

Nº/01

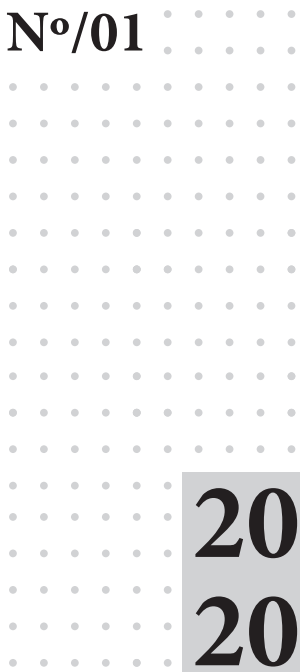


Revista
**SISTEMA
PENAL
CRÍTICO**

20

20

Nº/01



20

20

Revista

**SISTEMA
PENAL
CRÍTICO**



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

REVISTA SISTEMA PENAL CRÍTICO 2020
Universidad de Salamanca
Área de Derecho penal

Domicilio Electrónico en España
<https://dpenal.usal.es/sistema-penal-critico>

Año: 2020

Edita:

Ratio Legis

Paseo de Francisco Tomás y Valiente, n.º 14, local 3

Tel.: (34) 923 227 037

37007 Salamanca

www.ratiolegis.net



RATIO LEGIS

ISSN:

2697-0007

La REVISTA SISTEMA PENAL CRÍTICO es publicada en formatos electrónicos que están disponibles para descarga en la página:

<https://dpenal.usal.es/sistema-penal-critico>.

Algunos derechos reservados. Publicada bajo los términos de la licencia:
Reconocimiento-No comercial-Sin obra derivada.

CUERPO EDITORIAL: **REVISTA SISTEMA PENAL CRÍTICO**

I. Consejo Editorial

ANA ISABEL PÉREZ CEPEDA
Catedrática de Derecho penal (Universidad de Salamanca)

LAURA ZÚÑIGA RODRÍGUEZ
Catedrática de Derecho penal (Universidad de Salamanca)

IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE
Catedrático de Derecho penal (Universidad de Salamanca)

WENDY PENA GONZÁLEZ
Contratada predoctoral FPU (Universidad de Salamanca)

II. Comité Científico Internacional

MARÍA ACALE SÁNCHEZ
Catedrática de Derecho penal (Universidad de Cádiz)

SILVINA BACIGALUPO SAGGESE
Catedrática de Derecho penal (Universidad Autónoma de Madrid)

JOAN BAUCELLS LLADÓS
Profesor titular de Derecho penal (Universidad Autónoma de Barcelona)

DEMELSA BENITO SÁNCHEZ
Profesora ayudante doctora de Derecho penal (Universidad de Deusto)

MIGUEL BUSTOS RUBIO
Profesor contratado doctor de Derecho penal (Universidad Internacional de la Rioja)

DINO CARLOS CARO CORIA
Profesor de Derecho penal (Universidad de Lima, Perú)

MARÍA LUISA CUERDA ARNAU
Catedrática de Derecho penal (Universitat Jaume I)

EDUARDO DEMETRIO CRESPO
Catedrático de Derecho penal (Universidad de Castilla- La Mancha)

MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO
Catedrático de Derecho penal (Universidad de León)

JACOBO DOPICO GÓMEZ-ALLER
Catedrático de Derecho penal (Universidad Carlos III de Madrid)

JOANA FALXA
Investigadora (Université de Pau)

JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ
Catedrático de Derecho penal (Universidad de Huelva)

RODRIGO FUZIGER
Doctor en Derecho (Universidad de Salamanca, Universidade de São Paulo)

NICOLÁS GARCÍA RIVAS

Catedrático de Derecho penal (Universidad de Castilla- La Mancha)

BEATRIZ GARCÍA SÁNCHEZ

Profesora titular de Derecho penal (Universidad Rey Juan Carlos)

MAYDA GOITE

Profesora titular (Universidad de La Habana)

ANA ELISA LIBERATORE BECHARA

Catedrática de Derecho penal (Universidad de São Paulo)

PAZ LLORIA GARCÍA

Profesora titular (Universitat de València)

SILVIA MENDOZA CALDERÓN

Profesora ayudante doctora (Universidad Pablo Olavide)

HÉCTOR OLASÓLO ALONSO

Profesor titular (Universidad del Rosario, Presidente del Instituto Iberoamericano de la Haya)

MANUEL OLLÉ SESÉ

Abogado y Profesor de Derecho Internacional Penal (Universidad Complutense de Madrid)

MIGUEL ONTIVEROS ALONSO

Profesor de Derecho penal (Universidad Autónoma de Chiapas,
Instituto Nacional de Ciencias penales México)

JOSÉ MANUEL PAREDES CASTAÑÓN

Catedrático de Derecho penal (Universidad de Oviedo)

MERCEDES PÉREZ MANZANO

Catedrática de Derecho penal (Universidad Autónoma de Madrid)

GUILLERMO PORTILLA CONTRERAS

Catedrático de Derecho penal (Universidad de Jaén)

RICARDO POSADA

Profesor (Universidad de Los Andes, Colombia)

MÍRIAM RUIZ ARIAS

Profesora (Tecnológico de Antioquía, Colombia)

ANDRÉ SCHELLER

Profesor titular (Universidad Sergio Arboleda de Santa María, Colombia)

JOHN VERVAELE

Full time professor (Utrecht Law School). Presidente de la AIDP

CAROLINA VILLACAMPA ESTIARTE

Catedrática de Derecho penal (Universitat de Lleida)

ÍNDICE

ESTUDIOS

- La Amazonia brasileña: los derechos de los pueblos indígenas, la protección del medioambiente. Una reflexión desde el Derecho penal 9
IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE Y GIOVANA DUTRA DE PAIVA
- ¿Criminalidad de los pobres - criminalización de la pobreza? Análisis de dos conceptos recalcitrantes? 43
FRANK NEUBACHER Y NICOLE BÖGELEIN
- La represión penal de la protesta anticapitalista en tres ejemplos 69
GUILLERMO PORTILLA CONTRERAS
- Seleccionar y punir: punitivismo y la dinámica aporofóbica de la criminalización en el derecho brasileño..... 91
ANA ELISA LIBERATORE S. BECHARA Y RODRIGO JOSÉ FUZIGER
- Pobreza y criminalidad femenina..... 113
STEPHANIA SERRANO
- Alternativas a la aporofobia como circunstancia agravante..... 135
CLARA MOYA GUILLEM
- La aporofobia como móvil discriminatorio: ¿Derecho penal de autor?..... 153
MARTA PANTALEÓN DÍAZ
- Inmigración y delincuencia: medias mentiras frente a medias verdades 165
LEOPOLDO PUENTE RODRÍGUEZ
- La violencia filio-parental y la vulnerabilidad de las madres educando solas en tiempos de pandemia..... 179
ALFREDO ABADÍAS SELMA
- Hacia una aplicación antiaporofóbica del Acuerdo de no persecución penal en la legislación brasileña 197
RODRIGO FUZIGER Y LEONARDO SCHMITT DE BEM
- La aplicación del principio de culpabilidad como instrumento de una política criminal inclusiva..... 209
MARILIZE BENTES

COMENTARIOS

- Aporofobia y Derecho penal: el delito de hurto y la circunstancia agravante de multirreincidencia..... 225
CRISTIAN SÁNCHEZ BENÍTEZ
- La acreditación de la aporofobia en el proceso penal 241
PABLO MORA DíEZ
- La agravante de multirreincidencia en los delitos leves contra el patrimonio 253
ALFREDO LIÑÁN LAFUENTE
- La criminalización del narcomenudeo en el Código penal español..... 267
NICOMEDES RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ

Revista
SISTEMA PENAL CRÍTICO

**LA AMAZONIA BRASILEÑA: LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS
INDÍGENAS, LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE.
UNA REFLEXIÓN DESDE EL DERECHO PENAL**

**THE BRAZILIAN AMAZONIA. THE RIGHTS OF THE NATIVE PEOPLE
AND THE ENVIRONMENTAL PROTECTION. CONSIDERATIONS
WITH A CRIMINAL LAW PERSPECTIVE**

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

*Catedrático de Derecho Penal
Director del Centro de Estudios Brasileños
Universidad de Salamanca*

Giovana Dutra de Paiva

*Doctoranda en Derecho Penal
Universidad de Salamanca*

Artículo desarrollado en el marco del proyecto de investigación coordinado “Aporofobia y Derecho Penal”, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (Ref. RTI2018-095155-B-C21). IP: Ana Isabel Pérez Cepeda (Universidad de Salamanca).

RESUMEN:

Este artículo pretende reflexionar sobre los pueblos indígenas de la Amazonia brasileña como sujetos de Derecho Internacional en cuanto parte de un rasgo mayor de nuestro tiempo: la lucha contra la desigualdad en sociedades que, muchas veces, tienen su identidad marcada por el multiculturalismo y, como consecuencia de la inaplicabilidad de políticas públicas, la desigualdad de personas y pueblos. En el escenario actual, la reflexión sobre el tema, pasa, necesariamente, por el contexto del Derecho internacional y, también, de un recorrido histórico de la Amazonia brasileña, las políticas desarrollistas que han sido adoptadas desde el inicio de la explotación de la región y la actual legislación, los cuales vinculan el tema, invariablemente, a la protección del medioambiente. El análisis conduce hacia una reflexión político criminal y el delito de ecocidio.

ABSTRACT:

This essay is aimed to develop a reflection about the native people as subjects of International Law as a part of a big contemporary trait: the fight against inequality. This fight takes place in societies whose identity is, in many cases, marked by multiculturalism and (as a consequence of the inapplicability of public policies) by the inequality of persons and communities. In the current stage, the reflection about this subject has necessary to deal with the context of the International law. Also, it may cope with a historical analysis of the Brazilian Amazonia, the development policies adopted from the beginning of the exploitation at the region and the current legislation. These issues link this theme, unavoidably, to the environmental protection, leading to a reflection of the criminal policy and the "ecocide".

PALABRAS CLAVE:

Amazonia brasileña; pueblos indígenas; medio ambiente; políticas desarrollistas; internacionalización; ecocidio.

KEYWORDS:

Brazilian Amazonia; native people; development policies; internationalization; ecocide.

SUMARIO:

I.- La Amazonia brasileña en un nuevo contexto internacional. II.- La Amazonía brasileña. Un poco de historia: Políticas desarrollistas versus derechos de los pueblos indígenas. II.1.- Los pueblos indígenas, sujetos de Derecho Internacional. II.2. - Políticas y normas brasileñas sobre la Amazonia. II.2.1.- Políticas y normas hasta la Constitución de 1988. II.2.2.- La Constitución de 1988, las bases de un cambio. III.- Sobre la aplicación de la normativa internacional y brasileña a los "otros", a los pueblos indígenas. III.1.- La aplicación de la normativa internacional. III.2.- Los cambios normativos tras la Constitución de 1988. La situación actual en Brasil. IV. Una reflexión político criminal. El camino hacia un delito internacional: El ecocidio. V.- Consideración final.

I.- LA AMAZONIA BRASILEÑA EN UN NUEVO CONTEXTO INTERNACIONAL

1.- En 1968 un conocido periodista inglés, Norman Lewis, publicó un artículo, con el significativo título de “genocidio”¹. Su contenido está directamente inspirado en el conocido “Relatório Figueiredo”², en el que se recogían los crímenes y delitos cometidos contra los pueblos indígenas, desde hacía mucho tiempo por los grandes hacendados y por el Servicio de Protección del Indio,³ en la Amazonia y en otros lugares de Brasil.

El relatorio y el artículo marcan un antes y un después en el contenido del debate sobre las políticas a seguir respecto a los pueblos indígenas tanto en Brasil como a nivel internacional, al pasar a primer plano la exigencia de políticas activas por parte de los Estados que descartaran las políticas coloniales o neocoloniales que hasta entonces se seguían.

Paralelamente grandes desastres medioambientales, muy especialmente el empleo del conocido “agente naranja”, por los Estados Unidos en la guerra de Vietnam, van a potenciar a nivel global el surgimiento de una conciencia medioambiental que pronto quedó plasmada en la Conferencia de Estocolmo.

La protección de los pueblos indígenas y del medio ambiente adquieren un especial significado en la Amazonia, las páginas que siguen pretenden analizar las políticas seguidas hasta ahora sobre su problemática en especial en Brasil

2.- El contexto internacional había cambiado tras la segunda guerra mundial, al pretender, en el marco de Naciones Unidas, construir globalmente un modelo de sociedad que tomara como base el hombre y sus derechos, plasmados en la solemne Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Por otra parte, muchos de los Derechos que en ella aparecen consagrados habían sido, o estaban siendo, objeto de normativización y desarrollo a través de distintos instrumentos internacionales de carácter global o regional.

Inspirados en esta Declaración, cuando ven la luz el Relatorio y el artículo, ya se habían efectuado varias Declaraciones regionales. Para el tema que nos ocupa, como punto de partida, tiene particular importancia la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en Bogotá

¹ LEWIS, N., “Genocidio”, en *El expreso de Rangún, Genocidio y otros relatos*, trad. Salinas, Alatir, Badalona 2010, p. 155 y ss. El artículo apareció publicado en el Sunday Times y como consecuencia del mismo se creó en 1969, Survival International.

² Sobre el “Relatorio Figueiredo”, puede verse GUIMARAES, E., *Relatório Figueiredo. Entre tempos, narrativas e memórias*, Universidad Federal do Estado de Río, Programa de maestrado en Memoria social, 2015 www.memoriasocial.pro.br › Dissertações › Diss373, (descargada 20 octubre 2020). La autora realiza un documentado análisis de aspectos claves del Relatorio Figueiredo. No debe olvidarse la historia del relatorio, consecuencia del informe emitido en 1963 por una comisión parlamentaria, que llevan en 1967, ya en tiempos de gobiernos militares, al general Afonso Albuquerque, ministro del Interior, a encargar al procurador Jader de Figueiredo Correia, la realización de una investigación sobre la actuación del Servicio de Protección del Indio. El resultado fue un exhaustivo informe que ponía en evidencia los delitos cometidos desde el Servicio o con su apoyo o tolerancia, la prensa de la época calificó los hechos como “el escándalo del siglo”, su consecuencia práctica fue la sustitución del Servicio de Protección del Indio por la Fundación Nacional del Indio, institución que continúa en la actualidad. Por otro lado, y pese a las concretas denuncias que efectuaba el relatorio, no nos consta que hubiera condenas penales.

El relatorio se dio por desaparecido en el incendio del Ministerio de Agricultura (1968) y poco más tarde el procurador Figueiredo, que tuvo que abandonar Brasilia, muere en un accidente de tráfico, nunca investigado. El relatorio reaparece en 2013 en el Museo del Indio de Rio de Janeiro en el marco de los trabajos de la Comisión Nacional de la Verdad y sirve de base para el capítulo que la misma dedica a la represión de los pueblos indígenas vid. vid. RELATORIO DA COMISAO NACIONAL DA VERDADE, volumen 2, p.203 y ss. en <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br>. La FUNAI, durante décadas estaba vinculado al Ministerio de Justicia, el actual gobierno de Brasil, especialmente por la presión del lobby de los grandes propietarios agrícolas, lo ha integrado en el Ministerio de Mujeres, Familia y Derechos Humanos. El actual presidente, Marcelo Augusto Xavier da Silva, es Comisario de la Policía Federal y ha tenido experiencias relacionadas al órgano antes de asumir su presidencia.

³ El Servicio de Protección del Indio fue creado en 1910 por Decreto núm. 8072, vinculado al Ministerio de Agricultura, Industria e Comercio, su primer director fue el Mariscal Rondón, gran explorador de la Amazonia que da nombre al estado de Rondônia. Ver texto en www.planalto.gov.br › D8072 (descargado 20 de octubre de 2020).

en 1948. El sistema americano de Derechos Humanos construido para buscar su vigencia, se había estructurado en torno a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, creada en 1959, y veinte años más tarde, en 1979, se completaría con la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica.

Pero no se debe dejar de realizar una reflexión complementaria, pues, como ha puesto de relieve un sector de la doctrina, la relación de los derechos reconocidos en la Declaración de Naciones Unidas y también en la americana, refleja el modo de ver el mundo de la cultura occidental, de alguna manera sigue estando presente un elevado poso de espíritu colonizador, son los derechos de los colonizadores. En ningún caso, para elaborar la relación de Derechos, se tuvieron presentes otras culturas y mucho menos las de los pueblos indígenas⁴.

3.- El marco diseñado por estos instrumentos internacionales trae consigo la necesidad de reflexionar sobre las consecuencias que tiene sobre una realidad caracterizada por la existencia de sociedades, en las que, en mayor o menor medida, el multiculturalismo constituye un rasgo de su identidad, que además con frecuencia, aparece acompañado por la desigualdad de personas y pueblos.

En nuestro tiempo, la lucha contra la desigualdad es un rasgo, al menos teórico, de las políticas públicas. Pero no hay que olvidar que la desigualdad se exterioriza en la pobreza y que esta tiene muchas caras. Enfrentarse a las distintas manifestaciones y causas de la desigualdad y cómo llevarlo a cabo, aparece directamente vinculado al modelo de Estado recogido en la parte dogmática de los textos constitucionales.

El denominador común de los modelos de Estado en América Latina y en Europa es el ser, mejor tal vez aspirar a ser, un Estado de Derecho que se califica como social y como democrático. El carácter social del Estado se exterioriza en requerir políticas activas encaminadas a proyectar los valores superiores de dignidad del hombre, de libertad y de igualdad, sobre el contenido de los Derechos Humanos internacional y constitucionalmente reconocidos. Por su parte, el carácter democrático lleva a consagrar el pluralismo como valor superior, con un contenido más rico que el necesario pluralismo político, ya que tiene que afrontar y dar cabida al señalado multiculturalismo.

Un marco general de esta naturaleza trae consigo muchas consecuencias y, con razón, lleva a ADELA CORTINA⁵ a considerar a la lucha contra la aporofobia, el rechazo al pobre, términos los dos, aporofobia y pobre, con plurales significados, como un desafío para la democracia.

Nuestro objeto de estudio, los derechos de los pueblos indígenas y el medio ambiente, nos lleva a abordar una manifestación de lo que sin duda constituye un reto para un Estado democrático.

4.- Llevar a cabo cualquier reflexión sobre estos temas y situarla en una zona concreta como la Amazonia requiere tener presentes algunos rasgos de la región. La Amazonia⁶ es el bosque tropical más extenso del mundo. Su extensión llega a los 5.500.000² (cinco millones y medio de kilómetros cuadrados) repartidos entre nueve países: Brasil, Perú, Bolivia, Colombia, Venezuela, Ecuador, Guyana, Francia (Guayana Francesa) y Surinam. De todos ellos es Brasil el que tiene la mayor extensión.

En su libro sobre la Amazonia, MEIRELLES,⁷ en el capítulo inicial, no sin razón, afirma “*la Amazonia es más hablada que conocida, más discutida que vivida, más mito que realidad*”. Esta visión equivocada de la región se ha potenciado en los últimos tiempos, sobre la base de crear mitos o actualizar otros preexistentes⁸.

⁴ Ver el muy interesante artículo de GOMEZ ISA, F., “Diversidad cultural y Derechos Humanos desde los referentes cosmovisionales de los pueblos indígenas”, en *Anuario Español de Derechos Internacional*, nº27, 2011, p.269 y ss.

⁵ ORTS, A., *El rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*, Paidós, Barcelona, 2017, passim.

⁶ Sobre la Amazonia, sus distintos rasgos y sus problemas me remito al contenido del número especial Bioma Amazonia de la *Revista Estudios Brasileños*, vol.6, nº 11, 2019 y al libro MEIRELLES FILHO, J., *O livro de ouro da Amazonia*, 5ª edic., Ediouro, Rio de Janeiro, 2006.

⁷ MEIRELLES FILHO, J., *O livro de ouro da Amazonia*, cit. p.27 y ss.

⁸ MEIRELLES FILHO, J., *O livro de ouro da Amazonia*, cit. p.28 y 29.

El territorio brasileño, en el que se centrará esta investigación, supone el 66% de la Amazonia y se extiende por la denominada Amazonia Legal, que está definida en la Constitución Federal de 1988 y comprende los Estados del Norte del país: Acre, Amapá, Amazonas, Pará, Rondônia, Roraima, Tocantins, Mato Grosso y Maranhão. Según los datos oficiales constituye el 61% de todo el territorio brasileño, con una extensión de 5.217.423km² y con un total de 25.474.365 habitantes de los que un 60% vive en áreas urbanas⁹.

La relación entre territorio y población es un rasgo que caracteriza a la Amazonia, que condiciona una escasa y desigual presencia del Estado. Esta ausencia hace que el poder, muchas veces dramáticamente, haya estado y en bastantes casos siga estando en manos de grandes hacendados y de multinacionales.

Por otro lado, la riqueza de materias primas constituye un condicionante en la política en relación con los pueblos originarios de la región. Un ejemplo paradigmático históricamente fue el periodo del caucho¹⁰ y hoy lo son la ganadería, las explotaciones mineras, las grandes presas, la construcción de infraestructuras de comunicación etc.

5.- Pero volvamos al principio, a la necesidad de no ignorar la realidad de los pueblos indígenas y a tener presente el valor real y simbólico que la Amazonia tiene, no solo para los que allí habitan, también para toda la humanidad¹¹.

Muchas son las razones que pueden alegarse, probablemente hoy, ya más de medio siglo después del Relatório Figueiredo y del artículo de Norman Lewis, esté en primer lugar la asunción del medio ambiente como valor universal y conectado al mismo las terribles consecuencias que tiene su menoscabo para los que desde tiempo inmemorial habitan en ese espacio. Se ha producido una convergencia entre las demandas indígenas y las ecologistas que arranca en la década de los setenta del pasado siglo¹².

II.- LA AMAZONÍA BRASILEÑA. UN POCO DE HISTORIA: POLÍTICAS DESARROLLISTAS VERSUS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.

II.1.- Los pueblos indígenas, sujetos de Derecho Internacional

1.- En el siglo XVI en las aulas de Salamanca, el dominico FRANCISCO DE VITORIA¹³, defendió en sus relecturas, en las que está el núcleo de su doctrina jurídica, la consideración de los indios como gentes¹⁴, en ellas, entre otros temas, analiza los títulos que justificaban la conquista por los españoles de las tierras americanas. En la tercera parte de su relectura primera, *Sobre los indios recientemente descubiertos*¹⁵, expone los que considera títulos legítimos, a resaltar dos, el derecho que tienen

⁹ Datos recogidos en el artículo de SILVA, MD, “Amazônia e o desenvolvimento: Aspectos da trajetória das políticas públicas na região” en *Revista de Estudos Brasileños* vol.7, nº15, 2020, p. 220, que toma del Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

¹⁰ La denominada fiebre del caucho vivió su auge entre 1879 y 1912 y ha sido responsable por grandes transformaciones tanto culturales como sociales en el territorio de la Amazonia. Fue un tiempo relacionado con la llegada de comerciantes, con migraciones internas, especialmente de nordestino, con la explotación de los pueblos originarios y su esclavización o también con la atracción de una gran riqueza.

¹¹ MEIRELLES FILHO, J., *O livro de ouro da Amazonia*, cit., p.253, significativamente titula el capítulo IX de su libro, con esta interrogante, a la que da una contundente respuesta afirmativa: ¿“Por qué a Amazonia es importante para a humanidade?”.

¹² Sobre este tema ver el análisis que efectúa BENGHOA, J., *La emergencia indígena en América Latina*, Fondo de Cultura Económica, Santiago de Chile, 2000, p.134 y ss.

¹³ La aportación de la conocida como “Escuela de Salamanca” la traté en la lección inaugural del curso 2018-2019, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Reflexiones penales desde Salamanca. “Decían ayer, decimos hoy, dirán mañana”*, Iustel, Madrid, 2018, p.25 y ss.

