

Revista
SISTEMA PENAL CRÍTICO

**LA APOROFOBIA COMO AGRAVANTE PENAL:
UNA REVISIÓN DEL PROCESO DE TIPIFICACIÓN**

**APOROPHOBIA AS AN AGGRAVATING CIRCUMSTANCE:
A REVIEW OF THE CRIMINALISATION PROCESS**

María Alberto Guerrero

Universidad de Cádiz

Becaria de Colaboración en el Departamento de Derecho penal

RESUMEN:

El tratamiento que otorga nuestro Derecho penal y la política criminal a las personas excluidas del sistema político, social y económico causa amplios efectos discriminatorios sobre determinados colectivos, si bien no de forma directa, sí indirectamente en multitud de ocasiones. Por este motivo, en este trabajo se analizará sucintamente cómo el excluido social recibe como víctima una respuesta penal diferenciada, tanto en la fase legislativa como en la fase aplicativa. Se realizará especial mención a la reciente reforma del catálogo de agravantes del art. 22. 4º del Código penal realizada por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Asimismo, se analizará la cuestión desde la perspectiva de la teoría del delito y se mostrarán las diferentes posturas doctrinales y jurisprudenciales que actualmente coexisten sobre el tema.

ABSTRACT:

The treatment granted by the Spanish Criminal Law to people excluded from the political, social and economic system causes broad discriminatory effects on certain groups, although not directly but indirectly on many occasions. Hence, this research work will succinctly analyse how the socially excluded people receive a differentiated criminal response, both in the legislative phase and final decision, with special emphasis on the recent legislative amendment of the catalogue of aggravating factors of art. 22.4º Spanish Criminal Code carried out by the «Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia». In addition, the issue will be analysed from the perspective of crime theory and will be explained the different doctrinal and jurisprudential positions that currently exist.

PALABRAS CLAVE:

Delito de odio, circunstancias agravantes, discriminación, aporofobia.

KEYWORDS:

Hate crime, aggravating factors, discrimination, aporophobia.

SUMARIO:

1. Conceptualización de la aporofobia; 2. Tratamiento jurisprudencial de los delitos con motivación aporofobia; 3. La aporofobia en la “Ley Rhodes”; 4. Naturaleza jurídica y fundamento de la agravante de discriminación; 5. Problemática de la aplicación práctica de la agravante; 6. Posibles alternativas en el proceso de tipificación; 7. Conclusión

1. CONCEPTUALIZACIÓN DE LA APOROFOBIA

La aporofobia, concepto introducido por Adela Cortina¹ y definido como rechazo o aversión al pobre, busca poner nombre a una realidad social. Y no ha sido hasta la publicación del libro de esta misma autora “Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia” cuando este neologismo ha adquirido cierta notoriedad en el público en general. En este trabajo se examinará cómo el pobre y el excluido social, al que visibilizaba Adela Cortina en su obra, recibe como víctima un tratamiento penal diferenciado. En palabras del profesor Terradillos Basoco: “la norma penal reflejaría, ya desde la positivación criminalizadora y sancionadora, sus filias y sus fobias, plasmadas en respuestas sancionadoras diferenciadas, más amigables o más hostiles dependiendo de la condición del sujeto o del colectivo receptor”². Si bien, en primer lugar, se realizará un breve repaso del concepto de aporofobia por algunos autores.

Cabe destacar la visión de Peter Berger y Thomas Luckmann en su obra fundamental “La construcción de la realidad social”, en la que ponen de manifiesto la relevancia de la comunicación lingüística. En esta obra, hablan de la socialización definida como la progresiva integración del individuo en la totalidad de los valores sociales, la cual encuentra en el lenguaje tanto su contenido más importante como su instrumento fundamental³. En consecuencia, no resulta desacertado afirmar que el lenguaje crea realidades, o más bien, tipifica experiencias, permitiendo así incluirlas en categorías amplias en cuyos términos adquieren significado para la persona y para sus semejantes.⁴ La necesidad de designar una realidad para poder hacerla visible se plasma en la obra de Ralph Ellison “El hombre invisible”⁵. En ella se reflexiona sobre la problemática que algunos autores denominan “invisibilidad social”⁶, es decir, no ser visto ni reconocido, ser invisible para los demás, como la forma de desprecio más esencial⁷. Y es que la aporofobia, como concepto amplio que hace alusión al rechazo a la pobreza, toma su máxima expresión en las personas sin recursos que viven en la calle, fenómeno social conocido como *sinhogarismo*. “El *sin techo* es la evidencia viviente del contraste entre tener algo, aunque sea poco, y no tener nada en absoluto y ser, en definitiva, una especie de apátrida social”⁸.

No puede obviarse que la fobia al pobre se identifica en muchas ocasiones como la fobia al extranjero o xenofobia. Pero este rechazo al inmigrante no se basa tanto en el origen y procedencia del sujeto pasivo, sino en su carencia de recursos económicos, puesto que no hay rechazo hacia extranjeros con elevada capacidad adquisitiva, pero sí hacia refugiados o migrantes de escasos recursos económicos⁹. Georges Picca, analiza la cuestión social de la exclusión del “extranjero” y también incide en la problemática que presenta la discriminación de aquellos a los que denomina *exclus de l'intérieur*¹⁰, que pueden ser los inadaptados sociales mentales, los marginados, los enfermos, y en definitiva, los “otros”.

¹ El término aporofobia saltó a la palestra por primera vez en el año 2017. En diciembre de ese mismo año, el término aporofobia fue incluido por la RAE, definido como “fobia a las personas pobres y desfavorecidas”.

² Terradillos Basoco, J.M. (2020). Págs. 353 y ss.

³ Berger, P. L. y Luckmann, T. (1977). Págs. 52-66.

⁴ Ibidem.

⁵ Ellison, R. (1947). Págs. 5-16.

⁶ Honneth, A. (2011). Págs. 165-182. En el capítulo “Invisibilidad. Sobre la epistemología moral del reconocimiento” se habla del concepto de invisibilidad social, que podría ser aplicable a este caso, definido como una ausencia de reconocimiento.

⁷ Emcke, C. (2017). Págs. 10-32.

⁸ Valiente Martínez, F. (2020). Págs. 37-104. En el capítulo I dedicado al discurso del odio el autor realiza una breve pero interesante mención al discurso aporóforo.

⁹ Pérez Oliva, M. (2017). Cortina: “Lo que molesta de los inmigrantes es que sean pobres”. EL PAÍS. [consulta: 27 mayo 2021]. Disponible en: https://elpais.com/cultura/2017/05/08/actualidad/1494264276_545094.html.

¹⁰ Picca, G. (1995). Págs. 175-180.

2. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LOS DELITOS CON MOTIVACIÓN APORÓFOBA

El tratamiento jurisprudencial de los delitos en los que concurre una motivación aporófoba es en algunos casos bastante dispar. Es por ello que, a continuación, se destacarán los principales puntos del debate jurisprudencial en relación a esta cuestión.

