estado de necesidad.

En relación con otra causa de justificación, la legítima defensa, también plantea Pérez Cepeda una revisión en clave anti-aporófoba. En concreto, centra su atención en los ataques en su persona o sus bienes que sufren las personas en situación de sinhogarismo. La reacción violenta de una persona en una situación de carencia absoluta de medios ante, por ejemplo, un hurto o un robo sobre una de sus escasas pertenencias (ej. un saco de dormir en pleno invierno), puede encajar en la legítima defensa. Por eso, debería la jurisprudencia re-

pensar, dice la autora, el exceso intensivo o el error en el presupuesto de la causa de justificación, ya que la valoración del hecho por esta persona puede no ser la misma del tan mencionado “hombre medio” en el Derecho Penal.

En su revisión de las diferentes categorías de la teoría del delito, Pérez Cepeda plantea también la importancia de reformular la responsabilidad penal o culpabilidad, pues puede verse afectada cuando la persona vive en contextos de marginalidad socioeconómica. En concreto, se puede ver reducida su imputabilidad, la conciencia de la antijuridicidad o la exigibilidad de otra conducta. Así, es posible, en primer lugar, que los contextos de exclusión extrema generen un aislamiento tal que se vean afectadas las capacidades cognitivas, lo que impedirá o dificultará a la persona comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión, por lo que debería ser considerada inimputable o semi-imputable. En segundo lugar, señala Pérez Cepeda que parece evidente que, cuando la exclusión económica se una a la exclusión cultural, “no es razonable exigir (...) el conocimiento del Derecho porque es un hecho irrefutable que el/la inmigrante irregular puede desconocer la norma, al vetarles las posibilidades de integración y socialización”. Es decir, aquí deben entrar en juego, y así debería ser considerado por los tribunales, el error de prohibición, vencible o invencible. Y en tercer lugar, la autora plantea la aplicación de las causas de inexigibilidad, como el estado de necesidad exculpante y el miedo insuperable. En el primer caso, el sujeto en un contexto de exclusión y/o pobreza fruto de la injusticia distributiva se halla ante la disyuntiva de dos males iguales, y la salvaguarda de uno requiere la lesión del otro. En el segundo caso no es necesaria la ponderación de males sino que es suficiente probar la presencia de un temor fundado y razonable de sufrir una agresión inminente en sus bienes jurídicos.

Finalmente, plantea Pérez Cepeda, en el último escalón de la teoría del delito, la aplicación de una excusa absolutoria “por razones de conveniencia u oportunidad político-criminal dada la escasa gravedad e injusto material del comportamiento, siempre que el juez constate que la situación de penuria y vulnerabilidad del sujeto fue la que provocó la conducta delictiva y restituya el bien al que ha accedido”. La devolución de lo sustraído o de lo defraudado elimina la pena en otros delitos, como en los delitos contra la Hacienda Pública (regularización tributaria). El problema, sin embargo, en los delitos patri-

moniales cometidos por los marginados del sistema es que el autor carece de bienes materiales, por eso lleva a cabo el delito. Luego esta solución parece difícil de implementarse en la práctica. Sí sería posible, considera la autora, en el delito de ocupación pacífica de bienes inmuebles.

Tras la revisión general de las diferentes categorías dogmáticas que lleva a cabo Pérez Cepeda, los siguientes tres capítulos se han centrado en una concreta categoría dogmática: la culpabilidad. El detalle con el que se ha abordado en este volumen la culpabilidad manifiesta que, sin duda, una revisión en clave anti-aporófoba del sistema penal debe poner el foco, esencialmente, en esta categoría del delito. En el capítulo 2, Fuziger propone un nuevo instituto dogmático contra la aporofobia: la corresponsabilidad, definida por el autor como “la división de responsabilidad por la realización de delitos en circunstancias específicas entre el autor y el Estado (...) por la falta del Estado en ofrecer derechos sociales necesarios para la dignidad de las personas”. El punto de partida de Fuziger es “la selectividad y desproporcionalidad del sistema penal, frutos de un mecanismo de control social destinado a mantener el *status quo*”. La selectividad penal favorece, sin duda, la aporofobia. Como ha puesto de manifiesto la Criminología, las personas socioeconómicamente más desfavorecidas entran más en contacto con el sistema penal, y sufren con más dureza sus consecuencias, de ahí la necesidad de pensar en reformulaciones dogmáticas y de Política Criminal. En concreto, Fuziger propone la incorporación de la corresponsabilidad en los códigos penales (utiliza como ejemplo Brasil y España), lo que, en su opinión, habría de tener tres efectos deseables:

- 1) La contención de la selectividad penal mediante la reducción del grado de severidad de las penas sobre personas vulnerables (modificando el centro de gravedad de los beneficios penales que hoy está sobre prácticas típicas de clases privilegiadas, en el contexto del llamado “derecho penal del amigo”, vinculado a la plutofilia).
- 2) Una aplicación de sanciones dotadas de mayor proporcionalidad, ya que se evalúan mejor las circunstancias del agente.
- 3) La promoción del deber del Estado de ofrecer derechos sociales (porque la falta de estos es un parámetro para la aplicación de corresponsabilidad).

Nótese que el autor no está planteando una ausencia de la responsabilidad de las personas socioeconómicamente más maltratadas. El

instituto dogmático por el que Fuziger aboga no elimina el reproche del agente del delito, “ya que el reproche sigue existiendo y solo se mitiga en virtud de la omisión del Estado”.