¹⁴ Las más trascendentes son las tituladas *Sobre el poder civil*, *Sobre los indios* y *Sobre el derecho de la guerra*. Para este estudio se ha manejado, VITORIA, F. de. *Sobre el poder civil. Sobre los indios. Sobre el derecho de la guerra*. Estudio preliminar (Trad. y notas Fraile Delgado). 2ª edic. Madrid, Tecnos, 2007.

¹⁵ Véase VITORIA, F., *Sobre el poder civil. Sobre los indios*, cit., p. 127 y ss., expone los “títulos legítimos por los cuales

los hombres a desplazarse y a comunicarse, en razón de la sociedad y comunicación natural, y el derecho a comerciar.

El valor fundamental y la trascendencia de la obra de Vitoria radica en suponer el paso de las fundaciones medievales a las propias del Estado Moderno, con la afirmación de una comunidad internacional universal que comprende tanto a cristianos como a infieles y que, basándose en la sociabilidad natural del hombre, se estructura en Estados no sometidos ni al poder del Emperador ni al del Papa. En palabras de VITORIA, “*el orbe entero, que en cierto modo es una república, tiene potestad de dar leyes justas y convenientes para todos, como son las del derecho de gentes*”¹⁶.

Las tesis de Vitoria, además de provocar el enfado del Emperador¹⁷, generaron en su momento un debate intelectual en el que es obligada la referencia a la conocida como “*la controversia de Valladolid*” entre Bartolomé de las Casas y Juan Ginés de Sepúlveda¹⁸.

2.- Pero, pese a estos antecedentes, el Derecho Internacional ha jugado un papel importante como instrumento de legitimación en la dramática historia de la colonización, ya que, el modelo cultural y jurídico europeo ha proporcionado históricamente el contenido de las normas internacionales, que hegemonícamente se impusieron en las colonias. Esta situación, que partía de entender que Occidente “*estaba investido de una misión civilizadora*”¹⁹, se prolonga hasta la década de los setenta del pasado siglo.

Tras un largo proceso, en el marco de la internacionalización y normativización de los Derechos Humanos, en las últimas décadas ha tenido lugar un progresivo protagonismo de los pueblos indígenas y sus demandas, como actores en la política latinoamericana. Esta irrupción, calificada por BENGOA²⁰ como de “*emergencia indígena*”, que se acelera en las últimas décadas, la vincula a una triple causa, la globalización, el fin de la guerra fría y los acelerados procesos de modernización.

Hoy, como acertadamente afirma GÓMEZ ISA²¹, “*los pueblos indígenas se han convertido en sujetos de derecho ante el Derecho Internacional dejando de ser meros objetos de protección y cuidado*”. De hecho, como a continuación se expone, distintos organismos internacionales han elaborado textos normativos sobre los indios y sus Derechos y se han pronunciado sobre las políticas a adoptar por los Estados. Aunque, como el citado autor subraya y ya se ha adelantado, la propia determinación del contenido de los Derechos Humanos continúa teniendo importantes restos de una concepción colonial de la cultura²².

podieron venir los bárbaros a poder de los españoles”.

¹⁶ VITORIA, F., *Sobre el poder civil. Sobre los indios*, cit., p. 51.

¹⁷ conocida la carta del Emperador al prior de los dominicos del salmantino convento de San Esteban en la que entre otras cosa dice, “*Yo he sido informado que algunos maestros religiosos de esa casa han puesto plática y tratado en sus sermones y en repeticiones, del derecho que Nos tenemos a (...) las Indias, islas e tierra firme*” y, tras pedir que se le remitan todos los escritos y que cesen las elecciones, concluía, “*de lo contrario yo me tendré por muy deservido y lo mandaré proveer como calidad del negocio lo requiere*” Ver la transcripción de parte del contenido de la Carta de 10 de noviembre de 1539, en D’ORS, A. “Francisco de Vitoria, Intelectual”. *Revista de la Universidad de Oviedo*, 1946. p. 116.

¹⁸ Véase sobre la misma, MANERO SALVADOR, A. “La controversia de Valladolid: España y el análisis de la legitimidad de la conquista de América”. *Revista electrónica Iberoamericana*, vol. 3, nº 2, 2009. p. 94 y ss. <http://www.urj.es/ceb> (descargada 15.10.2020)

¹⁹ Ver con amplio apoyo doctrinal, GÓMEZ ISA, F., *La Declaración de Naciones Unidas*, cit., p.120 y ss.

²⁰ BENGOA, J., *La emergencia indígena en América Latina*, cit., p. 29 y ss.

²¹ GÓMEZ ISA, F., “La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos Indígenas: un hito en el proceso de reconocimiento de los derechos indígenas”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol.71/1, 2019, cit., p.137.

²² GÓMEZ ISA, F, ob. cit., p.122, recoge una significativa cita de Makau Mutua que afirma, “*los principales defensores de los derechos humanos los han interpretado «como parte del proyecto colonial formado por la cadena que vinculaba a los misioneros cristianos, a los mercaderes del capital, y a los administradores coloniales»*”.

Pero el camino es aún largo para que los cambios lleguen a alcanzar una plena vigencia. Las normas existen, pero cuestión diferente es que logren plenamente su objetivo, son condición, pero no garantizan alcanzarlo.

3.- La OIT con el Convenio 107 sobre poblaciones indígenas y tribales de 1957, es la primera organización internacional que aprueba un convenio referido expresamente a los pueblos indígenas, aunque ciertamente continua con el ideario de integración neocolonialista, que se apuntaba en el párrafo anterior. Basta leer el texto del Artículo 2.1. del Convenio para constatarlo: *“Incumbirá principalmente a los gobiernos desarrollar programas coordinados y sistemáticos con miras a la protección de las poblaciones en cuestión y a su integración progresiva en la vida de sus respectivos países”*.

La OIT sustituye en 1989 este Convenio por el 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales independientes²³, que en buena medida refleja ya los nuevos planteamientos respecto a los pueblos indígenas, al partir de reconocer *“las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven”*. La adopción de este punto de partida lleva a que el contenido del Convenio se aparte de la política de integración y de neocolonización²⁴ y que reconozca jurídicamente la especificidad y la cultura de los pueblos indígenas, aun en el campo penal²⁵.

4.- El apuntado contexto internacional y el peso político adquirido por las demandas de las organizaciones de los pueblos indígenas han llevado a que las Naciones Unidas²⁶ se pronunciaran sobre ellas.

Un paso importante fue la constitución en el año 2000 de El Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, que es un organismo asesor de la Organización de las Naciones Unidas sobre cuestiones relativas a los pueblos indígenas²⁷. El siguiente paso, después de un largo y complicado proceso, fue la adopción, en 2007, por la Asamblea General y por una abrumadora mayoría²⁸, de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

El punto de partida de su Preámbulo es claro: *“Afirmando que los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos y reconociendo al mismo tiempo el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales”*.

Además, el Preámbulo reconoce la *“la urgente necesidad de respetar y promover los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas, que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su filosofía, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos”* y, más importante, destaca el origen de la actual situación en una injusticia histórica, plasmada como *“resultado, entre otras cosas, de la colonización y de haber sido desposeídos de sus tierras, territorios y recursos”*.

²³ Se ha manejado la publicación de OIT Perú, Convenio Núm. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Lima: OIT/Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2014

²⁴ Son países firmantes de este Convenio: Argentina, Bolivia, Brasil, República Centroafricana, Chile, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Dominica, Ecuador, Fiyi, Guatemala, Honduras, México, Nepal, Holanda, Nicaragua, Noruega, Paraguay, Perú, España y Venezuela.

²⁵ En este sentido es claro el articulado del Convenio. Artículo 9 1. *En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. 2.- Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.*

Artículo 10. 1. *Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. 2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.*

²⁶ GÓMEZ ISA, F., “La Declaración de las Naciones Unidas”, cit., p.119 y ss.

²⁷ Sobre el Foro puede visitarse su página en: <https://www.un.org/development/desa/indigenous-peoples-es>

²⁸ La votación tuvo lugar el 13 de diciembre de 2007 y el texto fue aprobado por 143 votos a favor 4 en contra y 11 abstenciones. No participaron en la votación 34 países.

Estas afirmaciones del Preámbulo llevan a un desarrollo en el articulado que rompe con la línea neo-colonial imperante hasta entonces y que en especial se exterioriza en el reconocimiento junto a los derechos individuales, de los que son titulares cada persona física, de derechos colectivos de los que son titulares los pueblos indígenas. Así, ya en su primer artículo, la Declaración, proclama:

Los indígenas tienen derecho, como pueblos o como personas, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la normativa internacional de los derechos humanos.

Tiene especial importancia el reconocimiento como titulares de derechos humanos colectivos a los pueblos indígenas, como son: la libre determinación, la titularidad de sus tierras, el derecho a ser consultados en las cuestiones que les afecten, o el derecho a su cultura, a su lengua o al medio ambiente²⁹.

5. La Declaración Americana sobre los Derechos de los pueblos indígenas fue aprobada en 2016 por la Organización de Estados Americanos³⁰. Como se reconoce en el Preámbulo, el texto es una continuación y desarrollo de la línea seguida por la OIT y por Naciones Unidas, con la preocupación “*por el hecho de que los pueblos indígenas han sufrido injusticias históricas como resultado, entre otras cosas, de la colonización y de haber sido desposeídos de sus tierras, territorios y recursos, lo que les ha impedido ejercer, en particular, su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses*”.

Sobre estas bases, de forma taxativa el texto en sus artículos V y VI, reconoce los Derechos humanos individuales y los colectivos:

Artículo V. Plena vigencia de los derechos humanos

Los pueblos y las personas indígenas tienen derecho al goce pleno de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Carta de la Organización de los Estados Americanos y en el derecho internacional de los derechos humanos.

Artículo VI. Derechos colectivos

Los pueblos indígenas tienen derechos colectivos indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos. En este sentido, los Estados reconocen y respetan, el derecho de los pueblos indígenas a su actuar colectivo; a sus sistemas o instituciones jurídicos, sociales, políticos y económicos; a sus propias culturas; a profesar y practicar sus creencias espirituales; a usar sus propias lenguas e idiomas; y a sus tierras, territorios y recursos. Los Estados promoverán con la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas la coexistencia armónica de los derechos y sistemas de los grupos poblacionales y culturas.

El articulado de la Declaración establece la obligación a los Estados de respetar y garantizar otra serie de derechos: Igualdad de género, Derecho a pertenecer a pueblos indígenas, a tener personalidad jurídica, a rechazar la asimilación³¹, a ser protegidos frente al genocidio³², y a tener garantías contra el

²⁹ Artículo 29 I. *Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación alguna. 2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para garantizar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado. 3. Los Estados también adoptarán medidas eficaces para garantizar, según sea necesario, que se apliquen debidamente programas de control, mantenimiento y restablecimiento de la salud de los pueblos indígenas afectados por esos materiales, programas que serán elaborados y ejecutados por esos pueblos.*

³⁰ El texto de la Declaración puede consultarse en www.oas.org › sadye › documentos

³¹ Artículo X. Rechazo a la asimilación 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, expresar y desarrollar libremente su identidad cultural en todos sus aspectos, libre de todo intento externo de asimilación. 2. Los Estados no deberán desarrollar, adoptar, apoyar o favorecer política alguna de asimilación de los pueblos indígenas ni de destrucción de sus culturas

racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia³³.

Una amplia y especial consideración tiene el derecho al medio ambiente, por su conexión con otros derechos y muy especialmente con el especial significado que tiene la tierra para los pueblos indígenas. La Declaración lo recoge en el amplio artículo XIX que establece:

Derecho a la protección del medio ambiente sano

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a vivir en armonía con la naturaleza y a un ambiente sano, seguro y sustentable, condiciones esenciales para el pleno goce del derecho a la vida, a su espiritualidad, cosmovisión y al bienestar colectivo.
2. Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar, restaurar y proteger el medio ambiente y al manejo sustentable de sus tierras, territorios y recursos.
3. Los pueblos indígenas tienen el derecho de ser protegidos contra la introducción, abandono, dispersión, tránsito, uso indiscriminado o depósito de cualquier material peligroso que pueda afectar negativamente a las comunidades, tierras, territorios y recursos indígenas.
4. Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación.

Finalmente, la Convención se pronuncia en su artículo XXVI³⁴ sobre los pueblos indígenas en aislamiento voluntario o en contacto inicial, al reconocerles su derecho a permanecer en esa condición y a regirse de acuerdo con las reglas de su cultura. Importa subrayar que es esta la primera vez que un texto internacional reconoce de forma expresa a estos pueblos como sujetos de derechos³⁵.

II.2. - Políticas y normas brasileñas sobre la Amazonia.

II.2.1.- Políticas y normas hasta la Constitución de 1988.

1.- Desde que los primeros europeos estuvieron en la cuenca del Amazonas todo el proceso de colonización presenta en esta parte de Brasil rasgos que le diferencian del resto del territorio. Durante mucho tiempo la Amazonia, como recuerda SILVA³⁶, para unos era “El Dorado” y para otros el “Infierno Verde”, sin duda era un territorio en su mayor parte inexplorado, habitado por pueblos indígenas o por esclavos huidos y con los primeros enclaves urbanos en las orillas del río.

Desde que, en enero de 1500, Vicente Yáñez Pinzón, fuera el primer europeo en arribar a la desembocadura del Amazonas, la historia de la Amazonia presenta la apuntada identidad propia³⁷. La Ama-

³² Artículo XI. Protección contra el genocidio Los pueblos indígenas tienen derecho a no ser objeto de forma alguna de genocidio o intento de exterminio.

³³ Artículo XII. Garantías contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia Los pueblos indígenas tienen derecho a no ser objeto de racismo, discriminación racial, xenofobia ni otras formas conexas de intolerancia. Los Estados adoptarán las medidas preventivas y correctivas necesarias para la plena y efectiva protección de este derecho.

³⁴ Art. XXVI. 1. Los pueblos indígenas en aislamiento voluntario o en contacto inicial, tienen derecho a permanecer en dicha condición y de vivir libremente y de acuerdo a sus culturas. 2. Los Estados adoptarán políticas y medidas adecuadas, con conocimiento y participación de los pueblos y las organizaciones indígenas, para reconocer, respetar y proteger las tierras, territorios, medio ambiente y culturas de estos pueblos, así como su vida e integridad individual y colectiva.

³⁵ Lo subraya RIBEIRO DE SOUZA, A., “Um ano da Declaração Americana sobre os direitos dos Povos Indígenas: contribuições efetivas ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos”, en PAREDES, B. (coord.), *O mundo indígena na América Latina*, Editora da Universidade de Sao Paulo, Sao Paulo, 2018, p. 467

³⁶ SILVA, “Amazônia e o desenvolvimento: Aspectos da trajetória das políticas públicas na região”, cit., p.

³⁷ Tiene interés para las primeras presencias de europeo en la región, PADUA, J.A., “Arrastrados por uma cega avareza. As origens da crítica a destruição dos recursos naturais amazônicos”, en *Revista Ciencia Ambiente, Universidad Federal Santa Maria*, nº31 2005. También pueden consultarse los artículos recogidos en SANTOS PÉREZ, JM. /PETIT, P.,

zonía ha tenido mitos que llegan hasta nuestros días, lo que, todavía hoy, hace que MEIRELLES³⁸ afirme “*seguimos los brasileños, e incluso los amazónidas, con una visión simplista de la Amazonia. Todavía contaminados por el eurocentrismo y la búsqueda de los inmensos tesoros, raramente reconocemos los saberes de los pueblos tradicionales*”.

El mismo autor, al analizar la historia de la región en los últimos 500 años³⁹, subraya que esta aparece marcada por tres grandes periodos: el primero, el de mayor duración, caracterizado por la búsqueda y el apoderamiento de las cosas y productos que allí encontraban o esperaban encontrar, que comprenden desde ‘*as drogas do sertão*’ hasta el mítico “el dorado”, y que también está acompañado por la esclavitud de indígenas de la región.⁴⁰ El segundo es la época del caucho, mucho más corto, pero con efectos muy importantes y de muy distinta naturaleza, es el momento de auge económico y demográfico de Manaos y de Belem, es la ‘*belle époque*’, pero con mano de obra esclavizada no solo de indígenas, también de nordestinos.⁴¹ La conclusión del auge del caucho sumerge a la Amazonia en un periodo que busca el desarrollo económico, que lleva a la neocolonización, en el que todavía está inmersa y que pasa por una agricultura y ganadería intensiva, por las extracciones mineras, por las grandes infraestructuras y que trae como consecuencia la actuación sobre los derechos de las poblaciones indígenas, la deforestación, la muy importante lesión del medio ambiente y el incremento de la desigualdad⁴². Es justamente lo contrario al hoy internacionalmente propugnado desarrollo sostenible.

2.- Sobre esta realidad de la región en 1910 y como consecuencia de las exploraciones del mariscal Rondón⁴³ se creó el Servicio de Protección de los Indios, que también abrió la puerta a misioneros protestantes, con una visión mercantil de la relación con los pueblos indígenas. El Servicio, tal como refleja el Relatório Figueiredo, acabó siendo una herramienta para delinquir y para apoyar el poder de los hacendados. Al final, el Servicio de Protección del Indio pasó a ser un instrumento para la realización de lo contrario para lo que fue creado⁴⁴.

(edit.), *La Amazonia brasileña en perspectiva histórica*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca 2006.

³⁸ MEIRELLES, J./MENDES, F., “Amazonias viajantes. Os viajantes e a reflexao sobre a Amazonia nos últimos cem anos”, *Revista de Estudos Brasileños*, vl.6, nº12, 2019, p.15.

³⁹ MEIRELLES FILHO, J., *O livro de ouro da Amazonia*, cit., p.107 y ss.

⁴⁰ Sobre este periodo y muy especialmente sobre los primeros momentos del Brasil independiente tiene mucho interés la posición que sostuvo José Bonifacio, sobre la esclavitud, era abolicionista, y sobre los indígenas, cuestiones que consideraba claves para el nuevo Brasil, ver el estudio de PINHEIRO PEREIRA, W., “José Bonifacio e a questao indígena no projeto de construção do Estado nacional brasileiro: uma apresentação de “Apontamentos para a Civilização dos Indios Bravos do Imperio do Brasil (1823)””, en PAREDES, B. (coord.), *O mundo indígena*, cit., p.161 y ss., sus “Apontamentos”, que el autor reproduce en p.200 y ss., tienen particular interés en especial por la época en que son elaborados, José Bonifacio, pretende con las 44 medidas que propone que los que denomina “indios bravos” se incorporen al nuevo Estado brasileño. Por cierto, la primera medida política que propugna se refiere a no expulsar a los indios de las tierras que todavía les quedan, y “de las que son legítimos señores, pues Dios se las dio”.

⁴¹ Sobre este periodo de tiempo, de 1870 a 1910, y en especial su incidencia en el desarrollo urbano de Manaos y Belem, véase SARGES, M. de N., “La Belle-Epoque en la Amazonia en la época del caucho”, en SANTOS PÉREZ, J.M./PETIT, P., *La Amazonia brasileña en perspectiva histórica*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca 2006, p.91 y ss

⁴² Son reveladores los datos y las valoraciones que hace de los mismos, SILVA, “Amazônia e o desenvolvimento: Aspectos da trajetória das políticas públicas na região”, cit., dice, “Os índices de qualidade de vida da população também são significativos de que as riquezas produzidas não transformaram o quadro de vulnerabilidade da grande maioria de sua população. Na região norte estão localizados 17 dos 32 municípios com os piores Índices de Desenvolvimento Humano”.

⁴³ El mariscal Rondón El mariscal Rondón fue un militar y “sertanista” brasileño. Fue el creador del Parque Nacional Xingu y Director del Servicio de Protección Indígena. Después de la Proclamación de la República en Brasil, Marechal Rondón fue nombrado asistente de la Comisión de Construcción de Líneas Telegráficas y, con el objetivo de extender las comunicaciones y las instalaciones de líneas telegráficas, avanzó por el interior desconocido y, en gran parte, habitado por tribus indígenas, razón por la cual mantuvo contacto con muchas de ellas. El Estado de Rondonia tiene este nombre en homenaje al mariscal.

⁴⁴ Hay que volver a leer el artículo de LEWIS, N., Genocidio, cit., en especial, ver p.169 y ss., son particularmente reveladoras las páginas en las que valora la actuación de los misioneros protestantes, en su mayor parte norteamericanos.

3.- Con antecedentes en la época del “Estado Novo”⁴⁵, la política desarrollista que se lleva a cabo en la Amazonia⁴⁶, en especial desde la segunda mitad del siglo XX, se inicia con la creación de Superintendencia del Plan de Valorización Económica de la Amazonia (SPVEA), en 1948, durante el gobierno del presidente Dutra. Este organismo fomenta una política desarrollista centrada en favorecer la extracción y que tiene como obligada referencia la construcción de la autovía Belem-Brasilia, durante la presidencia de Juscelino Kubitschek. Este periodo de desarrollismo forzado se va a prologar hasta la década de los 80 y alcanza su punto álgido durante la dictadura militar.

Los gobiernos militares, abordaron desde un primer momento la realización de distintas estrategias de desarrollo en la región. Como recuerda SILVA⁴⁷, “*la Amazonia pasó a ser ofrecida a los inversores como una frontera económica que debía ser explorada, dentro de una perspectiva de integración, presentada en el Programa de Integración Nacional*”. El PIN orientó el desarrollo del país y en este marco del supuesto “*milagro económico brasileño*”, hay que situar la política de la dictadura militar en relación con los pueblos indígenas, caracterizada por el desarrollismo y por la represión frente a cualquier obstáculo vinculado a la presencia de los pueblos indígenas.

La época de la dictadura militar es la de grandes proyectos de infraestructura⁴⁸ y de un crecimiento que hace más ricos a los ricos y más pobres a los pobres y que pese a la normativa existente desconoce a la población indígena. Son políticas que siguen considerando a la Amazonía como un “espacio vacío”⁴⁹ y que no dudan en recurrir a la represión, al desconocimiento de derechos para alcanzar sus objetivos⁵⁰.

En esta época, en 1973, se aprobó el Estatuto del Indio, texto contradictorio desde su artículo inicial, que establece:

Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional.

El texto es contradictorio pues proclama buscar dos objetivos que difícilmente son compatibles: preservar la cultura de los pueblos indígenas y a la vez integrarlos progresivamente en la comunidad nacional, aunque se pretenda llevarlo a cabo de una forma armoniosa.

Por otro lado, la norma dejaba abiertas suficientes vías para actuar por razones vinculadas a lo que los gobernantes de entonces entendían como desarrollo de la región. En este sentido, la CNV sostiene en su Informe que siempre los Derechos de los Indígenas estuvieron subordinados a los planes de los que

⁴⁵ El año de 1940 se destaca por el primer plan importante para la ocupación y explotación de la cuenca del Amazonas — un conjunto de recursos hídricos que convergen en el río Amazonas —, creado por el entonces presidente GETÚLIO VARGAS (1930 – 1945). El plan quedó conocido por el nombre de «Marcha para o Oeste». Tiene mucho interés la lectura de ANDRADE, R.P., “Conquistar a terra, dominar a água, sujeitar a floresta»: Getúlio Vargas e a revista «Cultura Política» redescobrem a Amazônia (1940-1941)”, en *Boletim do Museu Paraense Emílio Goeldi. Ciências Humanas* 5 (2), 2010, p. 453 y ss.

⁴⁶ Ver RIBEIRO CAPOBIANCO, J.P., “Avanços e recuos da sustentabilidade na Amazonia, cit., p.63 y ss.

⁴⁷ SILVA, “Amazônia e o desenvolvimento: Aspectos da trajetória das políticas públicas na região”, cit., p.