El Alto Tribunal manifiesta sobre el art. 22.4º CP que una vez que de forma clara e inequívoca se ha puesto de relieve en el relato fáctico la existencia de una palpable y evidente motivación ideológica en el sujeto activo que lleva a cabo la agresión, la agravante resulta claramente aplicable.¹¹ En la jurisprudencia y doctrina de nuestro entorno se debate sobre si el fundamento de esta agravación de la responsabilidad penal reside en una mayor ofensa a nuestros valores democráticos, o si por el contrario, se basa en el móvil abyecto que impulsa la conducta delictiva de los sujetos¹².

Lo que sí está claro es que para ser aplicada la agravante se requiere que el sujeto cometa el delito por alguno o varios de los motivos de discriminación expresamente mencionados en el precepto. Por esta razón, será imprescindible probar no solo la comisión del hecho delictivo sino también la intencionalidad discriminatoria del sujeto autor del delito. Y, esta injerencia o juicio de valor que realizará el juzgador a la luz de los hechos de cada caso, debe estar necesariamente motivado¹³. La regulación de las agravantes por motivos discriminatorios de nuestro Código penal se resume en un *numerus clausus*. Sin embargo, si se acude al tenor literal del artículo 22.4º CP, que declara en su primera línea “*u otra clase de discriminación*”, en cierto modo, dicha referencia podría entenderse como una puerta entreabierta que daría cabida a otros motivos discriminatorios diferentes a los tasados expresamente, no obstante, seguidamente manifiesta “*referente a...*” y enumera una serie limitada de categorías, dándole un portazo a todas aquellas que no se incluyan en las expresamente mencionadas.¹⁴

Siguiendo esta idea, el TS en su sentencia núm. 1160/2006, de 9 de noviembre, se planteó un dilema similar. En esta ocasión, ciertamente se valoró la posibilidad de aplicación de la agravante de discriminación del art. 22.4º CP en un caso de aporofobia, pues tal y como decía la resolución: “los acusados atacaban a la víctima al diferenciarla peyorativamente con trato inhumano, por su condición de mendigo sin techo”. No obstante, se descartó por parte del Tribunal Supremo que pudiera tener cabida dicha agravante debido a que la redacción en ese momento vigente del artículo, y el tenor literal del mismo, establecía una enumeración cerrada, y según la sentencia apreciarla en dicho caso iría en contra del principio de seguridad jurídica: “y no cabe aseverar que la situación del indigente sin techo responda, sin que se acrediten otros matices, a unas determinadas ideología o creencias que se atribuyan a la víctima, sean o no por ella asumidas (...)”

Resulta preciso mencionar, en relación a este mismo supuesto, que ya con anterioridad, la STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, núm. 19/2005, de 21 de octubre, había considerado que el móvil criminal de los acusados fue esencialmente aporófobo: “parece, en suma, que lo que motivó que los tres imputados llevaran a cabo los hechos (...) fue la condición de indigente de la víctima, esto es, su falta de medios de vida o, en definitiva, su pobreza.” Sin embargo, esta resolución razona en la misma línea que la jurisprudencia del Supremo anteriormente citada: “parece obvio que el desprecio hacia la pobreza no encaja en ninguno de los supuestos que trata de describir la norma jurídica en juego”. Esta sentencia hace referencia no solo al principio de seguridad jurídica, sino también al de legalidad y taxatividad de la ley penal, expresando que la interpretación de la norma penal debe ser estricta y, por este motivo, afirma que resulta inaplicable la agravante de discriminación a la conducta de los acusados.

Ahora bien, no es este el único supuesto en el que el juzgador se veía en la controvertida situación de toparse ante un caso en el que existía un claro motivo discriminatorio¹⁵ por razón de la situación socioeconómica del sujeto pasivo en el que no le es posible aplicar la agravante de discriminación. Las víctimas de estos ataques son principalmente indigentes o personas que viven en la calle, que no solo tienen que hacer frente a la precaria

¹¹ STS de 24 de abril de 2002.

¹² STS de 22 abril de 2010.

¹³ Art. 120.3 de la Constitución española. En este sentido puede citarse también la STS de 4 de julio de 2012, la STS de 27 de diciembre de 2013 y la STS de 4 de mayo de 2015.

¹⁴ Afirmación similar se recoge en la Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 CP.

¹⁵ En supuestos de este calibre sería posible y conveniente que algún juez plantease activar el mecanismo establecido en el art. 4.2 CP.

situación en la que se encuentran (acrecentada por la pandemia del covid-19)¹⁶, sino que también deben afrontar hostilidades y aversión, que en muchos casos se convierten en ataques contra su integridad física y moral, lesiones, o incluso, la muerte. Esto mismo le sucedió a Rosario Endrinal Petite, indigente que fue quemada viva mientras dormía en un cajero automático¹⁷. En este último caso, a pesar de la gravedad y el claro móvil discriminatorio de los hechos, tampoco pudo apreciarse por parte del tribunal la concurrencia de la agravante por discriminación del art. 22.4º CP impetrada por la acusación particular. Así lo afirma la propia sentencia: “dado que no existe prueba que funde tal aserto, que por otro lado ni siquiera se ha concretado en qué supuesto versaría, significándose que la marginalidad o desocialización y situación de exclusión social no resulta contemplada en el elenco previsto en el mencionado apartado, cuya interpretación debe ser restrictiva en cuanto son circunstancias agravantes”.

En la otra cara de la moneda, se pueden encontrar sentencias más proclives a una valoración menos estricta de la agravante de discriminación. En esta corriente se sitúa, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 2ª), de 22 de abril de 2005, en la que tras haberse verificado que los acusados cometieron el delito por motivos aporófobos el juez consideró necesaria la aplicación de la agravante, expresándose en los siguientes términos: “ha apreciado la circunstancia agravante de cometer el delito por motivos discriminatorios del art. 22-4º del Código Penal al dar por probado que se dirigieron a la víctima por su condición de indigentes y por el desprecio que esta circunstancia les generaba”¹⁸.

En este supuesto, al considerar el tribunal que era evidente el móvil discriminatorio que impulsó a los acusados a cometer el delito, no dudó en realizar una interpretación teleológica del artículo y aplicar la agravante por discriminación, pues de no haberse hecho, la pena a imponer no habría sido la que realmente abarcase el total del desvalor inherente de los hechos acaecidos.

Este es solo un breve repaso por algunas de las sentencias que nos muestran a título ilustrativo cuales eran los términos esenciales del debate a la hora de aplicar la aporofobia como agravante penal, debate que Gómez Martín sintetiza de la siguiente forma: “un sector doctrinal también propone la referencia a «motivos relativos a la situación socioeconómica de la víctima», con el objeto de incluir los casos de aporofobia (odio al pobre) (...). Otro sector doctrinal sugiere que éstas y otras omisiones podrían evitarse de forma sencilla, sin convertir el art. 22.4.ª CP en un farragoso catálogo de motivos discriminatorios, utilizándose una cláusula de cierre. Por coordinación sistemática con el art. 14 CE, dicho sector aconseja el empleo de la cláusula de cierre «o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.»¹⁹

En resumen, podría establecerse una distinción entre tres claras posturas existentes, antes de la Ley Rhodes, a la hora de afrontar la cuestión: quienes estaban a favor de la inclusión de la aporofobia en el precepto, los que estaban en contra de dicha modificación y, finalmente, los partidarios de una cláusula abierta. Estas posibilidades se analizarán con mayor profundidad en otro apartado.