En concreto, su propuesta para los dos códigos penales analizados es la siguiente. La primera propuesta de *lege ferenda* busca incorporar la corresponsabilidad al Código Penal brasileño, en el art. 22-A, que quedaría redactado del siguiente modo:

Corresponsabilidad. Art.22-A. La pena debe reducirse de uno a dos tercios, si reconocida como contributiva a la conducta delictiva la condición de vulnerabilidad del agente, caracterizada por su situación económica y social, ocasionada por la privación o precariedad en la oferta de derechos sociales.

En el Código Penal español se propone el cambio del artículo 21.7^a, con una nueva circunstancia que atenúe la responsabilidad criminal, que quedaría redactado del siguiente modo:

Artículo 21. Son circunstancias atenuantes: (...) 7.^a La circunstancia de vulnerabilidad del agente —caracterizada por su situación económica y social, ocasionada por la privación o precariedad en la oferta de derechos sociales— que contribuye a una conducta delictiva.

Estas propuestas buscan concretar la corresponsabilidad, lo que sin duda abre la puerta a una reducción de la selectividad penal, a la vez que garantiza una mayor proporcionalidad en la aplicación de la sanción, considerando las circunstancias del delincuente. El autor finaliza su propuesta recordando que la incorporación de estos preceptos al texto punitivo no servirá como solución alguna si no se tienen en cuenta por los tribunales en la práctica. De hecho, denuncia el problema en relación con el art. 56 del Código Penal de Colombia, donde se prevé la disminución o incluso la exclusión de la responsabilidad penal de quien

realice la conducta punible bajo la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, en cuanto hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tengan la entidad suficiente para excluir la responsabilidad (...).

¹ El actual párrafo 7 pasaría a ser el párrafo 8, por tratarse de una mitigación genérica que hace referencia a las hipótesis de los párrafos anteriores.

Los trabajos que han analizado su aplicación han puesto de manifiesto su ignorancia por parte de los tribunales, por lo que, a la hora de incorporar su propuesta, advierte Fuziger del peligro de caer en el Derecho Penal simbólico. Aun así considera deseable su incorporación, pues, si no se incorpora, lo que es seguro es su inaplicabilidad.

En el capítulo 3, Ollé Sesé también ha centrado su investigación en la categoría de la culpabilidad. El autor propone seguir la teoría del sujeto responsable de los profesores Bustos y Hormazábal que obliga a tener en cuenta a la hora de valorar la responsabilidad penal de la persona sus circunstancias concretas, es decir, diferentes factores sociales, culturales y económicos que le rodean. El Estado le podrá exigir responsabilidad en tanto que le haya garantizado los derechos asociados al Estado social. Por eso, propone *de lege ferenda* la instauración en el Código Penal de una atenuante específica que contemple en su enunciado atenuatorio “la situación aporofóbica, de acuerdo con los derechos económicos-sociales no recibidos”.

Ollé también ha estudiado en su capítulo algunas situaciones aporófobas que se aprecian dentro del procedimiento penal. El pobre, el excluido, no se enfrenta al sistema de justicia penal en las mismas condiciones que el resto de los ciudadanos. Ollé es expresivo al respecto al afirmar que “no combate en igualdad de armas”, lo que sin duda puede mermar su derecho a la tutela judicial efectiva. Ciertamente, en el Estado de Derecho se le garantiza al pobre una defensa de oficio por un profesional competente. En este punto, sin embargo, destaca Ollé que puede ver lesionados ciertos derechos como el derecho a la información. La tutela de este derecho le corresponde al órgano judicial, al fiscal y al abogado defensor. Este derecho puede verse en peligro cuando su titular es una persona excluida del sistema. Pone el ejemplo Ollé de los problemas de comprensión cuando el acusado es extranjero (ej. inmigrante pobre cuya lengua materna no es el castellano), pues una deficiente traducción o interpretación merma su derecho a la información. Especial importancia cobra este problema a la hora de aceptar una conformidad, técnica tan utilizada en nuestro proceso penal. Cuando la conformidad incluya el pago de una multa penal o el pago de la responsabilidad civil, los actores implicados (juez, fiscal, abogado) deben tener presente que la condición de pobreza no le permitirá hacer frente al pago, por lo que es de justicia ofrecerle alternativas, como trabajos en beneficio de la comunidad en lugar de

la multa. También deben tener en cuenta todos los actores que este acusado no podrá recabar otras opiniones de profesionales (porque no puede pagarlas). Por eso, ahí se pueden producir abusos, ya que la persona quizá se conforme con una pena que otra persona con recursos y bien asesorada nunca aceptaría. El excluido se ve sometido aquí a la amenaza de una condena mayor en juicio que se le dirá que es altamente probable, razón por la cual aceptará sin vacilación la pena de la conformidad. Estas situaciones de clara aporofobia son las que denuncia Ollé en su trabajo, a la vez que hace un llamamiento para que todos los actores tengan presente la situación de pobreza o de exclusión del acusado.

En el capítulo 4, Benito Sánchez ha centrado su análisis también en la categoría dogmática de la culpabilidad. En concreto, se plantea cómo debe reaccionar el Derecho Penal ante una persona que lleva a cabo un delito padeciendo una situación grave de exclusión social, de incomunicación y falta de socialización con el entorno. Lo que se pregunta la autora es si en estos casos se puede ver afectado el primer y más importante elemento dentro de la culpabilidad: la imputabilidad. La autora examina la posibilidad de aplicar en esos casos una eximente que se recoge en el Código Penal español pero que es prácticamente desconocida por la jurisprudencia. Se trata de la circunstancia recogida en el art. 20.3º del dicho cuerpo legal, que exime de la responsabilidad criminal al que “por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad”.

