

Revista SISTEMA PENAL CRÍTICO

LA ACREDITACIÓN DE LA APOROFOBIA EN EL PROCESO PENAL

DEMONSTRATION OF APOROPHOBIA IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Pablo Mora Díez

Fiscal de la Fiscalía Provincial de Huelva

Doctorando de la Universidad de Huelva

<https://orcid.org/0000-0002-9350-6603>

Artículo desarrollado a raíz de la comunicación defendida en el Congreso Aporofobia y Derecho penal, organizada por el proyecto de investigación coordinado “Aporofobia y Derecho Penal”, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (Ref. RTI2018-095155-B-C21).

EXTRACTO:

El presente trabajo aborda, desde una visión orientada a la práctica procesal, como entiendo que debe enfocarse el proceso penal, especialmente el acto de la vista oral, cuando su objeto es la investigación de un delito en el que el denunciado actúa movido por “odio al pobre” o aporofobia. La intención del sujeto debe quedar tan acreditada como el hecho mismo y, para ello, habrán de prestarse atención a las circunstancias concretas concurrentes en el hecho (anteriores, coetáneas y posteriores) para determinar el dolo ilícito del investigado. El testimonio de la víctima presenta una especial relevancia y su análisis deberá ajustarse a los parámetros marcados por la jurisprudencia y a unas peculiaridades intrínsecas a esta clase de actos. El carácter odioso de esta clase de conductas no debe llevar a relajar o dulcificar las exigencias probatorias, que, en todo momento, deberán ajustarse a los principios establecidos en la CE y en nuestra ley de ritos.

ABSTRACT:

This paper addresses how I understand the criminal process should be focused from a viewpoint towards procedural practice, especially at the hearing when its object is the investigation of a crime in which the accused's actions are motivated by «hatred of the poor» or aporophobia. The subject's intention must be as proven as well as the act itself, and to this end attention must be paid to the specific circumstances of the act (prior, simultaneous and subsequent) to determine the unlawful intent of the person under investigation. The victim's testimony is of particular relevance, and its analysis must comply with criteria set by case law and with the features intrinsic to this type of act. The hateful nature of this kind of behaviour must not lead to relaxing or softening the demands for proof which must at all times comply with the principles laid down in the EC and in our procedural acts.

PALABRA CLAVE:

aporofobia, proceso penal, prueba, dolo, víctima.

KEYWORDS:

aporophobia, criminal process, evidence, criminal intent, victim.

SUMARIO:

1. Introducción; 2. La prueba de el actuar movido por odio aporóforo; 3. Análisis crítico de la declaración de la víctima de un acto de aporofobia: 3.1 La credibilidad subjetiva; 3.2 La credibilidad objetiva; 3.3 La persistencia en la incriminación; 4. La víctima de acto de aporofobia como testigo “cualificado” de los hechos vividos; 5. Conclusiones; 6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

A la hora de abordar la cuestión de la aporofobia en el proceso penal nos encontramos con problemas de diversa índole y naturaleza. Uno de ellos es que, si el delito se comete movido por el “odio al pobre”, esta intención formaría parte del elemento subjetivo del delito y, por tanto, del arcano del sujeto, lo que da lugar a problemas de prueba o acreditación dentro del proceso penal¹.

Al fin y al cabo, el “odio al pobre” que mueve al investigado a cometer el acto de aporofobia no es sino un escondido y larvado desprecio hacia las personas más desafortunadas de la sociedad. Pero este elemento subjetivo debe ser también probado en el acto de la vista, con todas las garantías previstas en la CE y en nuestra ley ritual.

No hay que olvidar que el dolo debe quedar tan probado como el elemento objetivo del tipo correspondiente. Ambos tienen una naturaleza factual tal y como reconoce el TS en diversas sentencias².

Es conveniente precisar que la conciencia de antijuridicidad de la conducta no ha de abarcar todos y cada uno de los elementos del tipo delictivo, sino que basta la conciencia genérica de que el actuar es contrario a derecho. De este modo, con carácter general, en un delito de esta índole no sería preciso probar que el sujeto actúa movido por el “odio al pobre” en concreto, sino que basta que el sujeto sabía que su actuar no era conforme al ordenamiento jurídico.