3. LA APOROFBIA EN LA LEY RHODES

Hace tan solo unas semanas que fue aprobada definitivamente la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia²⁰, cuyo objeto principal, como su nombre indica, es garantizar una infancia segura. Sin embargo, ocupa un lugar en este trabajo por un mo-

¹⁶ Para las personas sin hogar los efectos de la pandemia del COVID-19 fueron mucho más devastadores pues al no tener ni un hogar en el que refugiarse se encontraban mucho más expuestos, desprotegidos y desabastecidos ante el virus. En este sentido pueden citarse algunas noticias como, por ejemplo: El invierno y la segunda ola ponen contra las cuerdas a las personas sin hogar. RTVE. [consulta: 20 mayo 2021]. Disponible en: <https://www.rtve.es/noticias/20201114/sin-hogar-segunda-ola-frio-confinamiento/2054469.shtml>.

¹⁷ SAP de Barcelona de 5 de noviembre de 2008.

¹⁸ STC de 22 de abril de 2005.

¹⁹ Mir Puig, S., Gómez Martín, V., Valiente Ivañez, V., & Faira, J. C. (2016). Pág. 23.

²⁰ El 21 de mayo de 2021 se aprobó la denominada “Ley Rhodes” (haciendo referencia al famoso pianista que sufrió abusos sexuales cuando era niño), con un amplio consenso parlamentario, contando con 297 votos a favor y 52 en contra. [consulta: 26 mayo 2021]. Disponible en: <https://confi legal.com/20210521-el-congreso-aprueba-definitivamente-la-ley-organica-de-proteccion-integral-a-la-infancia-y-a-la-adolescencia-frente-a-la-violencia/>.

tivo completamente diferente, pues lo relevante para esta investigación es que en el cuerpo legislativo de la misma también se incluía y ha sido aprobada, la aporofobia y exclusión social como agravante penal del art. 22.4º CP, quedando el artículo redactado en los siguientes términos:

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

Asimismo, se da una nueva regulación a los delitos de odio comprendidos en los artículos 314, 510, 511, 512 y 515.4 del Código Penal, incorporando en ellos también la aporofobia como causa de discriminación. Esta reforma, que en palabras del Proyecto, se ha realizado aprovechando el espíritu de protección que impulsa este texto legislativo, se presume algo inadecuada, pues en ella se da una fundamentación incompleta del motivo de la reforma, basada únicamente en la idea de que: “responde a un fenómeno social en el que en la actuación delictiva subyace el rechazo, aversión o desprecio a las personas pobres”²¹ y, citando al art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) como única base jurídica.

En primer lugar, es preciso recordar que la modificación de un precepto penal es una operación de escaso coste político y económico si existe un consenso parlamentario en la materia. Sin embargo, antes de dar este paso habría que estudiar la viabilidad de la propuesta, su efectividad en la disminución del problema y, en suma, reflexionar sobre el sentido y alcance de la reforma. Sin ánimo de menospreciar el interés legítimo que se persigue con ella, ni discutir las razones político-criminales que la informan, las cuales se consideran de bastante entidad, su fundamentación jurídica es bastante escasa pues el texto legislativo apenas le dedica un párrafo, y su aplicación práctica se intuye compleja en términos de seguridad jurídica, legalidad y taxatividad penal.

Como se ha visto y se desarrollará en los aparatos subsiguientes, existe una buena fundamentación de por qué ha de incluirse la agravante del 22.4 en nuestra legislación penal. No obstante, esta reforma realizada por la “Ley Rhodes”, que en parte cumple con ese vacío legal que existía anteriormente, se ha hecho a través de una estrategia política casi partidista, pues se ha incluido la aporofobia subrepticamente en una ley con la que apenas guarda relación. Si bien se perseguía un interés legítimo, hay que reparar en la cuestión de que esta falta de rigurosidad legislativa puede degenerar en una configuración legal pobre o incluso un desamparo o desprotección de los sujetos. De ahí que en este trabajo se incluya como propuesta de mejora algunas alternativas para la inclusión del concepto de aporofobia a la ley.

Cabe mencionar que, anteriormente, la Proposición de Ley Orgánica formulada por el Grupo Parlamentario Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea²², supuso el primer intento formal de inclusión de la aporofobia como agravante penal, si bien ésta no llegó a buen puerto. En dicha Proposición, que contemplaba las “razones de aporofobia o de exclusión social” como agravante del 22.4º CP, sí se realizaba una justificación de la necesidad de la reforma algo más completa.

4. NATURALEZA JURÍDICA Y FUNDAMENTACIÓN DE LA AGRAVANTE DE DISCRIMINACIÓN

La determinación de la naturaleza jurídica de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal es un antiguo y complejo debate, que ya sea por razones sistemático-clasificadoras, en aras de la claridad expositiva, o ya sea para dar una respuesta a las exigencias de comunicabilidad o no que establece el art. 65 CP, sigue teniendo vigencia.²³ En este apartado se analizará si la agravante de discriminación, en la que se encuadraría la aporofobia, se situaría en el peldaño de la culpabilidad o en de la antijuridicidad.

²¹ Exposición de motivos del Proyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (121/000022). También cabe citarse el preámbulo de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que repite en los mismos términos dicha idea.

²² Proposición de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 2 de noviembre, del Código Penal (622/000025).

²³ Morales Prats, F. y Quintero Olivares, G. (2005). Pág. 230.

Sobre la culpabilidad, Bernd Schuneman expresa: “la culpabilidad presupone libertad, y libertad presupone que el autor puede actuar de otro modo”²⁴, según este autor, la culpabilidad no hace necesaria la pena, sino que la legitima, es decir, justifica su imposición al autor.

El sector mayoritario de la doctrina sitúa la agravante del art. 22.4 en la categoría de la culpabilidad, esta es a su vez, la postura seguida ampliamente por nuestra jurisprudencia. Desde esta perspectiva se admite, siguiendo el tenor literal que el legislador dio a la norma, que no se ha de prestar atención a elementos externos de la conducta, por ejemplo, sus efectos sobre la víctima o sociedad, sino a la motivación que guía al autor a cometer el delito. La agravante, por tanto, no concurre siempre que se cometa contra otro individuo de otra etnia, raza, ideología, etc. sino que deberá valorarse la motivación que guió al autor y no las condiciones personales de la víctima. Si bien, no puede obviarse que dicha motivación u odio discriminatorio hacia una de las condiciones personales del sujeto es la que impulsa al autor del delito a cometerlo²⁵.