⁴⁸ El Fondo de Inversiones da Amazônia, FINAM, va ser el instrumento para financiar la construcción de infraestructuras, que prioriza las grandes vías para la comunicación terrestre, como la Transamazónica y la Perimetral Amazônia e o desenvolvimento Norte, unido a la inversión en centrales hidroeléctricas o en minas.

⁴⁹ SILVA, M D., “Amazônia e o desenvolvimento”, p. 222, de forma clara describe la política económica de esta época: “planejamento dessas políticas baseava-se na perspectiva de que a Amazônia seria um “espaço vazio”, levando em conta uma distribuição demográfica que ignorava as peculiaridades e até mesmo a existência de povos nativos e de grupos sociais com relações tradicionais de interação com a natureza”

⁵⁰ RELATORIO DA COMISSAO NACIONAL DA VERDADE, volumen 2, p.203 y ss., contiene un muy amplio análisis de las acciones llevadas a cabo por los gobiernos militares contra los derechos de los indígenas. <http://cnv.memorias-reveladas.gov.br>

governaban. Estos no dudaron en utilizar para sus propósitos las estructuras como la FUNAI, pensadas justamente como herramienta de protección⁵¹, pero que en este tiempo pasó también a ser un instrumento más de colaboración en las políticas gubernamentales de actuación contra los derechos de los pueblos indígenas⁵².

La lectura del capítulo que la Comisión Nacional de la Verdad dedica a las Violaciones de los Derechos Humanos de los pueblos indígenas es suficientemente reveladora de la posición real de los militares en este tema, que el ministro Rangel Reis,⁵³ en enero de 1976, plasma con claridad meridiana, “Los indios no pueden obstaculizar el paso del progreso (...) dentro de 10 a 20 años no habrá más indios en Brasil”⁵⁴.

II.2.2.- La Constitución de 1988, las bases de un cambio

1.- La Constitución de 1988, marca, al menos en el marco legislativo, un antes y un después tanto en relación con la Amazonia, como respecto a la posición de los pueblos indígenas en la totalidad del territorio brasileño.

Los cambios a nivel constitucional respecto a los pueblos indígenas son evidentes, basta la lectura del art. 231⁵⁵ a ellos referido. El mencionado precepto constitucional establece:

⁵¹ La Fundación Nacional del Indio, FUNAI. Fue creada en 1967, como consecuencia del escándalo ocasionado por el contenido del Relatorio Figueiredo.

⁵² . RELATORIO DA COMISAO NACIONAL DA VERDADE, cit., en especial p.247 y 248, donde se recoge como la FUNAI pasa a desarrollar funciones de inteligencia y de captar información, “*A partir de 1970, com a edição do Decreto no 66.882, a Funai incorpora formalmente atividades de assessoramento de segurança e informações à sua estrutura organizacional, por meio de uma “Seção de Segurança e Informações”, vinculada à Divisão de Segurança e Informações (DSI) do Ministério do Interior*”. Objetivo clave de estas tareas eran los líderes indígenas, cuyas actividades eran calificadas a menudo como subversivas y con especial referencia al “Conselho Indigenista Missionario” (CIMI), cuyos miembros muchas veces eran considerados como “comunistas”.

⁵³ Mauricio Rangel Reis fue Ministro del Interior de 1974 a 1979, durante el gobierno del general Geisel.

⁵⁴ Vid. RELATORIO CNV, cit., p.251.

⁵⁵ Art. 231. Se reconoce a los indios su organización social, costumbres, lenguas creencias, tradicionales y los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, correspondiendo a la Unión demarcarlas, protegerlas y hacer que se respeten todos sus bienes.

1. Son tierras tradicionalmente ocupadas por los indios las habitadas por ellos con carácter permanente, las utilizadas para sus actividades productivas, las imprescindibles para la preservación de los recursos ambientales necesarios para su bienestar y las necesarias para su reproducción física y cultural, según sus usos, costumbres y tradiciones.
2. Las tierras tradicionalmente ocupadas por los indios se destinan a su posesión permanente, correspondiéndoles el usufructo exclusivo de las riquezas del suelo, de los ríos y de los lagos existentes en ellas.
3. El aprovechamiento de los recursos hidráulicos, incluido el potencial energético, la búsqueda y extracción de las riquezas minerales en tierras indígenas sólo pueden ser efectuadas con autorización del Congreso Nacional, oídas las comunidades afectadas, quedándoles asegurada la participación en los resultados de la extracción, en la forma de la ley.
4. Las tierras de que trata este artículo son inalienables e indisponibles y los derechos sobre ellas imprescriptibles.
5. Está prohibido el traslado de los grupos indígenas de sus tierras, salvo «ad referendum» del Congreso Nacional, en caso de catástrofe o epidemia que ponga en peligro su población, o en interés de la soberanía del país, después de deliberación del Congreso Nacional, garantizándose, en cualquier hipótesis, el retorno inmediato después que cese el peligro.
6. Son nulos y quedan extinguidos, no produciendo efectos jurídicos, los actos que tengan por objeto la ocupación, el dominio y la posesión de las tierras a que se refiere este artículo, o la explotación de las riquezas naturales del suelo, de los ríos y de los lagos en ellas existentes, salvo por caso de relevante interés público de la Unión, según lo dispusiese una ley complementaria, no generando la nulidad y extinción derecho a indemnización o acciones contra la Unión, salvo en la forma de la ley, en lo referente a mejoras derivadas de la ocupación de buena fe.
7. No se aplica a las tierras indígenas lo dispuesto en el artículo 174, 3, y 4.

Se reconoce a los indios su organización social, costumbres, lenguas, creencias tradicionales y los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, correspondiendo a la Unión demarcarlas, protegerlas y hacer que se respeten todos sus bienes.

La incorporación al texto de la conocida como “Constituição Cidadã” de un artículo con este contenido se explica por la presión de la sociedad civil y de las organizaciones indígenas, como subraya CAMILA LOUREIRO,⁵⁶ “*la condición de indígena dejó de ser transitoria*”. Especial importancia tiene, como más adelante se expondrá, el reconocimiento constitucional de sus “derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan”.

Sobre este punto de partida el precepto se pronuncia sobre las tierras que merecen esta consideración y efectúa consideraciones que deben ser subrayadas, como su carácter de inalienables e indisponibles, la imprescriptibilidad de los derechos sobre ellas, o la necesidad de que los eventuales aprovechamientos requieran la autorización del Congreso, “*oídas las comunidades afectadas*” y garantizando su participación en los posibles beneficios etc.

Con el contenido de este artículo, el texto de la Constitución se convierte en referencia internacional al reconocer esta posición de los pueblos indígenas dentro del Estado⁵⁷, pues con ello se está cambiando de paradigma al renunciar expresamente al neocolonialismo, propio de la política de integración, lo que trae como consecuencia el reconocimiento de la propia cultura de estos pueblos y el derecho a vivir conforme a ella.

Esta estructura jurídica se completa con el reconocimiento, en el artículo siguiente⁵⁸, a las comunidades y organizaciones indígenas de la posibilidad de defender jurídicamente sus derechos.

2.- La Constitución también da cabida a las nuevas posiciones internacionales sobre el medio ambiente. Dedicó a este derecho su capítulo VI y dentro de él en el art. 225.4 establece:

La floresta Amazónica brasileña, la Mata Atlántica, la Sierra del Mar, el Pantanal Mato Grossense y la zona Costera son patrimonio nacional, y su utilización se hará en la forma de la ley, dentro de las condiciones que aseguren la preservación del medio ambiente, incluyendo lo referente al uso de los recursos naturales.

La Constitución con este contenido abrió la puerta a un desarrollo normativo de la protección del medio ambiente y a poner un freno a la deforestación, consecuencia de la política de desarrollismo impuesto seguida hasta entonces.

En el contexto internacional se había tomado conciencia de que la protección del medio ambiente constituía un tema de gobernanza global, lo que se exterioriza en la actuación de Naciones Unidas y de otros organismos internacionales públicos y privados, que valoraban muy negativamente la política de deforestación que sufría la Amazonia brasileña, favorecida por el contenido del desarrollismo potenciado por los gobiernos de la época y claramente abandonado por la nueva Constitución.

3.- Pero, como se expondrá en el siguiente apartado, la Constitución es un punto de partida que requiere políticas que busquen hacer efectivo su contenido, constituye un camino a recorrer que, en bastantes casos, y estos dos, derechos de los pueblos indígenas y medio ambiente, se encuentran entre ellos, precisa afrontar importantes obstáculos al chocar con intereses protegidos y potenciados por anteriores gobiernos y con la tradicional consideración de la Amazonia como granero y fuente de riqueza de todo Brasil.

⁵⁶ LOUREIRO DIAS, C., “Direitos dos povos indígenas e desenvolvimento da Amazonia” en *Revista de Estudos Brasileños*, Vol.6, nº 11, 2019, p.53

⁵⁷ LOUREIRO DIAS, C., “Direitos dos povos indígenas”, cit., p.54, subraya como la Constitución de 1988, se convierte en referencia mundial al inaugurar un nuevo paradigma en la relación del Estado con los pueblos originarios

⁵⁸ Art. 232. *Los indios, sus comunidades y organizaciones son partes legítimas para actuar en juicio en defensa de sus derechos e intereses interviniendo el ministerio público en todos los actos del proceso.*

III.- SOBRE LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA INTERNACIONAL Y BRASILEÑA A LOS “OTROS”, A LOS PUEBLOS INDÍGENAS.

III.1.- La aplicación de la normativa internacional

1.- Firmada por el gobierno brasileño toda la normativa internacional ya expuesta y en vigor la Constitución de 1988, el problema pasa a ser el de su aplicación. Como ya adelantamos, la aplicación del sistema americano de Derechos Humanos reposa sobre la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, creada en 1959 como órgano consultivo de la OEA⁵⁹, y sobre la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica, creada veinte años más tarde⁶⁰. Para ambos órganos es clave la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto de San José, en vigor desde 1978⁶¹.

2.- Sobre el tema que nos ocupa, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos elaboró dos muy documentados informes. El primero, aprobado en 2013, referido a los pueblos indígenas en aislamiento voluntario⁶², el segundo, aprobado en 2019, más reciente, referido con carácter general a los pueblos de la Amazonia⁶³. En estos informes la Comisión descende a la realidad de los derechos humanos de los pueblos indígenas reconocidos por las normativas internacionales y a constatar la medida en la que, pese a ello, se ven afectados por las políticas estatales.

El punto de partida del Informe más general, el titulado “Pueblos indígenas y tribales de la Panamazonia”, es la consideración de la dramática situación que supone para los pueblos indígenas la desposesión de tierras y los obstáculos para el reconocimiento de la propiedad sobre las mismas, unido todo a las consecuencias de la política desarrollista que, en especial en Brasil, se sigue en toda la zona, lo que trae consigo graves consecuencias medioambientales y efectos muy negativos sobre la vida, la salud y en general la cultura de estos pueblos⁶⁴.

Esta realidad afecta a un amplio listado de los Derechos Humanos reconocidos en las Declaraciones. En concreto enumera⁶⁵: Derecho a la propiedad y garantías relacionadas a la tierra, territorio y recursos naturales; Derecho a la libre determinación y al derecho a la consulta previas, libre e informada; Derecho a la consulta previa, libre e informada en los Estados de la Amazonia; Derecho a un medio ambiente sano desde la cosmovisión indígena; Derecho al agua y a la alimentación; Derecho a la identidad cultural y espiritual y al patrimonio cultural indígena; Derecho a la salud; Derecho a la vida, integridad física y sexual.

Como ya se ha señalado en la región existen pueblos indígenas en aislamiento voluntarios y contacto inicial⁶⁶, que mantienen la ausencia de contacto como un rasgo de su identidad y que tienen una situación de una mayor vulnerabilidad. La Comisión en el Informe que elaboró en 2013 sobre estos pueblos, señalaba las principales amenazas que tenían para el pleno goce de los Derechos Humanos⁶⁷: el con-

⁵⁹ La Comisión es un órgano consultivo de la OEA y tiene como objetivo la observancia y la defensa de los Derechos Humanos.

⁶⁰ La Corte Interamericana fue creada en 1979. Brasil reconoce su competencia en 1998.

⁶¹ La Convención, también conocida como Pacto de San José, fue aprobada en 1969 por la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos y entró en vigor en 1978. Brasil la firmó en 1992. Texto puede consultarse en www.corteidh.or.cr

⁶² CIDH., *Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas: recomendaciones para el pleno respeto de los Derechos humanos*, 2013, <http://www.cidh.org>

⁶³ CIDH., *Situación de los Derechos Humanos de los pueblos indígenas y tribales de la Panamazonia*, 2019 [cidh.org](http://www.cidh.org)

⁶⁴ Vid. CIDH, *Pueblos indígenas en aislamiento voluntario*, cit., en el capítulo 2, p.45 y ss., expone la situación de estos pueblos en la Panamazonia.

⁶⁵ Vid. CIDH, *Pueblos indígenas en aislamiento voluntario*, cit., p.117 y ss., analiza individualmente cada uno de los derechos afectados.

⁶⁶ Según informaciones obtenidas en la FUNAI, actualmente existen 114 registros de pueblos indígenas considerados en aislamiento voluntario en la Amazonia Legal.

⁶⁷ CIDH, *Pueblos indígenas en aislamiento voluntario*, cit., p.45 y ss., la CIDH, *Pueblos indígenas y tribales*, cit. p.155, reitera estas amenazas.

tacto, las presiones sobre sus tierras y territorios, la extracción de recursos naturales, los contagios y otras enfermedades, las agresiones directas, los proyectos turísticos, y el narcotráfico.

La Comisión, de acuerdo con sus funciones, cierra ambos Informes formulando una amplia serie de recomendaciones que buscan dar efectividad al contenido de los textos internacionales y de la propia normativa aprobada por los Estados.

En el Informe más general, se formulan cinco conclusiones en las que se denuncian los efectos negativos y en algunos casos irreversibles, que el desarrollo ha tenido y tiene sobre la región y sobre los pueblos originarios que en ella habitan, y constata que *“durante los últimos años se han advertido nuevos problemas que amenazan la supervivencia de estos pueblos, particularmente las alteraciones medioambientales y el cambio climático, hacen cada vez más difícil que puedan mantener sus forma de vida e interacción con el medio ambiente”*⁶⁸.

Esta situación lleva a la Comisión a dirigir a los Estados de la Amazonia hasta un total de diez y ocho recomendaciones, que se concretan en políticas que *“deben basarse en el respeto garantía del derecho a la autodeterminación, el derecho a sus tierras, territorios y recursos, el derecho a la salud y el derecho a la participación, consulta y consentimiento previo, libre e informado de los pueblos afectados”*⁶⁹. Es decir, el contenido de las recomendaciones busca hacer efectiva en la región la *Declaración Americana sobre los Derechos de los pueblos indígenas*, lo que requiere fortalecer la presencia del Estado. Así, en una de sus recomendaciones afirma, *“es fundamental la presencia del Estado para resguardar la vida y la paz de los pueblos indígenas en el territorio y evitar actividades ilegales que quedan en la impunidad”*.

La mayor presencia del Estado debe plasmarse en políticas que den protagonismo político a los pueblos indígenas con carácter general y muy especialmente en cualquier medida que pueda afectar al derecho sobre sus tierras y al mantenimiento de su cultura. Todo ello unido a políticas preventivas de protección de sus derechos y a *“emprender acciones decididas contra la impunidad de las violaciones de derechos humanos cometidas en el contexto de actividades empresariales o ilegales en la región Panamazónica (...)”*.

3.- Respecto a los pueblos indígenas en aislamiento voluntario, la Comisión se remite a las que años antes había formulado en el Informe que elaboró sobre los mismos. Estas recomendaciones se plasman en un auténtico programa de gobierno y la Comisión contempla dar seguimiento a las mismas *“mediante sus diferentes mecanismos de monitoreo, promoción y protección de los derechos humanos”*⁷⁰.

Las medidas que recomienda las agrupa en varios apartados: Reconocimiento y autodeterminación; Protección del territorio; Recursos naturales; Consulta previa, libre e informada; Salud; Conflictos interétnicos; No contacto y Colaboración y coordinación con otros actores.

4.- El contenido de estos dos Informes pone en evidencia los problemas de los derechos de los pueblos indígenas. Ciertamente, las recomendaciones que contienen son *“soft law”*, encaminadas a hacer efectivos los derechos que recoge la Declaración de la OEA y la Convención de Derechos de los Pueblos Indígenas por ella formulada. Frente a esta vía blanda, la actuación de la Corte posee una mayor contundencia, pues se pronuncia sobre casos concretos, y hace seguimiento del cumplimiento de sus sentencias.

Antes de entrar en la jurisprudencia de la Corte propiamente dicha, que también merece ser destacada en este apartado, es imprescindible una breve reflexión sobre el predominio indiscutible en este campo del *“soft law”* en los acuerdos y compromisos internacionales o, dicho de otro modo, el predominio de un derecho flexible.

El resultado, en la práctica, es una contradicción entre, por un lado, el aumento de instrumentos orien-

⁶⁸ CIDH, *Pueblos indígenas y tribales de la Panamazonia*, cit., p.197, en la segunda de las conclusiones tras constatar las actividades de hiperdesarrollo, se pronuncia sobre sus consecuencias, *“Los impactos son irreversibles al medio ambiente y a las comunidades locales, y en general han sido impuestos a los pueblos indígenas sin cumplir con su derecho a la consulta y consentimiento libre, previo e informado”*

⁶⁹ CIDH, *Pueblos indígenas y tribales de la Panamazonia*, cit., p.198 y ss.

⁷⁰ Véase CIDH, *Pueblos indígenas en aislamiento voluntario*, cit., p.79 y ss.

tados a la protección del medioambiente y también de garantía de los derechos de los pueblos indígenas — en constante crecimiento, como se explicó anteriormente — y, por otro, la prevalencia de normas que señalan comportamientos y orientan la legislación interna de los países signatarios, pero que no crean normas legales vinculantes, no requieren adhesiones absolutas y no tienen consecuencias sancionadoras severas en caso de incumplimiento⁷¹.

De hecho, es una paradoja difícil de lidiar ya que la ley representa algo obligatorio, capaz de imponer sanciones, “hard”, por lo tanto, exactamente lo opuesto al adjetivo blando utilizado para calificar el derecho internacional en materia de medioambiente⁷².

Ciertamente no se pueden ignorar los avances del Derecho Internacional en esos temas, aunque se hayan llevado a cabo por una vía blanda, basada en el consenso. Como explican ROCHA DE SOUZA y ANNE LEISTER, “a pesar de que las leyes blandas no son jurídicamente vinculantes, se verifica su influencia en la toma de decisiones en el espacio público. Estos modos de cooperación informal pueden ser tan consistentes como los tratados, especialmente en sectores que intentan armonizar las regulaciones”⁷³.

En la actualidad, la política mundial, como explica DE PABLO SERRANO, da cuenta de un compromiso político importante por parte de los Estados, pero tal compromiso está cristalizado “en textos con un efecto jurídico disminuido”, aunque “ciertamente representan un punto de partida y una palanca de impulso”⁷⁴. Es, al fin y al cabo, una norma jurídica no vinculante pero indicativa de un amplio consenso internacional.

La discusión sobre el tema es amplia y por sí sola requiere un espacio más amplio que las páginas de este trabajo, pero no puede dejar de ser objeto de atención, ya que el alcance de los instrumentos internacionales depende directamente de la naturaleza jurídica de las normas en las que se plasman y de las vías que existen para hacer cumplir su contenido.

5.- De manera blanda o no, el hecho es que la problemática de la violación de los derechos de las comunidades indígenas está muy presente en la actuación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Al revisar las sentencias dictadas por la Corte Interamericana, hemos encontrado nueve casos que tratan específicamente de conflictos que involucran a un Estado y a una comunidad indígena presente en su territorio. El primero de ellos, sentencia 31 de agosto de 2001, es el caso de la Comunidad Mayagna Awas Tingni versus Nicaragua⁷⁵.

Es interesante señalar que las nueve sentencias dictadas por la Corte referidas a derechos de los pueblos indígenas, tienen el denominador común de afirmar que hubo una violación del derecho a la propiedad de la comunidad demandante, en los términos del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos humanos:

Artículo 21. Derecho a la propiedad privada

1. Toda persona tiene derecho a utilizar y disfrutar de su propiedad. La ley puede subordinar este uso y disfrute al interés social.

2. Nadie podrá ser privado de su patrimonio, excepto mediante el pago de una justa indemniza-

⁷¹ PABLO SERRANO, Alejandro L., “El expolio de recursos naturales. De la Green Criminology a un nuevo y necesario Derecho Penal Internacional del Medio Ambiente”. *Revista General de Derecho Penal*, 2020, p. 40.

⁷² SILVA OLIVEIRA, Liziane; RODRIGUES BERTOLDI, Márcia. A importância do Soft Law na evolução do Direito Internacional. Em XIX Congresso Nacional do CONPEDI. 2010. Disponible en: http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/10/2012_10_6265_6289.pdf (consultado el 15 de noviembre de 2020).

⁷³ ROCHA DE SOUZA, Leonardo y ANNE LEISTER, Margareth (2016). *A influência da soft law na formação do direito ambiental*. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37467.pdf> (consultado el 12 de noviembre de 2020).

⁷⁴ PABLO SERRANO, Alejandro L. “El expolio de recursos naturales. De la Green Criminology a un nuevo y necesario Derecho Penal Internacional del Medio Ambiente”, cit., p. 40.

⁷⁵ Caso Comunidad Mayagna Awas Tingni versus Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Disponible en: www.corteidh.or.cr (acceso 27/11/2020)

ción, por motivos de utilidad pública o interés social y en los casos y en la forma que establezca la ley.

3. La usura y cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre deben ser suprimidas por la ley.

Según razonan las sentencias de la Corte Interamericana el artículo 21 de la Convención tiene como objetivo proteger la estrecha vinculación que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con sus recursos naturales y los elementos incorporales que se desprendan de ellos.

El conflicto más común está relacionado con la cesión constante, sin ningún tipo de consulta, por parte de los Estados, de parte de los territorios, pertenecientes a las comunidades indígenas, a grandes empresas con el objetivo de su explotación económica. Estas cesiones, además de lesionar directamente el derecho a la propiedad y los derechos a la vida e integridad personal al privar de sus tierras a la comunidad indígena, suponen una clara y constante violación de la identidad cultural de estos pueblos que, al perder sus territorios, no tienen un marco para ejercer y desarrollar su cultura ancestralmente unida a la tierra.

Llama la atención la sentencia del último caso sometido a la jurisdicción de la Corte involucrando una comunidad indígena, sentencia de 6 de febrero de 2020, Argentina vs. Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra)⁷⁶. En ese caso, además de la propia violación al derecho de la propiedad, la Corte recurre a la aplicación del artículo 26 de la Convención, que trata del denominado “desarrollo progresivo”, para determinar que el Estado argentino ha violado los “*derechos a participar en la vida cultural, en lo atinente a la identidad cultural, al medio ambiente sano (...)*”.

Es interesante subrayar que la garantía que busca la Corte, va más allá de la simple supervivencia de una comunidad indígena, pues pretende garantizar no solo su derecho a la vida, sino también el derecho a ejercer su cultura y, a través de ella, a preservar su propia identidad y pone en evidencia la relación existente entre el concepto de desarrollo que vincula a la identidad cultural de un pueblo, con lo que rechaza un contenido unido a los expuestos planteamientos neocolonialistas.

La esencialidad del vínculo entre el territorio y el desarrollo de la cultura es de fundamental importancia ya que, como explica CLAVERO, “*todas y todos nacemos, todas y todos nos individualizamos, todas y todos nos socializamos, en una cultura determinada, en una cultura con valor para su medio a tales efectos de individuación y socialización*”⁷⁷. La cultura surge justamente de la relación entre el hombre y el medio donde él se desarrolla, siendo la protección de la tierra esencial para la garantía de la identidad cultural.