También debe precisarse que el actuar movido por aporofobia no está recogido como circunstancia agravante en nuestro CP, pese a su necesidad, tal y como señala BUSTOS RUBIO, M.³ En este sentido destacar que cuando nuestro CP castiga conductas tales como matar, lesionar etc. está castigando el hecho en sí, sin necesidad de que al investigado lo mueva un dolo específico de odio, aporofobia, celos etc. Basta con que el dolo abarque la conciencia de antijuridicidad, con que quede probado que el investigado sabía que su conducta era contraria a la norma.

Para dejar clara esta cuestión, si el sujeto se dirige a un poblado chabolista y quema una chabola movido por aporofobia, nuestro ordenamiento no castiga propiamente la intención aporofoba y no sería necesaria acreditar esa cuestión en el correspondiente delito de daños (artículo 263 y siguientes del CP). Bastaría con probar el conocimiento del carácter ilícito de su conducta.

Distinto es que la acusación se formule también por un delito de odio (artículos 510 y siguientes del CP). En este caso sí sería preciso acreditar que el sujeto actúa movido por un ánimo <<directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.>> tal y como reza este precepto.

Será frecuente en la práctica, que la aporofobia aparezca mezclada con elementos racistas, antisemitas, machistas etc. Será difícil deslindar hasta que punto el actuar del investigado es movido por motivos de aporofobia o por otros motivos de este tipo.

Así, por ejemplo, en la provincia de Huelva, han sido frecuentes en los últimos años ataques a poblados chabolistas de la provincia. En concreto, se registró un ataque de un grupo de jóvenes de la localidad

¹ Estos problemas probatorios se reflejan en las estadísticas de la aporofobia, tal y como bien refleja GARCÍA DOMÍNGUEZ, I., 2020. “Aproximación a las estadísticas existentes sobre la victimización aporofoba en España: Especial referencia al colectivo de personas sin hogar”. Proyecto Coordinado “Aporofobia y Derecho Penal”, donde dice «La cuantificación de las victimizaciones aporofobas a nivel regional, autonómico y nacional en el territorio español están caracterizadas por ser escasas e insuficientes, así como por no representar la realidad del fenómeno aporofobo, en el que la cifra oculta es una constante» (p. 6).

² STS n° 476/2018, de 13 de enero.

³ Comparto a este respecto las consideraciones que introduce el muy documentado informe de BUSTOS RUBIO, M., 2020. “Sobre la necesidad de incorporación de los motivos aporofobos como forma de odio discriminatorio en la circunstancia agravante del artículo 22.4 del CP”. Proyecto “Hacia un modelo de justicia social: alternativas político-criminales”.

a subsaharianos residentes en un poblado (a escasos 40 metros de este), en el que se registraron insultos tales como “negros de mierda”, etc., así como agresiones, algunas de ellas con objetos contundentes que se saldaron con lesiones constitutivas de delito (artículo 147 CP). Los hechos están siendo investigados en este momento, además de por las lesiones que causaron este grupo de jóvenes, por delito de odio (artículo 510 del CP). Aquí queda reflejado como, con frecuencia, la aporofobia se confunde con otros motivos discriminatorios o racistas.

2. LA PRUEBA DE EL ACTUAR MOVIDO POR ODIO APORÓFOBO.

Este elemento subjetivo se deduce de el actuar del investigado en el caso concreto. Si de las circunstancias concurrentes (previas, coetáneas o posteriores) se deduce que el sujeto actuó movido por aporofobia, será así como se acreditará este elemento subjetivo del injusto.

Tal y como afirma el TS, la intención no se puede fotografiar⁴. De ahí que para determinar la intención aporófoba del sujeto debamos analizar con minuciosidad las circunstancias del caso concreto. Como ya he dicho, estas circunstancias serán tanto previas, coetáneas como posteriores al acto delictivo. Como ejemplo podemos citar: las expresiones vertidas por el sujeto hacia la víctima en situación de pobreza en el momento de ejecutar la acción delictiva, el lugar de comisión del hecho, la actitud del investigado, la forma de materializar la acción aporófoba, la propia conducta social del investigado en su entorno, redes sociales etc. Son circunstancias que nos permiten determinar la intención que movió al investigado en su acción delictiva y si, por tanto, si movió su actuar un móvil discriminatorio hacia el pobre, la persona sin hogar etc.