Este planteamiento no es el único. Así, Mir Puig es partidario de incluir la circunstancia agravante de discriminación dentro del injusto, puesto que afirma que aumenta el injusto subjetivo del hecho al añadir al injusto propio del delito cometido la negación del principio de igualdad que consagra la Constitución²⁶. Esta postura es defendida por el autor ya que considera que esencialmente “toda fundamentación de la gravedad del hecho corresponde al injusto penal” y, en consecuencia, “todas las circunstancias agravantes deben aumentar lo injusto penal del hecho”.²⁷ Dentro de esta corriente también se sitúa Lorenzo Copello, que afirma que existe un claro incremento del desvalor del resultado cuando concurre la agravante por discriminación, pues “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”.²⁸ Por tanto, al pertenecer el desvalor de resultado al injusto, las agravantes se situarían en este escalón.

Si seguimos la distinción realizada por Roxin, que denomina a las agravantes como *elementos de la actitud interna*²⁹, describen una disposición moralmente censurable del sujeto al realizar su conducta. Tales circunstancias serían elementos de la culpabilidad en la medida que solo caractericen una constitución interna añadida al tipo delictivo. Roxin concibe la culpabilidad como actuación injusta pese a la existencia de asequibilidad normativa, de modo que, en su opinión, hay que afirmar la culpabilidad de un sujeto cuando el mismo estaba disponible en el momento del hecho para la llamada de la norma de acuerdo con su estado mental y anímico. Por el contrario, autores como Jakobs, defienden que los elementos de la actitud interna pertenecen “en su totalidad como mínimo también al injusto”³⁰.

En una posición intermedia se encuentra González Cussac, que pone de manifiesto la inadecuada utilización del binomio objetivo - subjetivo, como eje de solución al problema. Este autor ha denunciado la impropiedad con la que se utilizan ambos términos “quedando ya superada la equiparación objetivo – antijuricidad, y subjetivo – culpabilidad”³¹. En esta misma línea también se sitúa Alonso Álamo, que menciona la posibilidad de una naturaleza mixta, objetivo-subjetiva, de la agravante debido a que entiende que se construye prioritariamente en torno a los motivos del autor y que el ataque al derecho a la igualdad cumple una función complementaria.³²

Esta última podría considerarse como una postura más lógica y sensata, pues defiende que el fundamento básico de las agravantes discriminatorias reside en la mayor culpabilidad del actor derivada de una mayor reprochabilidad del móvil que le impulsa a cometer el delito, siendo esencial que dicha motivación impulse y sea determinante a la hora de llevar a cabo la conducta delictiva. Pero también se muestra relevante y no puede obviarse la lesión al principio de igualdad y al derecho a no ser discriminado.³³ En esta misma línea se posiciona la STS

²⁴ Schuneman, B. (2002). Pág. 25.

²⁵ Díaz López, J.A. (2013). Pág. 435.

²⁶ Mir Puig, S. (2015). Pág. 652.

²⁷ Ibidem.

²⁸ Lorenzo Copello, P. (1996). Pág. 281.

²⁹ Roxin, C. (1997). Pág. 314.

³⁰ Jakobs, G. (1991), como se citó en Roxin, K. (1997). Pág. 315

³¹ González Cussac, J.L. (1987). Pág. 11.

³² Alonso Álamo, M. (2002). Págs. 533-549.

³³ Siguiendo la doctrina constitucional, por ejemplo, la STC 200/2001 de 4 de octubre, habría que realizar una distinción

núm. 314/2015 de 4 de mayo, en la que se aplicó la agravante del artículo 22.4 por motivos racistas, en ella se determinó que el fundamento de las circunstancias agravantes reside en el mayor reproche penal que supone que el autor cometa los hechos delictivos motivado por un sentimiento de superioridad. El delito cometido por motivos discriminatorios supone la materialización mediante hechos delictivos de ideas contrarias al principio de igualdad y, por tanto, no solo se lesiona el bien jurídico protegido por el tipo concreto sino también, el principio de igualdad.

Por otra parte, en relación a la fundamentación de la agravante, cabe mencionar que en el art. 22.4º CP se agrupan diversas actitudes discriminatorias que, tal y como se ha apuntado, entran clara e inequívocamente en conflicto con nuestro esquema de valores democráticos. En especial se relacionan con el principio de igualdad del art. 14 CE. Los valores de tolerancia, respeto e igualdad constituyen los cimientos de toda sociedad democrática y son inherentes a la misma, por consiguiente, su protección se postula como algo incuestionable y fundamental.

La función que cumple el Derecho penal no debería ser la de instaurar una determinada moral en la sociedad, sin embargo, no puede obviarse que ocupa un papel esencial a la hora de asentar los precitados valores en el tejido social.-La vinculación existente entre la sociedad y el Derecho penal, la cual es defendida por autores como Jakobs no puede negarse, pues en palabras de este autor, puede aseverarse que “el Derecho penal constituye una tarjeta de presentación de la sociedad”. Esta indubitable relación entre orden el jurídico-penal y la sociedad, es la que da pie a Jakobs para atribuir al Derecho en general, y al Derecho penal en especial, una función promocional de valores, en sus propias palabras “recordar a la sociedad que se deben tener en cuenta ciertas máximas que se consideran indisponibles”³⁴

Tal y como establece Mir Puig, asignamos al Derecho penal la función de influir en la realidad existente más allá del propio Derecho penal y de sus normas”³⁵. Es por esta razón que “la educación para la cohesión social que aspira al cosmopolitismo es capaz de adoptar una visión ética teniendo presente que el fin que persigue no es la cohesión por sí misma o como medio para alimentar ideologías herméticas, sino la lucha contra la exclusión, la marginación, la xenofobia, la aporofobia y cualesquiera otras formas de rechazo y desigualdad social con vistas al pleno desarrollo humano de las personas”³⁶. Es decir, no se trata de orientar el Derecho hacia una uniformidad social, lo cual sería imposible, sino hacia un horizonte de equidad de derechos en el que se reduzcan al mínimo las desigualdades entre personas y colectivos.

Es razonable pensar que el Derecho penal solo puede y debe castigar aquellos comportamientos que sean contrarios a la ética social que causen un daño a los otros, pues si el segundo requisito no se da y el daño no existe, el Derecho no estaría legitimado para reprimirlos. Ciertas opiniones como la del juez Lord Devlin que expresaba que la sociedad a través del Derecho penal, tiene la capacidad y el deber de reprimir los comportamientos que pongan en riesgo su existencia, entendiendo estos comportamientos como aquellos que se desvían de la ética común³⁷, han quedado desfasados. La doctrina asentada es que el Derecho penal no puede penar el pensamiento³⁸, y como establecía Stuart Mill, la única razón aceptable para criminalizar un comportamiento es que este sea dañino para los demás³⁹. Cabe mencionar, tal y como expresa, Ruiz Vadillo⁴⁰ que las leyes, especialmente las penales, suelen tener un efecto pedagógico al trascender a la opinión pública. Resulta preciso recordar que el artículo 22.4ª CP no individualiza en ningún momento a sujetos pasivos ni a grupos, ni a colectivos: por contra, lo que enumera son condiciones personales. Esta dicción del precepto es muy relevante, porque no busca proteger a colectivos que tradicionalmente podrían considerarse

entre el principio de igualdad y el derecho a no ser discriminado. Es decir, la “cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley” establecida en el art. 14 CE se estructura como un principio general, pero también “como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual”. Por tanto, sería erróneo decir que existe un *derecho a la igualdad*, lo apropiado sería afirmar la existencia de un *derecho a no ser discriminado*.