6.- En lo referido a Brasil es preciso referirse al caso del Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros versus Brasil, recogido en la sentencia de 5 de febrero de 2018⁷⁸. El caso, presentado en 2016 ante la Corte por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, concluye con la condena a Brasil, entre otras razones por “*la demora de más de 16 años, entre 1989 y 2005, en el proceso administrativo de reconocimiento, titulación, demarcación y delimitación de sus tierras y territorios ancestrales.*”

La Corte, con el voto unánime de sus miembros, decidió que el Estado brasileño con su injustificada demora en la demarcación de tierras⁷⁹ era responsable por la violación del derecho a la propiedad co-

⁷⁶ Caso Argentina vs. Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra). Vid. www.corteidh.or.cr (acceso 27/11/2020).

⁷⁷ CLAVERO, B. “¿Cómo es que no hay un derecho humano a tu propia cultura?” Disponible en: <https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/869>. Último acceso en 30 de noviembre de 2020.

⁷⁸ Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros versus Brasil. Sentencia de 05 de febrero de 2018. Disponible en www.corteidh.or.cr (acceso 27/11/2020). La sentencia, con el voto unánime de los magistrados, condena al Estado brasileño.

⁷⁹ Uno de los pueblos que más sufre con el problema de la demarcación de tierras es el Yanomami, que ha padecido la mayor invasión de tierras ya registrada desde la demarcación, hecha en 1992. En el año de 2019, incluso, el Pueblo Yanomami ha pedido ayuda al gobierno, a través de la FUNAI, Ibama y Ministerio Público, para detener la minería en

lectiva y que, por tanto, debe garantizar “*de manera inmediata y efectiva el derecho de propiedad colectiva del Pueblo Indígena Xucuru sobre su territorio, de modo que no sufran ninguna intrusión, interferencia o afectación por parte de terceros o agentes del Estado*”.

La sentencia continua en la línea reiterada en la jurisprudencia de la Corte de reconocer el derecho de propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales. Este derecho emana del artículo 21 de la Convención Americana, de las normas del Convenio 169 de la OIT, de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, de otros instrumentos y decisiones internacionales y debe también ser uno derecho reconocido por los Estados en sus leyes internas, de tal manera que conforma un verdadero *corpus juris*, que establece y define las obligaciones de los Estados Partes.

En este sentido es conveniente recordar la vinculación de este derecho con la cultura que, como se acaba de exponer efectúa CLAVERO⁸⁰ y que reitera afirmando, “*conforme a un tal derecho a la cultura propia, el ordenamiento jurídico debe servir ante todo para que el ser humano pueda gozar pacíficamente de aquélla en la que se individualiza y socializa: para que no se vea obligado a adoptar otra en detrimento de la suya de nacimiento*”. Por tanto, el ejercicio de garantizar el derecho a la propiedad de las comunidades indígenas pasa, necesariamente, por la garantía de que puedan ejercer libremente su cultura, lo que impone a un Estado que se califica como democrático, no ya no impedirlo, sino crear las condiciones para hacerlo posible.

7.- Es preciso recordar que este derecho a la demarcación de las tierras de los pueblos indígenas, constitucionalmente consagrado, se lleva a cabo a través de un procedimiento normativamente establecido y hoy cuestionado.

Como se señala en la citada sentencia de la Corte Interamericana, desde 1996 el proceso administrativo de demarcación y titulación de tierras indígenas está regulado por el Decreto No. 1775/96 y la Ordenanza (Portaria) del Ministerio de Justicia No. 14/96. Este proceso de demarcación se desarrolla en varias sucesivas etapas, se inicia por iniciativa y bajo la orientación de la Fundación Nacional del Indio, pero el acto administrativo final de demarcación es atribución exclusiva de la Presidencia de la República.

El proceso administrativo se pone en marcha por la FUNAI, cuando tiene conocimiento de una tierra indígena que debe ser demarcada, o le ha llegado una petición en este sentido formulada por los propios indígenas, por sus organizaciones o por organizaciones no gubernamentales. Una vez que se conocen las peticiones y la urgencia de la demarcación, la administración pública tiene el poder discrecional de iniciar o no el proceso.

Con carácter general, toda la política de demarcaciones de tierras está hoy siendo objeto de debate, al estar muy condicionada por los planteamientos del actual gobierno y a la política por él adoptada. En los últimos meses, en una decisión muy significativa, se traspasaron las competencias para la demarcación de tierras indígenas de la FUNAI al Ministerio de Agricultura, que, obviamente, por el propio objetivo de su función, prioriza la producción, el uso de la tierra y el desarrollo económico en detrimento del objetivo principal de la demarcación territorial: la preservación del territorio y la cultura de las comunidades indígenas brasileñas.

Es importante señalar que esta medida, dictada por el actual presidente, fue suspendida por el ministro Roberto Barroso, del Supremo Tribunal Federal brasileño, y aún se encuentra pendiente de la decisión final del pleno de esa Corte. Por lo tanto, en el momento actual, la competencia de las demarcaciones continúa siendo de la FUNAI.

sus tierras. Como en la mayor parte de las cuestiones que estamos analizando el problema final radica en hacer efectivo el cumplimiento de las leyes.

⁸⁰ CLAVERO, Bartolomé. *¿Cómo es que no hay un derecho humano a tu propia cultura?*, cit., p. 206.

III.2.- Los cambios normativos tras la Constitución de 1988. La situación actual en Brasil.

1.- La vigencia de la Constitución de 1988 trajo consigo obvios cambios políticos y jurídicos tanto en relación con los pueblos indígenas como respecto a la política medio ambiental en la Amazonia. Los cambios se han producido en bastantes casos con lentitud y a veces, como en la actual presidencia, con una evidente y declarada pretensión de retorno a épocas pasadas.

En ambos casos, el desarrollo normativo de los derechos de los pueblos indígenas y en conexión con el mismo la internacionalización de la protección medioambiental, son factores que no pueden ser ignorados por Brasil ni por los restantes países amazónicos y que necesariamente tienen que tener consecuencias en el contenido de las políticas que se adopten.

2.- En lo que se refiere al medioambiente, la Constitución consolidó el proceso legal de su protección en el artículo 225, en el que le reconoce como derecho y establece como obligación de la sociedad y del Estado, la preservación y la defensa del mismo⁸¹:

Art. 225. Todos tienen derecho al medioambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial a la calidad de vida, imponiéndose al Poder Público y a la colectividad el deber de defenderlo y preservarlos para la presente y futuras generaciones.

En lo que se refiere a la Amazonía, como ya ha sido expuesto, la considera como patrimonio nacional y garantiza una utilización que preserve en ella el medio ambiente y sus recursos naturales. El gran cambio radica en tener el medio ambiente garantizado constitucionalmente y, así, elevarlo a la categoría de derecho humano fundamental en el sentido de que, sin él, el hombre no puede disfrutar plenamente de muchos de sus restantes derechos, entre ellos la vida.

Al hacerlo, como explican MORATO LEITE, NEIVA BELCHIOR y PERALTA, el referido derecho pasa a tener tanto un *status* formal, “pues está previsto en el texto —art. 225, *caput*—”, como material, “porque su contenido es imprescindible para la dignidad humana”⁸².

La vigencia del nuevo texto constitucional determinó una nueva política medio ambiental, que se plasmó de modo inmediato en el Decreto federal nº 96.944/88, que establecía el “*Programa de Defesa do Complexo de Ecossistemas da Amazônia Legal, denominado Programa Nossa Natureza*” y que abrió un periodo de cambios institucionales y legales⁸³. Pero pese al nuevo marco normativo, que pasó también por el establecimiento de la “*Amazonia Legal*”, la nueva gobernanza no se mostró efectiva para frenar la deforestación en la región⁸⁴, a pesar, además, del protagonismo brasileño en la internacionalización de la protección del medio ambiente. Brasil fue sede de la Conferencia de Naciones Unidas sobre medio ambiente y desarrollo, que concluye con la conocida Declaración de Río⁸⁵ y a pesar también de la promulgación de la ley n. 9.605/98, conocida como ley de los crímenes ambientales, a la que más tarde nos referiremos.

La política medioambiental brasileña va a recibir un apoyo internacional con la creación del Programa Piloto para la protección de las selvas Tropicales Brasileñas (PPG-7), para la financiación de proyectos en la Amazonia, que actuaran como freno de la deforestación⁸⁶.

⁸¹ BANDEIRA CASTELO, Thiago. “Legislação florestal brasileira e políticas do governo de combate ao desmatamento na Amazônia Legal”, en *Ambiente e Sociedade*, 2015, vol. 18, no 4, p. 221-242.

⁸² MORATO LEITE, José Rubens; NEIVE BELCHIOR, Germana Parente; PERALTA, Carlos E. Derecho Constitucional Ambiental Brasileño a la luz de una posmodernidad. *Revista Catalana de Dret Ambiental, Vol. V, Núm. 1 (2014): 1 – 36*. p. 22.

⁸³ Es, de acuerdo con RIBEIRO CAPOBIANCO, J.P., “Avanços e recuos da sustentabilidade na Amazonia, cit., p. 65 y ss., un segundo ciclo que se prolongará hasta los primeros años del siglo XXI

⁸⁴ Sobre los problemas de gobernanza tiene mucho interés ANDRADE ABDALÁ, F., *Gobernanza global sobre las florestas. O caso do programa piloto para a proteção das florestas tropicais o Brasil. PPG7 (1992-2006)*, These do doutorado, Universidade de Brasília, 2007.

⁸⁵ En 1992, tuvo lugar en Río la conocida como Cumbre de la Tierra, sobre ella y sobre las siguientes conferencias puede consultarse LORENZETTI, J.V./MACAHADO CARRION, J.V., “Gobernança ambiental global: atores e cenários”, en *Cadernos EBAP BR, FGV*, vol.10 nº3, 2012, p. 721 y ss.

⁸⁶ SILVA, M.D., *Amazônia e o desenvolvimento: Aspectos da trajetória das políticas públicas na região.*, p. 223.

Esta década, ya de gobiernos democráticos, se caracterizó por un cambio hacia una política de preservar el medio ambiente, con apoyo internacional, importante desarrollo institucional y normativo, acompañado inicialmente de una disminución de la deforestación, que no se logra consolidar. Todo ello unido a una gestión no coordinada de las distintas administraciones y con graves problemas de ocupación de tierras.

En la primera década del presente siglo se van a producir importantes cambios en la gestión medioambiental al asumir un mayor protagonismo el gobierno federal en el control de la deforestación y diseñar una política encaminada a configurar un desarrollo sostenible en la Amazonia,⁸⁷ que choca con intereses en espacial de los grandes propietario agrícolas y con los de las grandes explotaciones mineras, unido a la acción contradictoria de construcción de grandes infraestructuras.

El apoyo internacional a la protección del Bioma Amazonia continúa siendo efectivo durante ese periodo. La acción más significativa es la creación en 2007 del Fondo Amazonia, financiado fundamentalmente por Noruega y Alemania, para actuar contra la deforestación en la región.

La política medioambiental comienza a cambiar en el mandato de Dilma Rouseff, con pérdida de protagonismo del gobierno federal y con el aumento de la presión política de la “bancada ruralista.” Entre las consecuencias las hay de dos tipos, la primera, normativa con la aprobación, entre otras medidas, de un nuevo Código Forestal, criticado y rechazado por los expertos⁸⁸, la segunda, un evidente aumento en la superficie deforestada⁸⁹.

Los cambios que en la política medio ambiental ha introducido el actual gobierno Bolsonaro, suponen un retorno a políticas de épocas pasadas. La nueva orientación se funda en una concepción del medio ambiente, que rechaza, despreciando como en otros temas, la evidencia, unánimemente sostenida por la ciencia, de su carácter global y que propugna de nuevo una históricamente fracasada política desarrollista, que entre otras consecuencias conduce a un incremento de la deforestación y a una probada ineficacia frente a los incendios forestales⁹⁰.

Las consecuencias institucionales, algunas ya se han expuesto, inciden sobre los organismos con competencia sobre la Amazonia, que se unen a una evidente pérdida de apoyo internacional, con la pérdida del Fondo Amazonas y con el riesgo de hacer inviable el acuerdo de Mercosur con la Unión Europea⁹¹.

3.- Como estudiosos del Derecho penal y por su indudable simbolismo debemos detenernos en el examen de la mencionada ley de los crímenes ambientales (Ley n. 9.605/98). Promulgada en 1998, diez años más tarde de la vigente Constitución, constituía el medio más contundente para hacer efectivo cumplimiento del texto constitucional en lo que se refiere a la protección del medioambiente. La ley, además de prever diversas conductas delictivas, instituyó la responsabilidad penal de las personas jurídicas, añadiéndola a la ya prevista en los ordenamientos civil y administrativo.

La nueva ley tiene un importante valor simbólico en la busca de la protección medioambiental, completada con un desarrollo normativo a través de reglamentos que tienen como objetivo perseguir el desarrollo sostenible de toda la región amazónica. Sin duda la ley 9.605 constituye una herramienta que posibilita, lo que no siempre se produce, la persecución de los responsables de delitos que hayan ocasionado graves daños medioambientales.

⁸⁷ RIBEIRO CAPOBIANCO, J.P., “Avanços e recuos da sustentabilidade na Amazonia”, cit., p.67 y ss. Tiene interés también PNUD, *La Amazonia y la Agenda 2030*, Panamá 2016.

⁸⁸ SILVA, J.A.A. y otros, *O Codigo forestal e a ciencia. Contribuções para o dialogo*, Academia Brasileira de Ciencias, ABC, 2011.

⁸⁹ Sobre las estadísticas de deforestación ver RIBEIRO CAPOBIANCO, J.P., “Avanços e recuos da sustentabilidade na Amazonia”, cit.

⁹⁰ Los incendios forestales en la Amazonia son objeto de una monografía de próxima publicación de DUTRA, G., *Los incendios forestales en la Amazonia brasileña. Propuesta politicocriminal frente a un riesgo global*, Ratio Legis, Salamanca, 2021.

⁹¹ Ver el muy documentado y revelador artículo de MARCOVITCH, J./PINSKY, V., “Bioma Amazonia: Atos e fatos”, cit., p.83 y ss.

Aunque sean numerosas las discusiones sobre la efectiva aplicación de la ley en los casos en los que aparecen implicadas grandes empresas, tanto brasileñas como extranjeras, con inversiones en la Amazonia brasileña, es cierto que la entrada en vigor de la nueva ley representaba un avance en el derecho interno brasileño, que le aproximaba al cumplimiento de los compromisos asumidos por Brasil. Pero, no debe olvidarse que no basta con tener una buena normativa de carácter penal, podemos dialécticamente aceptar que esta lo es, sino que es preciso que exista una efectiva voluntad política de su aplicación, lo que pasa por decisiones en otras ramas del ordenamiento jurídico, especialmente el procesal, y por inversiones en infraestructura y en una mayor presencia del Estado. Sino el Derecho penal quedará reducido al apuntado valor simbólico.

4.- En lo que se refiere específicamente a las comunidades indígenas, el capítulo VIII de la Constitución Federal está dedicado enteramente a ellas. Reconoce a los indios su organización social, costumbres, lenguas, creencias y tradiciones, además de las tierras que ocupan tradicionalmente, estableciendo como competencia de la Unión su demarcación y protección. El propio texto constitucional define cuales son las “tierras tradicionalmente ocupadas,” aquellas que los indígenas habitan con carácter permanente y que son necesarias tanto para la preservación del medioambiente como para el bienestar de estos pueblos⁹².

Pero, aunque el texto constitucional suponga un importante avance en este tema, al tratarlo como una prioridad, la realidad aún dista mucho de lo que pretendía la Carta de 1988.

Un breve análisis de las raíces de la legislación indígena en Brasil conduce a una verdad indudable: varios instrumentos legales han contenido, a lo largo de los años, el objetivo de reducir la capacidad civil de los indígenas, apartándolos del ejercicio de sus propios derechos, para facilitar la adopción de decisiones que afecten a sus tierras y con carácter general las acciones del gobierno en sus propiedades, sin tener en cuenta ni su voluntad, ni sus derechos.

A modo de ejemplo baste la lectura del antiguo Código Civil brasileño, que establecía que los indígenas tenían una capacidad limitada para ejercer ciertos actos de la vida civil, comparable tan sólo a la de los jóvenes mayores de 16 años, pero menores de 21. Esta regulación en el derecho privado estuvo acompañada durante décadas de distintos proyectos presentados por el FUNAI que siempre respondían a la llamada *integración armoniosa de las comunidades indígenas*.

En 1981, la FUNAI determinó la elaboración de un documento para cubrir los denominados “indicadores de integración”, por la necesidad de esclarecer las dudas sobre lo que signifique ser «indio integrado», «indio en vías de integración» e «indio no integrado». “El fundamento de la restricción a la

⁹² Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivadas com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, «ad referendum» do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

§ 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

capacidad se encuentra en la diferencia de cultura o falta de socialización, la que puede superarse, y que nada tiene que ver con la deficiencia mental, discriminación racial o inmadurez”⁹³.

El código civil vigente se limita a afirmar, en su artículo 4, párrafo único, que “la capacidad de los indígenas será regulada por legislación especial”.

Dicha legislación especial es, hasta el día de hoy, el denominado Estatuto del Indio, promulgado en el año 1973 por la ley n. 6.001. Esta ley, como ya se ha expuesto brevemente, comienza estampando el sello del neocolonialismo, aún presente en muchas de las políticas públicas referidas a los pueblos indígenas al prever que “*regula la situación jurídica de los indígenas o selvícolas y comunidades indígenas, con el propósito de preservar su cultura e integrarlas, de manera progresiva y armoniosa, con la comunidad nacional*”⁹⁴.

Según dispone la ley en su capítulo II, los indios y las comunidades que todavía no estén integrados a la comunidad nacional están sometidos al régimen tutelar establecido en dicha ley, lo cual determina que incumbe a la Unión ejercer la tutela a través del órgano federal competente y, más aún, establece la nulidad de los actos practicados entre un indígena no integrado y cualquier persona extraña a la comunidad que no hayan sido asistidos por el órgano.

El referido órgano competente es la Fundación Nacional del Indio, la FUNAI, establecida, como ya vimos, en el año 1967 por la ley 5.371/1967, cuyas funciones incluyen garantizar el cumplimiento de la política indigenista, gestionar el patrimonio indígena y ejercer los poderes de representación o asistencia jurídica inherentes al régimen tutelar previsto en la legislación civil.

Estas leyes siguen en vigor en el momento actual y llaman la atención su desactualización y muy especialmente su falta de concordancia con el contenido del texto constitucional. El principio de jerarquía normativa que se proyecta en la relación del texto constitucional con el resto del ordenamiento debe llevar, a la derogación, la reforma o en cualquier caso a la reinterpretación de la normativa anterior a ella. Lo contrario supone invertir la jerarquía, nos sirve el ejemplo, dar al Estatuto del Indio un valor mayor que al texto constitucional.

La puesta en marcha de la necesaria actualización, se inició en el año 2009, después de más de veinte años de vigencia de la Constitución, y todavía está en trámite en el Senado Federal brasileño,⁹⁵ evidentemente los hechos demuestran que no es una prioridad política. El proyecto, denominado de Estatuto de los Pueblos Indígenas, es una propuesta de la Comisión Nacional de la Política Indigenista, que trae innovaciones en muchos de los temas que han sido expuestos a lo largo de ese artículo.

En primero lugar, la propuesta reconoce a los indígenas todos los derechos civiles, políticos, sociales y laborales, así como todas las garantías previstas en la Carta Magna. Además, para tornar efectivas las previsiones de la Constitución Federal, atribuye a la Unión, con la coordinación del órgano federal correspondiente, la protección y promoción de los derechos reconocidos en 1988.

Otra innovación digna de resaltar es la referente a la participación obligatoria de las comunidades indígenas en el planeamiento, formulación, ejecución, coordinación y evaluación de todos los planes, proyectos y programas que puedan afectarlos directamente⁹⁶, lo que adquiere una especial importancia cuando se trata del desarrollo sostenible de las tierras indígenas y de las inversiones de grandes empresas.

La gran cuestión es que la línea entre la pretendida protección y defensa de las comunidades indígenas, que proclaman las normas, y su anulación de hecho a través de la actuación del control estatal es muy tenue. La presencia del neocolonialismo en muchas de las medidas, unido a un desarrollismo pretendidamente nacionalista y a la efectiva presión de poderosos poderes, como las grandes empresas con

⁹³ Congreso de la República del Perú, *La legislación brasileña y las poblaciones indígenas en Brasil*. Disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/9266C2DCE6DC6256052581210074E161/\\$FILE/Cap8_Legislacion_Brasilena.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/9266C2DCE6DC6256052581210074E161/$FILE/Cap8_Legislacion_Brasilena.pdf). Último acceso en 30 de noviembre de 2020.

⁹⁴ Artículo 1 de la Ley n. 6.001/1973.

⁹⁵ Disponible en <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/125563>.

⁹⁶ Artículo 79 de la Propuesta.

intereses en la zona o los intereses de la conocida como “bancada ruralista”, hacen que con demasiada frecuencia sean ignoradas por la acción gubernamental compromisos internacionales y obligaciones constitucionales de preservación de la cultura y de la identidad de los pueblos indígenas. El lema, políticamente utilizado, de “pocos indios y mucho territorio” es suficientemente significativo.

El camino a recorrer en el tema es todavía muy largo, pero no admite retorno. El lento pero progresivo aumento de las demandas de los pueblos indígenas, individual y colectivamente pasa a tener un peso que por razones plurales que hemos pretendido exponer no puede ser ni internacional ni nacionalmente ignorado.⁹⁷

IV. UNA REFLEXIÓN POLÍTICO CRIMINAL. EL CAMINO HACIA UN DELITO INTERNACIONAL: EL ECOCIDIO

1.- En las páginas anteriores se ha expuesto la situación de los pueblos indígenas en la región amazónica y la normativa internacional y constitucional referida a ellos, pero es preciso dar un paso más y abordar especialmente las posibles consecuencias penales. No se puede olvidar que este estudio comenzaba con una referencia al artículo “genocidio” escrito por Norman Lewis y al Relatório Figueiredo, el contenido de ambos invita a cerrar este trabajo con unas reflexiones desde el Derecho penal.

2.- En primer lugar, el cambio de paradigma de la Constitución de 1988 no puede ser desconocido. Debe plantearse si al igual que las Constituciones de Bolivia⁹⁸ y Ecuador⁹⁹, que afirman de modo expreso la multiculturalidad de sus Estados, debería, no de facto, sino normativamente reconocerse la justicia indígena.

Junto a este primer problema, el reconocimiento constitucional de una identidad propia abre otra serie de cuestiones vinculadas a la responsabilidad penal individual. En primer lugar, los supuestos en los que se trate de un delito culturalmente motivado¹⁰⁰, es decir que el autor haya realizado la conducta recogida en un tipo penal por acomodarse a los principios de su cultura, abre al menos dos grupos de interrogantes, un problema de legitimación, esto es, si el reconocimiento de una pluralidad cultural debería llevar a la exclusión del carácter antijurídico del comportamiento, con la consecuencia de que el autor no habría realizado el tipo del injusto. Si no se acepta esta solución, el debate hay que trasladarlo al campo de la culpabilidad, en especial al del error de prohibición o a la exclusión de la necesidad de pena. Pero, en cualquier caso, a una atenuación de la responsabilidad.

En segundo lugar, en sentido opuesto, cuando la razón que mueve al autor del delito a su realización, es que la víctima tenga otra cultura, nos conduce al debate sobre los denominados delitos de odio¹⁰¹.

⁹⁷ Congreso de la República del Perú, *La legislación brasileña y las poblaciones indígenas en Brasil*. Disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/9266C2DCE6DC6256052581210074E161/\\$FILE/Cap8_Legislacion_Brasilena.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/9266C2DCE6DC6256052581210074E161/$FILE/Cap8_Legislacion_Brasilena.pdf). Ultimo acceso en 30 de noviembre de 2020.

