Universitat Autònoma de Barcelona

Dipòsit digital de documents de la UAB

This is the **published version** of the bachelor thesis:

Palmarola Molina, Júlia; Bonet Esteva, Margarita , dir. La introducción de la agravante por razón de aporofobia en el artículo 22.4 del Código Penal, una respuesta a la aporofobia por defecto. 2022. 43 pag. (949 Grau en Dret)

This version is available at https://ddd.uab.cat/record/264982

under the terms of the license

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Título: La introducción de la agravante por razón de aporofobia en el artículo 22.4 del Código Penal, una respuesta a la aporofobia por defecto.

Autora: Júlia Palmarola Molina

Curso: 2021-2022

Tutora: Margarita Bonet Esteve

ÍNDICE

1. Introducción……..…3

2. Aporofobia institucionalizada. Criminalización de la pobreza……....5

a. Aporofobia en el Derecho Penal por exceso……6

b. Aporofobia en el derecho penal por defecto……..13

3. La introducción de la agravante por razón de aporofobia en el artículo 22.4 del Código Penal, una respuesta a la aporofobia por defecto…….....16

a. Naturaleza del artículo 22.4 del Código Penal…….……..16

i. Posición doctrinal ante la introducción del precepto…….17

ii. Fundamento del precepto…….……..…18

b. Realidad social de los crímenes por aporofobia en España…….……..20

i. La cuantificación de la aporofobia en España……22

c. Realidad jurisprudencial de la criminalidad aporofóbica con anterioridad a su tipificación en el artículo 22.4 del Código Penal……...26

i. Introducción a la problemática……...26

ii. La aplicación de la agravante de alevosía……..30

iii. La aplicación de la agravante de abuso de superioridad……31

d. La introducción de la aporofobia en el artículo 22.4 del Código Penal……...32

i. Características de aplicación de esta nueva agravante……...34

4. Conclusiones……..37

5. Bibliografía……....39

Resumen

En el siguiente trabajo se analiza la problemática de la aporofobia institucionalizada. Asimismo, se desarrollan las dos manifestaciones de aporofobia que encontramos en el derecho penal: por exceso y por defecto. En la última parte del trabajo, se estudia una posible respuesta a la aporofobia por defecto que adoptó el legislador con la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia: la introducción de la agravante por razón de aporofobia en el artículo 22.4 del Código Penal.

Abstract

The following paper analyses the problem of institutionalised aporophobia. It also develops the two manifestations of aporophobia found in criminal law: by excess and by default. In the last part of the paper, we study a possible response to aporophobia by default adopted by the legislator with Organic Law 8/2021, of 4 June, on the comprehensive protection of children and adolescents against violence: the introduction of the aggravating circumstance of aporophobia in article 22.4 of the Criminal Code.

1. Introducción

El término "aporofobia" nació de la mano de Adela Cortina Orts, Catedrática de Ética y Filosofía Política de la Universidad de Valencia en el año 1995 como título de una columna de opinión en el diario "ABC Cultural"[1]. No obstante, este término no se popularizó hasta 2017, cuando Adela Cortina publicó su libro "*Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*", proponiendo a la RAE la adopción del término aporofobia (del griego á-poros, pobre, y fóbeo, espanto), entendido como el rechazo o el odio a la persona pobre[2]. 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*»[3]. Tal como afirma CORTINA[4], un grupo de asociaciones que trabajaba con personas sinhogar creyó que era importante asumir el término aporofobia. Fueron ellas las que pusieron la problemática sobre la mesa, y las que apoyaron la propuesta de Cortina de introducir el término Aporofobia en el diccionario.

El concepto de aporofobia manifiesta una emoción de rechazo hacia el que carece de medios o de recursos[5], considerando a estas personas como inferiores[6] e insignificantes en una sociedad tan productiva como la nuestra[7]. La justificación

---

[1] Bustos, M. (2020). Aporofobia institucionalizada: el Código Penal como herramienta. *Derechos Humanos ante los nuevos desafíos de la globalización* (pp. 1467–1484). Dykinson.

[2] Bustos, M. (2020a). *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (Art. 22, 4ª CP.)*. J.M. Bosch

[3] Real Academia Española. (2017). *aporofobia.* Diccionario de la lengua española

[4] Cortina, A. (2020, 16 octubre). *Conferencia de Adela Cortina: ¿Qué es la aporofobia?. Congreso Aporofobia y Derecho penal* [Vídeo]. YouTube. https://www.youtube.com/watch?v=_G0xlacHDWQ

[5] Martinez Navarro, E. (2002): "Aporofobia". *Glosario para una sociedad intercultural* (pp. 17-23). Bancaja.

[6] Ramón Fernández, F. & Prósper, J. (2021). Aporofobia, segregación y descenso a los infiernos. *Ética y Cine Journal* (pp 31-39)

[7] Andrade, M. (2008). ¿Qué es la "aporofobia"? Un análisis conceptual sobre prejuicios, estereotipos y discriminación hacia los pobres. En *Revista do PPGPSUENF* (pp. 117–139). Agenda Social.

detrás de la conducta aporófoba suele partir de prejuicios[8], principalmente la creencia de la culpabilidad de esa persona sobre su propia situación[9]. Así, la aporofobia, como la xenofobia, la homofobia o el racismo, son patologías sociales a las que tiene que hacerse frente desde el Gobierno y la educación[10].

CORTINA[11] quiere llamar la atención sobre un elemento que caracteriza a la sociedad actual, que no se identifica con dos palabras ya existentes, la xenofobia y el racismo. Advierte la autora que "*no marginamos al inmigrante si es rico, ni al negro que es jugador de baloncesto, ni al jubilado con patrimonio: a los que marginamos son a los pobres*". Así, la construcción de este concepto es relevante para delimitar un nuevo eje de discriminación: la capacidad económica; del mismo modo, es la premisa moral y política que permite adoptar medidas contra una situación de discriminación determinada[12]. Siendo misión del Derecho penal lograr la tutela e intangibilidad de los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más intolerables, también desde este ámbito deben estudiarse las mejores vías de intervención frente al fenómeno de la delincuencia aporófoba[13].

En el siguiente trabajo se analiza la problemática de la aporofobia institucionalizada, teniendo en cuenta que el derecho es una de estas instituciones que podríamos calificar de aporófobas[14]. Asimismo, se desarrollan las dos

[8] Bustos, M. (2020). Aporofobia institucionalizada: el Código Penal como herramienta. *Derechos Humanos ante los nuevos desafíos de la globalización* (pp. 1467–1484). Dykinson.

[9] Vila-Viñas, D. (2021). Análisis socio-jurídico de las transformaciones en la provisión de seguridad. Austeridad y aporofobia como racionalidades estructurantes de los derechos sociales de grupos vulnerables. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* (45.ª ed., pp. 195–226). Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Málaga.

[10] Cortina, A. (2017). *Aporofobia, el rechazo al pobre*. Paidós.

[11] Cortina, A.; Martínez, E. (1996): *Ética*. Santillana.

[12] Vila-Viñas, D. (2021). Análisis socio-jurídico de las transformaciones en la provisión de seguridad. Austeridad y aporofobia como racionalidades estructurantes de los derechos sociales de grupos vulnerables. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* (45.ª ed., pp. 195–226). Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Málaga.

[13] Bustos, M. (2020). *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (Art. 22, 4ª CP.)*. J.M. Bosch

[14] Terradillos, J. M. (2020). *Aporofobia y plutofilia. La deriva jánica de la política criminal contemporánea*. Bosch Editor.

manifestaciones de aporofobia que encontramos en el derecho penal: por exceso y por defecto. Respecto a la aporofobia por exceso, se analiza cómo el diseño de políticas criminales tiende a criminalizar prácticas asociadas a personas que se encuentran en situación de pobreza[15]. Por contra, al hablar de aporofobia por defecto, se estudian dos problemas: (a) la vertiente que se caracteriza por no discriminar al excluido, sino por ser tolerante con el delincuente de cuello blanco, responsable de graves delitos contra derechos sociales y bienes jurídicos colectivos; y (b) por no dar suficientemente protección a las personas en situación de pobreza y exclusión social, ante agresiones que pueden sufrir por el simple hecho de su situación (crímenes por razón de aporofobia).

En la última parte del trabajo, se estudia una posible respuesta a la aporofobia por defecto que adoptó el legislador con la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia: la introducción de la agravante por razón de aporofobia en el artículo 22.4 del Código Penal. Para ello: en primer lugar se desarrolla cuál es la naturaleza de este precepto; seguidamente se analiza la necesidad de la introducción de la agravante de aporofobia, a través de un estudio de la realidad social de los crímenes por razón de aporofobia en España y de la realidad jurisprudencial de la criminalidad aporofóbica con anterioridad a su tipificación en el artículo 22.4 del Código Penal; para terminar finalmente hablando de la propia introducción de esta agravante concreta.

2. Aporofobia institucionalizada. Criminalización de la pobreza.

Desde el punto de vista social y económico, ha cogido fuerza recientemente el concepto de aporofobia institucionalizada[16]. Este fenómeno se define como la existencia de ciertas instituciones sociales, de carácter público o privado, que

---

[15] Bustos, M. (2020). Aporofobia institucionalizada: el Código Penal como herramienta. En *Derechos Humanos ante los nuevos desafíos de la globalización* (pp. 1467–1484). Dykinson.

[16] Bustos, M. (2020). Aporofobia institucionalizada: el Código Penal como herramienta. En *Derechos Humanos ante los nuevos desafíos de la globalización* (pp. 1467–1484). Dykinson.

generan prácticas discriminatorias hacia la población empobrecida, y que van más allá de la aporofobia visible y manifiesta[17].

El derecho es una de estas instituciones que podríamos calificar de aporófobas[18]. No se pretende en este estudio justificar cómo esta institución, que encuentra en sus principios la igualdad y la justicia, ha podido terminar convirtiéndose en un instrumento generador de aporofobia. No obstante, cabe tener en cuenta que en una sociedad estructuralmente desigual y discriminante, la idoneidad y eficiencia de la política criminal depende de su capacidad para aceptar y reforzar la preexistente exclusión de sectores de ciudadanos; hayan entrado (criminalización secundaria y terciaria) o no (criminalización primaria) en contacto efectivo con los aparatos de control penal[19].

En el derecho penal la aporofobia encuentra dos manifestaciones: por exceso y por defecto[20]. Ambas se expondrán a continuación.

a) Aporofobia en el Derecho Penal por exceso

La aplicación del Derecho penal conduce a menudo a encarcelamientos evitables y a un desequilibrio social considerable[21], a causa de que se tiende a apartar a las personas pobres o sin suficientes recursos económicos de lo que se consideraría la normalidad social y política. En múltiples ocasiones el diseño de políticas criminales tiende a criminalizar prácticas asociadas a personas que se encuentran

---

[17] Expósito Marín, A. J. (2015). *Una aproximación a la aporofobia institucionalizada*. Asociación castellano manchega de sociología.

[18] Terradillos, J. M. (2020). *Aporofobia y plutofilia. La deriva jánica de la política criminal contemporánea*. Bosch Editor.