³⁴ Jakobs, G. (2000). Pág. 23.

³⁵ Mir Puig, S. (2007). Pág. 57.

³⁶ Gracia Calandín, J. (2020). Págs. 135-160.

³⁷ Ashworth, A. (1995). Pág. 35.

³⁸ Esta idea tiene su origen en el conocido aforismo *cogitationis poenam nemo patitur* cuyo autor fue el jurista romano Dominico Ulpiano (Digesto, 48, 19, 18), traducido equivaldría a *nadie puede ser penado por sus pensamientos*.

³⁹ Stuart Mill, J. (1984). Pág. 151-177.

⁴⁰ Ruiz Vadillo, E. (1995). Págs. 107-116.

discriminados, sino que tiene como objetivo elevar el reproche penal en aquellas conductas, agresiones, o lesiones de bienes jurídicos que estén motivadas por un prejuicio hacia una de las cualidades o condiciones personales que establece el artículo.

En consecuencia, se deduce que no intenta llevar a cabo medidas de “acción positiva”, no intenta favorecer a determinados colectivos sociales, sino que el fundamento subyacente es buscar la consecución y garantía de un principio de igualdad a través de un trato diferenciado justificado hacia aquellos que normalmente han sido tradicionalmente víctimas de discriminación⁴¹. Si bien, hay que destacar que la histórica situación de subordinación social de un colectivo es irrelevante para que se aplique el artículo 22.4^a CP, porque su fundamento se encuentra en la motivación del autor: el odio discriminatorio hacia esas características de identidad. Es decir, no es una “acción positiva” pues no conlleva la «prohibición tajante de todo acto o medida perjudicial para un miembro del colectivo discriminado que tenga por fundamento alguna de las características de identidad que distinguen al grupo y lo sitúan en una situación de subordinación social»⁴². Tampoco tiene esta circunstancia agravante «la finalidad de conceder una protección reforzada a los miembros de colectivos socialmente minusvalorados con el fin de garantizarles que sus caracteres de identidad no serán un obstáculo para el goce efectivo de las libertades y derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico»⁴³. Por tanto, la agravante de discriminaciones eleva el reproche de los actos y conductas, no de los motivos que lo impulsan. No puede, por tanto, equipararse el art. 22.4^o CP a las denominadas medidas de “acción positiva”. En este sentido, Acale Sánchez concluye que en Derecho penal no cabe hablar de acciones positivas ni de discriminación positiva porque esta esto no es más que una técnica de distribución de bienes y el Derecho penal carece de bienes que distribuir⁴⁴. El establecimiento de la circunstancia agravante de discriminación no soluciona el problema de base, no es útil para solventar una desigualdad preexistente. El art. 22.4^o CP no pone el foco de atención en la víctima en aras de mejorar su situación, sino que se dirige al sujeto activo, sancionándole por la gravedad de su conducta.

5. PROBLEMÁTICA DE LA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA AGRAVANTE DE DISCRIMINACIÓN

Delimitar jurídicamente que es un comportamiento aporófono parece ser una actividad realmente espinosa, y sin duda alguna, conlleva sumergirse en un terreno en el cual el componente valorativo tiene un peso elevado. Los juicios de valor son terrenos pantanosos que por su propia esencia se prestan a la discrecionalidad del juez, y las decisiones en cada caso se podrán ver teñidas por la ideología y los prejuicios del juzgador correspondiente.

Siguiendo a Roxin: “cuando tales elementos de la actitud interna (...) tienen efecto agravatorio, no están exentos de reparos desde el punto de vista del Estado de Derecho, puesto que vinculan la punibilidad a la valoración judicial de conductas internas difícilmente comprobables en el ámbito forense”⁴⁵. En consecuencia, la complejidad radica en que solo a través de indicios se puede deducir el elemento motivacional del sujeto. Es en este momento en el que adquiere mayor relevancia la exigencia del art. 120.3 CE, garantía de una tutela judicial efectiva, posicionándose la motivación como la vía más conveniente para determinar si de los hechos del caso se podía presumir razonablemente una motivación discriminatoria en la comisión del delito.

Cierto es que también se pueden encontrar casos en los que la motivación puede ser tan palpable y evidente que no da lugar a duda alguna, sin embargo, al ser el eje central de la cuestión un elemento del fuero interno de la persona, y su carácter íntimo y personal, los supuestos más simples serán minoría. Es por ello que para la legítima aplicación de esta agravante será imprescindible probar no solo el hecho delictivo de que se trate y la participación del acusado, sino también, el ánimo o móvil del autor a la hora de cometerlo; siendo esto último una inferencia o juicio de valor que debe ser necesariamente desarrollado y motivado en la sentencia. En consecuencia, aquellos supuestos en la motivación discriminatoria no puedan probarse fehacientemente, o carezcan del suficiente relieve en la comisión del delito, se inaplicará la agravante. Pues para des-

⁴¹ STS núm 458/2019, de 9 de octubre de 2019.

⁴² Ibidem.

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ Acale Sánchez, M. (2006). Págs. 89-109.

⁴⁵ Roxin, K. (1997). Pág. 315.

virtuar la presunción de inocencia del acusado se requiere una actividad probatoria de cargo con arreglo a las previsiones constitucionales y legales, cuyo contenido incriminatorio, racionalmente valorado de acuerdo con las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, sea suficiente para desvirtuar aquella presunción inicial, y permita al Tribunal alcanzar una certeza objetiva, en tanto que asumible por la generalidad, sobre la realidad de los hechos ocurridos, excluyendo sobre los mismos la existencia de dudas que puedan calificarse como razonables.⁴⁶

Es conclusión, estos supuestos, en los que existen conceptos jurídicos amplios que el juez tiene que interpretar, pero a cuyo significado está “vinculado”, necesariamente conceden al juzgador un mayor margen de libertad, en el cual tiene que moverse el juez sin instrucciones del legislador⁴⁷. En esta línea Muñoz Conde expresaba que en el proceso penal español, a pesar de regir los principios de oficialidad y legalidad, hay otros elementos, para o metalegales, que son tenidos en cuenta por el juez tanto en la constatación de los hechos probados, como en la valoración de los mismos y, con ello, en la determinación de las consecuencias. A esto coadyuvan diversos factores, difícilmente controlables, pero no por eso menos reales, que van desde la ideología o actitud emocional del juez, hasta la presión de la opinión pública y de los medios de comunicación, pasando por la ambigüedad del texto legal.⁴⁸