⁹⁸ La Constitución de Bolivia, tras la afirmación del carácter plurinacional del Estado, que efectúa en su artículo inicial, la desarrolla en el art.2, y la compete con el reconocimiento de la justicia indígena, en los arts. 191, 192 y 193, el primero de ellos establece: *I. Las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios. II. La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida y los derechos establecidos en la presente Constitución.*

⁹⁹ La Constitución de Ecuador en el Art. 171, reconoce la justicia indígena: *Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.*

¹⁰⁰ Sobre los delitos culturalmente motivados tiene particular interés DE MAGLIE, C., *Los delitos culturalmente motivados ideologías y modelos penales*, traducción Macías Caro, Marcial Pons, Madrid, 2012. y SANZ MULAS, N., *Delitos culturalmente motivados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

¹⁰¹ Entre la ya abundante bibliografía sobre los delitos de odio, puede consultarse el reciente trabajo de GALÁN MUÑOZ,

La relevancia penal, en alguno de estos delitos, puede estar vinculada al debate sobre los límites de la libertad de expresión. Pero fuera de este caso, cuando la motivación del delito sean las características étnicas o culturales de la víctima, del “otro,” la consecuencia debe ser la agravación de la responsabilidad¹⁰².

Sobre este tema es preciso tener en cuenta dos consideraciones. Por un lado, el proyecto de ley aprobado por el Senado Federal brasileño — que todavía necesita ser aprobado por la Cámara de Diputados — que prevé la adopción, dentro de las agravantes existentes en el Código Penal brasileño, un aumento de la pena en los delitos cometidos por razón del color, la etnia, la religión o la raza de la víctima.

Por otro, también es necesario tener en cuenta el contenido del capítulo III de la ya citada propuesta de Estatuto de los Pueblos Indígenas, que prevé los crímenes practicados contra los indígenas. Además de contemplar el homicidio de miembros de un grupo, provocando su exterminio total o parcial o poniendo en riesgo su existencia, con la pena equiparada a la de un *homicidio calificado* do Código Penal brasileño (20 a 30 años), incluye también la inclusión del delito de ofensa a la integridad corporal o a la salud de miembros de un grupo indígena, también provocando su exterminio total o parcial o poniendo en riesgo su existencia¹⁰³.

El problema que plantea esta segunda propuesta es que la consideración como delito de esta conducta no es novedad, sino que coincide plenamente con el contenido del delito de genocidio, incorporado a la legislación brasileña por la n. 2.889/1956. Parece, por tanto, que la mejor solución jurídica pasa por la efectiva aplicación de las leyes ya existentes y no en la adopción de nuevas figuras delictivas sin aplicación práctica. Además, claro, del concurso de leyes que se llegaría en el caso de aprobación de los delitos previstos en el denominado Estatuto de los Indios.

En síntesis, en los supuestos del primer grupo la motivación cultural puede conducir a la exención o a la atenuación de la responsabilidad, en los del segundo, al ser la cultura diferente motivo de protección, actuará como posible agravación.

3.- El tercer grupo de consecuencias penales se refiere a los delitos concretos que pueden tener lugar en este contexto geográfico. También aquí se pueden abordar dos grupos de cuestiones: las figuras delictivas que ya existen y aquellas sería recomendable que incorporara el legislador.

En el primer grupo, los delitos contra la vida o la salud, los delitos contra la propiedad, las conductas de corrupción etc., etc., el problema está no en el código penal sino en su efectiva aplicación. Cuando se expuso el contenido del Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre “Pueblos Indígenas y tribales de la Panamazonia” se subrayaba como en sus recomendaciones se priorizaba

A., “Delitos de odio, Discurso del odio y Derecho penal”, en *Revista Penal*, 46, 2020, p. 41 y ss.

¹⁰² Este es el sentido que tiene la agravante que recoge el Código penal español en el art. 22 nº 4, “Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad”.

¹⁰³ Art. 220. Matar membros de um mesmo grupo indígena, provocando o extermínio total ou parcial ou pondo em risco a existência do grupo:

Pena - reclusão, de vinte a trinta anos.

Parágrafo Único. Se o crime é culposo:

Pena - detenção, de três a doze anos.

Art. 221. Ofender a integridade corporal ou a saúde de membros de um mesmo grupo indígena, provocando o extermínio total ou parcial ou pondo em risco a existência do grupo:

Pena - reclusão, de três a doze anos.

§1º. Se o crime é culposo:

Pena - detenção, de dois a oito anos.

§2º. Nas mesmas penas incorre aquele que:

I - submete ilicitamente o grupo a localização forçada ou a condições de existência capazes de ocasionar o seu extermínio local ou parcial;

II - adota medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo;

III - efetua a transferência ilícita de membros do grupo para qualquer outro.

la necesidad de una mayor presencia del Estado. Pues bien, el hacer posible la aplicación de las normas que establecen los comportamientos que por su gravedad son considerados como delictivos, constituye una de las manifestaciones más significativas del ejercicio efectivo de la soberanía estatal sobre un territorio, es decir, de la efectiva presencia del Estado.

Si volvemos al Relatório Figueiredo y al artículo de Norman Lewis, los ejemplos de la no aplicación de la ley penal son abundantes, baste por todos la lectura sobre las expediciones de Francisco de Brito para llevar a cabo “cacerías de indígenas” y, pese a ser conocidas, la ausencia de responsabilidad penal sobre estos crímenes¹⁰⁴.

Importa señalar que, en 1956, siendo presidente Kubitschek, por la ley 2889, Brasil incorporó a su ordenamiento el delito de genocidio¹⁰⁵, transcripción del establecido en el Convenio de Naciones Unidas, que que ha sido aplicado una vez en el episodio que se conoció como la masacre de Haximu en Roraima, en una zona minera en la frontera entre Brasil y Venezuela, ocurrido en 23 de julio de 1993¹⁰⁶.

La CIDH reitera en las conclusiones de su Informe¹⁰⁷ que hay que acabar con esta impunidad, de los ataques a los Derechos de los indígenas, lo que no puede reducirse al viejo recurso de tener un código que tipifique como delito las conductas más graves, sino que requiere una política criminal más amplia, que comprenda políticas activas del Estado, no necesariamente penales, para posibilitar la vigencia real de sus derechos, y que pasan por la delimitación de sus tierras, por la protección del medio ambiente, por la obligada consulta a los pueblos afectados ante la realización de extracciones mineras o grandes obras de infraestructura de comunicación o hidroeléctrica etc. , y, como no, por hacer posible la aplicación de las leyes, también las penales. No hay que olvidar que lograr el objetivo de evitar los comportamientos que el legislador considera delictivos pasa no sólo por tener buenas leyes sino muy especialmente por la aplicación de las mismas. Una buena ley, lo volvemos a recordar, es condición, pero no garantía de alcanzar los objetivos que se pretendan. Quedarse en los procesos de criminalización primaria es reducir el Derecho penal a una simple función simbólica.

4.- La última cuestión a abordar es que modificaciones es aconsejable incorporar a la legislación penal para garantizar la preservación del ecosistema de la Amazonia y de los pueblos que viven en la región.

Un rasgo que caracteriza nuestro tiempo es la internacionalización, se proyecta sobre muy distintos ámbitos, desde luego tiene consecuencias sobre el contenido del ordenamiento jurídico, también sobre el Derecho penal¹⁰⁸. Particular trascendencia va a tener en el contenido del Derecho penal internacional, que incorpora nuevos sujetos y nuevos delitos y que se complementa con la creación de jurisdicciones internacionales una global, al menos con aspiración a serlo, el Tribunal penal Internacional y varias regionales, como la ya varias veces mencionada Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo.

Este desarrollo del Derecho penal internacional tiene como punto de partida la actuación del Tribunal de Nuremberg y la aplicación por el mismo de los conocidos como Principios de Nuremberg, que en

¹⁰⁴ Vid LEWIS, N. *El expreso de Rangún, Genocidio y otros relatos*, cit., p.187 y ss.

¹⁰⁵ Art. 1º *Quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal:*

a) matar membros do grupo;

b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo;

c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial;

d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;

e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo;

¹⁰⁶ Supremo Tribunal Federal brasileiro, Recurso Extraordinário n. 351.487, Relator Ministro Cezar Peluso, publicado en 10/11/2006.

¹⁰⁷ CIDH, *Pueblos Indígenas y tribales de la Panamazonia*, cit., pp.198 y 199.

¹⁰⁸ La internacionalización del Derecho penal la he abordado en varias ocasiones, véase, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Viejo y nuevo Derecho penal. Principales desafíos del Derecho penal de hoy*, Iustel, Madrid 2012, p. 125 y ss., y más recientemente en *Reflexiones penales desde Salamanca.* ” *Decían ayer. Decimos hoy. Dirán mañana*, Iustel, Madrid, p. 56 y ss.

el principio número VI enumeraba los comportamientos que consideraba crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad¹⁰⁹. Con la actuación de este Tribunal se estaba dando el primer paso para pretender construir un nuevo orden mundial en torno a las Naciones Unidas y a la solemne Declaración de Derechos Humanos. Se abre un proceso de desarrollo normativo, que actualiza principios que, como se expuso, ya había apuntado siglos antes Francisco de Vitoria. Para el tema que nos ocupa hay varios pasos que no pueden ser ignorados. La aprobación por la Asamblea de Naciones Unidas de la Convención de 1948 sobre el genocidio¹¹⁰, la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados¹¹¹, que establece las consecuencias de que una norma sea considerada como *ius cogens*, como ocurre en la referida a estos delitos y, finalmente, la aprobación del Estatuto de Roma en 1998, que recoge los delitos de competencia del Tribunal Penal Internacional y enumera las conductas que son consideradas como delitos de genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y a partir de la Conferencia de Kampala, crímenes de agresión.

Es importante subrayar alguna de las consecuencias que se derivan de la consideración de un delito como delito internacional, la más importante es que sean objeto de jurisdicción universal¹¹², a lo que además hay que unir su condición de imprescriptibles y el que no pueden ser objeto de amnistía.

La cuestión a resolver es si la protección de la Amazonia y de los pueblos indígenas que en ella habitan debe tener esta consideración de delito internacional y si se requiere la incorporación de algún nuevo delito que merezca esta consideración.

5.- El delito de genocidio¹¹³, cuyo nombre surge de la unión entre la palabra griega *genos*, que significa raza, tribu, y el vocablo latino *cide*, matar, ha sido por primera vez definido en la mencionada Convención de Naciones Unidas y reflejó la intención de la comunidad internacional de enfrentarse a catástrofes humanas de destrucción como a del Holocausto, la cual había acabado de golpear la conciencia social mundial.

El objetivo, como se extrae del propio significado del término utilizado, ha sido justamente proteger a ciertos grupos, garantizando el derecho de que existan. La redacción del referido tipo penal, repetida de manera idéntica en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, entiende por genocidio la práctica de determinados actos perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. En el listado de acciones se incluye, entre otras, la matanza de miembros del grupo, la lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo y también el sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial.

La simple lectura de la conducta punible como genocidio basta para aclarar su importancia para el tema que nos ocupa, ya que pretende la protección del grupo como tal, aunque sea posible su aplicación

¹⁰⁹ Sobre la construcción doctrinal de estos delitos internacionales y la del delito de genocidio tiene interés el libro de SANDS, P., *Calle Este Oeste*, Traducción Ramos Mena, Anagrama 2017.

¹¹⁰ Recientemente se ha publicado un magnífico volumen coordinado por OLASOLO, H./EIRENE DE PRADA, P., *La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio. La contribución iberoamericana y el legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia*, Tirant lo Blanch, Valencia 2019.

¹¹¹ El art. 53 establece: *Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general («jus cogens»)*. Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

¹¹² Sobre este tema ver el volumen dirigido por PEREZ CEPEDA, A., *El principio de justicia universal: Fundamento y límites*, Tirant lo Blanch, Valencia 2012.

¹¹³ En la construcción del delito de genocidio fue decisiva la aportación de LEMKIN, R., *Genocidio. Escritos*, edición de Antonio Elorza, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2015. La primera vez que aborda este delito es en su ponencia al congreso para la Unificación del Derecho penal que tuvo lugar en Madrid, aunque Lemkin no estuvo presente. En su ponencia no utiliza aún el término “genocidio” sino que utiliza el de “actos de barbarie”, se refiere a ellos, p.87, como “los atentados contra un individuo en tanto que miembro de una colectividad”.

cuando solo una persona es víctima, siempre que sea agredido de manera impersonal y en razón de su pertenencia a uno de los grupos protegidos.

Podría discutirse, por lo tanto, la suficiencia de la ya existente previsión del referido delito para garantizar la protección de los pueblos indígenas de la Amazonía, pero el elemento subjetivo exigido para su configuración sugiere la importancia de crearse un delito más allá del genocidio.

De acuerdo con la redacción del tipo penal, el delito de genocidio consiste en la comisión de alguno de los actos constitutivos siempre que “perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal”. De esa manera, en lo que se refiere a los elementos subjetivos presentes en el delito, como explica GIL GIL, hay “el elemento subjetivo general — el dolo en relación con las cinco modalidades de comisión del genocidio — y un elemento subjetivo trascendente, consistente en la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo”¹¹⁴.

La exigencia de una intención específica — la de destruir total o parcialmente cierto grupo nacional, racial, étnico o religioso, junto a las conductas materiales que caracterizan ciertas acciones como genocidas —, es la propia esencia del crimen¹¹⁵. Así, es indiscutible que una práctica genocida es, necesariamente, dolosa, ya que está imbuida de la voluntad consciente del agente de destruir al grupo en cuestión¹¹⁶.

La profesora GIL GIL, especialista del tema, formula propuestas de interpretación encaminadas a alcanzar la exigencia político criminal de incluir dentro del delito a los supuestos de dolo eventual. La autora argumenta que el término intención previsto en el tipo penal no conduce necesariamente a una interpretación como “propósito o fin directo”, así que sería suficiente un elemento volitivo *débil* para integrar la intención de destruir al grupo¹¹⁷.

Una de las principales razones que emplea la autora en su argumentación, por otra parte trasladable a los hechos objeto de este trabajo es que “la realidad ha demostrado, además, que ese empeño infundado de exigir un propósito directo de destrucción no puede mantenerse sin dar lugar a incomprensibles lagunas de punibilidad”¹¹⁸.

Si el Derecho es una herramienta de control social, es imprescindible tener presente la realidad que se pretende regular, para, a continuación, cuestionar si la ley como está actualmente hecha es suficiente y adecuada al objetivo propuesto. La respuesta, en el caso de las comunidades indígenas, nos parece inevitable concluir, que la valoración de la actual regulación es claramente negativa.

Pues la no consideración de relevancia penal del comportamiento imprudente lleva a una laguna de punibilidad ante la dificultad de probar la efectiva intención de destruir, total o parcialmente, un grupo, la cual muchas veces ni siquiera, de hecho, existe, ya que el resultado se produce a causa de la negligencia en actividades empresariales y de explotación.

En este escenario, es necesario considerar, como posible solución, el recurrir a la incorporación al ordenamiento penal del debatido delito de ecocidio. En nuestra opinión hay dos razones claves para esta adoptar esta medida político criminal. En primer lugar, incorporar a la tutela penal a un bien jurídico de naturaleza internacional, supone un paso acorde con la internacionalización del ordenamiento pu-

¹¹⁴ GIL GIL, A., “El tipo subjetivo del delito de genocidio: especial atención a la figura del dolo eventual” en *La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio* (Coord. OLASOLO/DE PRADA), Ed. Tirant lo Blanch. 2019, p. 486.

¹¹⁵ PRADA, Andrea; LUDENÑA, Johanna; PAIVA, Giovana. IÑAHUAZO, Carlos Aurelio; MACHADO, Susan. *Contexto de Violación de Derechos Humanos contra los defensores del medio ambiente en Honduras. Especial referencia al caso Berta Cáceres*. Salamanca, 2020.

¹¹⁶ Los tratados internacionales no definen específicamente el grado o cualidad del elemento subjetivo del tipo penal, razón por la cual la doctrina se ha dividido en su interpretación. Sobre el tema, consultar: AMBOS, “¿Qué significa la <<intención de destruir>> en el delito de genocidio?” *Revista Penal*. No. 26. 2010.

¹¹⁷ PRADA, Andrea; LUDENÑA, Johanna; PAIVA, Giovana. IÑAHUAZO, Carlos Aurelio; MACHADO, Susan. *Contexto de Violación de Derechos Humanos contra los defensores del medio ambiente en Honduras*, cit.

¹¹⁸ *Ibidem*.

nitivo. En segundo lugar, posibilita un paso en busca de una tutela efectiva al dotar de relevancia penal a la lesión imprudente al bien jurídico protegido.

6.- Sobre el ecocidio se habla por primera vez en los años 60 y 70 en relación con la Guerra del Vietnam y la utilización, por parte de Estados Unidos, del denominado “agente naranja”. El término en si fue creado por el profesor Arthur W. Galston, un biólogo cuyos estudios tenían como objeto el análisis de las consecuencias del referido agente. El concepto, por lo tanto, ha sido creado tomando como referencia la destrucción, de manera masiva, del medioambiente.

Un punto central, cuando se trata de establecer la magnitud del impacto de una acción concreta sobre el medio ambiente, es el análisis, además de los propios daños ambientales, de los impactos sociales y culturales que resultan de una práctica reiterada de esa naturaleza. Esto es así, porque, en supuestos como los de la Amazonia, la preservación del medioambiente está estrictamente vinculada a la protección de las tierras de las comunidades indígenas y al respeto a la diversidad cultural y étnica de los que históricamente están allí presentes.

Desde los tiempos del “agente naranja” hasta hoy han sido muchos los debates doctrinales y las propuestas e intentos por parte de distintas organizaciones internacionales para incorporar con carácter general un delito con este contenido¹¹⁹. Pero la realidad pone de manifiesto que, en buena medida, las políticas medioambientales chocan muchas veces con políticas desarrollistas que plasman los intereses económicos de los Estados o de poderosas multinacionales, que dificultan una política de desarrollo sostenible y la incorporación de un delito internacional como el ecocidio.

Por compromiso académico pretendemos en este trabajo contribuir en esta dirección de proteger un medio ambiente, ante una realidad que choca con nuestros convencimientos personales y que puede llegar a condicionar la propia existencia del planeta.

7.- De entre las diferentes propuestas formuladas en las últimas décadas hemos decidido centrarnos en la elaborada por un grupo de investigadores de distintos países dirigido por LAURENT NEYRET¹²⁰.

El art.2. de la Propuesta, enumera las conductas que pueden llevar al ecocidio¹²¹, exigiendo que “formen parte de una acción generalizada o sistemática” y que “afecten a la seguridad del planeta”. El propio artículo en su p.2 establece cuando está presente esa afectación a la seguridad del planeta, que la vincula a resultados que supongan “un daño sustancial, permanente y grave, a la calidad del aire, el suelo o las aguas, o a animales o plantas, o a sus funciones ecológicas” o por “la muerte, enfermedades permanentes o males incurables y graves a una población o cuando impidan de manera permanente a una población el disfrute de sus tierras, territorios o recursos”¹²². Situaciones ambas, pero en especial

¹¹⁹ Sobre los distintos intentos doctrinales y los llevados a cabo en organismos internacionales, puede consultarse, SERRA PALAO, P., “Ecocidio: la odisea de un concepto con aspiraciones jurídicas”, en *Revista catalana de Dret Ambiental*, Vol. X, nº 2, 2019, p. 1 y ss.

¹²⁰ Ver el muy completo volumen que dirige NEYRET, L., *Des ecocrimes à l'ecocide. Le droit penal au secours de l'environnement*, Bruylant, Bruxelles, 2015, passim.

¹²¹ La relación de conductas que contiene el art.2 de la Propuesta son:

- a. *El vertido, la emisión o la introducción en el aire, el suelo o las aguas de una cantidad de materiales o radiaciones ionizantes;*
- b. *La recogida, el transporte, la valoración o la eliminación de residuos, incluida la vigilancia de estos procedimientos, así como la posterior reparación de instalaciones de eliminación, e incluidas las operaciones efectuadas por los comerciantes o intermediarios en toda actividad relacionada con la gestión de los residuos;*
- c. *La explotación de instalaciones en las que se realice una actividad peligrosa, o en las que se almacenen o utilicen sustancias o preparados peligrosos;*
- d. *La producción, la transformación, el tratamiento, la utilización, la posesión, el almacenamiento, el transporte, la importación, la exportación y la eliminación de materiales nucleares u otras sustancias radiactivas peligrosas;*
- e. *La matanza, destrucción, la posesión o la apropiación de especies protegidas o no de fauna o flora silvestres;*
- f. *Cualquier otro comportamiento de naturaleza análoga cometido intencionalmente y que suponga un atentado a la seguridad planetaria.”*

¹²² Artículo 2. Definición de ecocidio de la Propuesta de Convención Internacional contra el Ecocidio, Roma, 2019.

la segunda que están presentes en el contenido de muchas de las actividades que se llevan a cabo en la cuenca amazónica, pues abarca perfectamente la protección referente al territorio de los pueblos indígenas y sus recursos como condición para garantizar su supervivencia. De hecho, al perseguirse los grandes impactos ambientales por sus consecuencias directas en el bienestar de las comunidades indígenas se está asumiendo la dimensión real de los delitos medioambientales, que van mucho más allá del daño al propio ecosistema.

Para el tema que nos ocupa, también merece la atención la innovación de la propuesta que la AIDP lleva a cabo sobre el contenido del ecocidio en el art.2 p.3 lo que se refiere a la previsión de que los comportamientos descritos como típicos “se consideran también intencionales cuando su autor supiera o debiera haber sabido que existía una alta probabilidad de que su acción constituía un ataque a la seguridad planetaria”, haciendo una clara remisión a un riesgo no observado por el sujeto, una omisión de cuidado que generó un ataque a la seguridad del planeta.

Técnicamente la propuesta pretende buscar con esta fórmula una redacción que incluya los supuestos de dolo eventual y de culpa con previsión, “supiera o debiera haber sabido”. La fórmula propuesta supone un paso más en el camino de construir una dogmática propia de los delitos internacionales. Pues parece claro que político criminalmente es imprescindible llegar a una propuesta que permita afirmar la responsabilidad penal también a título de imprudencia para lograr la efectiva persecución de los delitos que, desde la lesión del medio ambiente, afectan gravemente a las comunidades indígenas en la Amazonia, pues es desde la imputación a título de imprudencia desde donde se producen los principales atentados a la vida, la salud y la cultura de estos pueblos originarios.

No podría ser más claro NIETO MARTÍN al explicar que “la criminalidad medioambiental está compuesta básicamente de comportamientos imprudentes, siendo los comportamientos dolosos excepcionales. La inmensa mayoría de las convenciones internacionales y por supuesto de los *core crimes* del derecho penal internacional sancionan exclusivamente comportamientos dolosos”¹²³.

Además, como explica SERRA PALAO, esa progresiva armonización en el derecho penal internacional tiene también como consecuencia la uniformización de los derechos nacionales en ese tema, “pu- liendo las diferencias en la persecución de los responsables y mitigando la impunidad de sus actos”¹²⁴.

A esta primera aportación de la propuesta hay que añadir la estructuración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Pues no hay que olvidar que son las personas jurídicas o a través de ellas, las que con más frecuencia realizan comportamientos que pueden ser incluidos dentro del ecocidio. La Propuesta establece la responsabilidad de las personas jurídicas en su art. 5 y, en el 7, contempla una amplia relación de sanciones, a resaltar las medidas de cumplimiento y las de justicia restaurativa, ambas claves para una política criminal preventiva y para una efectiva reacción frente a conductas susceptibles de ser consideradas como de ecocidio¹²⁵.