[19] Terradillos Basoco, J. M. (2019). Un sistema penal para la aporofobia. En *Un juez para la democracia* (pp. 353–364). Dykinson.

[20] Bustos, M. (2020). Aporofobia institucionalizada: el Código Penal como herramienta. En *Derechos Humanos ante los nuevos desafíos de la globalización* (pp. 1467–1484). Dykinson.

[21] Neubacher, F., & Bögelein, N. (2020). ¿Criminalidad de los pobres - criminalización de la pobreza? Análisis de dos conceptos recalcitrantes? En *Sistema Penal Crítico* (1.ª ed., pp. 43–67). Universidad de Salamanca.

en situación de pobreza, estigmatizando aún más con ello al individuo y aumentando su permanencia en ese estado[22].

Del mismo modo, los medios de comunicación y otros actores sociales con capacidad de influencia contribuyen al incremento de la alarma social y de la sensación de inseguridad generadas por la delincuencia patrimonial habitual, protagonizada en mayor medida por sujetos jóvenes, procedentes de entornos marginales, con una educación deficiente y con problemas de drogadicción[23]. Se trata de conducir al terreno de la criminalidad un problema que es social y político, a través de un empleo del más flagrante populismo punitivo. Esto es lo que en alguna ocasión se ha llamado el derecho penal del enemigo[24].

El Derecho penal del enemigo es un concepto doctrinal y político-criminal que hace referencia a un sistema penal que tiene como premisa principal la inocuización de determinadas clases de delincuentes en base a su peligrosidad[25]. Así, el enemigo constituye un peligro que debe ser eliminado por el Estado[26]. En todas las sociedades han existido instrumentos preventivos dirigidos a neutralizar la peligrosidad social y criminal de determinados grupos de personas (principalmente vagos y mendigos) y el Derecho penal histórico español está repleto de ejemplos de ellos[27].

---

[22] Bustos, M. (2020). Aporofobia institucionalizada: el Código Penal como herramienta. En *Derechos Humanos ante los nuevos desafíos de la globalización* (pp. 1467–1484). Dykinson.

[23] Sanchez-Benitez, C. (2020). Aporofobia y Derecho penal: el delito de hurto y la circunstancia agravante de multirreincidencia. En *Sistema Penal Crítico* (1.ª ed., pp. 225–240). Universidad de Salamanca.

[24] Bustos, M. (2020). Aporofobia institucionalizada: el Código Penal como herramienta. En *Derechos Humanos ante los nuevos desafíos de la globalización* (pp. 1467–1484). Dykinson.

[25] López Capdevila, J. (2015). *Derecho Penal del Enemigo. La sombra del autoritarismo en la Política Criminal contemporánea*. Universitat Autònoma de Barcelona.

[26] Vilert, A. (2020). *Derecho penal del enemigo en España*. Editorial Reus.

[27] Vilert, A. (2020). *Derecho penal del enemigo en España*. Editorial Reus.

En agosto de 1933 el Congreso de los Diputados, sin apenas oposición, aprobó la Ley de Vagos y Maleantes (LVM), la cuál formó parte de la reforma penal de la II República en lo referente al tratamiento de cualquier individuo que pudiera ser considerado por las autoridades como antisocial. La ley introducía como novedad la peligrosidad predelictual, entendida como la presunción de que una determinada persona quebrantará la ley penal[28]. Su vigencia se prolongó hasta 1970, en que fue sustituida por la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, vigente a su vez hasta 1995. No obstante, cabe tener en cuenta que a partir de la aprobación de la Constitución de 1978, todos los preceptos que iban contra la misma quedaron de facto derogados.

La Ley de Vagos y Maleantes clasificó como sujetos peligrosos, entre otros, a "*los vagos habituales*", "*los rufianes y los proxenetas*", "*los mendigos profesionales*", "*los ebrios y toxicómanos*". Esta ley fue de las pocas de la II República que no fue derogada por el régimen de Franco, es más, en 1954 fue modificada para incluir expresamente la persecución de la homosexualidad[29]. Para estas personas, se imponían medidas de seguridad enderezadas a evitar la comisión de futuros delitos, que no requerían para ser aplicadas la previa realización de un hecho delictivo. Estas medidas de seguridad podían tener carácter indeterminado y prolongarse el tiempo que fuera necesario para conseguir el objetivo pretendido en cada caso[30].

En la actualidad este tipo de normativas nunca sería posible, a causa de que nos encontramos en un régimen democrático con una constitución que protege los derechos fundamentales. No obstante, el derecho penal del enemigo sigue estando presente, aunque de una forma menos visible. Un claro ejemplo lo encontramos en

---

[28] Campos, R. (2016). *La construcción psiquiátrica del sujeto peligroso y la Ley de Vagos y Maleantes en la España franquista (1939–1970)*. Revista Culturas Psi.

[29] Campos, R. (2016). *La construcción psiquiátrica del sujeto peligroso y la Ley de Vagos y Maleantes en la España franquista (1939–1970)*. Revista Culturas Psi.

[30] Mir, C. (2005). *Pobreza, marginación, delincuencia y políticas sociales bajo el franquismo*. Edicions de la Universitat de Lleida.

los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, regulados en el Título XIII del Libro segundo del Código penal[31]. Estos constituyen las principales tipologías delictivas en España en lo que respecta al número de condenados adultos, junto con los delitos contra la seguridad colectiva. Asimismo, conforme a los datos relativos a 2019, en el gráfico 1 se observa que el hurto ostenta el mayor porcentaje de adultos condenados por delitos patrimoniales, con un 50,58%, seguido a mucha distancia del delito de defraudación, con un 17,02% y del delito de robo, con un 16,94%[32].

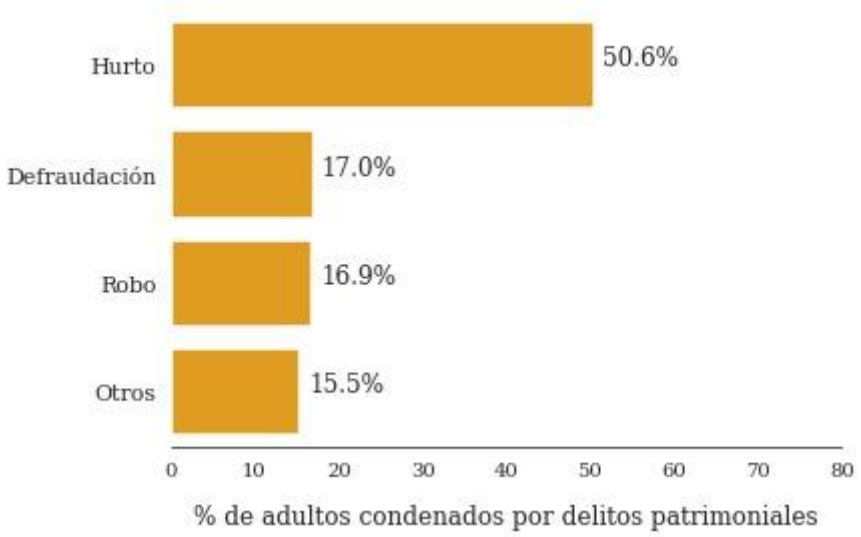

Gráfico 1. Porcentaje de adultos condenados por delitos patrimoniales en 2019[33]

Por tanto, en términos cuantitativos, el hurto configura una tipología relevante en la medida en que es una de las que cuentan con más condenas en España, si bien desde un punto de vista cualitativo, las conductas de hurto, en las que no concurren ni violencia ni intimidación contra las personas ni fuerza en las cosas y

[31] Sanchez-Benitez, C. (2020). Aporofobia y Derecho penal: el delito de hurto y la circunstancia agravante de multirreincidencia. En *Sistema Penal Crítico* (1.ª ed., pp. 225–240). Universidad de Salamanca.

[32] INE - Instituto Nacional de Estadística. (2020). *Resultados nacionales. Condenados. Todos los delitos.* https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=25997#!tabs-tabla

[33] Elaboración propia a partir de los datos de: INE - Instituto Nacional de Estadística. (2020). *Resultados nacionales. Condenados. Todos los delitos.* https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=25997#!tabs-tabla

que mayoritariamente constituyen delitos leves, no revisten una especial gravedad[34].

La Ley Orgánica 1/2015 introdujo modificaciones en la regulación del hurto. Por un lado, el Libro III del Código penal fue suprimido y una buena parte de las faltas fueron transformadas en delitos leves, que prescriben al año, frente a los seis meses de plazo de prescripción de las faltas. La falta de hurto, contenida en el artículo 623 del Código Penal, que castiga los hurtos de 0 a 400 euros, pasó a regularse como delito leve. La pena actualmente, si concurren agravantes, es la de prisión, que puede llegar hasta 3 años. Por contra, otras tipologías de delitos económicos tales como la administración desleal y la apropiación indebida, todos por la misma cuantía, son de multa y no se transforman por agravación en pena privativa de libertad[35].

Por otro lado, cabe tener en cuenta que esta reforma del código penal también abordó al fenómeno de la delincuencia habitual de los delitos de bagatela contra la propiedad y el patrimonio con un aumento desproporcionado de las penas en caso de reiteración delictiva, tomando para ello como único parámetro la multirreincidencia en el delito[36].

Esta circunstancia implicó un salto penológico importante que vulnera claramente el principio de proporcionalidad. Con anterioridad a la Ley Orgánica 1/2015 la acumulación de tres faltas (no enjuiciadas) de hurto cometidas en el plazo de un año se castigaba con la pena prevista en el tipo básico del artículo 234 del Código Penal (pena de prisión de seis a dieciocho meses), mientras que tras la reforma de

---

[34] Sanchez-Benitez, C. (2020). Aporofobia y Derecho penal: el delito de hurto y la circunstancia agravante de multirreincidencia. En *Sistema Penal Crítico* (1.ª ed., pp. 225–240). Universidad de Salamanca.

[35] Terradillos Basoco, J. M. (2020, 22 octubre). *Conferencia de Juan Terradillos: La política criminal de exclusión. Congreso Aporofobia.* YouTube. https://www.youtube.com/watch?v=3WnosWTxY_s

[36] Sanchez-Benitez, C. (2020). Aporofobia y Derecho penal: el delito de hurto y la circunstancia agravante de multirreincidencia. En *Sistema Penal Crítico* (1.ª ed., pp. 225–240). Universidad de Salamanca.

2015, una persona condenada anteriormente por tres hurtos leves, aunque la cuantía de lo sustraído sea mínima, sería condenada por la comisión de un nuevo delito leve de hurto a una pena de prisión de entre uno y tres años, la pena prevista en el tipo agravado del artículo 235 del Código Penal[37].