No obstante, conviene romper una lanza a favor del juez de lo penal, pues es preciso recordar que esto no implica que actúe discrecionalmente: “El juez penal está estrictamente sujeto a la ley, interpretándola, y la cuestión sobre el contenido y la extensión (significación) de los conceptos necesitados de complemento valorativo no afecta a la voluntad del juez penal, sino a la del legislador penal y a la de la ley penal.”⁴⁹ Según Franz Von Listz en la conferencia inaugural del curso de 1882 en la Universidad de Marburgo, posteriormente denominada “Programa de Marburgo”, el Derecho penal se constituye como límite infranqueable de la Política Criminal, es decir, la barrera insalvable de la Política criminal es el Derecho penal, no la ley penal⁵⁰. Esta misma idea defiende Hassemer cuando afirma que “es correcto que el juez no sólo esté vinculado a la ley, sino también al Derecho⁵¹.”

De todo lo expuesto se colige que lo realmente relevante es la literalidad del texto legislativo, pues la redacción del precepto legal será la determinante a la hora de respetar el principio de seguridad jurídica⁵², y de limitar la digresión judicial cuando tenga que decidir si aplicar circunstancias agravatorias.

Por otra parte, es conveniente realizar una sucinta mención, dentro de este apartado relativo a la problemática de la aplicación práctica de la agravante, al principio básico de ne bis in idem que, además, se encuentra directamente relacionado con el principio de inherencia del art. 67 CP. Como consecuencia de estos principios, la aplicación de la agravante sería imposible en aquellos delitos en los que las conductas ya son expresión o manifestación de una conducta discriminatoria. Por ejemplo, este sería el caso de los delitos recogidos en los arts. 314 o 510 CP. En el caso de apreciarse la agravante en estos supuestos, se estarían vulnerando los principios precitados.

6. POSIBLES ALTERNATIVAS EN EL PROCESO DE TIPIFICACIÓN

En este apartado se hará un repaso por las diferentes alternativas que se pueden vislumbrar en el proceso de tipificación de la agravante penal de aporofobia. Si bien es cierto que ya ha sido incluida su incorporación a nuestro Código penal, eso no descarta la posibilidad de crítica y revisión de la reforma realizada. Por este motivo, se expondrán de forma contrastada las demás alternativas jurisprudenciales y doctrinales que se han planteado con objeto de solventar las lagunas de la legislación penal en esta materia.

Según el Informe del Ministerio del Interior sobre la Evolución de los delitos de odio del año 2019, la cifra total de delitos e incidentes de odio relacionados con la aporofobia asciende a 12 casos en ese año. Cabe resaltar que el baremo utilizado para medir qué delitos se encuadran en esta categoría, se basa en

⁴⁶ STC núm. 78/2013, de 8 de abril/ STC núm. 185/2014, de 6 de noviembre.

⁴⁷ Hassemer, W. (1984). Pág. 242.

⁴⁸ Muñoz Conde, F. (2003). Págs. 163-209.

⁴⁹ Hassemer, W. (1984). Pág. 242.

⁵⁰ Von Liszt, F. (2020). Pág. 14.

⁵¹ Hassemer, W. (1984). Pág. 243.

⁵² El principio de seguridad jurídica se encuentra reflejado en los arts. 25.1, 9.3 y 81 CE y 1, 2 y 4 CP.

una definición de aporofobia bastante acertada en la que “*la motivación del hecho debe ser el odio o rechazo al pobre*”. Es decir, los casos que se encuadran en esa clasificación son aquellas expresiones y conductas de intolerancia referidas al “*odio, repugnancia u hostilidad ante el pobre, el sin recursos y el desamparado*”. No obstante, tal y como se deduce de la lectura del informe precitado y de los informes del Observatorio Hatento, no resulta descabellado pensar que la cifra oculta de criminalidad en este ámbito alcanza altos niveles.

Por tipología, el segundo ámbito que mayor número de delitos registró fue el de “racismo/xenofobia” (515). Si atendemos a la reflexión realizada por Adela Cortina, se podría deducir que una gran cantidad de los casos catalogados como xenófos/racistas, en realidad responden a motivos aporóforos. Conclusión que también se infiere tras la lectura del mismo informe, que no realiza distinción entre los delitos de odio por motivos racistas y los incidentes por razones xenóforas, encuadrando ambos conceptos bajo una misma categoría extensiva y generalizada.

Lo que se extrae de todo lo expuesto es que resulta prácticamente imposible hacer una nítida distinción entre las motivaciones que impulsan a las personas a cometer delitos de odio, y por tanto, estudiar y categorizar dichas agresiones en una u otra categoría se convierte en una labor ardua y compleja. El criterio de la alternatividad utilizado en informes como el precitado resulta inexacto para realizar aproximaciones sociológicas pues se desprecia algo esencial como es la transversalidad de la conducta humana. Las motivaciones de la persona responden a diversas variables, impulsos, sesgos ideológicos, etc. En consecuencia, intentar racionalizar y determinar de forma estratificada las motivaciones de los comportamientos humanos se muestra como algo bastante enrevesado.

Siendo la trazabilidad de las motivaciones humanas algo inescrutable, lo más acertado es el análisis casuístico, que será el único que permitirá discernir a la luz de los hechos del caso, las motivaciones que en el sujeto concurren.

Para no dejar a colectivos vulnerables sin proteger, habrá que establecer un concepto amplio de aporofobia, si bien, un concepto demasiado amplio conculcaría el principio de taxatividad de la ley penal. Por tanto, la disyuntiva que se presenta es: ¿cómo protegemos mejor a los desprotegidos?

Las opciones que se vislumbran pueden resumirse en dos: establecer un concepto amplio de aporofobia que permita su aplicación a todos aquellos casos que antes no se contemplaban (como el *sinhogarismo*), o establecer una cláusula de cierre abierta.

Si se opta por la primera, habría que tener en cuenta que la sociedad está en continuo proceso de cambio, y es bastante posible que surjan nuevas situaciones discriminatorias a las cuales el Derecho penal tiene que dar respuesta a la luz, esas situaciones o circunstancias no estarían incluidas en el precepto y habría que ir modificando la agravante a medida que la sociedad evoluciona. De hecho, esto es lo que ha pasado hasta hoy, pues se han ido incluyendo modificaciones del art. 22.4 CP a medida que la sociedad avanzaba⁵³. Se trata, por tanto, de una circunstancia que se debe ir adaptando a las necesidades concretas de la sociedad y a las nuevas formas de manifestarse «el trato discriminatorio».

La introducción de la agravante de aporofobia obedece a un incremento de agresiones motivadas exclusivamente por razones de discriminación y rechazo al pobre, agresiones que antes no eran visibles pues no había forma de conceptualizarlas.