Considera Benito que no es una eximente que se pueda aplicar a los casos de comisión de un delito por una motivación exclusivamente de carencia económica, de pobreza, sino que su aplicación se debería plantear en los casos de verdadera exclusión, es decir, de privación de los derechos y las oportunidades propias del Estado del bienestar, como la educación, el empleo o la cultura. En concreto, defiende Benito que los déficits socioculturales profundos provocados por la falta de acceso a esos derechos y oportunidades pueden influir en la imputabilidad de la persona que ha llevado a cabo un hecho tipificado como delito, pues es posible que en su situación no haya tenido acceso a los valores que subyacen a las normas penales, por lo que no puede ser considerada una persona plenamente imputable a los efectos del Derecho Penal, ya que la imposibilidad de acceder a esos valores le con-

vierte en una persona que no puede ser motivada por la norma. Sentado esto, el problema que observa Benito en relación con el art. 20.3º del Código Penal es su confusa redacción. Quizá sea esta la razón por la cual la jurisprudencia apenas ha aceptado su aplicación desde su incorporación al texto punitivo en los años ochenta. Por eso, propone la autora reformular la eximente dando protagonismo a la incapacidad para conocer la significación antijurídica del comportamiento, ahora que ya ha quedado claro para la jurisprudencia que la alteración de la percepción puede tener origen en un déficit sociocultural, y no solo en un déficit sensorial (ej. sordomudez), como se entendió en el pasado. Lo relevante es la incomunicación social en la que ha vivido el sujeto, es decir, se debe constatar si ha sido o no “un verdadero miembro de la sociedad”, como ha dicho la escasa jurisprudencia en las ocasiones que se ha pronunciado sobre el art. 20.3º. Así las cosas, se podría plantear la aplicación de la eximente completa, incompleta o la atenuante analógica. En todo caso, señala la autora que su tesis no debe entenderse como una defensa de la aplicación automática del art. 20.3º CP a los delitos cometidos por personas en contextos de exclusión social. Es decir, no es una patente de corso para quien vive una situación de exclusión, pues el resto de requisitos del precepto son verdaderamente limitantes, como el requisito temporal.

En el capítulo 5 Bustos Rubio ha analizado la circunstancia agravante de discriminación por razones de aporofobia y de exclusión social, recientemente incorporada al Código Penal español en su art. 22.4ª. En su análisis, a la luz del principio de legalidad penal, el autor aplaude la inclusión de la agravante de discriminación por razón de aporofobia, término ciertamente limitado y acotado, como exige la taxatividad penal, pero critica la inclusión de la agravante de discriminación por razón de exclusión social. Considera Bustos que el concepto de persona excluida socialmente es “sumamente mutable, dinámico y cambiante, y depend[e] 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.)”. Por ello, entiende que es un término impreciso, pues su contorno aplicativo no se puede delimitar apriorísticamente. Esto le lleva a rechazar su empleo en el CP por ser incompatible con las exigencias que dimanaban del principio de legalidad.

La agravante de discriminación por aporofobia se ha analizado también en el capítulo 6, pero en esta ocasión en el ámbito del Derecho Internacional Penal. Olasolo, Cortés y Villarraga examinan si la raíz aporofóbica que puede observarse en la violencia cometida contra los habitantes de la calle, las personas sin hogar y quienes de otro modo se encuentran en situación de pobreza, puede ser considerada como una circunstancia agravante de la pena, según lo que indican el art. 78 del ECPI y en la regla 145 de las RPP. Para ello, los autores han analizado la jurisprudencia de la CPI en relación con las siguientes agravantes: “motivo que entrañe discriminación”, “especial indefensión” de las víctimas, “especial crueldad” en la comisión de los delitos y “abuso de poder o de cargo oficial”. Su investigación concluye que si bien el sistema de determinación de la pena previsto en el art. 78(1) del ECPI y en la regla 145(1) y (2) de las RPP no se refiere a la violencia originada por el rechazo, la aversión o el desprecio hacia el grupo de personas referido, “esto no significa que la aporofobia no pueda configurar tales circunstancias agravantes previstas en la regla 145(2)(b)(ii) a (v) de las RPP”. Más bien todo lo contrario, consideran los investigadores que “el amplio alcance de la agravante de ‘motivo que entrañe discriminación’ como consecuencia de la remisión realizada por la regla 145(2)(b)(v) de las RPP a las causales previstas en el artículo 21(3) del ECPI, hace que sea configurada por el elemento característico de la violencia aporofóbica: la discriminación por razón de la condición socioeconómica de las víctimas”.

Igualmente, consideran los autores que si bien el reproche de las agravantes de “especial indefensión” de las víctimas, “especial crueldad” en la comisión de los delitos y “abuso de poder o de cargo oficial” no está específicamente dirigido a responder a las situaciones de rechazo, aversión o desprecio de las víctimas debido a su falta de recursos, no cabe duda de que algunas de las manifestaciones de la violencia aporofóbica podrían dar lugar también a su configuración. Este sería el caso cuando las víctimas:

- (a) son atacadas mientras descansan o duermen por la noche en los espacios públicos (especial indefensión); (b) son quemadas vivas o golpeadas repetidamente con objetos contundentes como varas de hierro hasta dejarlas inconscientes y/o gravemente heridas o incluso provocarles la muerte (especial crueldad); (c) son agredidas activamente por funcionarios públicos que actúan abusando de su poder o de su cargo oficial (abuso de

poder o de cargo oficial); o (d) ven favorecidas las agresiones directas o la violencia estructural o simbólica que padecen por omisiones dolosas del deber de adoptar políticas públicas para su prevención o de la obligación policial de protegerlas (abuso de poder o de cargo oficial).