La desproporción de esta modificación del Código Penal quedó reflejada por el Tribunal Supremo en la sentencia 481/2017, del 28 de junio de 2017. Específicamente, dice la sentencia en su fundamento jurídico tercero: *"El hecho de que por tres condenas anteriores por delitos leves de hurto se pueda aplicar un tipo hiperagravado que permita convertir una multa máxima de tres meses en una pena de prisión que puede alcanzar hasta los tres años, con un suelo de un año,* ***resulta sustancialmente desproporcionado****. (...) El legislador no transforma punitivamente el tipo atenuado (art. 234.2) en un tipo básico de hurto (art. 234.1), sino que se salta este escalón intermedio y nos ubica directamente en las modalidades hiperagravadas (art. 235)".*

Para entender el porqué de esta excesiva penalización, FARALDO[38] advierte que "*un elemento fundamental a la hora de decidir la eliminación de las faltas ha sido la intención del legislador de agravar la respuesta penal frente a la pequeña delincuencia patrimonial no violenta, en especial la habitual y organizada*". Asimismo, afirma TERRADILLOS[39] que "*solo por aporofobia se puede atribuir que los delitos de hurtos y daños, que son realizados por marginales, sean penados con prisión, mientras que otros delitos patrimoniales simplemente son castigados con multa*".

---

[37] Neubacher, F., & Bögelein, N. (2020). ¿Criminalidad de los pobres - criminalización de la pobreza? Análisis de dos conceptos recalcitrantes? En *Sistema Penal Crítico* (1.ª ed., pp. 43–67). Universidad de Salamanca.

[38] Faraldo Cabana, P. (2016). *Los delitos leves. Causas y consecuencias de la desaparición de las faltas*. Tirant lo Blanch.

[39] Terradillos Basoco, J. M. (2020, 22 octubre). *Conferencia de Juan Terradillos: La política criminal de exclusión. Congreso Aporofobia.* YouTube. https://www.youtube.com/watch?v=3WnosWTxY_s

Otro ejemplo de esta política criminal aporófoba lo encontramos en la penalización de la venta callejera de productos, popularmente conocidos como top manta, la cual conforma el modo de vida de muchos extranjeros irregulares y, por lo tanto, pobres. Dado que los productos que comercializan violan los derechos de propiedad intelectual o industrial, se prevé en el artículo 270.4 del Código Penal que: "*la distribución o comercialización ambulante o meramente ocasional se castigará con una pena de prisión de seis meses a dos años*". Esta pena ha sido calificada como de un punitivismo exagerado[40].

Debemos recordar que, para el extranjero no residente legalmente en España, la regla general es su expulsión del territorio nacional (artículo 89 del Código Penal). En efecto, se prevé esta medida como una pena sustitutoria de imposición preceptiva para los casos en que éstos sean condenados a penas privativas de libertad inferiores a seis años. Asimismo, la medida de expulsión va acompañada de un período de prohibición de entrada en España de entre cinco y diez años, e implica el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera como objeto la autorización para residir o trabajar en España.

Se observa, en consecuencia, que la expulsión supone una vulneración del principio de proporcionalidad, ya que al inmigrante ilegal, por cometer un delito leve, se le puede imponer una prohibición de entrada en España de mínimo cinco años. También cabe remarcar que la finalidad de la expulsión no es la resocialización, sino la inocuización[41].

Podemos advertir después de ver algunos ejemplos que, aunque algunas de las modificaciones en la regulación del hurto y de los delitos patrimoniales pueden estar justificadas, la mayor parte del contenido de las reformas en estos delitos, especialmente el de la reforma de 2015, obedece a una política criminal dirigida a

---

[40] Ferré Olivé, J. C. (2022). *Indagaciones sobre aporofobia y plutofilia en derecho penal*. Revista Penal México.

[41] López Capdevila, J. (2015). *Derecho Penal del Enemigo. La sombra del autoritarismo en la Política Criminal contemporánea*. Universitat Autònoma de Barcelona.

la represión de determinadas conductas protagonizadas en su mayoría por personas marginales y excluidas, todo ello en un contexto de crisis económica que ha generado enormes tasas de desempleo y recortes presupuestarios en programas de asistencia y en servicios públicos[42]. Debemos tener en cuenta que un Estado que no es capaz de garantizar a sus ciudadanos las condiciones materiales mínimas para el desarrollo de una vida digna es en cierta medida corresponsable de la proliferación de conductas socialmente disfuncionales por parte de sectores excluidos[43].

En consecuencia, teniendo en cuenta además la escasa eficacia de la pena de multa, debiera preverse la pena alternativa de trabajos en beneficio de la comunidad, aparejada al seguimiento y aprovechamiento de programas formativos y de reeducación y reinserción y sólo en última instancia, debería imponerse la pena de privación de libertad. También es conveniente el planteamiento de una pena de libertad vigilada que contemple no solo medidas de seguimiento y control de los movimientos del condenado, sino además, la obligación de sometimiento a programas de reinserción social[44].

b) Aporofobia en el derecho penal por defecto

Por defecto el sistema jurídico también puede terminar siendo apórofobo, es lo que llamamos derecho penal del amigo, o derecho penal de la plutofilia[45]. Esta es la vertiente que se caracteriza por no discriminar al excluido, sino por ser tolerante

[42] Neubacher, F., & Bögelein, N. (2020). ¿Criminalidad de los pobres - criminalización de la pobreza? Análisis de dos conceptos recalcitrantes? En *Sistema Penal Crítico* (1.ª ed., pp. 43–67). Universidad de Salamanca.

[43] Sanchez-Benitez, C. (2020). Aporofobia y Derecho penal: el delito de hurto y la circunstancia agravante de multirreincidencia. En *Sistema Penal Crítico* (1.ª ed., pp. 225–240). Universidad de Salamanca.

[44] Neubacher, F., & Bögelein, N. (2020). ¿Criminalidad de los pobres - criminalización de la pobreza? Análisis de dos conceptos recalcitrantes? En *Sistema Penal Crítico* (1.ª ed., pp. 43–67). Universidad de Salamanca.

[45] Bustos, M. (2020). Aporofobia institucionalizada: el Código Penal como herramienta. En *Derechos Humanos ante los nuevos desafíos de la globalización* (pp. 1467–1484). Dykinson.

con el delincuente de cuello blanco, responsable de graves delitos contra derechos sociales y bienes jurídicos colectivos, que se vale, en su organizada praxis, de estructuras corporativas transnacionales, con forma de persona jurídica[46].

El Derecho penal contemporáneo aporta innumerables ejemplos de tratamiento suave hacia los delitos cometidos por quienes dirigen los negocios, la economía y la distribución de la riqueza[47]. Estas manifestaciones de complicidad con el infractor son particularmente visibles en el modo en que se afrontan los delitos contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social, como por ejemplo la persecución supeditada a condiciones objetivas de punibilidad que no se admiten en otros delitos económicos y que varían en razón de las características del autor[48].

A este respecto, resulta de enorme interés el trabajo de DE LA HERRÁN RUIZ-MATEOS[49] en el que se analiza el tratamiento de la circunstancia atenuante de reparación del daño en los delitos económicos. Esta atenuante es apreciada por la jurisprudencia generalmente como "parcial" o "disminuida. Sin embargo, las sentencias analizadas en su trabajo (entre ellas la de la Audiencia Provincial de Barcelona de 5 de julio de 2016, que condenó a un jugador de fútbol argentino del F.C. Barcelona a 21 meses de prisión y la de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de enero de 2019, por la que se condenó a un jugador de fútbol portugués del Real Madrid, C.F. a 23 meses de prisión) aprecian la atenuante muy cualificada porque el montante a reparar asciende a cantidades muy elevadas.

---

[46] Terradillos Basoco, J. M. (2019). Un sistema penal para la aporofobia. En *Un juez para la democracia* (pp. 353–364). Dykinson.

[47] Ferré Olivé, J. C. (2022). *Indagaciones sobre aporofobia y plutofilia en derecho penal*. Revista Penal México.

[48] Terradillos Basoco, J. M. (2019). Un sistema penal para la aporofobia. En *Un juez para la democracia* (pp. 353–364). Dykinson.

[49] Sanchez-Benitez, C. (2020). Aporofobia y Derecho penal: el delito de hurto y la circunstancia agravante de multirreincidencia. En *Sistema Penal Crítico* (1.ª ed., pp. 225–240). Universidad de Salamanca.

En consecuencia, se advierte que existe un tratamiento jurisprudencial privilegiado para quienes mantienen una situación económica que les permite restituir grandes sumas y eludir así la entrada en prisión, tratándose nuestro sistema judicial de uno proclive a la impunidad de los grandes delincuentes económicos[50].

Por otro lado, cabe tener en cuenta que el derecho penal es aporófobo por defecto, no simplemente por tratar de manera favorable a los sectores de la sociedad más adinerados, sinó también por no dar suficientemente protección a las personas en situación de pobreza y exclusión social, ante agresiones que pueden sufrir por el simple hecho de su situación (crímenes por aporofóbia). Este punto se tratará en profundidad en el apartado 5.

Como conclusión de este apartado, podemos advertir que cada día es más palpable la existencia de una política criminal aporofóbica para excluidos y marginales, y otra plenamente compatibilizada y compaginada que tiende a la plutofilia, a la autodefensa del mundo de los negocios, y que posee sus propias reglas[51]. Revertir esta situación requiere la implementación de estrategias político-criminales presididas por las ideas de igualdad y de inclusión, con medios diferentes pero complementarios[52].

[50] Sanchez-Benitez, C. (2020). Aporofobia y Derecho penal: el delito de hurto y la circunstancia agravante de multirreincidencia. En *Sistema Penal Crítico* (1.ª ed., pp. 225–240). Universidad de Salamanca.

[51] Ferré Olivé, J. C. (2022). *Indagaciones sobre aporofobia y plutofilia en derecho penal*. Revista Penal México.

[52] Terradillos Basoco, J. M. (2019). Un sistema penal para la aporofobia. En *Un juez para la democracia* (pp. 353–364). Dykinson.

3. La introducción de la agravante por razón de aporofobia en el artículo 22.4 del Código Penal, una respuesta a la aporofobia por defecto.

a. Naturaleza del artículo 22.4 del Código Penal

Las circunstancias agravantes vienen recogidas en el artículo 22 del Código Penal en sus ocho apartados. Estas circunstancias constituyen un conjunto de elementos accidentales aplicables en principio a cualquier delito, y aumentan la pena típica del delito en el que operan en cada caso, sin dar lugar a un nuevo tipo penal[53]. Nos encontramos ante una lista cerrada y, lógicamente, la prohibición de la analogía in malam partem impide la existencia de una agravante analógica paralela a la atenuante analógica del artículo 21.7 del Código Penal[54].

La comisión de un delito por motivos discriminatorios se encuentra en el cuarto apartado del artículo 22 del Código Penal, y se introdujo en el Código penal anterior, por la LO 4/1995, de 11 de mayo, de modificación del Código penal, mediante la que se tipificó la apología de los delitos de genocidio, de la siguiente forma: "*cometer cualquiera de los delitos contra las personas o el patrimonio por motivos racistas, antisemitas u otros referentes al origen étnico o nacional, o a la ideología, religión o creencias de la víctima*"[55]. Así, con la introducción de esta agravante se aumentó el injusto del hecho realizado por dar a la víctima un trato completamente arbitrario e indigno por su mera pertenencia o vinculación a un colectivo discriminado[56].