Para los autores de la propuesta constituye una prioridad el crear una estructura de aplicación de la norma que cree las condiciones para garantizar, o al menos hacer posible, la aplicación de la norma. Esta pretensión es clave en una potencial delincuencia llevada a cabo por multinacionales con estructuras organizativas complejas que obstaculizan la posible responsabilidad frente a delitos internacionales.

Entre las distintas opciones, toma como principio el de extraditar o juzgar, art. 13, y propugna la creación de una Corte Penal internacional especializada en medio ambiente, ciertamente como objetivo de futuro, art.18, “*los Estados Parte cooperaran para la creación de una Corte penal Internacional en materia de medio ambiente que será complementaria de las jurisdicciones nacionales y tendrá competencia para juzgar el delito de ecocidio*” y de una Fiscalía internacional, art.17.

¹²³ NIETO MARTÍN, Adán. *Cambio climático y Derecho Penal Internacional del medio ambiente*. Disponible en: <http://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2020/09/Ad%C3%A1n-NIETO-MART%C3%8DN.pdf>. Último acceso en: 25 de noviembre de 2020.

¹²⁴ SERRA PALAO, Pablo. *Cómo hacer frente a la impunidad ambiental: hacia una convención internacional contra el ecocidio*. Disponible en: <https://www.actualidadjuridicaambiental.com/articulo-doctrinal-el-valor-ambiental-de-la-infraestructura-verde-en-el-nuevo-modelo-vasco-de-ordenacion-del-territorio/>. Último acceso en: 25 de noviembre de 2020.

¹²⁵ Ver NIETO MARTÍN, Adán. *Cambio climático y Derecho Penal Internacional*, cit., p. 67 y ss.

De esa manera, la adopción del delito de ecocidio en el ámbito internacional — con dicha ampliación para permitir la persecución de las conductas que no contemplan como objetivo a las comunidades indígenas, pero si las afectan directamente — se presenta como un camino acertado para tornar efectiva la protección sobre el territorio de esos pueblos indígenas de la Amazonía y los recursos naturales allí presentes en atención a lo dispuesto tanto en el artículo 21 de la Convención Americana, como en la Constitución Federal brasileña.

V.- CONSIDERACIÓN FINAL

Es muy importante que también los estudiosos del Derecho penal dirijamos nuestro estudio hacia esta realidad que, por muchos años, ha sido ignorada. Muchas son las razones de la falta de investigaciones sobre el tema, pero hoy, al menos para nosotros existe una obligación de formular propuestas que hagan posibles los derechos de los durante siglos ignorados, y a veces esclavizados, pueblos indígenas, garantizar que tengan voz, tierra y cultura. Enfrente estará siempre la versión mercantilista de la ciega explotación de la naturaleza y sus recursos¹²⁶, a cualquier precio, aunque impliquen efectos negativos que pongan en riesgo la propia existencia de vida en nuestro planeta.

¹²⁶ SILVA GUEVARA, Gisela. *Intervencionismo y medio ambiente: el caso de la Amazonía Brasileña*. Revista Bogotá (Colombia) Vol. 12, nº 1 – enero-junio. p. 209 y ss.

VI.- BIBLIOGRAFÍA

- AMBOS, “¿Qué significa la <<intención de destruir>> en el delito de genocidio?” *Revista Penal*. No. 26. 2010.
- ANDRADE, R.P., “Conquistar a terra, dominar a água, sujeitar a floresta»: Getúlio Vargas e a revista» *Cultura Política» redescobrem a Amazônia (1940-1941)”, en Boletim do Museu Paraense Emílio Goeldi. Ciências Humanas 5 (2), 2010.*
- ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL. Propuesta de Convención Internacional contra el Ecocidio, Roma, 2019.
- BANDEIRA CASTELO, Thiago. Legislação florestal brasileira e políticas do governo de combate ao desmatamento na Amazônia Legal. *Ambiente e Sociedade*, vol. 18, no 4, 2015.
- BENGOA, J., *La emergencia indígena en América Latina*, Fondo de Cultura Económica, Santiago de Chile, 2000.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Reflexiones penales desde Salamanca. “Decían ayer, decimos hoy, dirán mañana”*, Iustel, Madrid, 2018.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Viejo y nuevo Derecho penal. Principales desafíos del Derecho penal de hoy*, Iustel, Madrid 2012.
- CLAVERO, Bartolomé. *¿Cómo es que no hay un derecho humano a tu propia cultura?* Disponible en: <https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/869>. Último acceso en 30 de noviembre de 2020.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ, *La legislación brasileña y las poblaciones indígenas en Brasil*. Disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/9266C2DCE6DC6256052581210074E161/\\$FILE/Cap8_Legislacion_Brasilena.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/9266C2DCE6DC6256052581210074E161/$FILE/Cap8_Legislacion_Brasilena.pdf). Último acceso en 30 de noviembre de 2020.
- CORTINA ORTS, A., *El rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*, Paidós, Barcelona, 2017.
- DE MAGLIE, C., *Los delitos culturalmente motivados ideologías y modelos penales*, traducción Macías Caro, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- DUTRA, G., *Los incendios forestales en la Amazonia brasileña. Propuesta politicocriminal frente a un riesgo global*, Ratio Legis, Salamanca, 2021.
- GALÁN MUÑOZ, A., “Delitos de odio, Discurso del odio y Derecho penal”, en *Revista Penal*, 46, 2020.
- GIL GIL, A., “El tipo subjetivo del delito de genocidio: especial atención a la figura del dolo eventual” en *La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio* (Coord. OLASOLO/DE PRADA), Ed. Tirant lo Blanch. 2019.
- GOMEZ ISA, F., *Diversidad cultural y Derechos Humanos desde los referentes cosmovisionales de los pueblos indígenas*, en “Anuario Español de Derechos Internacional”, nº 27, 2011.
- GÓMEZ ISA, F., “La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos Indígenas: un hito en el proceso de reconocimiento de los derechos indígenas”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol.71/1, 2019.
- GUIMARAES, E., *Relatório Figueiredo. Entre tempos, narrativas e memorias*, Universidad Federal do Estado de Río, Programa de maestrado en Memoria social, 2015.
- LEMKIN, R., *Genocidio. Escritos*, edición de Antonio Elorza, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2015.
- LEWIS, N., Genocidio, en “*El expreso de Rangún, Genocidio y otros relatos*”, trad. Salinas, Alair, Badalona 2010.
- LOUREIRO DIAS, C., “Direitos dos povos indígenas e desenvolvimento da Amazonia” en *Revista de Estudos Brasileños*, Vol.6, nº 11, 2019.

- MANERO SALVADOR, A. “La controversia de Valladolid: España y el análisis de la legitimidad de la conquista de América”. *Revista electrónica Iberoamericana*, vol. 3, nº 2, 2009.
- MARCOVITCH, J./PINSKY, V., “Bioma Amazonia: Atos e fatos”, 2020. Disponible en: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142020000300083&script=sci_arttext. Último acceso en: 02 de diciembre de 2020.
- MEIRELLES FILHO, J., *O livro de ouro da Amazonia*, 5ª edic., Ediouro, Rio de Janeiro, 2006.
- MEIRELLES, J./MENDES, F., “Amazonias viajantes. Os viajantes e a reflexao sobre a Amazonia nos últimos cem anos”, *Revista de Estudios Brasileños*, vl.6, nº12, 2019.
- MORATO LEITE, José Rubens; NEIVE BELCHIOR, Germana Parente; PERALTA, Carlos E. Derecho Constitucional Ambiental Brasileño a la luz de una posmodernidad. *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Vol. V, Núm. 1 (2014): 1 – 36.
- NIETO MARTÍN, Adán. *Cambio climático y Derecho Penal Internacional del medio ambiente*. Disponible en: <http://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2020/09/Ad%C3%A1n-NIETO-MART%C3%8DN.pdf>. Último acceso en: 25 de noviembre de 2020.
- NEYRET, L., *Des ecocrimes à l'ecocide. Le droit penal au secours de l'environnement*, Bruylant, Bruxelles, 2015.
- OLASOLO, H./EIRENE DE PRADA, P., *La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio. La contribución iberoamericana y el legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia*, Tirant lo Blanch, Valencia 2019.
- PABLO SERRANO, Alejandro L., “El expolio de recursos naturales. De la Green Criminology a un nuevo y necesario Derecho Penal Internacional del Medio Ambiente”. *Revista General de Derecho Penal*, 2020.
- PADUA, J.A., “Arrastrados por uma cega avareza. As origens da crítica a destruição dos recursos naturais amazônicos”, en *Revista Ciencia Ambiente, Universidad Federal Santa Maria*, nº 31, 2005.
- PAREDES, B. (coord.), *O mundo indígena na América Latina*, Editora da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.
- PEREZ CEPEDA, A., *El principio de justicia universal: Fundamento y límites*, Tirant lo Blanch, Valencia 2012.
- PRADA, Andrea; LUDEÑA, Johanna; PAIVA, Giovana. IÑAHUAZO, Carlos Aurelio; MACHADO, Susan. Contexto de Violación de Derechos Humanos contra los defensores del medio ambiente en Honduras. Especial referència al caso Berta Cáceres. Salamanca, 2020.
- RIBEIRO CAPOBIANCO, J.P., “Avanços e recuos da sustentabilidade na Amazonia: uma análise da governança socioambiental na Amazônia”, *Revista de Estudios Brasileños*, Vol. 6, n. 11, 2019.
- RIBEIRO DE SOUZA, A., “Um ano da Declaração Americana sobre os direitos dos Povos Indígenas: contribuições efetivas ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos”, en PAREDES, B. (coord.), *O mundo indígena na América Latina*, Editora da Universidade de Sao Paulo, Sao Paulo, 2018.
- ROCHA DE SOUZA, Leonardo y ANNE LEISTER, Margareth (2016). *A influência da soft law na formação do direito ambiental*. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37467.pdf> (consultado el 12 de noviembre de 2020).
- SANDS, P., *Calle Este Oeste*, Traducción Ramos Mena, Anagrama 2017.
- SANZ MULAS, N., *Delitos culturalmente motivados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- SANTOS PÉREZ, JM. /PETIT, P., (edit.), *La Amazonia brasileña en perspectiva histórica*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca 2006.
- SILVA, MD, “Amazônia e o desenvolvimento: Aspectos da trajetória das políticas públicas na região” en *Revista de Estudios Brasileños*, 2020.

SILVA OLIVEIRA, Liziane; RODRIGUES BERTOLDI, Márcia. A importância do Soft Law na evolução do Direito Internacional. Em XIX Congresso Nacional do CONPEDI. 2010. Disponible en: http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/10/2012_10_6265_6289.pdf (consultado el 15 de noviembre de 2020).

VITORIA, F. de. *Sobre el poder civil. Sobre los indios. Sobre el derecho de la guerra*. Estudio preliminar (Trad. y notas Fraile Delgado). Madrid, Tecnos, 2007. 2ª ed.

Revista
SISTEMA PENAL CRÍTICO

**¿CRIMINALIDAD DE LOS POBRES - CRIMINALIZACIÓN
DE LA POBREZA? ANÁLISIS DE DOS CONCEPTOS RECALCITRANTES¹**

**CRIMINALITY OF THE POOR – CRIMINALIZATION OF POVERTY?
ANALYSIS OF TWO RECALCITRANT CONCEPTS**

Frank Neubacher
Nicole Bögelein
Universität zu Köln

¹ Artículo desarrollado en el marco del proyecto de investigación coordinado “Aporofobia y Derecho Penal”, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades para los años 2019-2020 (Ref. RTI2018-095155-B-C21). IP: Ana Isabel Pérez Cepeda (Universidad de Salamanca). Traducción del alemán al español realizada por Demelsa Benito Sánchez (Profesora Contrata Doctora de Derecho Penal, Universidad de Deusto).

Nos gustaría agradecer a Demelsa Benito-Sánchez por la cuidadosa traducción.

RESUMEN:

El eventual nexo entre la pobreza y la delincuencia se puede examinar desde el trasfondo de un paradigma etiológico: si y en qué medida la pobreza es “causa” de la delincuencia. En la tradición de la criminología crítica, también se puede usar el paradigma de las teorías del etiquetamiento para preguntar dónde y cómo las personas pobres son discriminadas y criminalizadas por las instancias de control social. Y, en tercer lugar, se pueden tomar ambas perspectivas y ser consideradas las dos relevantes. Esta es la posición sobre la que se asienta este trabajo, cuyo objetivo es hacer un balance del estado actual de la investigación y la discusión. Esto también significa que diferenciamos entre el riesgo de delinquir y el riesgo de ser castigado. Para todo esto, primero es necesario aclarar los conceptos de “pobreza” y “delincuencia”, lo cual precede a las explicaciones teóricas y a la presentación del estado de la investigación. En la segunda parte, se utiliza Alemania como ejemplo para abordar la cuestión de la posible criminalización o discriminación de los pobres en la legislación, jurisprudencia y en la aplicación de la ley. En concreto, se aborda el problema de la pena privativa de libertad sustitutiva de la pena de multa y se muestra que la ejecución de este tipo de penas afecta principalmente a los desfavorecidos socialmente.

ABSTRACT:

The eventual link between poverty and delinquency can be analysed by the backgrounds of the etiological paradigm: if and in which measure is poverty the “cause” of delinquency. In the tradition of the critical criminology it can also be used the paradigm of the labelling theories to ask where and how poor people are discriminated and criminalised by the social control instances. And, thirdly, both theories can be considered as relevant. This is the position of this essay whose objective is to make a balance of the current state of the discussion and research. For all this, before the theoretical analysis and the presentation of the state of the investigation it is firstly necessary to clarify the concepts of “poverty” and “delinquency. In the second part, the example of Germany is used to deal with the question of the possible criminalisation or discrimination of the poor people in legislation, jurisprudence and application of the law. Specifically, the problem of the imprisonment penalty subsidiary of fine penalty. As the essay shows, the execution of this type of sanctions affects fundamentally to the most socially disadvantaged people.

PALABRAS CLAVE:

prisión sustitutiva, aporofobia, pobreza, crimen

KEYWORDS:

sustitutive imprisonment, aporophobia, poverty, crime

SUMARIO:

1. Pobreza: un estatus, diferentes definiciones; 2. Medición y registro de la pobreza; 3. Pobreza y delincuencia: 3.1. Algunas explicaciones criminológicas; 3.2 Contexto teórico; 3.3 Estado de la investigación; 3.4 Resumen; 4. Legislación y aplicación de la ley; 5. El proceso de filtrado judicial y la terminación del procedimiento; 6. La pena de multa y la pena de prisión sustitutiva: 6.1. Sobre el significado de la pena de multa en el sistema alemán de sanciones; 6.2. Pobreza no planificada; 6.3. La consideración de la pobreza en la determinación de la pena; 6.4. Pena de prisión sustitutiva y pobreza; 7. Conclusión.

1. POBREZA: UN ESTATUS, DIFERENTES DEFINICIONES

La delincuencia y la pobreza aparecen a menudo unidas en la política y en la opinión pública, aunque la evidencia científica sobre sus vínculos es menos segura de lo que generalmente se piensa². No existe una teoría general de la pobreza³ y tampoco debería desarrollarse en este trabajo. Además, ambos términos, delincuencia y pobreza, no tienen contornos claros. La pobreza es indudablemente “un problema social”, pero como tal, solo surge a través de los correspondientes procesos de definición y atribución. En última instancia, consiste en un “estatus social” que normalmente se supone que es un “peligro potencial”⁴. ¿Quién es hoy en día considerado pobre? Se pueden ofrecer, al menos, tres enfoques sobre el término “pobreza”. Por *pobreza absoluta* generalmente se entiende una situación de escasez que cae por debajo de cierto nivel objetivo. Este nivel depende del contexto. En Alemania, por ejemplo, la dignidad del ser humano, que está protegida por la constitución, garantiza que toda persona tiene derecho un nivel mínimo de subsistencia digno⁵. Este nivel se sitúa mucho más alto que el global, donde el Banco Mundial define a las personas pobres como aquéllas que tienen a su disposición menos de 1’90\$ USA por día⁶. La *pobreza relativa*, por el contrario, se define en relación con los demás. Por ejemplo, se entiende que los hogares con un ingreso inferior al 60% del ingreso medio se consideran pobres (“límite de riesgo de pobreza”). En algunas ocasiones también se tienen en cuenta las oportunidades de participación social. Bajo la expresión *privación relativa* se describen esas situaciones vitales en las que la participación en la vida social como, por ejemplo, acudir a eventos culturales (teatro, conciertos, cine) o realizar otras actividades de ocio ya no es posible. También se mencionan aquí restricciones en la alimentación por motivos económicos. Esta interpretación se recoge, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Constitucional de 9.02.2010 – 1 BvL 1/09, según la cual, las tarifas estándar por los beneficios sociales públicos eran demasiadas bajas y, por tanto, ya no eran compatibles con la Constitución. El derecho fundamental a la garantía de un nivel mínimo de subsistencia digno asegura a todas las personas que necesitan ayuda los requisitos materiales que son esenciales para su existencia física y para un nivel mínimo de participación en la vida social, cultural y política. En Alemania, este derecho no puede negarse por el comportamiento supuestamente “indigno” del interesado⁸. Si éste infringe su deber de cooperar para superar su propia necesidad, puede ser sancionado con la retirada temporal de las ayudas públicas, pero la reducción de estas ayudas, incluso en caso de incumplimientos reiterados, no puede exceder el 30% que es esencialmente necesario (sentencia de 5.11.2019 – 1 BvL 7/16). En adelante, se utilizan los términos “pobreza” y “privación económica” como sinónimos. Con respecto al concepto, más amplio, de “desigualdad social”, se sigue la definición de Hradil⁹, que establece que la desigualdad social existe “cuando las personas reciben regularmente más ‘bienes valiosos’ que otras debido a su posición en las relaciones sociales”.

² En el exhaustivo informe periódico sobre seguridad que el gobierno federal desarrolla junto con la doctrina (*Bundesministerium des Innern; Bundesministerium der Justiz*, 2006), esta cuestión solo se aborda dos veces: en relación con los delitos cometidos por solicitantes de asilo (“los delitos de bagatela que han cometido, a saber, infracciones de los deberes de residencia u otras normas del Derecho de extranjería y delitos resultantes de la pobreza (hurto en tiendas, viajar en transporte público sin billete) son un reflejo de sus limitadas condiciones de vida”, p. 422, así como en relación con la trata de personas (“debido a la agitación política y económica de los países de Europa central y del este, son sobre todo las mujeres las que se ven afectadas por la pobreza y el desempleo, por lo que el deseo de las víctimas de viajar a Alemania, sobre la base de vagas promesas, es extremadamente alto”, p. 466).

³ GROENEMEYER, Axel; RATZKA, Melanie, 2012. “Armut, Deprivation und Exklusion als soziales Problem”. En Albrecht, Günter y Groenemeyer, Axel (Hrsg.). *Handbuch soziale Probleme*, Band 1, 2. Auflage. Wiesbaden: Springer VS, p. 403.

⁴ GROENEMEYER, Axel; RATZKA, Melanie, 2012, “Armut, Deprivation und Exklusion als soziales Problem”, Op. Cit., pp. 367 y 370.

⁵ Vid. por ejemplo, Tribunal Constitucional, decisión de 18.06.1975- 1 BvL 4/74.

⁶ (<http://povertydata.worldbank.org/poverty/home/>, acceso: 28.06.2020).

⁷ Vid. GROENEMEYER, Axel; RATZKA, Melanie, 2012, “Armut, Deprivation und Exklusion als soziales Problem”, Op. Cit., p. 39.

⁸ Para una mejor legibilidad se utilizará el género masculino a lo largo de este texto. Se comprenden así todos los géneros.

⁹ HRADIL, Stefan, 2001. *Soziale Ungleichheit in Deutschland*, 8. Auflage. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, p. 30

2. MEDICIÓN Y REGISTRO DE LA POBREZA

Al igual que con la delincuencia, con la pobreza también existen problemas para su medición y registro. ¿Qué indicadores de pobreza se deben utilizar como orientación? ¿Con qué propósito se registran estadísticamente? ¿Cómo de fiable es ese registro?¹⁰. Y al igual que con la delincuencia, con la pobreza tampoco es posible la equiparación entre el fenómeno registrado y el problema real. Del mismo modo que existe la “cifra negra” de la delincuencia no registrada, existe la pobreza “oculta” no registrada, es decir, ésa sobre la que las estadísticas existentes no dan información. Las razones para esto pueden ser múltiples y se basan, por ejemplo, en la falta de un registro estadístico, en la manera en que se cuantifica o en la vergüenza o ignorancia de los afectados, que no reclaman sus derechos antes las agencias públicas. La existencia de esta cifra oscura no puede ser ignorada por las ciencias sociales porque en este contexto, la “cifra clara” de los casos registrados puede ser interpretada de dos maneras: por un lado, como una imagen incompleta pero aproximadamente correcta de la realidad. Por otro lado, sin embargo, como una imagen distorsionada en la que se reflejan los procesos imperantes de definición y atribución. Como es sabido, la criminología de corte marxista ha intentado explicar, en este sentido, el delito como un fenómeno exclusivamente económico, que se distribuye hacia abajo como algo negativo, hacia los desfavorecidos y los “desposeídos”¹¹.

En Alemania, el gobierno federal elabora y publica regularmente desde principios del siglo XXI el “Informe de pobreza y riqueza” (2001, 2005, 2008, 2013, 2017). El responsable del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (en adelante, BMAS) utiliza dicho informe para sus relaciones públicas, en tanto que señala áreas de problemas y tareas políticas, y promueve al mismo tiempo medidas tomadas en una suerte de espectáculo (“lo que ya se ha hecho”). Según sus propias declaraciones, responde al hecho de que los datos económicos sobre ingresos, crecimiento y empleo no siempre reflejan la realidad en los diversos grupos sociales, profesiones y regiones. Al mismo tiempo, trata de observar más de cerca situaciones específicas de la vida, así como evaluaciones subjetivas (BMAS, 2017, II). Los informes se basan en el desarrollo de determinados indicadores, en particular, la tasa de ocupación, el desempleo a largo plazo, la distribución de ingresos, la tasa mínima de seguridad¹², la privación material¹³ y el sobreendeudamiento¹⁴. Como resultado, se muestra una imagen para todo el período del informe según la cual la tasa de ocupación ha mejorado en consonancia con la situación económica, pero la tasa de riesgo de pobreza¹⁵ se mantiene “aproximadamente al mismo nivel desde 2005” (BMAS, 2017, VI), es decir, en el rango de 14-16% pero con una tendencia ascendente a largo plazo. La delincuencia solo se menciona en el informe de 2017 en relación con los jóvenes que no están en formación o educación superior y que no trabajan. Estos mostraron un mayor riesgo de empleabilidad inadecuada y una participación social limitada, que era particularmente alta si además se veían afectados por problemas tales como experiencias de violencia, delincuencia, abuso de drogas o sinhogarismo (BMAS, 2017, 292).

¹⁰ Sobre este problema *vid.* GROENEMEYER, Axel; RATZKA, Melanie, 2012, “Armut, Deprivation und Exklusion als soziales Problem”, *Op. Cit.*, pp. 388 y ss.; OHLEMACHER, Thomas, 2000. “How far can you go? Empirische Sozialforschung, Kriminologie und Kriminalisierung. Das Beispiel Armut und Kriminalität”. En Ludwig-Mayerhofer, Wolfgang (Hg.). *Soziale Ungleichheit, Kriminalität und Kriminalisierung. Opladen: Leske + Budrich (Reihe „Sozialstrukturanalyse“, Band 14)*, pp. 213 y ss.).

¹¹ Cfr. EISENBERG, Ulrich; KÖLBEL, Ralf, 2017. “Kriminologie”, 7. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck, pp. 1006 y ss., NEUBACHER, Frank, 2020. *Kriminologie*, 4. Auflage. Baden-Baden: Nomos, p. 116.