La modificación del art. 22.4º CP formulada por la Ley Rhodes resulta desacertada en cuanto plantea una disyuntiva entre aporofobia y exclusión social, ya que en realidad, lo que busca es que ambos conceptos hagan referencia a una misma situación de vulnerabilidad, por consiguiente, resulta innecesario realizar dicha diferenciación. Por otro lado, el concepto de exclusión social tal y como plantea Bustos Rubio⁵⁴, puede resultar problemático debido a que hace referencia a un proceso y no a una circunstancia concreta.

Este autor se encuentra, a su vez, dentro del sector de la doctrina que se mostraba a favor de incluir “razones de aporofobia”⁵⁵ o simplemente “aporofobia” dentro del elenco de agravantes penales. Sin embargo, cabe mencionar que el término aporofobia, al ser de reciente creación y no estar suficientemente asentado

⁵³ Esto es lo que ocurrió cuando se incluyó en 2015 la agravante de género a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁵⁴ Bustos Rubio, M. (2020). Pág. 246.

⁵⁵ Ibidem.

en el leguaje y cultura general, puede llevar a equívoco e incluso puede ser entendido, no como un rechazo u odio al pobre, tal y como planteaba Adela Cortina, sino como una fobia a las personas desfavorecidas, ya que así lo define la RAE expresamente. Y si se entiende según esta segunda opción, surgiría la duda de qué se considera una fobia, ya que la palabra fobia puede tener una doble acepción: “aversión exagerada a alguien o a algo” o “temor angustioso e incontrolable ante ciertos actos, ideas, objetos o situaciones, que se sabe absurdo y se aproxima a la obsesión.” Es decir, una fobia puede ser psiquiátricamente un trastorno o patología incontrolable por el sujeto que la padece, quedando su responsabilidad penal mermada al cometerlo por este motivo.

Es por ello que, a diferencia de la homofobia o la xenofobia, que son ampliamente aceptados por el acervo popular como motivos de discriminación, y que, sin embargo, no son incluidos en el art. 22.4 CP de tal forma, pues el artículo alude a las cualidades personales o circunstancias sociales que pueden ser motivos de discriminación (orientación sexual, raza, etnia, etc.), incluir referencia a la *fobia* en sí podría ser desacertado y contraproducente.

Al ser la aporofobia un término aún en ciernes podría haberse valorado la opción de incluir una expresión como “situación socioeconómica desfavorable”, porque de esa forma se seguiría la línea en la que viene desarrollándose el catálogo de agravantes del artículo. Además, cabe mencionar que la inclusión de la aporofobia responde a una demanda social originada por las agresiones que sufren principalmente las personas pobres que viven en la calle, las personas sin hogar, ya que otras situaciones que podrían definirse como aporóforas, como los ataques a inmigrantes sin recursos, quedarían amparadas bajo la agravante de racismo o xenofobia.

La otra opción que se puede considerar como posible solución del problema es la inclusión de una cláusula abierta de cierre. De esta forma, se solventarían las situaciones de infraexclusión y, se cumpliría con lo solicitado por la parte de la doctrina que pedía una cláusula general o *numerus apertus*. En esta corriente se sitúan, la Fiscalía de Delitos de Odio de Barcelona en su Circular 7/2019, de 14 de mayo, o la STS 1160/06, de 9 de noviembre, en su Fundamento Jurídico número 23. La inclusión de una cláusula general permitiría cubrir los vacíos que se producen por la imposibilidad de aplicación de la agravante del 22.4º CP en ciertas situaciones merecedoras de su aplicación debido a la gravedad del móvil abyecto. A favor de esta postura se muestra la Fiscalía en su Memoria de 2019:

“con la finalidad de superar esta disfunción, se propone la inserción en este precepto de un inciso final que, a modo de cláusula abierta, permita acoger en su ámbito de aplicación todas las posibles situaciones discriminatorias, sin necesidad de elaborar un listado que pudiera considerarse como insuficiente o quedar, en un momento determinado, desfasado por la propia realidad”⁵⁶.

Por este motivo, se considera oportuno y factible incluir un inciso final que exprese: *o por cualquier otra condición, circunstancia personal o social que determine una conducta discriminatoria*.

Bien es cierto que por cierto sector doctrinal podría argüirse que incluir una cláusula relativa a la discriminación otorgaría amplias licencias al juzgador a la hora de valorar su aplicación o inaplicación. Sin embargo, no sería este el único caso en el que el juez penal tiene un margen de interpretación más elevado a la hora de aplicar un precepto. Podría citarse, por ejemplo, el art. 183 *quater* cuando hace referencia al “grado próximo de desarrollo o madurez”, o también, el art. 239 CP que deja abierto el catálogo de llaves falsas en el robo con fuerza.

7. CONCLUSIÓN

La relevancia de los principios básicos de igualdad y no discriminación implica que necesariamente éstos deben estar protegidos, si bien, es preciso ponderar en qué casos y cómo debe desarrollarse una regulación penal relacionada con los mismos. No puede dudarse del papel relevante que ocupa el Estado en este campo, ya que, cabe recordar que la Constitución no impone al Estado solo el deber de respetar los derechos fundamentales, sino también el de sancionar penalmente las conductas que llevan a cabo vulneraciones de los mismos.

Tal y como se ha expuesto, las normas jurídico-penales protegen bienes jurídicos, no su existencia misma, y únicamente frente a acciones humanas. Lo que se pretende con la inclusión de la aporofobia es poner el acento en el plus de gravedad que se deriva de cualquier acto ejecutado en base a móviles que encuentran su fundamento en la idea de discriminación.

⁵⁶ Memoria del año 2010 de la Fiscalía de Delitos de Odio de Barcelona. Pág. 72 y ss.

Los *nadie* de los que hablaba Eduardo Galeano, “los dueños de nada, los que no son, aunque sean”⁵⁷ necesitan estar protegidos frente aquellas lesiones de bienes jurídicos que sufren con una frecuencia cada vez mayor.

A mi juicio, la opción más apropiada habría sido la inclusión de un *numerus apertus* o cláusula de cierre abierta, ya que con esta fórmula se podrían abarcar adecuadamente todos los posibles supuestos que se pudieran dar en la práctica, sin vulneración alguna del principio de taxatividad de la ley penal. Por consiguiente, no se considera como una aplicación extensiva de la agravante ni una lesión del principio de seguridad jurídica, sino más bien, una garantía de que cualquier conducta penal movida por móviles abyectos quedaría comprendida dentro del catálogo de circunstancias agravantes. Esto no significa una aplicación indiscriminada del art. 22.4 CP, pues sin la suficiente prueba de la motivación, la agravante no podría ser aplicada.

Resulta pertinente recordar que, en nuestro anterior Código penal, el de 1973, se incluía en su art. 10 un listado de agravantes de la responsabilidad penal. En concreto, el punto decimosexto del artículo establecía como agravante “Ejecutar el hecho con ofensa de la autoridad o desprecio del respeto que por la dignidad, edad o sexo mereciese el ofendido, o en su morada cuando no haya provocado el suceso”. Esa referencia al desprecio del respeto que por la dignidad mereciese el ofendido puede entenderse, en cierta forma, como una cláusula general que debía ser valorada a la luz de los hechos de cada caso.