---

[53] Luzón Campos, E. F., Alpaca Pérez, A., de Vicente Remesal, J., de la Fuente Honrubia, F., Pérez Sauquillo Muñoz, C., Paredes Castañón, J. M., Jericó Ojer, L., Cardona, L. M., Francés Lecumberri, P., Zamyr Vega Gutiérrez, J., Trapero Barreales, M., Pavía Cardell, J., Rodriguez Vazquez, V., Torres Cadavid, N., Luzón Peña, D., García Mosquera, M., Roso Cañadillas, R., Díaz Y García Conlledo, M., Olaizola Nogales, I., . . . Barber Burusco, S. (2018). *Derecho Penal en Casos Parte General (Estudio analítico-práctico)*. Tirant lo Blanch.

[54] Moreno-Torres Herrera, M. R., Marín De Espinosa Ceballos, E. B., Pérez Alonso, E. J., Ramos Tapia, M. I., & Zugaldía Espinar, J. M. (2010). *Fundamentos de Derecho Penal Parte General*. Tirant lo Blanch.

[55] Artículo 10 apartado 17 del Texto Refundido del Código Penal de 1973

[56] Marín De Espinosa Ceballos, E. B. (2018). *La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22.4 CP)*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.

i. Posición doctrinal ante la introducción del precepto

La doctrina penal española ha acogido la introducción de esta agravante con una actitud dividida. Por una parte, ha celebrado la llegada de una respuesta sancionadora específica y cualificada a unos actos delictivos que son sentidos como cualitativamente más dañosos[57].

En este sentido, se argumenta que junto al bien jurídico propio del delito que se comete, se tutelan los mandatos contenidos en los artículos 10, 13.1 y 14 CE. Así pues, el incremento de pena de esta circunstancia agravante se fundamenta en la vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la ley y, especialmente, en el derecho a la no discriminación[58]. LAURENZO COPELLO[59] propone: "*explicar la circunstancia a partir de un desvalor adicional de resultado, dando prioridad, no al móvil discriminador en sí mismo, sino al efecto que el delito realizado con esa motivación produce en el sujeto pasivo. Desde esta perspectiva la mayor penalidad se explicaría porque, además de lesionarse el bien jurídico protegido por el delito cometido, se afecta a otro bien adicional, concretamente, el derecho del sujeto pasivo a ser tratado como un ser humano igual a cualquier otro"*.

En la misma línea, parte de la doctrina defiende que esta circunstancia tiene además un componente supraindividual, que hace referencia al peligro para las expectativas de indemnidad de ciertos grupos de personas que se sienten amenazados, lo que provoca una pérdida del sentimiento de tranquilidad del colectivo lesionado como resultado de la agresión, el cual corre el riesgo además,

---

[57] Dopico Gómez-Aller, J. (2004). *Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de la legitimación de la pena*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.

[58] Marín De Espinosa Ceballos, E. B. (2018). *La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22.4 CP)*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.

[59] Laurenzo Copello, P. (1996). *La discriminación en el Código penal de 1995*. Estudios penales y criminológicos

de repetirse en el futuro, lo que, en última instancia, se traduce en una limitación de la libertad[60].

Por otro lado, en general el sector académico ha mostrado su incomodidad ante una norma que parece vincular ese plus sancionador con circunstancias pertenecientes al fuero interno de la persona y que, en consecuencia, fundamenta una sanción adicional con un expediente propio del Derecho penal de autor[61] que se encuentra sumida en una nebulosa que no favorece en absoluto la seguridad jurídica[62].

Así, esta circunstancia precisa que el sujeto cometa el delito precisamente por los motivos de discriminación expresamente mencionados en el precepto[63], por lo que será necesario probar no solo el hecho delictivo de que se trate, sinó también la condición de la víctima y además la intencionalidad, y esto es una inferencia o juicio de valor que debe ser motivado[64].

ii. Fundamento del precepto

Esta introducción es producto de la defensa de un derecho antidiscriminatorio, el cual se focaliza en la situación de determinados grupos sociales sobre los que recaen prejuicios especialmente agudos y arraigados, y es más concreto e intenso que el derecho clásico de igualdad. En definitiva, este derecho antidiscriminatorio utiliza el Derecho Penal para otorgar protección a las personas vinculadas a

---

[60] Marín De Espinosa Ceballos, E. B. (2018). *La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22.4 CP)*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.

[61] Dopico Gómez-Aller, J. (2004). *Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de la legitimación de la pena*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.

[62] Díaz López, J. A. (2012). *El odio discriminatorio como circunstancia agravante de la responsabilidad penal*. Universidad Autónoma de Madrid.

[63] Orts Berenguer, E., González Cussac, J. L., Matallin Evangelio, A., & Roig Torres, M. (2010). *Esquemas de Derecho Penal Parte General*. Tirant lo Blanch.

[64] Orts Berenguer, E., & González Cussac, J. L. (2020). *Introducción al Derecho Penal. Parte General.* Tirant lo Blanch.

colectivos discriminados que se encuentran en una posición de desventaja para el pleno desarrollo de su vida; así, el legislador no sólo tipifica conductas específicas que sancionan el discriminar a otro en determinados contextos sino que también valora este trato discriminatorio mediante el uso de circunstancias agravantes[65].

Tal defensa del derecho antidiscriminatorio en el ordenamiento jurídico español la encontramos en la justificación que da la Exposición de motivos para la aprobación de la Ley Orgánica que introdujo la agravante por motivos discriminatorios, afirmando que: "*la proliferación en distintos países de Europa de episodios de violencia racista y antisemita que se perpetran bajo las banderas y símbolos de ideología nazi, obligan a los Estados democráticos a emprender una acción decisiva para luchar contra ella*", añadiendo, seguidamente, que "*por desgracia, España no ha permanecido ajena al despertar de este fenómeno, circunstancia que se agrava por el hecho de que la legislación española no contempla suficientemente todas las manifestaciones que este fenómeno genera*".

No cabe duda que el año 1992 fue un punto de inflexión, mediáticamente marcado por sucesos como el asesinato de una inmigrante dominicana, llamada Lucrecia, en el barrio de Aravaca (Madrid). Ello provocó varias manifestaciones en nuestro país, mientras aumentaba la preocupación hacia la intolerancia y la discriminación. En consecuencia, el aumento de determinadas conductas delictivas, derivado del cambio de flujos migratorios así como la consiguiente presión social y mediática causó que los grupos parlamentarios comenzaran a incluir esa preocupación en sus debates a partir de 1992[66].

El paso del tiempo ha supuesto la introducción de cambios en los valores asumidos por la sociedad y los poderes públicos, lo que ha implicado una exigencia de mayor protección y defensa de los derechos individuales. Por ello,

---

[65] Marín De Espinosa Ceballos, E. B. (2018). *La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22.4 CP)*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.

[66] Díaz López, J. A. (2012). *El odio discriminatorio como circunstancia agravante de la responsabilidad penal*. Universidad Autónoma de Madrid.

junto a los tradicionales motivos de discriminación se han empezado a visualizar otros grupos sociales minoritarios que también son discriminados (como, por ejemplo, el colectivo LGTBI o la población en situación de riesgo y exclusión social)[67]. En consecuencia, el artículo 22.4 del Código Penal se ha ido adaptando a la realidad social.

b. Realidad social de los crímenes por aporofobia en España

Desde las últimas décadas en Europa se están produciendo múltiples y crecientes expresiones de nuevas intolerancias sustentadas sobre prejuicios básicos como son el racista, xenófobo, el de clase, antisemita, islamófobo, sexista, homófobo y otros que niegan la dignidad de las personas, tal como el aporofóbico. Estos prejuicios alimentan la dinámica de la agresividad, la violencia y el odio[68].

La realidad de las personas sin hogar sigue siendo una de las más desconocidas, lo que facilita que se perpetúe el estigma, los mitos y los prejuicios que han acompañado la imagen que la sociedad tiene de estas personas[69]. No obstante, el significativo aumento de hechos delictivos cometidos contra las personas en situación de pobreza, y especialmente de sinhogarismo, ha hecho que su realidad se ponga paulatinamente de relieve a distintos niveles y por distintas instituciones[70]. Así, la Fiscalía General del Estado alertó en su memoria de 2020 que se estaba produciendo en la actualidad un incremento de los discursos de odio que se estaba manifestando en todo tipo de esferas, fomentando graves conductas vulneradoras de la dignidad humana y llegando a provocar actitudes violentas.

---

[67] Marín De Espinosa Ceballos, E. B. (2018). *La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22.4 CP)*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.

[68] Sobremonte De Mendicuti, E., Rodríguez-Berrio, A., Ferrán Zubillaga, A., & Beloqui Marañón, U. (2019). *Aporofobia. Nuevos conceptos para viejas realidades*. Foessa.

[69] Observatorio Hatento. (2015). *Algunas pautas. Muchos retos.* RAIS Fundación.

[70] Bustos Rubio, M. (2021). 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*, núm. 23-04, págs 1-42.

Es innegable que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona JUR 2008/375593 de 5 de noviembre de 2008 fue un punto de inflexión en la concienciación social de la existencia de aporofobia. En este caso:

> Valentina accedió al interior de un cajero automático de Barcelona con intención de pernoctar en su interior dada su condición de indigente. En dicha finca se estaban realizando obras de limpieza de la fachada y se encontraba disolvente que estaba almacenado en bidones de 25 litros, debidamente etiquetados a los cuales se podía acceder escalando hasta la primera planta del andamio. Sobre las 1:40 horas, los acusados Carlos Miguel y Isidro, accedieron al interior del habitáculo del cajero, increpando y lanzándole objetos a la mencionada persona. Tras un breve forcejeo por el control de la puerta la Valentina consiguió cerrar el pestillo de la misma, ausentándose los acusados.
>
> Sin embargo, como se habían juntado con varios amigos, uno de los cuales, Salvador, no había sido visto con anterioridad por Valentina, urdieron una trampa con el objetivo de engañarla. A tal fin, el Salvador, mientras los dos acusados se hallaban escondidos, golpeó la puerta y con gestos de necesitar operar en los cajeros automáticos convenció a aquélla para que le abriera. Tras simular operar en los cajeros, procedió a salir dejando la puerta cerrada pero franqueable. A continuación, tras proveerse de objetos contundentes hallados en contenedores de restos por obra allí existente, volvieron a entrar diversas veces golpeando a la mujer con ellos. Seguidamente Isidro y Salvador se apoderaron de uno de los bidones que se hallaban en el andamio y, tras oler su contenido, se lo tiraron por encima a Valentina junto con una colilla de cigarro. Acto seguido los acusados abandonaron el lugar sonrientes. A consecuencia de ello Valentina murió.

Este acto relatado como probado en la resolución fue después recogido por multitud de medios de comunicación, lo que contribuyó a la concienciación social de la existencia de los crímenes de odio por razones de aporofobia[71].

i. La cuantificación de la aporofobia en España

Para analizar la realidad social de la aporofobia en España, es necesario que tengamos como punto de partida los datos de delitos aporofóbicos producidos. Hasta el momento, los datos registrados por el Ministerio de Interior revelan que, en lo que respecta a la aporofobia, prácticamente no hay situaciones en la que se manifieste. Así, estos datos recogen una cantidad de incidentes mínima que, además, parece remitir[72].