Podemos establecer aquí un paralelismo con la doctrina del TS para diferenciar el homicidio intentado (artículo 138, 16 y 62 del CP), de las lesiones consumadas (artículos 147 y siguientes del CP), es decir, el *animus ledendi* del *animus damnandi*. Por su interés, transcribo aquí esta doctrina que recogen numerosas sentencias de la Sala Segunda del TS: *«la jurisprudencia de esta Sala considera como criterios de inferencia para colegir el dolo de matar los datos existentes acerca de las relaciones previas entre agresor y agredido; el comportamiento del autor antes, durante y después de la agresión, lo que comprende las frases amenazantes, las expresiones proferidas, la prestación de ayuda a la víctima y cualquier otro factor relevante; el arma o los instrumentos empleados; la forma en que se materializa la acción homicida; y en general cualquier otro dato que pueda resultar de interés en función de las peculiaridades del caso concreto (SSTS. 57/2004 de 22-1; 10/2005, de 10-1; 140/2005, de 3-2; 106/2005, de 4-2; 755/2008, de 26-11; 140/2010, de 23-2; 29/2012, de 18-1; 1035/2012, de 20-12; y 719/2017, de 31-10, entre otras)»*.

Todos recordamos la acción realizada por un conocido youtuber en España, que dio de comer a un mendigo una galleta con pasta de dientes. En un primer momento podríamos dudar cual fue el móvil que movió al sujeto al cometer tan luctuosa acción. Pero de la forma de materializar el hecho resulta de fácil inteligencia deducir que lo que le movió fue, ni mas ni menos, que humillar a la persona sin hogar que se encontraba pidiendo limosna en aquel lugar.

En este caso, su acción se grabó en video y quedó patente el hecho. Sin embargo, lo mas frecuente es que el acto aporófobo se cometa en la clandestinidad para evitar las consecuencias o responsabilidades para el autor de sus actos. Así, en los últimos años se ha dado también varios casos de incendios intencionados de casetas de poblados chabolistas de la provincia de Huelva, especialmente en las zonas de Moguer y Lepe. La mayoría de los atestados formulados por estas acciones ni siquiera han sido enviados al juzgado por falta de autor conocido (artículo 284 de la LECRIM). Y es evidente que detrás de estas acciones, en algunos casos, han podido darse casos de aporofobia. De este modo, los problemas probatorios no se ciñen solamente a acreditar el móvil aporófobo del investigado, sino la propia autoría del hecho cometido.

En todo caso, la prueba de esta clase de actos deberá ajustarse a los principios constitucionales y de nuestra ley rituarial dentro del proceso penal. Como afirma Dolz Lago, M. J. *«En cuanto a la prueba del proceso penal moderno, básicamente, en nuestro sistema, estos caracteres son el de legalidad,*

⁴ STS n° 88/19, de 17 de enero.

licitud y suficiencia que se enmarcan en el derecho fundamental a la presunción de inocencia ex artículo 24.2 CE»⁵.

Así, el carácter odioso de este tipo de actos no nos puede llevar a una relajación o dulcificación de los principios constitucionales que inspiran el proceso penal y, en concreto, la presunción de inocencia del artículo 24 de la CE. La presunción de inocencia, como es sabido, es uno de los pilares básicos en los que se asienta nuestro estado de derecho.

Una de las bases fundamentales en las que se apoyará la acusación para esclarecer los hechos y sus presuntos responsables, será el testimonio de la víctima. Deberá ser valorado con las cautelas propias de un testigo que es, a su vez, protagonista de los actos enjuiciados. A tal fin deberemos acudir a los tres parámetros clásicos fijados por la jurisprudencia del TS para valorar el testimonio de la víctima – testigo, a saber: credibilidad subjetiva, credibilidad objetiva y persistencia en la incriminación⁶.

En muchos casos encontramos que las víctimas de aporofobia son extranjeros vulnerables. En estos casos, puede existir un serio riesgo de problemas de citación al acto de la vista de la víctima – testigo, ya sea porque se encuentre en ignorado paradero, por carecer de domicilio conocido, ya sea por haber regresado a sus países de origen, etc. En estos casos entiendo que resulta aconsejable preconstituir la prueba de la declaración de la víctima en la instrucción y proceder a su lectura en el juicio oral vía 730 LECRIM. Sobre este punto me volveré a detener mas adelante.