2. Propuestas para la parte especial del Derecho Penal

En el apartado de este volumen dedicado a las propuestas contra la aporofobia en relación con la parte especial del Derecho Penal se ha llegado a las siguientes conclusiones. En el primer capítulo de esta parte, el capítulo 7, Abadías Selma ha abordado el impacto de la COVID-19 en la violencia filio-parental, especialmente, cuando se sufre en las familias más desfavorecidas. Durante los meses de confinamiento domiciliario vividos en España al comienzo de la pandemia, esto es, de marzo a mayo del año 2020, muchas familias en las que se sufren este tipo de violencia no pudieron contar con una planificación de prevención y asistencia, ni contar con ayudas públicas, a la vez que se interrumpieron por razones sanitarias o por el colapso del sistema público de salud muchas terapias ambulatorias sobre hijos violentos. Esta situación derivó en diferentes formas de violencia filio-parental. En el CP, estas conductas tienen encaje en diversos preceptos: en el delito de lesiones del art. 153.2 (violencia familiar) y en el subtipo agravado y atenuado del mismo precepto, en los delitos de amenazas (por ejemplo, el delito leve del art. 171.1), en el delito de maltrato habitual (art. 173.2), y en el delito de vejaciones injustas (art. 173.4). Lo que plantea Abadías en este trabajo son, esencialmente, medidas de prevención para que no sea necesario el recurso al Derecho Penal, es decir, hacer realidad la conocida frase de von Liszt de que la mejor Política Criminal es una buena política social. Para ello es indispensable, antes de nada, considera el autor, recabar datos fiables en relación con la magnitud del problema, pues las estadísticas oficiales no recogen un apartado con estos delitos, sino que, como se ha visto, pasan a engrosar los datos de los delitos de lesiones, amenazas, etc. Conocido el problema real se podrá diseñar la estrategia preventiva, que en todo caso deberá incluir medidas como: (1) Campañas de sensibilización. Aquí juegan un papel preponderante los medios de comunicación, quienes sí realizan este tipo de campañas en relación con otras conductas intolerables para la sociedad, como la violencia

de género. (2) Creación de una comisión interdisciplinar e interautonómica compuesta por expertos en VFP para elaborar unos estándares mínimos. Téngase en cuenta que cuando el hijo agresor es menor, las medidas judiciales son competencia de las diferentes comunidades autónomas, por lo que la falta de una política común puede generar desigualdades, que con seguridad incidirán con más dureza sobre las familias más vulnerables socioeconómicamente. (3) Dotación de recursos. Cualquier medida preventiva de la criminalidad tiene un coste económico, cuestión que no debe ser olvidada, pues sin inversión no pueden triunfar estas medidas. Debe tenerse en cuenta que es una inversión a futuro para la sociedad. Cuando el delito ya se ha cometido, plantea Abadías la necesidad de hacer un seguimiento del menor a lo largo del tiempo tras el cumplimiento de la medida judicial. Esta tarea no es sencilla, pues el sistema penal de menores no genera antecedentes, pero aun así, respetando los derechos del menor, propone que debiera ser posible este seguimiento para evaluar si las políticas funcionan o no.

En el capítulo 8 Casanueva Sanz ha abordado un tema relacionado con la violencia de género. En el contexto de este proyecto queda claro que una revisión del sistema penal en clave anti-aporófoba debe tener en cuenta que la mujer pobre (en muchas ocasiones, a la vez, inmigrante) es especialmente vulnerable ante determinadas modalidades delictivas, como la trata de personas o los delitos contra la libertad sexual. Esta circunstancia no debe ser olvidada por el sistema penal, siendo necesaria una revisión con perspectiva de género del mismo. En los últimos años se ha avanzado al respecto, no solo en el ámbito del Derecho Penal, sino en mucho otros, relacionados o no con el Derecho. En concreto, en la materia que nos ocupa, la legislación penal, la mujer se ha convertido en un sujeto específico de protección, habiéndose desarrollado, como indica Casanueva, todo un despliegue legislativo tanto a nivel nacional como internacional. En este sentido, por ejemplo, al CP español se agregó la agravante de discriminación por razones de género a través de la LO 1/2015. Por la misma ley se incorporó al texto punitivo el delito de acoso, que no se refiere expresamente a la mujer como víctima, aunque la evidencia empírica analizada por Casanueva revela que efectivamente en los delitos de acoso (en general, no solo para el caso español) ella suele ser la víctima de este delito. Y en concreto, en el caso del delito del

CP español, en el 74% de las ocasiones, la mujer había tenido una relación sentimental con el acosador. Pese a los datos, la redacción del tipo penal le lleva a Casanueva a concluir que, si la intención del legislador era hacer frente a determinados supuestos de violencia de género, no se ha logrado pues el párrafo primero se ha configurado como un delito común. Y en relación con el párrafo segundo, la autora critica que solo se hace referencia al ámbito familiar pero no al género, a diferencia de lo que sucede en otros delitos como los de lesiones, amenazas y coacciones. En definitiva, se invisibiliza a la mujer víctima de este delito, como sucede también, por cierto, en el delito de maltrato habitual. Esa invisibilización puede ser aún mayor cuando se trate de mujeres en situación de precariedad por la dificultad en el acceso al sistema de justicia, agudizándose sobre ellas el impacto del acoso sufrido. La autora propone, por eso, una revisión del tratamiento penal de las agresiones que sufren las mujeres, un paso necesario para lograr la igualdad real y efectiva a la que ya se ha hecho referencia al comienzo de este capítulo.