Sin embargo, si tomamos como referencia otros registros e investigaciones, en los que se contabilizan agresiones a las personas sin hogar, los datos cambian de manera radical. Como primer ejemplo, en 2012 el INE contabilizó 11.692 personas sin hogar y realizó un estudio cuyos resultados podemos advertir en el gráfico 1. Así pues, del grupo de personas entrevistadas, 4.774 (40.8 %) fueron agredidas, 657 (5,6 %) sufrieron algún tipo de agresión sexual y 7.652 (65,4 %) fueron insultadas o amenazadas[73].

---

[71] Pérez Cepeda, A. I. (2020). *Aporofobia y delito: la discriminación socioeconómica como agravante (ART. 22,4ª CP.)*. J.M. BOSCH EDITOR

[72] Sobremonte De Mendicuti, E., Rodríguez-Berrio, A., Ferrán Zubillaga, A., & Beloqui Marañón, U. (2019). *Aporofobia. Nuevos conceptos para viejas realidades*. Foessa.

[73] Sobremonte De Mendicuti, E., Rodríguez-Berrio, A., Ferrán Zubillaga, A., & Beloqui Marañón, U. (2019). *Aporofobia. Nuevos conceptos para viejas realidades*. Foessa.

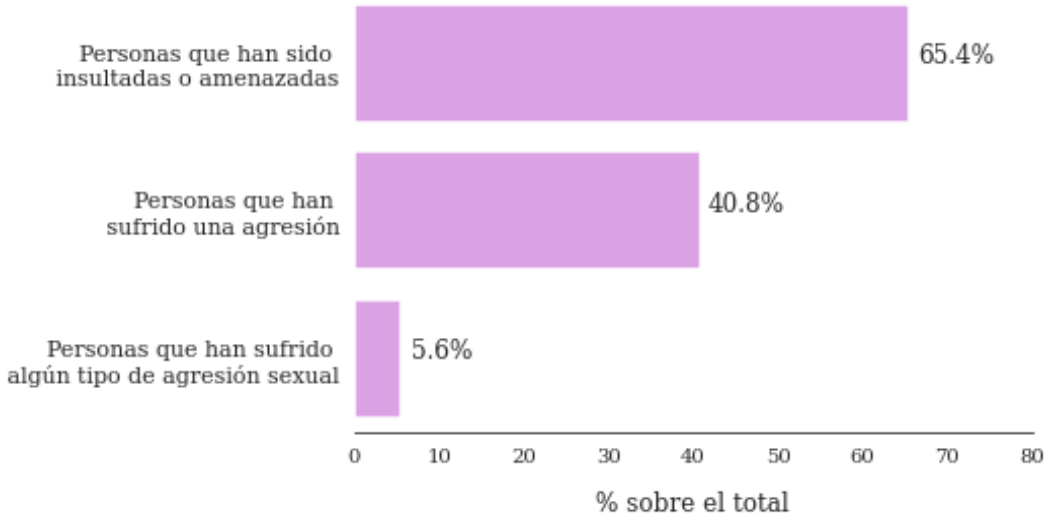

Gráfico 1. Estudio de las personas víctimas de incidentes aporofóbicos según el Instituto Nacional de Estadística[74].

Del mismo modo, el Observatorio Hatento llevó a cabo en 2013 un estudio con el objetivo de facilitar la generación de conocimiento específico y fiable sobre el alcance de los delitos de odio contra las personas sin hogar. Este estudio se realizó a personas en situación de sin hogar atendidas por las organizaciones integrantes del Observatorio Hatento especializadas en sinhogarismo (ASSÍS Centre d´Acollida, Asociación Bokatas, Asociación RAIS Euskadi, RAIS Fundación y Asociación Zubietxe). El tamaño de la población fue de 7.126 personas, y el tamaño de la muestra fue de 261 personas[75].

[74] Elaboración propia a partir de los datos de: Instituto Nacional de Estadística. (2012). *Encuesta a las personas sin hogar*. https://www.ine.es/prensa/np761.pdf

[75] Para la selección de la muestra se ha empleado un muestreo incidental, que se incluye entre los muestreos no probabilísticos y se caracteriza por no estar basado en la selección aleatoria de las personas de la población seleccionada, por lo que no es posible saber si la muestra es o no representativa de la misma y la generalizabilidad de los resultados es limitada. No obstante, en el caso del muestreo incidental, los individuos de la población se seleccionan directa e intencionalmente, de forma que se cumplan determinados requisitos. De esta forma, en el caso del presente trabajo se definieron los siguientes criterios de selección:

- Llevar, al menos, 3 meses en situación de sin hogar.
- Que la muestra seleccionada tuviera, al menos, un 20% de mujeres.
- Que la muestra seleccionada tuviera, al menos, un 40% de personas inmigrantes.

Observatorio Hatento. (2015). *Informe de investigación. Los delitos de odio contra las personas sinhogar*. RAIS Fundación.

En este caso, a diferencia de los datos presentados por el Ministerio de Interior, y tal como podemos advertir en el gráfico 2, un 47,1% de las personas entrevistadas informan de, al menos, un incidente o delito relacionado con la aporofobia durante su historia de sinhogarismo. De hecho, un 38,3% de las personas habría pasado por este tipo de experiencias en más de una ocasión[76].

Es interesante mencionar que en este estudio se encontró diferencias estadísticamente significativas en los datos de victimización entre mujeres y hombres, que también son visibles en el gráfico 2. De forma que mientras que un 60,4% de las mujeres entrevistadas informaron de al menos un incidente o delito de odio, este porcentaje descendió al 44,1% en el caso de los hombres. Por otra parte, se observaron diferencias estadísticamente significativas entre las personas sin hogar españolas y las personas sin hogar procedentes de otros países. Así, mientras que el porcentaje de victimización entre las primeras alcanza un 57,8%, en el caso de las personas sin hogar de nacionalidad extranjera el 33,3% habría sufrido algún incidente o delito por aporofobia[77].

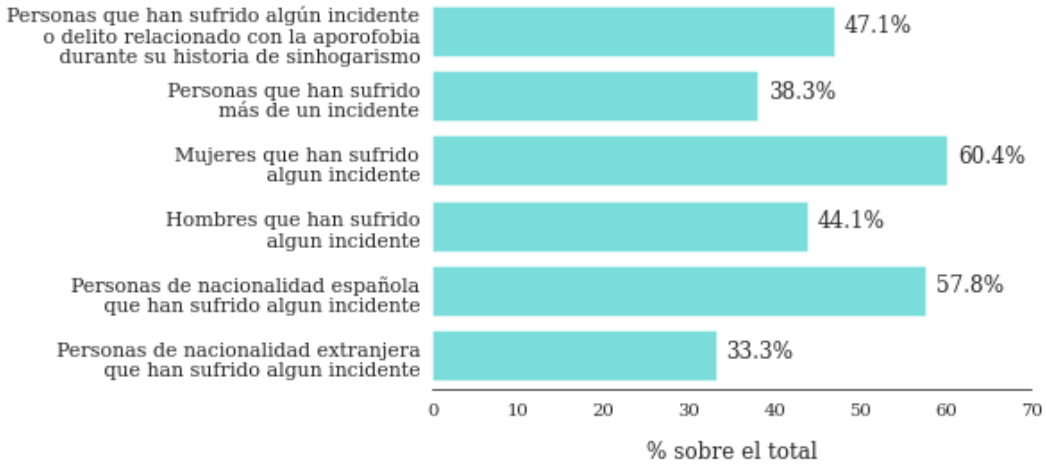

Gráfico 2. Estudio de las personas víctimas de incidentes aporofóbicos según el Observatorio Hatento[78].

[76] Observatorio Hatento. (2015). *Informe de investigación. Los delitos de odio contra las personas sinhogar*. RAIS Fundación.

[77] Observatorio Hatento. (2015). *Informe de investigación. Los delitos de odio contra las personas sinhogar*. RAIS Fundación.

[78] Elaboración propia a partir de los datos de: Observatorio Hatento. (2015). *Informe de investigación. Los delitos de odio contra las personas sinhogar*. RAIS Fundación.

Tal como podemos advertir en el gráfico 3, el 60% de los incidentes analizados se produjeron durante la noche o la madrugada, cuando el nivel de protección y vulnerabilidad de las personas sin hogar es mayor. Durante estas horas, la afluencia de gente en las calles es menor y dormir se convierte entre las personas sin hogar en un comportamiento de riesgo. Del mismo modo, cabe comentar que el 66,7% de las experiencias fueron presenciadas por otras personas y que, en un 45,6% de los incidentes presenciados por testigos, los mismos no hicieron nada.

Estos datos reflejan la indiferencia con la que la sociedad se enfrenta a la vulneración de los derechos de las personas sin hogar[79].

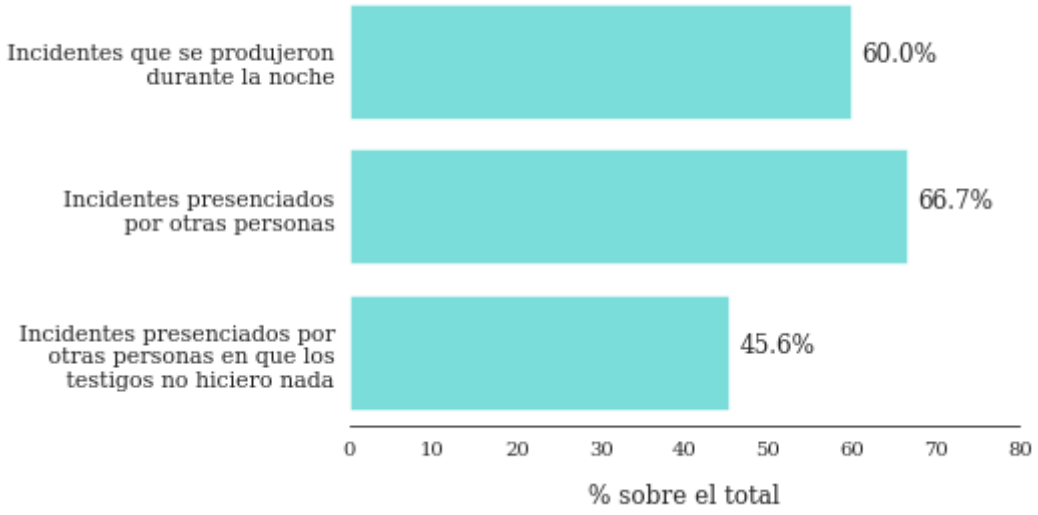

Gráfico 3. Estudio de los incidentes aporofóbicos sufridos por personas en situación de sinhogarismo según el Observatorio Hatento[80].