Habrá que tener muy presente también que de todo el desarrollo del proceso sea informada la víctima en un lenguaje comprensible y cercano, conforme a las exigencias del artículo 3 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, regulador del Estatuto de la víctima del delito. También podrá participar en el proceso, personándose en el mismo como acusación particular, como es sabido.

También, en los casos en que la víctima indigente o pobre haya resultado lesionada, resultará importante los informes médicos forenses y partes médicos, como prueba objetiva que venga a corroborar el testimonio vertido en el proceso. Si se han causado daños al patrimonio de la víctima, una pericia de los mismos, será adecuada también para su acreditación. Así como también una inspección técnica ocular del lugar de los hechos realizada por la policía judicial, especialmente necesaria en el caso de incendios de chabolas. Además, en los casos de quema de poblado chabolista, la pericia que se realice deberá ser especialmente meticulosa a lo hora de fijar si ha existido posible riesgo para la vida de sus habitantes, toda vez que esta circunstancia el CP la castiga con mucha mayor dureza, conforme al principio de proporcionalidad (artículo 351 del CP).

Aunque será el juicio oral el momento en que el juez deberá valorar en conciencia la prueba practicada (artículo 741 LECRIM) entiendo que será también importante una adecuada y minuciosa instrucción del procedimiento que prepare el juicio oral de forma adecuada.

Finalmente señalar que, aunque tal y como he señalado con anterioridad, la aporofobia no está recogida propiamente como agravante específica del delito en el artículo 22.4 del CP, este elemento puede reflejar un mayor desvalor del injusto y, por tanto, podrá valorarse a la hora de modular la pena a imponer en la sentencia, conforme a las reglas dosimétricas de los artículos 61 y siguientes del CP.

Voy a centrarme, a continuación, en la valoración del testimonio de la víctima del acto de aporofobia ya que, con frecuencia, será un pilar esencial para acreditar la comisión del hecho y su autoría, con todas las circunstancias que puedan influir en la calificación (artículo 299 LECRIM).

3. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA DE UN ACTO DE APOROFOBIA.

Quisiera dedicar un apartado específico al análisis crítico, desde un punto de vista marcadamente procesal, de la declaración de la víctima del acto de aporofobia. Como ya señalé con anterioridad, aunque han existido lamentables episodios de actos de aporofobia que han podido ser probados de

⁵ DOLZ LAGO, M. J., 2016. “*La prueba penal de ADN a través de la jurisprudencia. Una visión práctica y crítica*”, Editorial Wolters Kluwer, p. 51.

⁶ STS n° 553/2014, de 30 de junio, entre muchas otras.

forma fehaciente con una grabación videográfica, esto no será frecuente. Lo normal es que el autor del delito busque la clandestinidad de su acción para evitar y eludir las consecuencias jurídico-penales de sus luctuosos actos.

De este modo, el relato de la víctima, con gran frecuencia, se convertirá en pilar básico y piedra angular para sostener la acusación y para probar el acto en la sentencia correspondiente. Es necesario analizar este testimonio de forma crítica, toda vez que la condena del denunciado no puede descansar en un puro y apodíctico acto de fe en el testimonio de la víctima, sino que debe ser sometido a análisis crítico y racional, para valorar así de forma fehaciente, la integridad y solidez de su testimonio (STS 2673/19, de 24 de julio).

No sobra recordar aquí que el antiguo axioma *testis unus testis nullus*, en virtud del cual, el testimonio solitario de una sola persona no era válido para acreditar el delito en el juicio oral, ha sido desterrado del derecho penal moderno (STS 680/20, de 24 de febrero). El testimonio de la víctima, una vez testeado conforme a los parámetros que ofrece la jurisprudencia y que analizamos a continuación, será válido para enervar la presunción de inocencia, si bien, deberá ajustarse a las peculiaridades propias que presenta un acto de “odio al pobre”.

También conviene señalar que el carácter odioso y despreciable de un acto de aporofobia no puede conducir a relajar las exigencias probatorias en el proceso. La prueba deberá practicarse, por tanto, con todas las garantías ordinarias del proceso penal, y tener la suficiente fortaleza, todo el arsenal probatorio, para derrotar la presunción de inocencia del acusado (artículo 24.2 CE).