¹² Porcentaje de receptores de prestaciones del sistema de pensiones mínimas.

¹³ Privación de bienes y servicios corrientes.

¹⁴ *Vid.* GROENEMEYER, Axel; RATZKA, Melanie, 2012, “Armut, Deprivation und Exklusion als soziales Problem”, *Op. Cit.*, p. 390-400.

¹⁵ Porcentaje de la población con un ingreso inferior al 60% del ingreso mínimo equivalente.

3. POBREZA Y DELINCUENCIA

Si nos centramos en la pregunta relativa a la conexión entre pobreza y delincuencia en la Criminología, se deben aclarar las diferentes perspectivas (paradigma etiológico versus paradigma de control) y equilibrar los correspondientes hallazgos empíricos. Desde la teoría de la anomia y la teoría de la tensión, así como desde la teoría de la acción situacional (*Situational Action Theory – SAT*), se presentan inicialmente (3.1) las explicaciones etiológicas que pueden fundamentar teóricamente una relación causal entre la pobreza y la delincuencia. Seguidamente, se introduce el modelo del enfoque opuesto (paradigma del control) con el modelo del etiquetado (*labeling approach*), antes de que en la siguiente sección (3.2) se profundice en el contexto teórico. En el tercer sub-aparado (3.3.) se presentan observaciones criminológicas y resultados empíricos, se someten a valoración y se vuelve a la pregunta de si la pobreza genera delincuencia.

3.1. Algunas explicaciones criminológicas

Algunas teorías criminológicas utilizan las experiencias de privación sistémica para explicar comportamiento desviados, y se centran en la pertenencia a una clase social o en la posición social (teoría de la anomia) o en habilidades individuales para lidiar con la presión (teorías de la tensión). A continuación, se presentan brevemente algunas teorías para señalar aquellas líneas de conexión que teóricamente pueden hacer comprensible una conexión entre pobreza, o privación, y delincuencia. En primer lugar, se debe mencionar la teoría de la anomia, que explica el delito directamente relacionado con la privación. En la versión clásica de Robert K. Merton¹⁶ se distinguen los objetivos culturales que la sociedad establece para los individuos en las sociedades de consumo occidentales, en especial el objetivo del éxito económico (por ejemplo, símbolos de estatus, bienes de consumo), de las muy diferentes formas de lograr dicho objetivo. La estructura social y la estratificación social son responsables de esta desigual distribución de oportunidades. Ellas deciden sobre las posibilidades de promoción y participación sociales como, por ejemplo, el acceso a la educación, si hay una brecha entre los objetivos culturalmente definidos y las formas socialmente estructuradas a través de las cuales se pueden lograr esos objetivos, se genera una presión anómica para adaptarse que se puede resolver de diferentes maneras. El delito es una posible reacción. Si los recursos socialmente asignados y limitados se expanden para incluir recursos ilegales (*innovation*), entonces los objetivos establecidos se pueden lograr a través del delito. La teoría de la anomia, por tanto, ofrece una explicación para el delito, especialmente en relación con jóvenes de clase baja o trabajadora¹⁷. Desde hace tiempo se ha considerado relevante, a nivel macrosocial, una conexión entre la desigualdad económica y la delincuencia. Por ejemplo, las tasas de homicidio son más altas en países con altos niveles de desigualdad económica y escasa cobertura de bienestar y, en general, la combinación entre extrema desventaja económica, segregación y asilamiento social, típicos en la vida de muchos afroamericanos en las principales ciudades de Norteamérica parece ser causa de la delincuencia violenta¹⁸.

La teoría institucional de la anomia ha desarrollado más la teoría clásica de la anomia, de tal manera que no se centra ya en la pertenencia a una clase o estrato social, sino en la sociedad norteamericana y su *leitmotiv* (“*The American Dream*”¹⁹), que en general aumenta el riesgo de delincuencia. Con el principio rector del éxito material, la sociedad es susceptible a la anomia y al delito porque las personas se ven obligadas a dar preferencia a los imperativos económicos (*accomodation*). Lo que no se ajusta a la lógica económica pierde valor (*devaluation*). Al mismo tiempo, esa lógica penetra en todos los

¹⁶ MERTON, Robert K., 1968. “Sozialstruktur und Anomie”. En Sack, Fritz y König, René (Hrsg.). *Kriminalsoziologie*. Frankfurt a.M.: Akademische Verlagsgesellschaft, 283-313.

¹⁷ NEWBURN, Tim (ed.), 2009. *Key readings in criminology*. Cullompton: Willan Publishing, p. 188; TIERNEY, John, 2006. *Criminology: Theory and context, second edition*. London: Pearson Longman, p. 101. Merton describe como otras formas de reacción la conformidad, el ritualismo, la retirada social y la rebelión (*vid. resumidamente, NEUBACHER, Frank, 2020. Kriminologie, Op. Cit., p. 101*).

¹⁸ HEIMER, Karen, 2019. “Inequalities and crime”, *Criminology*, 57(3), pp. 381-382.

¹⁹ MESSNER, Steven F.; ROSENFELD, Richard, 2012. *Crime and the American Dream*, 5th edition. Belmont, CA: Wadsworth.

ámbitos de la vida (*penetration*) y empuja a otras instituciones hacia atrás porque cada compromiso, cada relación, ahora se considera desde la perspectiva coste-beneficio. La prevalencia al delito resulta de la interacción de la cultura de la anomia (“el éxito lo es todo”) con la unión débil de las instituciones convencionales que generalmente tienen un impacto contra el delito (ej. las comunidades religiosas, la familia). La teoría de la tensión general (*General Strain Theory*) de Robert Agnew²⁰ muestra similitudes con la teoría de la anomia de Merton. Diferentes experiencias de estrés como, por ejemplo, metas perdidas o estímulos negativos (pérdida del empleo, de la vivienda, victimización) causan sentimientos negativos en el individuo (especialmente, ira), lo que genera una fuerte presión para cambiar. Esta presión se alivia con la delincuencia si no puede ser amortiguada por una autoestima estable, por el funcionamiento de las relaciones sociales o a través de racionalizaciones (ej. trivialización, auto-reproche). Sin embargo, estas cargas no tienen por qué tener su origen en la esfera privada. Se han identificado asociaciones de emociones negativas como el miedo y la ira con la desigualdad social (por ejemplo, escasos ingresos o exclusión del sistema de empleo), que están relacionados con la correspondiente situación social estructural²¹.

Más recientemente, la teoría de la acción situacional (*Situational Action Theory – SAT*) se ha centrado en el tema de la delincuencia. De acuerdo con esta teoría, un comportamiento (delictivo) es el resultado de un proceso de percepción y toma de decisiones en el que factores individuales (tendencia como resultado de la moralidad y la capacidad de autocontrol) y factores situacionales (influencia de la persona, el ambiente) interactúan (interacción persona-ambiente). Las personas que están en desventaja social entran en conflicto con la ley con mayor frecuencia porque, por un lado, desarrollan una mayor propensión al delito y, por otro, están más expuestas a las influencias ambientales criminógenas. Los procesos de selección social y autoselección son nuevamente responsables de esto²². Al examinar estas premisas con datos de un estudio longitudinal con adolescentes y adultos jóvenes en Peterborough (*Peterborough Adolescent and Young Adult Development Study*) se demostró, inicialmente, que el bajo estatus social difícilmente podía explicar el delito. Incluso una combinación entre desventaja familiar y entorno de vida desfavorable no era buen predictor del delito²³. Sin embargo, los jóvenes de padres desfavorecidos pasaban su tiempo libre con sus compañeros en actividades no estructuradas (como “pasar el rato”) y estaban menos sujetos a supervisión y control social. La conexión con esos grupos significa que se está particularmente expuesto a un entorno de propensión al delito. Esto se puede emplear para distinguir a aquellos jóvenes que también proceden de familias desfavorecidas pero que no cometen delitos. Estos pasan su tiempo libre de otras maneras, por lo que están menos expuestos a los incentivos delictivos y tienen una menor propensión al delito²⁴.

El enfoque del etiquetado (*labeling approach*), que representa el paradigma del control, y puede entenderse como una teoría de la criminalidad, adopta un punto de vista completamente diferentes. “Delictivo” así como “desviado” no son cualidades de un comportamiento, sino que son el resultado de un proceso de definición y atribución en el que la posición de los poderosos prevalece sobre la de los desposeídos, socialmente desfavorecidos y marginados²⁵. Este enfoque está principalmente interesado en las reacciones al comportamiento socialmente desviado, y menos en las causas de estos comportamientos. Esta perspectiva asume que los intereses sociales y políticos de los poderosos prevalecen en el nivel normativo y que, por lo tanto, la ley no sirve a todos los intereses por igual. Especialmente en el nivel de aplicación e implementación de la ley, es evidente una desventaja específica de clase, y ello porque los miembros de las diferentes clases no están dotados de los mismos poderes de definición²⁶ y queja²⁷. La perspectiva de éxito en la aplicación de su punto de vista en el proceso de nego-

²⁰ AGNEW, Robert, 1992. “Foundation for a General Strain Theory of Crime and Delinquency”, *Criminology*, 30(1), 47-87.

²¹ *Id.* resumidamente NEUBACHER, Frank, 2020. *Kriminologie*, Op. Cit, p. 108.

²² WIKSTRÖM, Per-Olof H.; Treiber, Kyle, 2016. “Social Disadvantage and Crime: A Criminological Puzzle”. *American Behavioral Scientist*, 60(10), 1232.

²³ *Ibidem*, p. 1244.

²⁴ *Ibidem*, p. 1251.

²⁵ BECKER, Howard S., 1973. *Außenseiter. Zur Soziologie abweichenden Verhaltens*. Frankfurt a.M.: Fischer.

ciación con los organismos encargados de hacer cumplir la ley está distribuida de manera muy desigual. Como resultado, aquéllos que ya están en desventaja están en mayor riesgo de que se les asignen características negativas, intenciones y, en última instancia, la etiqueta de “delincuencia” por parte del aparato de control. Una vez etiquetado y estigmatizado como “delincuente” aumenta el riesgo de ser castigado nuevamente en el futuro.

3.2. Contexto teórico

Si existe alguna relación entre la pobreza en el sentido de privación económica y la delincuencia, la Criminología está lejos de estar segura de ello. Eisenberg & Kölbel²⁸ ven esa relación como “facilitada a través de diversos procesos y mecanismos”. Se enfatiza, acertadamente, que no existe una “clara relación causal entre pobreza, desabastecimiento y criminalidad” – la delincuencia es “una de las múltiples formas de reacción y superación de la pobreza material, el empobrecimiento, el desabastecimiento y la desclasificación social” (BAG-S, p. 5). También en Estados Unidos, las investigaciones describen como contradictorio el nexo pobreza-delincuencia²⁹.

Una mirada a las personas en contacto con el sistema de justicia penal, y en especial, a la composición de los grupos de reclusos, muestra que los miembros jóvenes de bajos ingresos y poco formados de las clases socialmente desfavorecidas siempre han estado sobrerrepresentados³⁰. Esto se aplica aún más a los miembros de minorías étnicas y a las personas con problemas de salud mental, dependencia a determinadas sustancias o personas sin hogar³¹. Pero, ¿qué demuestra esto? La pobreza plantea un riesgo para el desarrollo personal que generalmente se asocia a otras desventajas en las áreas de la educación, el empleo, la vivienda y la salud. Debido a esta situación mixta, apenas es posible teóricamente afirmar una relación directa. Además, la actividad de control de las instancias de control social formal tiene también un impacto, razón por la cual la sobrerrepresentación de personas de “entornos problemáticos” en los diferentes niveles del sistema de justicia puede interpretarse fácilmente desde la teoría del etiquetado. Esto es especialmente cierto en el nivel microsociedad, donde el foco principal de las instancias de control formal, una determinada expectativa y con ello un mayor monitoreo y atribución de déficit se dirige sobre los “sospechosos habituales”, es decir, a los desfavorecidos y marginados³².

²⁶ Seguimos aquí la idea de Feest & Blankenburg (1972, p. 19): “Estamos construyendo sobre la idea de que (sic) la identificación de un delincuente es un proceso de definición (sic), y que el resultado de este proceso es una expresión del poder social relativo de los intervinientes (...). Bajo el poder de definición entendemos pues la oportunidad socialmente preestructurada de definir una situación como vinculante para otros”.

²⁷ Cfr. KÜHNE, Hans-Heiner, 2015. *Strafprozessrecht* (9th ed.). Heidelberg: C. F. MÜLLER-FOTI, G.; ROBERTZ, F.J.; SCHILDBACH, S.; WICKENHÄUSER, R., 2007. “Punishing the disoriented? Medical and criminological implications of incarcerating patients with mental disorders for failing to pay a fine”, *International Journal of Prisoner Health*, 3(2), p. 230.

²⁸ EISENBERG, Ulrich; KÖLBEL, Ralf, 2017. “Kriminologie”, Op. Cit., p. 1001.

²⁹ OUSEY, Graham C.; Lee, Matthew R., 2013. “Community, inequality, and crime”. En Cullen, Francis T. y Wilcox, Pamela (eds.). *The Oxford Handbook of Criminological Theory*. Oxford: Oxford University Press, p. 355; SMITH, Laura; ALLEN, Alizah; BOWEN, Rashidah, 2010. “Expecting the worst: Exploring the associations between poverty and misbehavior”. *Journal of Poverty*, 14(1), p. 35.

³⁰ KAISER, Günther; SCHÖCH, Heinz, 2002. *Strafvollzug*, 5. Auflage. Heidelberg: C.F. MÜLLER-FOTI, G.; ROBERTZ, F.J.; SCHILDBACH, S.; WICKENHÄUSER, R., 2007. “Punishing the disoriented? Medical and criminological implications of incarcerating patients with mental disorders for failing to pay a fine”, Op. Cit., pp. 87–97.

p. 465; PILGRAM, Arno, 1998. “Freiheitsstrafe als Fangnetz für Arme”, *Neue Kriminalpolitik*, 10(4), 21–26; WALTER, Michael, 1999. *Strafvollzug*, 2. Auflage. Stuttgart u.a.: Richard Boorberg Verlag, p. 123; WIKSTRÖM, Per-Olof H.; Treiber, Kyle, 2016. “Social Disadvantage and Crime: A Criminological Puzzle”, Op. Cit., p. 1233.

³¹ BÖGELEIN, Nicole; GLAUBITZ, Christoffer; NEUMANN, Merten; KAMIETH, Josefine, 2019. „Bestandsaufnahme der Ersatzfreiheitsstrafe in Mecklenburg-Vorpommern”, *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 102(4), S. 282-296; COVIN, Larry (2012): Homelessness, poverty, and incarceration: The criminalization of despair. *Journal of Forensic Psychology Practice*, 12(5), p. 441; WALTER, Michael, 1999. *Strafvollzug*, 2. Auflage. Stuttgart u.a.: Richard Boorberg Verlag, Op. Cit., p. 125).

³² Vid. CREMER-SCHÄFER, Helga, 1998. “Weshalb Arme so leicht kriminell werden müssen”, *Neue Kriminalpolitik*,

A nivel macro aparecen ciertas tendencias en los ámbitos sociopolítico y socioeconómico. La era del “neoliberalismo”, que comienza en los 80 con las políticas económicas de Ronald Reagan y Margaret Thatcher, y que fue impulsada por la globalización después del final de la Guerra Fría se ha extendido rápidamente a otras áreas políticas y parece que aún no ha terminado. Probablemente no es una coincidencia que desde la década de los 90, el abuso de los beneficios sociales del Estado fuera denunciado cada vez más como “delincuencia social”³³. La Criminología ha identificado en la política criminal de las últimas décadas el encarcelamiento masivo (especialmente en los Estados Unidos) como una forma de exclusión social, también las tendencias hacia la privatización y una profunda cultura del control³⁴. Según el influyente trabajo del sociólogo danés Esping-Andersen, existen tres tipos de estados capitalistas desarrollados: en el estado de bienestar “liberal” (por ejemplo, Estados Unidos, Australia o Inglaterra), los beneficios sociales se reducen al mínimo y sus beneficiarios son marginados y estigmatizados. En el estado del bienestar “corporativo” (por ejemplo, el alemán, el austríaco o el francés), se evita un desacoplamiento de los mercados de la regulación y de los derechos sociales por parte de las instituciones públicas (por ejemplo, negociación colectiva, sindicatos, autoridades anti-monopolio y de supervisión). En el tercer tipo, el estado de bienestar “socialdemócrata” (del cual serían ejemplo los países escandinavos) se prefiere un alto grado de igualdad social y, por lo tanto, se otorga una gran importancia a las ayudas sociales³⁵. En la Criminología se pueden establecer relaciones entre estos tres tipos de estados y los fenómenos político-criminales. El estado “liberal” tiene, con mucho, las tasas más altas de encarcelamiento³⁶, lo que puede explicarse por el bajo nivel de seguridad social, pero también por la predisposición a excluir del sistema a las personas. A la vez, las contradicciones sociales refuerzan el miedo al delito. Esto explica por qué en esos Estados la “delincuencia” tiene una especial importancia política. De hecho, el miedo al delito y los sentimientos de inseguridad son, en gran medida, independientes de la dimensión real de la delincuencia³⁷. Esto se sobreestima en gran medida en Alemania, especialmente en el caso de delitos graves³⁸. Un equipo de investigadores austro-alemanes examinó la influencia de las políticas de seguridad del estado del bienestar en el estado de la seguridad. Con la ayuda de datos de encuestas europeas, se llegó a la conclusión de que el miedo al delito “no es una reacción específica a los riesgos delictivos, sino una proyección de los temores sociales, económicos y existenciales, alimentados por los procesos de transformación social”. Por eso, se debe romper con la idea de que la magnitud del miedo al delito puede verse significativamente influida por medidas para combatir y prevenir la delincuencia. En lugar de ello, las inversiones en el sistema educativo y las ayudas sociales a familias y niños podrían reducir el miedo al delito de una manera más eficaz porque se fortalecería la confianza de las personas en la capacidad de moldear e influir en su propio destino³⁹.

10(4), 33–37; CREMER-SCHÄFER, Helga, 1995. “Wem nützt Armutskriminalität?”, *Neue Kriminalpolitik*, 7(4), 17–17.

³³ BRUNS, Werner (1993): *Sozialkriminalität in Deutschland*. Frankfurt a.M., Berlin: Ullstein.

³⁴ GARLAND, David, 2008. “Kultur der Kontrolle. Verbrechensbekämpfung und soziale Ordnung in der Gegenwart”. Frankfurt a.M.: Campus; WACQUANT, Loïc, 2009. *Bestrafen der Armen. Zur neoliberalen Regierung der sozialen Unsicherheit*. Opladen: Verlag Barbara Budrich; CHRISTIE, Nils, 1995. *Kriminalitätskontrolle als Industrie, Auf dem Weg zu Gulags westlicher Art*. Pfaffenweiler: Centaurus.

³⁵ Vid. ESPING-ANDERSEN, Gøsta, 1990. *The Three Worlds of Welfare Capitalism*. Cambridge: Polity Press, pp. 26 y ss.

³⁶ LAPPI-SEPPÄLÄ, Tapio, 2011. “Explaining imprisonment in Europe”, *European Journal of Criminology*, 8(4), pp. 303 y ss.; GARSIDE, Richard, 2011. “Über die Frage, warum in Großbritannien so viele Menschen inhaftiert sind”, *Forum Strafvollzug*, 60(4), p. 250.

³⁷ Bundesministerium des Innern & Bundesministerium der Justiz, 2006, p. 486.

³⁸ PFEIFFER, Christian; WINDZIO, Michael; KLEIMANN, Matthias, 2004. Die Medien, das Böse und wir. Zu den Auswirkungen der Mediennutzung auf Kriminalitätswahrnehmung, Strafbedürfnisse und Kriminalpolitik. *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 87(6), 415–435; NEUBACHER, Frank, 2020. *Kriminologie*, Op. Cit, pp. 139 y ss

³⁹ HIRTENLEHNER, Helmut; Hummelsheim, Dina, 2011. “Schützt soziale Sicherheit vor Kriminalitätsfurcht? Eine empirische Untersuchung zum Einfluss wohlfahrtsstaatlicher Sicherungspolitik auf das kriminalitätsbezogene Sicherheitsbefinden”, *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 94(3), pp. 192-194.

La Criminología se ha preguntado reiteradamente por los vínculos entre pobreza, privación y delincuencia (*vid. infra* 3.3) pero desde hace tiempo cambió su enfoque a varios fenómenos de desigualdad. Allí, en relación con los ingresos, el origen étnico, la posición social y el género aparecen correlaciones generales con la delincuencia⁴⁰.

Sin embargo, existen dos problemas concretos para corroborar las relaciones causales: en primer lugar, la pobreza (privación absoluta) y la desigualdad de ingresos (privación relativa) se correlacionan de tal modo que apenas es posible determinar su impacto en la delincuencia independientemente una de la otra. En segundo lugar, deben distinguirse los efectos de la privación sobre la motivación de los delincuentes individuales, por un lado, y sobre la capacidad de los vecindarios para ejercer el control social, por el otro⁴¹. En este contexto, es interesante el diagnóstico de cuatro ciudades de Ghana en donde los distritos relativamente más pobres son considerados más seguros por las personas que viven allí, que los distritos de clase media. Owusu (2016) explica la razón en una mayor cohesión social entre los pobres en relación con la mayor presencia durante el día. Cuando se trata de control social, la característica “desigualdad” tiene la ventaja de que también puede explicar mejor las diferentes reacciones del aparato de control formal. Esto no responde simplemente de manera uniforme a una característica objetivamente presente o determinable de la “pobreza” sino que responde a disparidades dependientes de las descripciones de los problemas sociales y políticos (ej. “parásito social”, “desplazados económicos”), es decir, dentro de un determinado marco y sobre esta base, se toman decisiones que afectan al poder de definición de los interesados y a sus posibilidades de reivindicación de intereses. Las desigualdades persistentes o incluso crecientes, como se puede ver en la distribución de ingresos, contradicen la promesa del Estado de que todos se beneficiarán de la bonanza económica. Por eso, tienen una gran fuerza política, porque atacan la legitimidad del sistema político y económico⁴².

3.3. Estado de la investigación

Desde el punto de vista histórico, existen algunos indicios de que la relación entre pobreza y delincuencia es (también) una consecuencia de las políticas de control del gobierno. Una característica destacada de la transición de la Baja Edad Media a tiempos más modernos es la aparición de las ciudades. En ellas se establecieron normas sobre la mendicidad: quiénes estaban autorizados y cómo se podía practicar. La mendicidad era vista como un sustento legítimo en el que la sociedad urbana tenía su propio interés porque se esperaba que se diera limosna por razones religiosas. El cuidado de los pobres en las ciudades puede entenderse como “el punto de partida de la política social pública”⁴³. Posteriormente, la mendicidad se iría viendo como una perturbación del orden público. Los edictos imperiales permitieron a las ciudades del *Reich* prohibir el vagabundeo y la mendicidad de los que tenían capacidad para trabajar ante la existencia de posibles organizaciones de personas para pedir limosnas⁴⁴. Desde el siglo XVI, como antecedente de la prisión, se establecieron casas de trabajo y presidios en las que mendigos, vagabundos y mujeres cuyo estilo de vida no se ajustaba a las normas sociales debían ser guiados por el camino del trabajo y de Dios. El progreso fue favorecido por la ética laboral protestante, según la cual el trabajo es un deber piadoso. Al mismo tiempo, en estas instituciones se manifestaron nuevas ideas reguladoras⁴⁵ y formas más amplias de control social. Así, la prisión, que desde entonces ha reclamado mejoras, era interpretada por algunos como “un apartado para la conversión de los individuos”⁴⁶ y un instrumento de disciplina del Estado. En Estados Unidos, la cons-

⁴⁰ HEIMER, Karen, 2019. “Inequalities and crime”, *Criminology*, Op. Cit.