Las diferencias mencionadas entre los datos presentados por el Ministerio de Interior y los datos presentados por el Observatorio Hatento y el Instituto Nacional de Estadística pueden tener su justificación en el hecho de que la mayoría de delitos aporofóbicos no se denuncian. Sin ninguna duda, la denuncia

[79] Observatorio Hatento. (2015). *Informe de investigación. Los delitos de odio contra las personas sinhogar*. RAIS Fundación.

[80] Elaboración propia a partir de los datos de: Observatorio Hatento. (2015). *Informe de investigación. Los delitos de odio contra las personas sinhogar*. RAIS Fundación.

de los delitos de odio tiene un importante valor social y colectivo pero, sin embargo, en ocasiones, podría tener un alto coste individual[81].

Uno de los factores que en mayor medida incrementa la vulnerabilidad de las personas sin hogar es precisamente la falta de un espacio de intimidad y seguridad que nos proporciona una vivienda. En consecuencia, las personas sinhogar suelen no denunciar por miedo a las repercusiones que pueden tener por parte del agresor cuando este tenga conocimiento de la denuncia[82]. Por otra parte, el trato de la policía a las personas sinhogar puede ser otro motivo que promueva el miedo a la denuncia, y es especialmente preocupante. Según el Observatorio Hatento, un 10,1% de las personas entrevistadas en el estudio han sufrido experiencias de identificaciones discriminatorias, trato vejatorio, daño de las pertenencias y agresiones físicas por parte de servicios policiales[83].

c. Realidad jurisprudencial de la criminalidad aporofóbica con anterioridad a su tipificación en el artículo 22.4 del Código Penal

i. Introducción a la problemática

Es relativamente común encontrar en la jurisprudencia supuestos de agresiones motivadas por odio aporófobo. No obstante, se puede advertir que la jurisprudencia no ha logrado dar una respuesta concreta a este tipo de agresiones a causa de que el legislador no ha dotado a los tribunales de más herramientas, al no prever circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal que resulten aplicables a tales delitos[84].

---

[81] Observatorio Hatento. (2015a). *Algunas pautas. Muchos retos.* RAIS Fundación.

[82] Observatorio Hatento. (2015a). *Algunas pautas. Muchos retos.* RAIS Fundación.

[83] Observatorio Hatento. (2015). *Informe de investigación. Los delitos de odio contra las personas sinhogar*. RAIS Fundación.

[84] Bustos Rubio, M. (2020). *Aporofobia y delito. La discriminación socio-económica como agravante (Art 22.4 CP)*. Bosch Editor.

Inicialmente, podría pensarse que a las agresiones aporófobas podrían venir acompañadas del artículo 22.4[85] del Código Penal el cuál regula las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, en este caso para agravarla, por motivos discriminatorios[86]. No obstante, de la lectura del precepto podemos concluir que el mismo acude a una lista numerus clausus[87].

Esta afirmación ha quedado confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo 1160/2006 de 9 de noviembre de 2006, la cual estableció en su fundamento de derecho vigésimo tercero en referencia al artículo 22.4 del Código Penal que "*en el texto legal cabe diferenciar dos partes (...) 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. (...) En la segunda parte del precepto se acude a una enumeración en números clausus"*. Esto implica que jueces y tribunales deben ceñirse a estos motivos, y ninguna de sus resoluciones podrá sujetarse en otros que no sean los previstos por la norma ya que, en caso contrario, se produciría una vulneración de uno de los principios legitimadores esenciales del Derecho, el principio de legalidad, aún cuando ciertamente se reconozca de facto que algún delito ha sido cometido por razones fundadas en el odio por la condición de la pobreza de la víctima[88].

En el listado de circunstancias no aparecía hasta la modificación del Código Penal del 2021 la discriminación por razón de aporofobia, por lo que, de acuerdo con lo expresado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona JUR

[85] En su antígua 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, orientación o identidad sexual, la enfermedad que padezca o su discapacidad*".

[86] González Llorente, R. (2020). *Análisis general a los delitos de odio. Una aproximación a la aporofobia.* Universidad de Valladolid.

[87] Galiana Gallach, L., Hernández De Alba Mir, V., Iranzo Sánchez, E., Pardo Gabaldón, R., & Pitarch Alcón, B. (2021). Informe jurídico sobre aporofobia, el odio al pobre. RAIS Fundación. https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2014/09/Informe-juridico-sobre-Aporofobia-la-fobia-al-pobre.pdf

[88] González Llorente, R. (2020). *Análisis general a los delitos de odio. Una aproximación a la aporofobia.* Universidad de Valladolid.

2008/375593 de 5 de noviembre de 2008 en su fundamento jurídico sexto "*la marginalidad o desocialización y situación de exclusión social no resulta contemplada en el elenco previsto en el mencionado apartado [cuarto del artículo 22 del Código Penal] cuya interpretación debe ser restrictiva en cuanto son circunstancias agravantes*". En consecuencia, la agravante del delito contemplada en el artículo 22.4 del Código Penal no puede aplicarse a los delitos cometidos por razón de aporofobia sin que se acrediten otras circunstancias contempladas en la lista que recoge el Código Penal[89]. Por lo tanto, los tribunales han optado por mayor seguridad jurídica, en respeto del principio del principio de legalidad[90].

No obstante, es importante remarcar que la jurisprudencia en su momento dejó la puerta abierta a una modificación legal del precepto en la que se terminara por dar cabida a la aporofobia como motivo discriminatorio[91]. Precisamente, la reforma del Código Penal consistente en introducir la agravante de aporofobia en la lista numerus clausus del artículo 22.4 del Código Penal que se ha producido recientemente es el reflejo de la influencia de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo[92].

Así, la jurisprudencia advierte en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona JUR 2008/475593 de 5 de noviembre de 2008 la necesidad de un cambio, al establecer en su fundamento jurídico vigesimotercero que "*con la utilización de tal cierre, corre peligro el legislador de dejar fuera otras modalidades de discriminación equiparables, desde la perspectiva del Estado social, democrático y de Derecho, a las que enuncia, casos de motivación*

[89] Galiana Gallach, L., Hernández De Alba Mir, V., Iranzo Sánchez, E., Pardo Gabaldón, R., & Pitarch Alcón, B. (2021). Informe jurídico sobre aporofobia, el odio al pobre. RAIS Fundación. https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2014/09/Informe-juridico-sobre-Aporofobia-la-fobia-al-pobre.pdf

[90] Bustos Rubio, M. (2020). *Aporofobia y delito. La discriminación socio-económica como agravante (Art 22.4 CP)*. Bosch Editor.

[91] Bustos Rubio, M. (2020). *Aporofobia y delito. La discriminación socio-económica como agravante (Art 22.4 CP)*. Bosch Editor.

[92] Magro Servet, V. (2022, enero). *Cuestiones prácticas sobre la nueva agravante de discriminación del art. 22.4 CP a raíz de la L.O. 8/2021, de 4 de junio* (N.º 9983). Diario La Ley.

discriminatoria que aumentarían el injusto subjetivo del hecho, por la negación del principio de igualdad".

Del mismo modo, en el voto particular del magistrado José Manuel Suárez Robledano en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 19/2005 del 21 de octubre de 2005 se encuentra la necesidad de una modificación legislativa que permita extender la agravante a otros tipos de discriminaciones entre las que se encuentra la aporofobia, al exponer que: "*No se trata de dar aquí, en cuarto lugar, un alcance extensivo o desorbitado a la descripción punitiva que contiene la propia agravante, sino de darle el propio que realmente quiso el Legislador que, como no podía ser de otra forma, núcleo la acción alrededor de la discriminación como añadido a la reprochabilidad de las conductas delictivas comunes, y así se ha venido interpretando por la jurisprudencia de otros Tribunales*[93]".

Ante la imposibilidad de aplicar la agravante genérica del artículo 22.4 del Código Penal a las agresiones con una clara connotación aporofóba, es interesante remarcar que en muchas de las sentencias que se han podido analizar se observa un esfuerzo interpretativo por parte del órgano enjuiciador para, previa solicitud por cualquiera de las partes acusadoras y principalmente el Ministerio Fiscal, agravar la pena con aplicación de la circunstancia de alevosía, o bien la de abuso de superioridad o aprovechamiento de la situación de indefensión en que se encontraban las personas en situación de pobreza o sin hogar[94].

---

[93] Sentencias de la Sección 3ª de la Audiencia de Zaragoza del 27-12-2004 y de la Sección 8ª de la de Barcelona del 16-12-2004 cuando se refieren a que la agravante contemplada "*exige móvil o impulso racista y discriminatorio, xenófobo o equivalente*", o la de la Sección 2ª de la Audiencia de Barcelona del 26-6-2002 al señalar que la agravante tiene por finalidad "*evitar la discriminarían que pugna con el artículo 14 de la Constitución*". Criterio, asimismo, mantenido por la de la Sección 1ª Audiencia de Almería del 13-11-2001 cuando dijo que "*hay agravante si al sujeto le guía una motivación discriminatoria*", o, como dice con precisión la de la Sección 1ª de la Audiencia de Baleares del 30-6-2000 "*se da si la agresión tuvo como única razón la animadversión del agresor contra el ofendido por causa de su distinta forma de pensar y entender la vida*"

[94] Bustos Rubio, M. (2020). *Aporofobia y delito. La discriminación socio-económica como agravante (Art 22.4 CP)*. Bosch Editor.

Esta interpretación, pese a ser materialmente justa, no soluciona el problema principal que se plantea, toda vez que se ciñe a valorar cuestiones objetivas, sin entrar en la concreta motivación que guía estas agresiones, y por tanto sin entrar a valorar posibles motivaciones aporófobas que presidan estas agresiones[95].

ii. La aplicación de la agravante de alevosía

La literalidad del artículo 22.1 del Código Penal establece que será aplicable tal agravante al "*Ejecutar el hecho con alevosía"*. Añadiendo el mismo precepto que "*Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido*". Por su parte la Sentencia del Tribunal Supremo 193/1985 de 25 de abril de 1985, establece en el fundamento jurídico tercero que se entenderá por alevosía aquella "*cobardía, ínsita en quien elimina cualquier posibilidad de riesgo en la ejecución material del acto*".

Como modalidades de alevosía, la jurisprudencia ha distinguido tres, así aparece recogido en la Sentencia del Tribunal Supremo 1166/2003 de 26 de Septiembre de 2003 en su fundamento jurídico cuarto, en la que se recogen las siguientes: "*a) La denominada "proditoria", que incluye la traición (...), equiparable a la asechanza, insidia, emboscada, celada o lazo (...); b) la súbita o inopinada, en la que la agravante consiste en el ataque imprevisto, fulgurante y repentino (...); y c) la consistente en el "aprovechamiento de una especial situación de desvalimiento", como acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o víctimas en la fase letárgica o comatosa*".