Escrutando la jurisprudencia del TS, encontramos los tres parámetros clásicos de valoración del testimonio de la víctima que pueden ser de aplicación a esta materia: credibilidad subjetiva y objetiva y persistencia en la incriminación, que pasamos a analizar.

3.1 La credibilidad subjetiva

Puede ser de dos tipos: a) Las características físicas o psíquicas del testigo (minusvalías sensoriales o psíquicas, ceguera, sordera, trastorno o debilidad mental, edad infantil), que sin anular el testimonio lo debilitan; b) La concurrencia de móviles espurios, en función de las relaciones anteriores con el sujeto activo (odio, resentimiento, venganza o enemistad), o de otras razones (ánimo de proteger a un tercero o interés de cualquier índole que limite la aptitud de la declaración para generar certidumbre) (STS 896/18, de 15 de marzo).

El primer tipo adquiere una trascendencia crucial en esta clase de delitos. Habrá que tener muy en cuenta las características propias de las víctimas de aporofobia, ya que se trata, con frecuencia, de personas que pueden arrastrar diversos problemas personales y sociales: personas sin hogar, analfabetismo, personas migrantes, enfermos mentales etc.

El juez o tribunal deberá tener muy en cuenta estos factores a la hora de valorar el testimonio de la víctima. Las dificultades de expresión a la hora de relatar los hechos, la necesidad de traducir su testimonio, con todos los problemas de comunicación que ello conlleva (pérdida de matices, errores de interpretación etc.). También son muy frecuentes la presencia de problemas mentales asociados a la pobreza extrema que pueden conducir a dificultades para recordar o expresar lo sucedido. Nada de esto de debe ser ajeno al juzgador que deberá tenerlo muy en cuenta la hora de testear el testimonio de la víctima.

El segundo tipo hace referencia a la existencia de motivos espurios. Este elemento deberá valorarse también para delimitar cuando nos encontramos ante un delito de aporofobia de un delito ordinario. Las lesiones o daños causados pueden deberse a una disputa entre particulares, a un ajuste de cuentas, etc. y todo ello, como es obvio, resulta ajeno al delito de odio al pobre.

Habrá que tener en cuenta aquí las previsiones del artículo 26 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, que establece: «1. En el caso de las víctimas menores de edad y en el de víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección, además de las medidas previstas en el artículo anterior se adoptarán, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento

Criminal, las medidas que resulten necesarias para evitar o limitar, en la medida de lo posible, que el desarrollo de la investigación o la celebración del juicio se conviertan en una nueva fuente de perjuicios para la víctima del delito. En particular, serán aplicables las siguientes: a) Las declaraciones recibidas durante la fase de investigación serán grabadas por medios audiovisuales y podrán ser reproducidas en el juicio en los casos y condiciones determinadas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal. b) La declaración podrá recibirse por medio de expertos».

El artículo 433, párrafos cuarto y quinto, LECrim. establece: *«En el caso de los testigos menores de edad o personas con la capacidad judicialmente modificada, el Juez de Instrucción podrá acordar, cuando a la vista de la falta de madurez de la víctima resulte necesario para evitar causarles graves perjuicios, que se les tome declaración mediante la intervención de expertos y con intervención del Ministerio Fiscal. Con esta finalidad, podrá acordarse también que las preguntas se trasladen a la víctima directamente por los expertos o, incluso, excluir o limitar la presencia de las partes en el lugar de la exploración de la víctima. En estos casos, el Juez dispondrá lo necesario para facilitar a las partes la posibilidad de trasladar preguntas o de pedir aclaraciones a la víctima, siempre que ello resulte posible. El Juez ordenará la grabación de la declaración por medios audiovisuales».*

Desde la perspectiva de ambos preceptos entendemos que cuando la persona sin hogar o en situación de pobreza, que haya sido víctima de un acto de aporofobia, presente factores relevantes que puedan dificultar el testimonio que preste en el acto de la vista, especialmente cuando presente problemas mentales graves, y en todo caso si su capacidad ha sido judicialmente modificada, podrá en base a estos preceptos, preconstituirse la prueba, de forma que su interrogatorio se practique por expertos (psicólogos) que puedan conjurar el peligro de victimización secundaria. Deberán en estos casos, intervenir las partes, el Ministerio Fiscal, además del instructor, quienes trasladarán sus preguntas a través del experto que intervenga en el acto.