Los dos siguientes capítulos abordan problemas específicos en el ámbito de los delitos patrimoniales, en concreto, en el delito de hurto. Como se ha puesto de manifiesto en esta obra, los delitos patrimoniales (de escasa cuantía) suelen ser los delitos llevados a cabo por las personas más desfavorecidas. Como se ha apuntado, los marginados llevan a cabo conductas marginales, de escasa lesividad, cuya inclusión en el CP cuestiona principios limitadores de la intervención penal. En concreto, en el capítulo 9, Liñán Lafuente ha analizado la aplicación de la causa de justificación del estado de necesidad provocado por la pobreza en los delitos patrimoniales. El autor plantea en este capítulo la necesidad de revisar los criterios que está empleando la jurisprudencia española en la actualidad, tan estrictos que hacen prácticamente inaplicable esta causa de justificación. El problema que señala Liñán en la práctica, especialmente respeto de personas en una situación de marginalidad socioeconómica que son acusadas y alegan esta causa de justificación, es la interpretación del presupuesto de la causa de justificación, absolutamente restrictivo en opinión de los tribunales españoles. En su análisis de la jurisprudencia más reciente, concluye Liñán 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 prácticamente imposible que se aplique 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, salvo que el tribunal opte por una interpretación flexible de este último requisito.

Con todo, en opinión del autor, la causa de justificación del estado de necesidad no es la solución más adecuada para las personas que delinquen debido a la situación de pobreza que padecen, pero que no se encuentran en la situación de conflicto extremo entre dos bienes jurídicos (siendo necesario lesionar uno para salvar el otro), sino que la pobreza o la marginalidad les lleva a delinquir como medio idóneo para resolver una situación de inmediata necesidad (saciar el hambre, vencer el frío...). Para estos casos, Liñán realiza una propuesta *de lege ferenda* consistente en incorporar una atenuante específica al CP español, en sentido similar al planteado por Ollé. Reconoce el autor otras propuestas de la doctrina que han abogado por aplicar la atenuante analógica del art. 21.7 a estos supuestos, pero en su opinión se debe “dar un paso más” con una atenuante específica, algo que, por cierto, como explica el autor, ya existió en algunos códigos penales españoles del siglo XIX. El fundamento de la atenuación de la pena sería “la menor reprochabilidad del hecho a aquel que se encuentra en una situación de miseria con menor capacidad para ser motivado por el cumplimiento de las normas de un Estado que no le proporciona el mínimo bienestar”. Plantea Liñán que al igual que otras atenuantes del art. 21, en concreto, la segunda y la tercera, aquí también se debe tener en cuenta la “situación previa que ha llevado a delinquir”, lo que hace disminuir la reprochabilidad del hecho y, por lo tanto, debe llevar a rebajar la pena por la menor culpabilidad del sujeto. En concreto, propone Liñán la incorporación de este inciso al art. 21:

la de actuar el culpable que estuviera en estado de pobreza para satisfacer sus necesidades básicas de subsistencia, o la de las personas que se encuentren a su cargo.

De esta manera, la exclusión socioeconómica del sujeto podría ser ponderada en el ámbito de la graduación de la pena, sin que fuese necesario restringir esta valoración a la existencia o inexistencia de la causa de justificación del estado de necesidad.

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, como atenuante genérica. Por ejemplo, y enlazando con el capítulo 14 de este volumen, se podría aplicar a los correos de la droga a los que no se les admite en nuestra jurisprudencia la causa de justificación del estado de necesidad.

Siguiendo con los delitos patrimoniales, en el capítulo 10 Herrero Giménez ha abordado un problema específico que se presenta en la praxis española, que tiene que ver con la valoración del objeto sustraído en los delitos de hurto. Téngase presente que el CP español distingue el delito leve de hurto, que lleva aparejada una multa de uno a tres meses, del delito del tipo básico, que conlleva siempre pena de prisión (de seis a dieciocho meses). La diferenciación se realiza en función del valor de los sustraído: si la cuantía no supera los 400€, entonces se aplica el delito leve. El autor analiza aquí un problema que afecta a quienes realizan estas conductas, ya que el prototipo de delito que comete el marginado es este delito patrimonial, aunque la problemática que plantea al autor se extiende a cualquier autor de esta modalidad delictiva.

A la hora de valorar el objeto sustraído, la LECrim obliga a tomar como referencia el precio de venta al público, es decir, el precio con IVA, lo que en ocasiones supone una transformación del delito leve en el delito del tipo básico. Es decir, una elevación considerable de la pena. Herrero reflexiona sobre si esta regulación podría considerarse una manifestación del Derecho Penal de la aporofobia por exceso. El autor considera que hay argumentos suficientes para rechazar la incorporación del IVA en la valoración de la cuantía de lo sustraído en el delito de hurto, lo que reducirá el impacto negativo del Derecho penal en las personas más desfavorecidas socioeconómicamente que sean condenadas por hurto. Los argumentos, todos ellos con respaldo jurisprudencial, son diversos, pero entre ellos se puede destacar, por ejemplo, el que aboga por una interpretación restrictiva de los elementos de los tipos penales, es decir, una interpretación menos perjudicial para el acusado, lo que es coherente con el principio de intervención mínima. Señala el autor, además, que no tiene sentido incluir en la valoración de la cuantía el precio IVA en tanto que no hay posibilidad de incorporar el recargo del IVA a los objetos hurtados, precisamente

por la inexistencia de producción del hecho imponible generador de la obligación.