Por todo lo expuesto, esta circunstancia agravante ha podido ser de aplicación en todos aquellos delitos cometidos contra personas en situación de mendicidad, cuando esencialmente ha concurrido un medio o forma que tendía a asegurar la

[95] Bustos Rubio, M. (2020). *Aporofobia y delito. La discriminación socio-económica como agravante (Art 22.4 CP)*. Bosch Editor.

agresión, y que por tanto evitaba, la reacción y defensa del agredido[96]. Así, por ejemplo, esta agravante fue de aplicación en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 19/2005 de 21 octubre de 2005, donde se estableció en su fundamento jurídico sexto que: *"En efecto, la alevosía deriva de la circunstancia de que al producirse el acometimiento, el sujeto pasivo se encuentra dormido, privado, pues, de toda posibilidad de advertir la inminente agresión contra su persona y de proveer a su defensa inmediata ante tal amenaza"*.

iii. La aplicación de la agravante de abuso de superioridad

El segundo apartado del artículo 22 del Código Penal recoge un conjunto de circunstancias agravantes genéricas entre las que se encuentra el abuso de superioridad, que se da cuando la defensa de la víctima queda ostensiblemente debilitada por la situación personal, instrumental o medial del agresor, que por ello obtiene mayor facilidad para cometer el delito[97]. Esta circunstancia agravante genérica de abuso de superioridad se fundamenta en una disminución de la capacidad de defensa de la víctima, así como en las mayores facilidades para cometer el hecho delictivo y lograr salir impune, de manera que la lesión del bien jurídico se considera más grave porque la víctima se encuentra más indefensa y, en consecuencia, necesita más protección[98].

Los requisitos para que concurra esta agravante, según ha establecido la jurisprudencia[99], son los siguientes: (a) la existencia de una situación objetiva de

---

[96] Galiana Gallach, L., Hernández De Alba Mir, V., Iranzo Sánchez, E., Pardo Gabaldón, R., & Pitarch Alcón, B. (2021). Informe jurídico sobre aporofobia, el odio al pobre. RAIS Fundación. https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2014/09/Informe-juridico-sobre-Aporofobia-la-fobia-al-pobre.pdf

[97] 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. En *Sistema Penal Crítico* (1.ª ed., pp. 135–151). Universidad de Salamanca.

[98] Muñoz Conde, F y García Arán, M. (2019). *Derecho penal. Parte general.* Tirant lo Blanch,

[99] Entre otras: STS de 7 de octubre de 2003; STS de 10 de noviembre de 2006; STS de de 30 de mayo de 2007; STS de 19 de noviembre de 2007; y STS de 30 de diciembre de 2015

superioridad o desequilibrio de fuerzas; (b) que esa situación disminuya notablemente la capacidad de defensa de la víctima, sin eliminarla; (c) que el agresor conozca esa situación y se aproveche de ella; (d) y, que esa situación de superioridad no sea inherente al delito[100].

Podemos advertir que en la práctica subyace una especial vulnerabilidad en el caso de personas en situación de sinhogar, mendicidad o pobreza, pero ante la inexistencia de concretos motivos agravatorios que pudieran concurrir en la actuación del autor de los hechos, la jurisprudencia, en una gran cantidad de supuestos, procede a construir una motivación que permita subsumir en las agravantes de superioridad, ateniéndose a las situaciones en las que se encuentran estas víctimas, situación que, en la mayor parte de los casos, traen causa precisamente de su situación de pobreza o sinhogarismo[101]. Entre otras[102], la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía 5/2012 de 20 de febrero de 2012 establece en su fundamento jurídico cuarto que: "*la circunstancia de abuso de superioridad concurre de modo especialmente intenso, habida cuenta de la situación de indigencia de la víctima de la que de manera tan reprochable se aprovecha lo que incrementa el grado de desvalor de su conducta*".

d. La introducción de la aporofobia en el artículo 22.4 del Código Penal

A la luz del acreditado fundamento social del problema mediante los datos recogidos anteriormente, así como teniendo en cuenta el problema jurisprudencial por el que nuestros tribunales han estado impedidos de tener en cuenta motivaciones aporófobas para agravar la pena en estas tipologías delictivas, ha sido posible y pertinente explorar la oportunidad político-criminal de incluir la

[100] Orts Berenguer, E. y González Cussac, J.L. (2019). *Compendio de Derecho penal. Parte General*. Tirant lo Blanch.

[101] Bustos Rubio, M. (2020). *Aporofobia y delito. La discriminación socio-económica como agravante (Art 22.4 CP)*. Bosch Editor.

[102] Por ejemplo: STS de 9 noviembre de 2007, STSJ de Madrid de 21 de octubre de 2005, SAP de Madrid de 29 de noviembre de 2006.

aporofobia entre las motivaciones discriminatorias que agravan la pena del artículo 22.4 del Código Penal[103].

Esta reforma fue introducida por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia que dejó el texto en la agravante n.o 4 como sigue: *«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 concurran efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta».* No obstante, cabe tener en cuenta que esta nueva agravante no es aplicable a hechos delictivos perpetrados con anterioridad a su entrada en vigor[104].

Respecto a la justificación de tal introducción, dice la exposición de motivos de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia: "*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".*

Así pues, la idea de esta propuesta nace de la necesidad de graduación de la norma actual, de su depuración en términos de igualdad. Y ello porque, la no-tipificación de las motivaciones aporófobas en el artículo 22.4ª del Código Penal constituía, por sí misma, una omisión político-criminal discriminatoria, una nueva manifestación de aporofobia institucionalizada, que se ubicaba dentro de un

[103] Bustos, M. (2020). *El art. 22,4ª del Código Penal: una circunstancia inconclusa en una realidad social aporófoba*. Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad.

[104] Fundamento jurídico decimotercero de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 66/2022 de 27 Ene. 2022, Rec. 10496/2021

sistema penal con claros rasgos aporófobos, en este caso por defecto al no contemplarse desde la norma una adecuada protección a estas personas[105].

i. Características de aplicación de esta nueva agravante

Se advierte que la exposición de motivos ha expresado las razones para la incorporación de las nuevas circunstancias agravatorias, pero lo hace sin describir ningún cambio sobre las exigencias de aplicación de los nuevos supuestos[106]. Así pues, podemos sacar ciertas conclusiones:

a) La clave de la aplicación de la agravante va a estar en la intención o motivo del autor en la ejecución de su conducta

El autor debe cometer el delito en razón de que cree que concurren las circunstancias que se citan en el artículo 22.4 del Código Penal sobre el sujeto pasivo[107]. Además, el legislador no ha dejado de exigir que el autor proyecte su desprecio sobre el sujeto pasivo de la acción delictiva, por lo que no todos los incidentes que sufran estos colectivos podrán ser susceptibles de la aplicación de esta agravante[108].

b) No cabe apelar la defensa en estos casos a la discriminación por error

La expresión introducida en el artículo 22.4 del Código Penal de su aplicación "*con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurran efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta"* nos lleva a entender que es irrelevante que en el sujeto pasivo concurra alguna de las

[105] Bustos, M. (2020). *El art. 22,4ª del Código Penal: una circunstancia inconclusa en una realidad social aporófoba*. Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad.

[106] Fundamento jurídico decimotercero de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 66/2022 de 27 Ene. 2022, Rec. 10496/2021

[107] Magro Servet, V. (2022). *Cuestiones prácticas sobre la nueva agravante de discriminación del art. 22.4 CP a raíz de la L.O. 8/2021, de 4 de junio*. Diario La Ley.

[108] Fundamento jurídico decimotercero de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 66/2022 de 27 Ene. 2022, Rec. 10496/2021

circunstancias cuya concurrencia daría lugar a la agravante por ser discriminatoria la acción[109].

Así, el Tribunal Supremo reconoce que el actual precepto otorga cabida a la llamada *discriminación por error,* a causa de que el sentido de este precepto es dar operatividad a la agravante incluso en aquellos supuestos en los que el sujeto activo del delito comete el hecho contra el sujeto pasivo motivado por razones discriminatorias (cualquiera de las que establece el precepto), aunque finalmente se demuestre que tales elementos de discriminación realmente no se dan sobre dicha víctima[110]. Este tema ya se trató en el voto particular del caso Alsasua[111] en el sentido de no poner el acento tanto en la posición del sujeto pasivo, sino en la intención del sujeto activo[112].

Un ejemplo de este supuesto, que se da en varias sentencias, sería el caso, por ejemplo, de una persona que le causa lesiones a otra motivada por el rechazo o discriminación hacia su condición socioeconómica de pobreza (aporofobia), asumiendo que esta persona tiene tal condición por el hecho de estar durmiendo en la calle, pero sin embargo dicha condición no acontecía de manera objetiva en tal persona, sinó que simplemente estaba bajo los efectos del alcohol y se durmió en la calle[113].

---

[109] Magro Servet, V. (2022). *Cuestiones prácticas sobre la nueva agravante de discriminación del art. 22.4 CP a raíz de la L.O. 8/2021, de 4 de junio*. Diario La Ley.

[110] Bustos, M. (2022). *Discriminación por error y discriminación por asociación en el nuevo art. 22.4ª CP: reflexiones al albur de la STS 66/2022, de 27 de enero*. Diario La Ley.

[111] Sentencia del Tribunal Supremo 458/2019 de 9 de octubre

[112] Magro Servet, V. (2022). *Cuestiones prácticas sobre la nueva agravante de discriminación del art. 22.4 CP a raíz de la L.O. 8/2021, de 4 de junio*. Diario La Ley.

[113] Bustos, M. (2022). *Discriminación por error y discriminación por asociación en el nuevo art. 22.4ª CP: reflexiones al albur de la STS 66/2022, de 27 de enero*. Diario La Ley.

c) La prueba sobre la que se dirigirá la acusación y la defensa recaerá sobre la motivación del autor

Para poder aplicar la agravante contenida en el artículo 22.4 del Código Penal habrá de probarse, el hecho constitutivo de la infracción penal, y en el aspecto de esta agravante de discriminación la intención del autor en esta línea[114]. Así, nos encontramos ante la averiguación, en términos de carga de prueba, de un elemento motivacional que solo podrá deducirse de indicios (…) y que, para no vulnerar los postulados de seguridad jurídica, debe determinarse con precisión que éste (el móvil discriminatorio) y no otro ha sido el móvil del delito, para evitar la aplicación indiscriminada de esta circunstancia agravante[115].

En consecuencia, el juez o tribunal deberán realizar un esfuerzo motivador acerca del alcance de la concurrencia en el sujeto activo del delito de la intención de discriminar al sujeto pasivo en una de las modalidades del artículo 22.4 del Código Penal. Para ello, habrá que evaluar la declaración de la víctima en confrontación con la del acusado, así como si hubo testigos que presenciaron los hechos y valorar sus declaraciones, lo que expresaron acerca de cómo se desarrollaron los hechos, lo que dijo el autor cuando realizó el acto, para evaluar si en razón a sus gestos, actos, palabras y expresiones utilizadas pueda deducirse que el contexto de su actuación estuvo marcado por tintes discriminatorios. Finalmente, cuando el juez o tribunal determinen la aplicación de esta agravante, se deberán citar qué pruebas permiten llegar a esa conclusión y expresar en la sentencia su conclusividad mediante un proceso racional.[116]

[114] Magro Servet, V. (2022). *Cuestiones prácticas sobre la nueva agravante de discriminación del art. 22.4 CP a raíz de la L.O. 8/2021, de 4 de junio*. Diario La Ley.