No sobra subrayar, que ya se han casado y anulado sentencias por incumplimiento de estos requisitos, como la STS n ° 3790/18, de 31 de octubre, donde la condena descansa, en esencia, en el testimonio de un discapaz cuya declaración en instrucción no fue preconstituída tal y como exigen los preceptos citados con anterioridad (artículo 433 de la LECRIM).

Esta exigencia no obedece a caprichos procesales o idolatría de las formas, sino razones poderosas que tratan de evitar la victimización secundaria de personas que ya están en situación especialmente vulnerables, como personas sin hogar, migrantes, enfermos mentales, etc.

3.2 La credibilidad objetiva

Se trata, en síntesis, de que el relato sea coherente. Y esta coherencia presente dos vertientes: a) Coherencia interna: Se trata de que el relato responda a criterios lógicos y racionales. Que no se incurra en contradicciones en la propia estructura del relato; b) Coherencia externa: que es el suplementario apoyo de datos objetivos de carácter periférico⁷.

En relación con la coherencia interna, es decir, de la propia estructura y narración de la declaración, destacar que esta ha de ser creíble y sólida. En relación con la coherencia externa, se requiere un dato objetivo corroborador periférico. Será, por ejemplo, un parte médico o informe médico forense en una agresión física a un sinhogar, la pericial de desperfectos causados en caso de quema de un poblado chabolista. Como ya apunté con anterioridad, en ocasiones, estos actos de aporofobia han sido en teléfono móvil, ofreciendo al tribunal una prueba contundente sobre los hechos, (lo que ha creado a su vez una gran alarma social), pero esto no es lo habitual. En casos de que exista grabación videográfica es obvio que nos encontraremos ante una prueba fundamental sobre los hechos, y básica para las acusaciones.

Aquí conviene hacer un apunte: estos parámetros jurisprudenciales no podemos entenderlos como exigencias rígidas sin las cuales el testimonio de la víctima no es apto para enervar la presunción de inocencia, sino que tienen una función orientativa y no suplen el principio de libre valoración de

⁷ STS n ° 896/18, de 15 de marzo.

prueba «*en conciencia*» (artículo 741 LECRIM). En este sentido, la falta de elementos objetivos corroboradores del testimonio de carácter periférico, puede restar credibilidad al testimonio vertido en el proceso, pero en ningún caso lo anula.

3.3 La persistencia en la incriminación

La persistencia en la incriminación supone: Ausencia de modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima; concreción en la declaración; ausencia de contradicciones entre las sucesivas versiones que se ofrecen a lo largo del procedimiento, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre las diversas versiones narradas en momentos diferentes⁸.

No es preciso que el relato sea idéntico, de hecho, el propio TS afirma con rotundidad que «*lo sospechoso sería un relato mimético, idéntico en todo momento*»⁹.

Resulta de gran interés, para el tema de la valoración probatoria de la declaración de la víctima de un acto de aporofobia, este párrafo de la STS 774/17, de 30 de noviembre: «*resulta inevitable que al comparar las declaraciones que presta un coimputado o un testigo en la fase de instrucción con las que hace después en la vista oral del juicio afloren algunas diferencias, omisiones y contradicciones. En primer lugar, porque el sujeto que declara no retiene en la memoria las mismas imágenes, datos concretos y palabras en un primer momento, a las pocas fechas de haber sucedido los hechos, que cuando han ya transcurrido varios meses o incluso años. Y, en segundo lugar, un mismo hecho no es nunca relatado o expuesto con las mismas palabras en dos ocasiones distintas por una misma persona, incluso aunque transcurra escaso margen de tiempo entre la primera y la segunda declaración. Y, por último, también resulta obvio que la persona que transcribe la declaración en el acta no plasma literalmente todo su contenido, sino que trastoca, modifica y varía de forma involuntaria e inconsciente los vocablos, las expresiones y los propios giros lingüísticos utilizados por el testigo. A lo que ha de sumarse las interpretaciones que hacen las partes sobre esa clase de modificaciones*».

Me reitero en que resulta esta enseñanza jurisprudencia de gran interés para esta materia, debido a las peculiaridades propias que presentan las víctimas de un acto de aporofobia quienes, junto a la pobreza extrema suele aparecer analfabetismo, problemas mentales o dificultades derivadas de la migración etc. La valoración de su testimonio conforme a los parámetros jurisprudenciales ha de hacerse con las peculiaridades propias de esta clase de víctimas de actos de aporofobia. Las circunstancias especiales que presentan esta clase de víctimas van a condicionar notablemente la narración del delito del que fueron víctimas. Así, se hace preciso que este parámetro valorativo específico se tenga en cuenta por el juez o tribunal a la hora de ponderar el testimonio.