No obstante, a pesar de lo expuesto, se valora como positiva la reforma del 22.4º CP realizada por la Ley Rhodes y el intento de homogeneización realizado a la hora de incluir la aporofobia en el resto de delitos de odio. Si bien, resulta conveniente mencionar que dicha inclusión, teniendo una finalidad y razón de ser completamente legítima, no deja de ser susceptible de crítica y mejora. Pese a no estar suficientemente justificado y fundamentado en la Exposición de motivos el porqué de estas inclusiones, las reformas introducidas resultarán beneficiosas para cubrir algunas lagunas que presentaba la anterior regulación del listado de agravantes penales y que desembocaban en respuestas jurisprudenciales insuficientes y exiguas a la hora de determinar el reproche penal de cada conducta y su pena correspondiente.

El odio discriminatorio que sufren las personas pobres, las personas sin hogar, requiere una respuesta penal acorde a Derecho que no los deje desprotegidos. La inclusión de la aporofobia en nuestro Código penal no deja de ser un paso adelante en este camino que busca reducir las desigualdades, es por ello que, optar por una in-frainclusión habría tenido un resultado mucho más lesivo. Al fin y al cabo, tan pernicioso es no querer ver las injusticias, como mirar para otro lado cuando éstas se producen.

BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA

ACALE SÁNCHEZ, M. (2006). *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal*. Madrid: Reus. ISBN-10: 84-290-1455-1.

ALONSO ÁLAMO, M. (2002). La circunstancia agravante de discriminación. En Díez Ripolles, J.L./Romeo Casabona, C.M./Gracia Martín, L./Higuera Guimerá, J.F. (eds). *Libro homenaje al profesor Doctor Don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos. Págs. 533-543. ISBN: 84-309-3921-0.

ASHWORTH, A. (1995). *Principles of criminal law*. 2º ed. Oxford: Clarendon. ISBN: 0-19-876144-9.

BERGER, P. L. y LUCKMANN, T. (1997). *La construcción social de la realidad*, trad. Silva Zuleta. 14º ed. Argentina: Amorrortu editores. ISBN: 950-518-009-8.

BUSTOS RUBIO, M. (2020). *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (Art. 22,4ª CP)*. Barcelona: J.M. Bosch. ISBN: 9788412175158.

CARNELUTTI, F. (2008). *Teoría General del Delito*, trad. Víctor Conde. Barcelona: Reus. ISBN: 978-84-290-1487-7.

CORTINA ORTS, A. (2017). *Aporofobia, el rechazo al pobre: un desafío para la democracia*. Barcelona: Paidós. ISBN: 9788449333385.

DÍAZ LÓPEZ, J.A. (2013). *El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4 CP*. Madrid: Thomson. ISBN: 978-84-470-4304-0.

ELLISON, R. (1947). *El hombre invisible*, trad. Andrés Bosch. Barcelona: Lumen. ISBN-13: 978-8426410108.

EMCKE, C. (2017). *Contra el odio*, trad. Belén Santana. Barcelona: Taurus. ISBN: 978-84-306-1874-3.

⁵⁷ Galeano, E. (1989).

- GALEANO, E. (1989). *El libro de los abrazos*. Madrid: Siglo XXI. ISBN: 978-84-323-0690-7.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (1987). *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*. Valencia: Universitat de València. ISBN: 84-600-7033-6.
- GRACIA CALANDÍN, J. (2020). *El desafío ético de la educación*. Madrid: Dykinson. ISBN: 9788491488064.
- HASSEMER, W. (1984). *Fundamentos del Derecho Penal*, trad. Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch. ISBN: 84-7162-974-X.
- HONNETH, A. (2011). *La sociedad del desprecio*. Buenos Aires: Trotta. ISBN: 978-84-9879-244-7.
- JAKOBS, G. (2000). *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. En Bases para una teoría funcional del Derecho penal. Lima: Pa-lestra. ISBN: 84-470-0784-7.
- LAURENZO COPELLO, P. (1996). La discriminación en el Código Penal de 1995. *Estudios penales y criminológicos*. Nº 19, págs. 219-288. ISSN 1137-7550.
- Memoria del año 2010 de la Fiscalía de Delitos de Odio de Barcelona.
- MIR PUIG, S. (1991). Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del ius puniendi. *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, XIV, págs. 1989-1990. ISSN 1137-7550. Págs. 1989-1990.
- MIR PUIG, S. (2005). Límites del normativismo en Derecho Penal. En *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, Nº 7. ISSN-e 1695-0194.
- MIR PUIG, S. (2015). *Derecho Penal. Parte General*. 10º ed. Barcelona: Reppetor. ISBN: 978-84-608-1582-2.
- MORALES PRATS, F. y QUINTERO OLIVARES, G. (2005). *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Madrid: Aranzadi. ISBN: 84-9767-444-8.
- MUÑOZ CONDE, F. (2003). *Introducción al Derecho penal*. Buenos Aires: B de f. ISBN: 9879833430.
- PICCA, G. (1995). Integration sociale et exclusion sociale en Europe. En *Racismo, minorías, cárcel. Soluciones desde la investigación y los derechos humanos*. Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología. Nº. 8, págs. 175-180. ISSN 0210-9700.
- ROXIN, K. (1997). *Derecho penal. Parte general, Tomo I*, trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; y, Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas. ISBN: 84-470-0960-2.
- RUIZ VADILLO, E. (1995). La armonía del sistema jurídico, plataforma indispensable del desarrollo de la persona humana (el refugiado y, en general, el extranjero frente al proceso penal). En *Racismo, minorías, cárcel. Soluciones desde la investigación y los derechos humanos*. Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología. ISSN 0210-9700. Nº 8. Págs. 107-116.
- SCHUNEMAN, B. (2002). *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, trad. Lourdes Baza. Madrid: Tecnos. ISBN: 9788430937974.
- STUART MILL, J. (1984). *Sobre la libertad*. 5º ed. Madrid: Alianza. ISBN: 84-206-9203-4.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2019). Un sistema penal para la aporofobia. En G. Portilla Contreras, F. Velázquez Velázquez (dirs.), *Un juez para la democracia*. Libro Homenaje Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid: Dykinson. ISBN: 9788413244129. Págs. 353-364.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2020). *Aporofobia y plutofilia. La deriva jánica de la política criminal contemporánea*. Barcelona: J.M.Bosch Editor. ISBN: 9788412201536.
- VALIENTE MARTÍNEZ, F. (2020). *La democracia y el discurso del odio: límites constitucionales a la libertad de expresión*. Madrid: Dykinson. ISBN: 978-84-1324-637-6.
- VON LISZT, F. (2020). *La idea de fin en el derecho penal*. Santiago de Chile: Olejnik. ISBN: 978-956-392-829-7.