[115] Fundamento jurídico sexto de la Sentencia del Tribunal Supremo 1145/2006 de 23 de noviembre

[116] Magro Servet, V. (2022). *Cuestiones prácticas sobre la nueva agravante de discriminación del art. 22.4 CP a raíz de la L.O. 8/2021, de 4 de junio*. Diario La Ley.

4. Conclusiones

A lo largo de este trabajo se ha estudiado el concepto de aporofobia institucionalizada, relacionándolo con sus vertientes en exceso y en defecto, así como una posible respuesta a la aporofobia por defecto que ha querido dar el legislador.

La primera conclusión que debemos sacar es que el Código Penal es una de las instituciones que podemos calificar de aporófobas. En su vertiente en exceso, hemos observado a través de varios ejemplos que el diseño de políticas criminales en España (tal como la modificación del Código Penal del 2015) han tendido a criminalizar prácticas asociadas a personas que se encuentran en situación de pobreza, estigmatizando aún más con ello al individuo y aumentando su permanencia en ese estado.

Cabe tener en cuenta que el legislador está intentando solucionar un problema social, tal como es la pobreza, con la inocuización de estas personas, al aislarlas y obligarlas a volver a delinquir para cumplir su pena (en caso de multa), o incluso sobrevivir (ya que es muy complicado que una persona con antecedentes penales pueda encontrar un trabajo que le permita tener una vida digna, y menos con un historial de mendicidad). Ante un problema social, se debe aplicar una medida social, no penal. Sinó, lo que se causa es que las prisiones se llenan de personas que han cometido delitos de escasa importancia, vulnerando su derecho fundamental a la libertad.

En su vertiente en defecto, en primer lugar el Código Penal presenta un carácter plutofílico, en el sentido de que establece sanciones menos severas para conductas penales típicamente cometidas por personas que tienen recursos (ladrones de guante blanco), o facilidades cómo el caso de la atenuante de reparación, que solo se ha considerado relevante cuando las cantidades a reparar son extremadamente cuantiosas.

Ante tal situación, debemos tener en cuenta que uno de nuestros principios constitucionales es la igualdad, y no simplemente una igualdad formal, sinó material. En consecuencia, en el momento en que la rama del derecho que es capaz de alterar uno de los derechos fundamentales más importantes, tal como es la libertad, no es igualitaria, nos encontramos ante una crisis de los principios constitucionales.

Por otro lado, el Código Penal ha sido también aporófobo por exceso, en el sentido de no dar suficiente protección penal a las personas víctimas de crímenes cometidos por razón de aporofobia. No obstante, recientemente se aprobó la introducción de la agravante de discriminación por razón de aporofobia en el artículo 22.4 del Código Penal. Con esta se pretendía dar respuesta a una demanda social y jurisprudencial, tal como ha sido aumentar el injusto en caso de que un delito determinado se provocara por razones de odio a la pobreza.

Tal modificación penal es un paso favorable, a causa de que es la primera vez que aparece en el Código Penal la noción "aporofobia", y en cierto modo da más protección a las víctimas de crímenes por razón de aporofobia. No obstante, debemos tener en cuenta que el Código Penal no ha dejado de ser aporófobo por introducir esta agravante. La política criminal española está respondiendo a las necesidades sociales de los grupos vulnerabilizados con meros parches, agravantes concretas, tipificaciones específicas para problemas concretos.

En cambio, para que se produzca un cambio real sigue es necesario un proceso de replanteamiento de todos los preceptos del Código con una mirada interseccional, teniendo en cuenta cómo afectan cada uno de los preceptos a todos los colectivos vulnerabilizados. Además, este replanteamiento tiene que estar apoyada por datos fiables, que reflejen la realidad social, para que se puedan tipificar las penas para cada conducta delictiva de manera efectiva, y que se consiga con las sanciones penales el objetivo constitucional de las mismas: la reinserción y resocialización.

5. Bibliografía

Andrade, M. (2008). ¿Qué es la "aporofobia"? Un análisis conceptual sobre prejuicios, estereotipos y discriminación hacia los pobres. En *Revista do PPGPS UENF* (pp. 117–139). Agenda Social.

Bustos, M. (2020). Aporofobia institucionalizada: el Código Penal como herramienta. *Derechos Humanos ante los nuevos desafíos de la globalización* (pp. 1467–1484). Dykinson.

Bustos, M. (2020). *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (Art. 22, 4ª CP.)*. J.M. Bosch

Bustos, M. (2020). *El art. 22,4ª del Código Penal: una circunstancia inconclusa en una realidad social aporófoba*. Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad.

Bustos, M. (2021). 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*, núm. 23-04, págs 1-42.

Bustos, M. (2022). *Discriminación por error y discriminación por asociación en el nuevo art. 22.4ª CP: reflexiones al albur de la STS 66/2022, de 27 de enero*. Diario La Ley.

Campos, R. (2016). *La construcción psiquiátrica del sujeto peligroso y la Ley de Vagos y Maleantes en la España franquista (1939–1970)*. Revista Culturas Psi.

Cortina, A. (2017). *Aporofobia, el rechazo al pobre*. Paidós.

Cortina, A. (2020). *Conferencia de Adela Cortina: ¿Qué es la aporofobia?. Congreso Aporofobia y Derecho penal* [Vídeo]. YouTube. https://www.youtube.com/watch?v=_G0xlacHDWQ

Cortina, A.; Martínez, E. (1996): *Ética*. Santillana.

Díaz López, J. A. (2012). *El odio discriminatorio como circunstancia agravante de la responsabilidad penal*. Universidad Autónoma de Madrid.

Dopico Gómez-Aller, J. (2004). *Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de la legitimación de la pena*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.

Expósito Marín, A. J. (2015). *Una aproximación a la aporofobia institucionalizada*. Asociación castellano manchega de sociología.

Faraldo Cabana, P. (2016). *Los delitos leves. Causas y consecuencias de la desaparición de las faltas*. Tirant lo Blanch.

Ferré Olivé, J. C. (2022). *Indagaciones sobre aporofobia y plutofilia en derecho penal*. Revista Penal México.

Galiana Gallach, L., Hernández De Alba Mir, V., Iranzo Sánchez, E., Pardo Gabaldón, R., & Pitarch Alcón, B. (2021). Informe jurídico sobre aporofobia, el odio al pobre. RAIS Fundación.

González Llorente, R. (2020). *Análisis general a los delitos de odio. Una aproximación a la aporofobia.* Universidad de Valladolid.

INE - Instituto Nacional de Estadística. (2020). *Resultados nacionales. Condenados. Todos los delitos.* https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=25997#!tabs-tabla

Laurenzo Copello, P. (1996). *La discriminación en el Código penal de 1995*. Estudios penales y criminológicos

López Capdevila, J. (2015). *Derecho Penal del Enemigo. La sombra del autoritarismo en la Política Criminal contemporánea*. Universitat Autònoma de Barcelona.

Luzón Campos, E. F., Alpaca Pérez, A., de Vicente Remesal, J., de la Fuente Honrubia, F., Pérez Sauquillo Muñoz, C., Paredes Castañón, J. M., Jericó Ojer, L., Cardona, L. M., Francés Lecumberri, P., Zamyr Vega Gutiérrez, J., Trapero Barreales, M., Pavía Cardell, J., Rodriguez Vazquez, V., Torres Cadavid, N., Luzón Peña, D., García Mosquera, M., Roso Cañadillas, R., Díaz Y García Conlledo, M., Olaizola Nogales, I., . . . Barber Burusco, S. (2018). *Derecho Penal en Casos Parte General (Estudio analítico-práctico)*. Tirant lo Blanch.

Magro Servet, V. (2022, enero). *Cuestiones prácticas sobre la nueva agravante de discriminación del art. 22.4 CP a raíz de la L.O. 8/2021, de 4 de junio* (N.º 9983). Diario La Ley.

Marín De Espinosa Ceballos, E. B. (2018). *La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22.4 CP)*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.

Martinez Navarro, E. (2002): "Aporofobia". *Glosario para una sociedad intercultural* (pp. 17-23). Bancaja.

Mir, C. (2005). *Pobreza, marginación, delincuencia y políticas sociales bajo el franquismo*. Edicions de la Universitat de Lleida.

Moreno-Torres Herrera, M. R., Marín De Espinosa Ceballos, E. B., Pérez Alonso, E. J., Ramos Tapia, M. I., & Zugaldía Espinar, J. M. (2010). *Fundamentos de Derecho Penal Parte General*. Tirant lo Blanch.

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. En *Sistema Penal Crítico* (1.ª ed., pp. 135–151). Universidad de Salamanca

Muñoz Conde, F y García Arán, M. (2019). *Derecho penal. Parte general.* Tirant lo Blanch,

Neubacher, F., & Bögelein, N. (2020). ¿Criminalidad de los pobres - criminalización de la pobreza? Análisis de dos conceptos recalcitrantes? En *Sistema Penal Crítico* (1.ª ed., pp. 43–67). Universidad de Salamanca.

Observatorio Hatento. (2015). *Algunas pautas. Muchos retos.* RAIS Fundación.

Observatorio Hatento. (2015). *Informe de investigación. Los delitos de odio contra las personas sinhogar*. RAIS Fundación.

Orts Berenguer, E., González Cussac, J. L., Matallin Evangelio, A., & Roig Torres, M. (2010). *Esquemas de Derecho Penal Parte General*. Tirant lo Blanch.

Pérez Cepeda, A. I. (2020). *Aporofobia y delito: la discriminación socioeconómica como agravante (ART. 22,4ª CP.)*. J.M. BOSCH EDITOR

Ramón Fernández, F. & Prósper, J. (2021). Aporofobia, segregación y descenso a los infiernos. *Ética y Cine Journal* (pp 31-39)

Real Academia Española. (2017). *aporofobia.* Diccionario de la lengua española

Sanchez-Benitez, C. (2020). Aporofobia y Derecho penal: el delito de hurto y la circunstancia agravante de multirreincidencia. En *Sistema Penal Crítico* (1.ª ed., pp. 225–240). Universidad de Salamanca.

Sobremonte De Mendicuti, E., Rodríguez-Berrio, A., Ferrán Zubillaga, A., & Beloqui Marañón, U. (2019). *Aporofobia. Nuevos conceptos para viejas realidades*. Foessa.

Terradillos Basoco, J. M. (2019). Un sistema penal para la aporofobia. En *Un juez para la democracia* (pp. 353–364). Dykinson.

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

Terradillos Basoco, J. M. (2020). *Conferencia de Juan Terradillos: La política criminal de exclusión. Congreso Aporofobia.* YouTube. https://www.youtube.com/watch?v=3WnosWTxY_s

Vila-Viñas, D. (2021). Análisis socio-jurídico de las transformaciones en la provisión de seguridad. Austeridad y aporofobia como racionalidades estructurantes de los derechos sociales de grupos vulnerables. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* (45.ª ed., pp. 195–226). Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Málaga.

Vilert, A. (2020). *Derecho penal del enemigo en España*. Editorial Reus.