Es posible en estos casos encontrarnos con errores de traducción, cuando la víctima sea extranjera y desconozca el idioma español. Ante estos casos procederá abrir el incidente del 714 de la LECRIM, con el fin de que la víctima pueda dar explicaciones sobre este punto¹⁰.

El papel de la acusación pública también será muy importante. Deberá interrogar teniendo en cuenta una especial sensibilidad para esta clase de víctimas. Deberá ahondar también en las circunstancias concretas de la ejecución del acto delictivo para determinar si existió la intención discriminatoria en la acción del acusado. Al fin y al cabo, tiene un papel protagonista en la protección de las víctimas

⁸ STS n.º 896/18, de 15 de marzo.

⁹ STS n.º 1898/18, de 24 de mayo.

¹⁰ Así lo recoge, por citar un ejemplo, la STS n.º 3926/19, de 10 de diciembre: «<<Se refiere a las declaraciones prestadas en sede policial y en sede judicial. Invoca el recurrente en primer término, la existencia de una eventual divergencia en el relato de la víctima referida al modo en que fue despojada de su ropa, ya que en fase de instrucción manifestó la ropa se la había quitado ella misma obligada por el acusado y en el acto del juicio manifestó que el acusado le arrancó la ropa, rompiéndole el sujetador y quitándole las bragas. No obstante, en la sentencia se afirma que a la vista de tal contradicción se abrió el incidente del artículo 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, explicando la testigo que se trata de un error de traducción puesto que ella siempre manifestó que la ropa se la quitó obligada por el acusado y él le quitó la ropa interior, y efectivamente así lo ha podido apreciar este Tribunal, ya que la perjudicada fue especialmente clara al concretar este punto señalando que siempre ha sostenido que el acusado tenía el cuchillo en la mano y le obligó a quitarse la ropa, y después éste le arrancó la ropa interior.>>

mas vulnerables durante todo el proceso, tal y como recoge el propio Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal aprobado por la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, en su artículo tercero, y el Estatuto Básico de la Víctima del Delito aprobado por la Ley 4/2015, de 27 de abril.

En definitiva, los parámetros clásicos jurisprudenciales deben adecuarse a las características específicas del testimonio vertido por una víctima de aporofobia. Me atrevo a decir que se requiere una especial sensibilidad por el juez o tribunal a la hora de valorar este testimonio y, todo ello, sin relajar ni dulcificar las exigencias probatorias previstas en la CE y en nuestra ley de ritos.

4. LA VÍCTIMA DE ACTO DE APOROFOBIA COMO TESTIGO “CUALIFICADO” DE LOS HECHOS VIVIDOS.

La situación específica de la víctima de un acto de aporofobia, su propia vivencia, le convierte en testigo cualificado de los hechos que se están valorando por el juez o tribunal. Esto no significa que se deban relajar las exigencias probatorias en ningún caso, pero sí tener en cuenta las peculiaridades de su situación vital, que es muy precaria, y que pueden dificultar al juez o tribunal la comprensión y valoración procesal de su relato.

No solo han visto o oído los hechos, sino que los “han sufrido”. En este punto estoy haciendo un paralelismo con las víctimas de violencia de género, a quienes la jurisprudencia del TS también ha considerado como testigos cualificados de los hechos (STS 2003/18, de 24 de mayo, entre otras).

Tampoco puede admitirse en ningún caso que el estado de pánico y terror vivido por los hechos de los que han sido víctimas haga que les cueste relatar los hechos y explicarlos ante el tribunal, y que esto pueda suponer un impedimento para la credibilidad de su relato.