Los dos capítulos subsiguientes han analizado un tema que, al contrario del anterior, encaja en el llamado Derecho Penal de la aporofobia *por defecto*. Recuérdese que se entiende por tal un Derecho Penal que no tutela de manera adecuada los bienes jurídicos de las personas socioeconómicamente más desfavorecidas. Un ejemplo de esto lo encontramos en los ataques medioambientales. En el capítulo 11 Ruiz Arias ha analizado las diferentes aportaciones que desde la Criminología crítica se han realizado a la regulación de la responsabilidad penal de las empresas por delitos medioambientales. El hecho de que el Derecho Penal ignore la responsabilidad de las empresas o no las castigue con sanciones proporcionadas, disuasorias y eficaces es también una manifestación del carácter discriminatorio del Derecho Penal, el cual pone el foco en la delincuencia marginal e ignora la delincuencia de cuello blanco, entre la que suelen encontrarse los ataques al medio ambiente. En su análisis concluye que “víctimas más desfavorecidas por los delitos ecológicos lo pueden ser desde la comparación territorial: por un lado, entre países del Norte y del Sur, consecuencia de un modelo extractivista y de la falta de una Política Criminal común a nivel internacional; también desde un enfoque urbano, dado que las empresas ubican sus fábricas cerca de los lugares donde viven las personas más pobres, los afrodescendientes y las minorías étnicas”, aunque matiza que parte de la doctrina no observa relación de causalidad en este último enfoque.

Para un abordaje más justo de la responsabilidad por delitos medioambientales, Ruiz propone la adopción de un convenio internacional de delitos medioambientales que, además, ponga el foco en las políticas preventivas. Asimismo, considera la autora que se debería incorporar al ECPI un quinto crimen internacional, el ecocidio, que incluiría los ataques más graves a la naturaleza que afecten a la seguridad del planeta. Igualmente, propone Ruiz el uso de los programas de cumplimiento normativo para la prevención de los ataques medioambientales. En este punto, los programas deberían contener un mapa de riesgos penales de acuerdo con los tres niveles de definiciones favorables al crimen elaborado por Sutherland: macro, meso y micro. El primero ha de tener en cuenta las condiciones estructurales que pueden favorecer la realización de estos delitos (ej. falta de recur-

sos, competitividad externa, incertidumbre del mercado). El nivel meso ha de tener en cuenta los factores criminógenos dentro de la propia organización en la que se comete el delito. El nivel micro pone el foco en el individuo y en los factores que influyen en cómo piensa, elige y actúa como miembro de la organización. Finalmente, plantea la autora un abordaje de los delitos medioambientales en clave restaurativa, en concreto, a través de una reparación ejecutada mediante las penas de multa, el decomiso y la responsabilidad civil *ex delicto*.

En el capítulo 12 Berdugo ha centrado la problemática de los delitos medioambientales en la Amazonia, el espacio de mayor significado medioambiental del planeta. En concreto, analiza el autor la respuesta que debe dar el Derecho frente a los ataques tan graves que llevan a cabo en la zona las grandes multinacionales que allí operan. Sus reflexiones son obviamente extrapolables a los ataques más graves al medio ambiente en otros lugares del planeta. En su opinión, se debe avanzar en el siguiente camino: de la consideración del medioambiente como bien jurídico nacional a su consideración como bien jurídico internacional. La internacionalización de este bien jurídico tendrá dos consecuencias esenciales sobre su tutela, en opinión de Berdugo. En primer lugar, los ordenamientos nacionales deben asumir su protección, como ya lo hacen para tutelar otros bienes jurídicos internacionales, aunque en este punto debe entrar en juego no solo el Derecho Penal sino también el Derecho Administrativo, como paso previo antes de llegar a la *ultima ratio* del Estado. En segundo lugar, dada la importancia del bien jurídico y su carácter internacional, se torna necesario elaborar instrumentos legales internacionales que garanticen una respuesta eficaz por parte de todos los estados a los ataques de mayor importancia al medio ambiente. En definitiva, en el abordaje de los ataques medioambientales habrá que recurrir al Derecho Administrativo, quizá para los casos de menor entidad; al Derecho Penal para otros más graves y al Derecho Penal Internacional para los ataques que afecten globalmente a la vida en el planeta. En este último punto, Berdugo aboga también, como Ruiz, por la consideración de los ataques más graves contra el medio ambiente como delitos internacionales y por considerar la incorporación a ese elenco del delito de ecocidio

En el capítulo 13, Remersaro Coronel ha analizado también una de las expresiones del Derecho Penal de la aporofobia por defecto. En