Vamos a citar aquí a continuación los 11 parámetros que ha fijado el TS para valorar el testimonio de la víctima (STS n ° 678/19, de 6 de marzo):

- 1.- *Seguridad en la declaración ante el Tribunal por el interrogatorio del Ministerio Fiscal, letrado/a de la acusación particular y de la defensa.*
- 2.- *Concreción en el relato de los hechos ocurridos objeto de la causa.*
- 3.- *Claridad expositiva ante el Tribunal.*
- 4.- *«Lenguaje gestual» de convicción. Este elemento es de gran importancia y se caracteriza por la forma en que la víctima se expresa desde el punto de vista de los «gestos» con los que se acompaña en su declaración ante el Tribunal.*
- 5.- *Seriedad expositiva que aleja la creencia del Tribunal de un relato figurado, con fabulaciones, o poco creíble.*
- 6.- *Expresividad descriptiva en el relato de los hechos ocurridos.*
- 7.- *Ausencia de contradicciones y concordancia del iter relatado de los hechos.*
- 8.- *Ausencia de lagunas en el relato de exposición que pueda llevar a dudas de su credibilidad.*
- 9.- *La declaración no debe ser fragmentada.*
- 10.- *Debe desprenderse un relato íntegro de los hechos y no fraccionado acerca de lo que le interese declarar y ocultar lo que le beneficie acerca de lo ocurrido.*
- 11.- *Debe contar tanto lo que a ella y su posición beneficia como lo que le perjudica.*

Otros factores muy importantes a tener en cuenta en la víctima de un acto de aporofobia son los relativos a miedo y temor vivido ante los hechos sufridos. Habrá que tener en cuenta también estos 6 parámetros que recoge la sentencia citada:

- 1.- *Dificultades que puede expresar la víctima ante el Tribunal por estar en un escenario que le recuerda los hechos de que ha sido víctima y que puede llevarle a signos o expresiones de temor ante lo sucedido que trasluce en su declaración.*

- 2.- *Temor evidente al acusado por la comisión del hecho dependiendo de la gravedad de lo ocurrido.*
- 3.- *Temor a la familia del acusado ante posibles represalias, aunque estas no se hayan producido u objetivado, pero que quedan en el obvio y asumible temor de las víctimas.*
- 4.- *Deseo de terminar cuanto antes la declaración.*
- 5.- *Deseo al olvido de los hechos.*
- 6.- *Posibles presiones de su entorno o externas sobre su declaración.*

CONCLUSIONES

Podemos concluir por tanto que cuando el investigado actúa movido por un móvil de aporofobia, es necesario acreditar plenamente este elemento subjetivo dentro del proceso penal, ya que el dolo debe quedar tan acreditado como el resto de elementos objetivos del tipo delictivo.

La intención del investigado fluirá con naturalidad en estos casos de las circunstancias concurrentes en cada caso en particular y que pueden ser previas, coetáneas o posteriores al hecho delictivo, ya que, en palabras del TS, «*la intención no se puede fotografiar*».

Para valorar el testimonio de la víctima del acto de aporofobia, será útil los parámetros de valoración del testimonio que ofrece la jurisprudencia del TS, a saber, credibilidad objetiva, credibilidad subjetiva y persistencia en la incriminación, si bien, han de adecuarse a las especificidades propias de la víctima de un acto de aporofobia.

Se requiere también una especial sensibilidad del Ministerio Público a la hora de investigar estos hechos quién deberá velar en todo momento por la protección de las víctimas de un acto de aporofobia, de acuerdo con sus funciones estatutarias y lo previsto en la Estatuto Básico de la Víctima del Delito.

Pese al carácter odioso de un delito cometido por motivos de aporofobia, no deben relajarse las exigencias probatorias necesarias para desvirtuar la presunción de inocencia de la que goza el investigado *ex* artículo 24 de la CE.

BIBLIOGRAFÍA

BUSTOS RUBIO, M., 2020. “*Sobre la necesidad de incorporación de los motivos aporófobos como forma de odio discriminatorio en la circunstancia agravante del artículo 22.4 del CP*”. Proyecto “Hacia un modelo de justicia social: alternativas político-criminales”.

Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sala Segunda. Accesible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Actividad-del-TS/Cronica-de-Jurisprudencia/>

DOLZ LAGO, M. J., 2016. “*La prueba penal de ADN a través de la jurisprudencia. Una visión práctica y crítica*”, Editorial Wolters Kluwer.

GARCÍA DOMÍNGUEZ, I., 2020. “*Aproximación a las estadísticas existentes sobre la victimización aporófoba en España: Especial referencia al colectivo de personas sin hogar*”. Proyecto Coordinado “Aporofobia y Derecho Penal”.