este caso, se ha centrado en el estudio de la protección (o desprotección) penal de los trabajadores por vulneraciones de su derecho a la vida y su derecho a la salud. Como señala la autora, el trabajo es una de las manifestaciones de los DESC. El problema que se plantea al respecto es que “no todos los países ostentan el mismo acceso al trabajo, ni similar legislación tuitiva”, por lo que ese derecho queda en evidencia. Además, la protección de los trabajadores más vulnerables es también una tarea pendiente en múltiples ordenamientos, lo que puede entenderse, en opinión de la autora, como una manifestación más de la aporofobia institucionalizada. En concreto, en el caso del trabajo, se aprecia la aporofobia institucionalizada en el hecho de aprobar leyes o políticas que ignoran que “no todos los trabajadores portan los mismos derechos, ni son sometidos a los mismos riesgos, de hecho, son los trabajadores más empobrecidos los que a diario ponen su vida y salud en peligro”. En su análisis, Remersaro estudia de manera comparada la legislación penal en materia de riesgos laborales en Europa y en América Latina. Su investigación concluye señalando que “la protección de la seguridad en el trabajo a través del sistema penal se encuentra sólidamente constituida en las legislaciones de los países europeos”. Para ello, se utiliza la técnica de los delitos de peligro, a favor de la cual se manifiesta la autora. En los países de América Latina, sin embargo, señala la autora que son muy pocas las legislaciones que cuentan con tipos penales que tutelen la salud y la vida de los trabajadores, pese a los elevados índices de siniestralidad laboral. Además, pone de manifiesto Remersaro que los países latinoamericanos que han incorporado el delito de peligro en este ámbito son un claro ejemplo de que no es suficiente la criminalización primaria, sino que hay que asegurar la aplicación de la ley, pues en su estudio aprecia que en el proceso penal surgen muchas dificultades en la práctica para condenar por este delito. Es por ello por lo que propone acciones de mejora, como la creación de una fiscalía especializada en siniestralidad laboral, como existe en España. Aunque reconoce la autora que el Derecho Penal no es la solución a la siniestralidad laboral, como no lo es a muchos de los problemas sociales que se han abordado en este volumen, la incorporación de los delitos contra la vida y la salud de los trabajadores que reclamara la autora no supone una expansión del *ius puniendi* del Estado ni una reformulación de los principios de imputación penal. Sencillamente se persigue con eso “salvaguardar

bienes jurídicos de suma importancia para los trabajadores y adherir un segmento de protección a un ámbito con gran dañosidad social, en donde existe una desigualdad estructural”. Incorporar estos delitos a los códigos penales en los que no están previstos y, sobre todo, asegurar su aplicación por parte de los tribunales es de justicia si el Estado pretende ser verdaderamente *social*. Este será el modo para acabar con la aporofobia del sistema que critica la autora en este capítulo.

En el siguiente capítulo, Gil Nobajas ha analizado la aplicación de la causa de justificación del estado de necesidad a determinados delitos relacionados con el tráfico de drogas. La autora comienza explicando que en el ilícito negocio de la droga intervienen multitud de personas con diferentes roles, “cuyo grado de importancia suele estar en una relación inversamente proporcional al riesgo que asume la persona de ser detenida por la policía”. Asimismo, las mayores ganancias de este comercio ilegal recaen en quienes se sitúan en la cúpula, no en los agricultores o campesinos que cultivan la droga, ni en los transportistas que intervienen en los estadios intermedios acercando la droga al punto de venta. Aunque en el negocio de la droga todos ganen, sin duda unos lo hacen más que otros. Por eso, no es infrecuente que este mercado se alimente y aproveche de la pobreza. Muchas de las transacciones no están motivadas por la codicia sino por la necesidad, señala la autora, de manera que la implicación en el tráfico de drogas es, en ocasiones, una consecuencia de la penuria económica. De hecho, considera Gil que también son víctimas del narcotráfico las personas que constituyen “una mano de obra barata a disposición, fácilmente asequible y reemplazable, para cubrir las funciones más expuestas a la actuación policial y arriesgando, en muchas ocasiones, su vida para ello”. Ahí se encuentran las mulas o correos de la droga, en los que se ha centrado el trabajo de Gil. En concreto, se ha realizado un detallado análisis jurisprudencial sobre la aplicación del estado necesidad motivado por la situación económica del sujeto. Un estudio que es extrapolable, como señala la autora, a cualquier otra contribución al tráfico de drogas motivada por la penuria económica. En su investigación concluye que la aplicación jurisprudencial del estado de necesidad en el caso de los correos de la droga por motivos económicos “evidencia un planteamiento ideológico en cuanto al tratamiento jurídico-penal de las drogas y de la pobreza”. Como pone de manifiesto la autora, en estos casos, en el autor concurre una triple

vulnerabilidad por su condición de pobre, extranjero e inmigrante, lo que en ocasiones le coloca en el proceso penal ante una desigualdad de armas. La exigencia de probar, para que se admita el estado de necesidad, situaciones y circunstancias acontecidas a miles de kilómetros de España no es una tarea sencilla en estos casos, de ahí que se sitúen de entrada en una posición desigual en el proceso. El excesivo rigor de los tribunales en cuando a la prueba de los requisitos del estado de necesidad lleva, señala la autora, a una prueba diabólica “sobre todo en lo concerniente al agotamiento de los medios lícitos para resolver la situación de necesidad, mediatizada por la percepción del Estado social del país en el que son enjuiciadas y condenadas estas personas”. Además, también se aprecia un profundo trasfondo ideológico que coincide con una Política Criminal prohibicionista que lleva a que cualquier conducta de contribución al comercio ilegal de las drogas deba ser castigada por los tribunales. Es por eso por lo que Gil propone una revisión de la doctrina jurisprudencial que trata de desacralizar el bien jurídico salud pública y que pivota sobre los siguientes elementos para la aplicación del art. 20.5: 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 una puesta en peligro concreto de la vida; ii) superar una interpretación 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; iii) realizar un juicio de ponderación en el que los tribunales realicen un verdadero ejercicio valorativo de 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,

El último de capítulo de la parte especial, Mendoza Calderón ha abordado uno de los temas más actuales: el discurso del odio. Dado el tema de esta obra colectiva, este capítulo se centra en el discurso del odio contra colectivos vulnerables por su condición socioeconómica, concretamente, el colectivo de extranjeros pobres. La autora se plantea cómo debe responder el Derecho Penal a estas conductas desde los principios de lesividad y de intervención mínima. Por reprochables que parezcan determinados comentarios o expresiones, en este caso

contra al colectivo de inmigrantes, critica Mendoza la amplitud del art. 510 CP, donde se recoge el delito en relación con el discurso del odio. Plantea la autora una interpretación restrictiva del mismo, para lo cual aboga por distinguir lo que denomina “discurso meramente impopular” del discurso del odio. Lo primero debe quedar fuera del mencionado artículo. Y respecto del discurso del odio, entiende Mendoza en la línea de la jurisprudencia española, que la tipicidad penal debe limitarse a las conductas en las que “la difusión (atendiendo a la forma y el ámbito en que se llevara a cabo y a lo que se difundiere) implicara un peligro cierto de generar un clima de hostilidad que pudiera concretarse en actos de violencia, odio o discriminación contra aquellos grupos o sus integrantes”. O en otras palabras, debería limitarse a los casos “que pudieran por las características de la difusión o del contenido del mensaje, mover su sentimientos, primero y su conducta después, en una dirección peligrosa para aquellos bienes [jurídicos]”.

En este capítulo, Mendoza también ha abordado una problemática específica en relación con el discurso del odio, como es el uso de noticias falsas (*fake news*) en internet contra los colectivos más vulnerables. En la red el discurso del odio tiene algunas particularidades como la sobreabundancia comunicativa, la descentralización de la comunicación y la permanencia de los contenidos, lo cual sin duda condiciona el abordaje desde el Derecho. En este ámbito, la autora señala que es muy importante acotar el concepto de noticia falsa que afecte al derecho a la información y, colateralmente, al derecho a la libertad de expresión. Solo así se podrá ponderar la intervención del Derecho Penal, que considera la autora debe seguir siendo el último recurso, y no la *prima ratio* como parece reclamarse en la sociedad en el momento actual.

3. La perspectiva anti-aporófoba

Esta obra colectiva pretendía ofrecer una serie de propuestas para paliar los efectos de una legislación penal y de un sistema penal que aún poseen tintes aporófobos. La criminalización de la pobreza y la exclusión, como se ha puesto de manifiesto, ha sido una constante a lo largo de la historia, pero en el momento actual no es aceptable. 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.

El camino para acabar o, al menos, para reducir la discriminación por parte del sistema penal que sufren las personas más maltratadas socioeconómicamente no es sencillo. No es suficiente la aprobación de reformas aisladas en el ámbito penal o el cambio jurisprudencial en relación con los temas abordados en esta obra (ej. el estado de necesidad, la culpabilidad penal). Es necesario replantear toda la política criminal con una perspectiva anti-aporófoba. Esto implica que, en primer lugar, en la llamada criminalización primaria, tenga en cuenta el legislador la desigualdad socioeconómica a la hora de realizar la selectividad penal. El Derecho Penal debe ser la *ultima ratio* del Estado, por sus dañosos efectos sobre quien sufre la pena. Por eso, en el diseño de las conductas típicas, el legislador debe ser escrupuloso con el respeto a los principios de lesividad y de intervención mínima, de modo tal que solo recoja como delitos los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes, a los que no se les pueda dar respuesta desde otras ramas del Derecho menos lesivas. En la selectividad penal, y respetando estos mismos principios, debe el legislador penal incluir en el texto punitivo como delito los ataques más significativos a los bienes jurídicos de las personas más maltratadas socioeconómicamente, ataques que, en el momento actual, son en ocasiones ignorados por el Derecho Penal. Al Derecho Penal le corresponde la tutela de estos bienes jurídicos que, por pertenecer a los marginados socioeconómicamente, se han visto en ocasiones desprotegidos, como sucede con los trabajadores más vulnerables. En este punto se debe prestar especial atención a la delincuencia económica y empresarial, donde se pueden perpetrar esos delitos, y debe el Derecho Penal encontrar fórmulas para exigir responsabilidad acabando con los privilegios de un Derecho Penal “del amigo”, que no es más que una muestra del carácter discriminatorio que puede tener en ocasiones la ley penal.

La perspectiva anti-aporófoba debe tenerse en cuenta también en la criminalización secundaria, es decir, en la aplicación de la ley penal. En este punto es esencial la consideración de la precariedad socioeconómica del autor en todo el proceso penal, desde el momento en que la persona que ha cometido un delito entra en contacto con el sistema

penal hasta que se llegue a su finalización, incluso con una sentencia condenatoria, que también debe considerar la desigual condición socioeconómica de su autor. La precariedad también debe tenerse en cuenta durante todo el proceso cuando es la víctima quien vive en esa situación, pues sus recursos para denunciar o para continuar con un proceso penal pueden ser verdaderamente inferiores, por lo que debe la ley esforzarse en proteger a esta víctima y en tutelar sus bienes jurídicos.

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. Es decir, la política criminal en clave anti-aporófoba servirá para mitigar los efectos del Derecho Penal y del sistema de justicia penal sobre la persona socioeconómicamente desfavorecida que comete un delito, 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.

Apuesta por Tirant Online, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa de España.*



www.tirantonline.com

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- * Biblioteca Virtual
- * Herramientas Salariales
- * Calculadoras de tasas y pensiones
- * Tirant TV
- * Personalización
- * Foros y Consultoría
- * Revistas Jurídicas
- * Gestión de despachos
- * Biblioteca GPS
- * Ayudas y subvenciones
- * Novedades

* Según ranking del CSIC

 96 369 17 28

 96 369 41 51

 atencionalcliente@tirantonline.com

 www.tirantonline.com