⁴¹ OUSEY, Graham C.; Lee, Matthew R., 2013. “Community, inequality, and crime”, Op. Cit, p. 353.

⁴² *Vid.* HEIMER, Karen, 2019. “Inequalities and crime”, *Criminology*, Op. Cit., pp. 379-380.

⁴³ GROENEMEYER, Axel; RATZKA, Melanie, 2012, “Armut, Deprivation und Exklusion als soziales Problem”, Op. Cit., p. 375.

⁴⁴ EICHENHOFER, Eberhard, 2007. “Geschichte des Sozialstaats in Europa, Von der „sozialen Frage“ bis zur Globalisierung”. München: Beck, pp. 23-24 y 50.

⁴⁵ GROENEMEYER, Axel; RATZKA, Melanie, 2012, “Armut, Deprivation und Exklusion als soziales Problem”, Op. Cit., p. 377.

tatación de que muchas familias han sido encarceladas por generaciones ha dado la impresión de que grupos de población enteros, particularmente afroamericanos, están socialmente excluidos, a través de una transferencia intergeneracional de la experiencia carcelaria⁴⁷.

La investigación histórica sobre la delincuencia supone que “el delito de pobreza” es de considerable relevancia en las sociedades premodernas y en las tempranas sociedades capitalistas⁴⁸. La perspectiva etiológica se agudiza en el siglo XIX y se sensibiliza a la opinión pública, lo que puede asociarse fácilmente con la revolución industrial y sus efectos colaterales capitalistas (por ejemplo, el trabajo infantil, el proletariado urbano). Así, un joven Karl Marx criticó el orden de propiedad capitalista y la criminalización asociada a la clase baja usando el ejemplo del robo de madera. Incluso el gobierno conservador del *Reich* en la década de 1880 no pudo evitar dar una respuesta a la cuestión social a través de la legislación social de Bismark (seguro de salud, accidente y pensiones) para limitar la influencia socialista en la clase obrera. Para explicar los robos, que entonces dominaban la tasa de delincuencia – a diferencia de ahora – y acaparaban la mayor parte de las condenas, se elaboraron las relaciones entre pobreza, necesidad y desempleo. De hecho, hasta el cambio de siglo había una correlación entre el aumento del precio del grano y una mayor presencia de robos. Sin embargo, esta relación se fue perdiendo en la primera década del siglo XX y posteriormente ya no se pudo constatar tras la Primera Guerra Mundial⁴⁹. El período de entreguerras estuvo marcado por severas crisis económicas mundiales. Por eso, no pocos esperaban que la delincuencia retrocediera a medida que terminara la guerra y comenzara la recuperación. Sin embargo, la creciente prosperidad trajo consigo no menos sino más delincuencia asociada a la propiedad y al patrimonio. Por ello, al tradicional concepto de “delito por necesidad” se opuso el de “delito por prosperidad”⁵⁰. En Estados Unidos se dijo: “[i]n fact, a stronger case can be made for the relation of affluence to crime”⁵¹. En el ámbito comparado internacional tampoco hay evidencias de que niveles de vida más altos y un desarrollo creciente reduzcan la delincuencia. Según la Teoría de la modernización y urbanización, se supone que generalmente el volumen de delincuencia tiende a aumentar con el desarrollo creciente⁵² porque los contrastes sociales se intensifican y las oportunidades para el delito aumentan. El hecho de que la bonanza creciente traiga consigo objetos atractivos para el delito y oportunidades de delinquir es particularmente evidente en los delitos contra la propiedad⁵³. En definitiva, se puede suponer que no es la pobreza en sí misma la que genera delincuencia sino más bien la desigualdad social o, más precisamente, la percepción subjetiva de la desigualdad social⁵⁴.

⁴⁶ FOUCAULT, Michel, 1976. “Überwachen und Strafen, Die Geburt des Gefängnisses”. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, p. 296.

⁴⁷ NG, Irene Y. H.; SARRI, Rosemary C.; STOFFREGEN, Elizabeth, 2013. “Intergenerational incarceration: Risk factors and social exclusion”, *Journal of Poverty*, 17(4), p. 452; COVIN, Larry (2012): Homelessness, poverty, and incarceration: The criminalization of despair. *Journal of Forensic Psychology Practice*, 12(5), p. 447.

⁴⁸ Cfr. EISENBERG, Ulrich; KÖLBEL, Ralf, 2017. “Kriminologie”, Op. Cit., p. 1001.

⁴⁹ KAISER, Günther; SCHÖCH, Heinz, 2002. *Strafvollzug*, Op. Cit., p. 836; EISENBERG, Ulrich; KÖLBEL, Ralf, 2017. “Kriminologie”, Op. Cit., pp. 1008-1009.

⁵⁰ KAISER, Günther; SCHÖCH, Heinz, 2002. *Strafvollzug*, Op. Cit., pp. 458 y 836.

⁵¹ CLINARD, Marshall B.; ABBOTT, Daniel J., 1973. *Crime in Developing Countries: A Comparative Perspective*. New York: Wiley, p. 175.

⁵² SHELLEY, Louise I., 1981. *Crime and Modernization: The Impact of Industrialization and Urbanization on Crime*. Carbondale: Southern Illinois University Press; ALVAZZI DEL FRATE, Anna (ed.), 1998. *Victims of Crime in the Developing World*. Rome: UNICRI, p. 135.

⁵³ Por todos, en relación con vehículos, *vid.* COHEN, Lawrence E.; FELSON, Marcus (1979): Social change and crime rate trends: A routine activity approach. *American Sociological Review*, 44(4), 588–608; VAN DIJK, Jan, 2008. *The World of Crime: Breaking the Silence on Problems of Security, Justice, and Development Across the World*. Los Angeles, London, New Delhi, Singapore: Sage, 8, pp. 98 y 102; NEUBACHER, Frank, 2020. *Kriminologie*, Op. Cit., pp. 67-69).

⁵⁴ *Vid.* OUSEY, Graham C.; Lee, Matthew R., 2013. “Community, inequality, and crime”, Op. Cit, p. 356; NEUBACHER, Frank; GROTE, Ulrike, 2016. “Rurale Kriminalität in Entwicklungsländern”. *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 99(3), 19, p. 211; EISENBERG, Ulrich; KÖLBEL, Ralf, 2017. “Kriminologie”, Op. Cit., p. 1014).

En Alemania, fue en la década de los noventa, tras la reunificación, cuando hubo un breve renacimiento de la discusión sobre la delincuencia causada por la pobreza. El trasfondo de esto fue el aumento de las cifras en las estadísticas de delitos registrados por la policía⁵⁵, especialmente en relación con delitos violentos cometidos por adolescentes y adultos jóvenes. Partiendo del aumento paralelo de la pobreza, Pfeiffer & Ohlemacher⁵⁶ concluyeron que había una relación causal y apoyaron su “tesis de la pobreza” adoptando la teoría de la anomia. Sin embargo, en la mayoría de las ocasiones su propuesta cosechó críticas, lo que se debió fundamentalmente a la falta de claridad en los datos subyacentes, la inconsistencia en la distribución de la pobreza y el delito, y la falta de consideración de otras variables (especialmente, las relaciones sociales y el género)⁵⁷. En este contexto es instructivo echar un vistazo a los países del sur de Europa, que fueron particularmente afectados por la crisis financiera de 2008, como España, Grecia e Italia. A pesar de tener un alto nivel de desempleo juvenil, sin precedentes, la delincuencia allí no ha aumentado tanto como habría sido de esperar por la repentina y masiva privación de amplios sectores de la población⁵⁸.

En general, se puede decir que los estratos sociales más bajos aparecen más vinculados a la delincuencia, especialmente la violenta, mientras que los estratos más altos registran predominantemente delitos económicos y financieros⁵⁹. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la criminalidad económica y financiera es generalmente invisible y difícil de detectar porque (a diferencia de la delincuencia callejera y violenta) no ocurre en los espacios públicos. En estudios internacionales sobre la cifra negra de la criminalidad, el efecto directo de la pertenencia a una determinada clase social ha sido bastante débil⁶⁰. Sin embargo, en relación con la distribución del delito en ciudades europeas y norteamericanas un resultado sólido es “la estrecha relación con los indicadores de desventaja social tales como el desempleo o la pobreza de ingresos”, independientemente de si se utiliza la cifra conocida (estadísticas de delitos registrados) o la cifra oscura (datos procedentes de encuestas)⁶¹. Por otro lado, las intervenciones policiales y judiciales pueden tener un efecto reforzador en la delincuencia posterior porque la persona en cuestión desarrolla un auto-concepto de delincuente o un vínculo más estrecho con sus pares delincuentes. Además, las medidas del aparato de control hacen que el infractor de la ley sea vigilado más de cerca y sancionado más severamente en caso de reincidir⁶². Se trata de los efectos auto-reforzadores del control formal, que explican en parte la transmisión del delito a la próxima generación en términos del paradigma del control⁶³.

⁵⁵ Número de casos o de sospechosos por cada 100.000 habitantes.

⁵⁶ PFEIFFER, Christian; OHLEMACHER, Thomas, 1995. “Anstieg der (Gewalt-)Kriminalität und der Armut junger Menschen”. En Lamnek, Siegfried (Hg.). *Jugend und Gewalt – Devianz und Kriminalität in Ost und West*. Opladen: Leske + Budrich, S. 259–276; OHLEMACHER, Thomas, 2000. “How far can you go? Empirische Sozialforschung, Kriminologie und Kriminalisierung. Das Beispiel Armut und Kriminalität”. En Ludwig-Mayerhofer, Wolfgang (Hg.). *Soziale Ungleichheit, Kriminalität und Kriminalisierung. Opladen: Leske + Budrich (Reihe „Sozialstrukturanalyse“, Band 14)*, pp. 218 y ss.

⁵⁷ KAISER, Günther, 1996. *Kriminologie, Ein Lehrbuch*, 3. Auflage. Heidelberg: C.F. MÜLLER-FOTI, G.; ROBERTZ, F.J.; SCHILDBACH, S.; WICKENHÄUSER, R., 2007. “Punishing the disoriented? Medical and criminological implications of incarcerating patients with mental disorders for failing to pay a fine”, *International Journal of Prisoner Health*, 3(2), pp. 458-459; WALTER, Michael, 1999. *Strafvollzug, 2. Auflage*. Stuttgart u.a.: Richard Boorberg Verlag, Op. Cit.; muy crítica CREMER-SCHÄFER, Helga, 1995. “Wem nützt Armutskriminalität?”, Op. Cit., 1998, p. 35.

⁵⁸ Para Estados Unidos, HEIMER, Karen, 2019. “Inequalities and crime”, *Criminology*, Op. Cit., p. 381.

⁵⁹ Resumidamente ZIEGLER, Rebecca, 2009. *Soziale Schicht und Kriminalität*. Berlin u.a.: LIT Verlag (Kriminalwissenschaftliche Schriften, Band 24), p. 406.

⁶⁰ DUNAWAY, R. Gregory; CULLEN, Francis T; BURTON, Velmer S.; EVANS, T. David, 2000. “The myth of social class and crime revisited: An examination of class and adult criminality”. *Criminology*, 38(2), p. 600: “relatively weak”; también Wiks WIKSTRÖM, Per-Olof H.; Treiber, Kyle, 2016. “Social Disadvantage and Crime: A Criminological Puzzle”, Op. Cit., p. 1233, en relación con “social disadvantage and crime”: “rather weak”.

⁶¹ OBERWITTLER, Dietrich, 2018. *Stadtstruktur und Kriminalität*. En Hermann, Dieter y Pöge, Andreas (Hrsg.). *Kriminalsoziologie, Handbuch für Wissenschaft und Praxis*. Baden-Baden: Nomos, p. 320.

⁶² LIBERMAN, Akiva M.; KIRK, David S.; KIM, Kideuk, 2014. “Labeling effects of first juvenile arrests: Secondary deviance and secondary sanctioning”, *Criminology*, 52(3), 345–370; KIRK & KIM, 2014.

⁶³ Vid. NEUBACHER, Frank, 2020. *Kriminologie*, Op. Cit., pp. 73 y 118.

En definitiva, la Criminología carece de evidencias para establecer la requerida relación causal⁶⁴. “Debido a la impresión de que la relación “*class/crime*” es débil o prácticamente inexistente”, la Criminología se ha permitido incluso que las categorías de pobreza y clases bajas pasen a un segundo plano de la investigación científica en las últimas décadas⁶⁵.

3.4. Resumen

Nos gustaría resumir el estado de la investigación criminológica en las siguientes ideas:

1. La pobreza, en el sentido de privación absoluta, no es causa de la delincuencia. Esta es una suposición injustificada que coloca a los pobres y a los socialmente desfavorecidos bajo una sospecha general. Si la pobreza motiva o no a las personas a cometer delitos es algo que depende en gran medida de cómo perciben y manejan la escasez. La renuncia y la auto-contención son tan posibles como la ira o la rebelión política. Sin embargo, emociones como la frustración, la ira o la insatisfacción, que asumen las teorías de la privación, rara vez se miden empíricamente⁶⁶. Independientemente de esto, la pobreza es y sigue siendo un riesgo para la salud, limita las posibilidades de participación social y reduce la resiliencia en el sentido de resistencia psicológica.

2. La pobreza tiene muchas facetas y puede relacionarse, entre otras cosas, con los ingresos (privación económica), las oportunidades educativas, la vivienda, la situación laboral y el nivel de vida. La desigualdad económica, tanto dentro de un grupo de personas como fuera de los límites de un grupo o territorio, desempeña un papel importante si se percibe como tal y es palpable. A nivel agregado, existe un vínculo entre las altas tasas de criminalidad y las zonas de gran desigualdad. Ese vínculo es más fuerte a medida que se concentran más desventajas (“*concentrated disadvantage*”⁶⁷). Los factores de impacto que se utilizan para establecer esta conexión están menos claros. Probablemente, la desigualdad social puede motivar a los individuos a un comportamiento delictivo. Quizá también la desigualdad conduce (alternativa o cumulativamente) al desmoronamiento de los controles sociales informales, lo que crea oportunidades para la delincuencia y hace que las personas con inclinación al delito, por ejemplo, las subculturas de la delincuencia, ya no puedan evitarlo.

3. Adicionalmente, la desigualdad y los débiles controles sociales que se pueden encontrar en ciertas zonas generan preocupación entre la población (miedo al delito), lo que lleva a una mayor vigilancia de las instancias de control formal (policía, justicia, autoridades). Aquí desempeña un papel importante el hecho de que las personas pobres son descritas con características negativas y tendencias delictivas con mayor frecuencia que los miembros de otras clases sociales⁶⁸. Por lo tanto, la perspectiva etiológica y la perspectiva de las teorías del control apenas pueden separarse. Evidencias de ambas se pueden encontrar en investigaciones recientes.

4. LEGISLACIÓN Y APLICACIÓN DE LA LEY

Lógicamente es importante distinguir entre el riesgo de convertirse en un delincuente y el riesgo de ser castigado, porque las personas socialmente desfavorecidas no solo son vigiladas más de cerca, sino que también tienen más dificultades que las personas privilegiadas para defenderse de acusaciones y hacerse escuchar (poder de queja). Debido a limitaciones económicas es difícil organizar la asistencia legal y trabajar para lograr una solución procesal que requiera el pago de dinero (BAG-S, 2005, p. 7). El Derecho penal contribuye a estos problemas, por un lado, criminalizando los comportamientos que podrían regularse fuera de esta rama del Derecho, ya a través del Derecho civil o del Derecho administrativo. Por otro lado, el Derecho penal alemán para adultos contempla una selección extremadamente limitada de penas, a saber, la multa y la prisión (§ 38, § 40 del código penal, *Strafgesetzbuch*,

⁶⁴ KAISER, Günther, 1996. *Kriminologie, Ein Lehrbuch*, Op. cit., p. 836.

⁶⁵ EISENBERG, Ulrich; KÖLBEL, Ralf, 2017. “Kriminologie”, Op. Cit., p. 1005.

⁶⁶ OUSEY, Graham C.; Lee, Matthew R., 2013. “Community, inequality, and crime”, Op. Cit, p. 353.

⁶⁷ *Id.* OUSEY, Graham C.; Lee, Matthew R., 2013. “Community, inequality, and crime”, Op. Cit, p. 357.

⁶⁸ SMITH, Laura; ALLEN, Alizah; BOWEN, Rashidah, 2010. “Expecting the worst: Exploring the associations between poverty and misbehavior”, Op. Cit., p. 45.

en adelante, StGB). Desde 2017 también es posible la prohibición de conducir con independencia del delito, es decir, que se puede aplicar respecto de delitos que no están relacionados con la conducción de vehículo a motor. Otras penas que permitan dejar al penado en libertad y que no requieran el pago de multa, como, por ejemplo, los trabajos en beneficio de la comunidad, no existen. Esto solo se considera si el condenado no paga la pena de multa (§ 43 StGB, *vid. infra* 6).

Todo esto se convierte en un problema, particularmente en relación con los delitos de bagatela. Así, el hurto en establecimientos comerciales y colarse en el transporte público sin pagar (“*Schwarzfahren*”) son conductas que se siguen castigando con sanciones penales. Todos los intentos de eliminar estos tipos penales “prescindibles”⁶⁹ o de tratarlos como infracciones administrativas han fracasado en las últimas décadas. Y ello pese a que la aplicación de la ley con respecto a ellos consume mucho tiempo y recursos financieros para la policía y la administración de justicia. El daño causado por los hurtos en establecimientos comerciales es inferior a 50€ en el 69% de los casos, y en la conducta de colarse en el transporte público sin pagar, lo es en el 90% de los casos⁷⁰. En ambos delitos, las empresas de transporte o los grandes almacenes y minoristas perjudicados recurren a denuncias penales que inician costosos procedimientos penales y, con eso en mente, se abstienen de invertir en la protección de sus bienes jurídicos. La fiscalía suele responder a estos delitos masivos terminando rutinariamente los procedimientos por insignificancia o a través del pago de una multa (§§ 153, 153a del código de procedimiento penal, *Strafprozeßordnung*, en adelante, StPO) pero no siempre puede mantenerse al tanto con los reincidentes, de modo que estos pueden ingresar en el sistema judicial y corren el riesgo de ser encarcelados. En el Derecho penal de menores, las medidas educativas ambulatorias generalmente reemplazan a la privación de libertad si los delitos no son graves. Sin embargo, se ha demostrado que muchos delincuentes jóvenes condenados que tienen que ir a un determinado lugar a cumplir las indicaciones o requerimientos del tribunal, se aprovechan de los servicios prestados por la empresa de transporte público sin haber comprado el billete⁷¹. Los efectos negativos de esto se extienden a la jurisdicción de menores porque los jóvenes son condenados por dicho ilícito. Otros ni siquiera llegan a ir a dicho lugar por razones económicas, corriendo el riesgo de que se les imponga un arresto juvenil por el tribunal de menores por incumplimiento de las indicaciones o requerimientos en cuestión. En este caso, se amenaza con una privación de libertad una conducta poco importante pero que el Derecho de menores quiere evitar.

Es evidente que existen conflictos con respecto a los objetivos y que existen inconsistencias que se derivan del hecho de que el Derecho penal alemán castiga conductas de bagatela pero solo proporciona una selección limitada de sanciones penales. La aplicación del Derecho penal, como se mostrará a continuación, conduce a menudo a encarcelamientos evitables y a un desequilibrio social considerable. Sorprende especialmente el ejemplo de las personas sin refugio u hogar, cuyo número casi se ha duplicado desde 2005, según quienes ayudan a estas personas. En 2015, el número era de 33.256⁷². Para muchas personas su forma de vida conlleva un riesgo mayor de delincuencia, por ejemplo, con respecto al allanamiento de morada, daños en la propiedad, robo, delitos relacionados con las drogas y *Schwarzfahren* (colarse en el transporte público sin pagar). Al mismo tiempo, se hallan indefensos ante los ataques y a menudo sufren violencia⁷³. Muchos entran en un “círculo” de reducción de oportunidades en el mercado laboral, de falta de un “horizonte de planificación” y de delito. También sufren controles constantes y “estrategias de expulsión”, así como un riesgo específico de detención preventiva⁷⁴.

⁶⁹ HOVEN, Elisa, 2017. “Entbehrliche Straftatbestände”, *Deutsche Richterzeitung*, 95(9), 280–285; HARRENDORF, Stefan, 2018. “Überlegungen zur materiellen Entkriminalisierung absoluter Bagatellen am Beispiel der Beförderungsschleichung und des Ladendiebstahls”, *Neue Kriminalpolitik*, 30(3), 250–267.

⁷⁰ Bundeskriminalamt, 2019, p. 46.

⁷¹ Neßeler, 2019.

⁷² DITTMANN, Jörg; DRILLING, Matthias, 2018. “Armut und Wohnungslosigkeit”. En Böhnke, P; Dittmann, J. y Goebel, J. (Eds.). *Handbuch Armut*. Ursachen, Trends, Maßnahmen. Opladen: Barbara Budrich, p. 285.

⁷³ PERMIEN, Hanna; ZINK, Gabriela, 2000. “Jugendliche auf der Straße – unausweichlich delinquent?”. En Ludwig-Mayerhofer, Wolfgang (Hg.). *Soziale Ungleichheit, Kriminalität und Kriminalisierung*. Opladen: Leske + Budrich (Reihe „Sozialstrukturanalyse“, Band 14), p. 153; HAGAN, John y MCCARTHY, Bill, 1997. *Mean Streets: Youth crime and homelessness*, Cambridge: Cambridge University Press.

5. EL PROCESO DE FILTRADO JUDICIAL Y LA TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

En esta sección se examina cómo es en la práctica la ejecución y la imposición de una pena, y se buscan desventajas para los casos de privación económica. ¿Quién es condenado y a través de qué procedimiento? En 2018 hubo cerca de 4,9 millones de procedimientos del Ministerio Fiscal, pero solo en 962.527 se presentó una acusación⁷⁵. En un caso, solo se presenta acusación si el Ministerio Fiscal tiene suficientes sospechas, es decir, si entiende que el procedimiento conducirá a una condena en lugar de a una absolución⁷⁶. También por razones de oportunidad (§§ 153 y ss. StPO), el Ministerio Fiscal puede abstenerse de acusar o solicitar la terminación del procedimiento con el cumplimiento de unas condiciones o requisitos conforme a lo dispuesto en el § 153a StPO⁷⁷. Si la condición consiste en la entrega de una cantidad de dinero, el acusado puede “comprar su salida” de un procedimiento penal si dicho pago es capaz de eliminar el interés público en el enjuiciamiento y la gravedad de la culpa no entra en conflicto. En 2018 se cerraron 140.000 casos con el pago de una suma de dinero a una organización sin fines de lucro o al erario público. Se discute si se trata de una “venta de indulgencias” a través de la cual las personas pueden comprar su salida del procedimiento⁷⁸. De hecho, no hay reglas marco para medir y limitar el requisito dinerario que pre-ordena las desigualdades. La aplicación de esta norma, por lo tanto, alberga el riesgo de un trato desigual y privilegia a los acusados pudientes⁷⁹.

Kolsch⁸⁰ realizó un análisis de expedientes para investigar si las regulaciones existentes en los procedimientos penales o su aplicación por los agentes de la ley perjudican a los sospechosos social y económicamente más débiles. Analizó 404 expedientes de procedimientos penales por lesiones (§ 223 StGB) en el año 2013 en los tribunales de Braunschweig y Hannover (ambos en la Baja Sajonia). Kolsch empleó las características clásicas de la desigualdad social, a saber, el nivel educativo, los ingresos y la ocupación, y las resumió como estatus económico. La comparación de los procedimientos que se iniciaron de acuerdo con el § 153 párrafo 1 o el § 153a párrafo 1 StPO, y aquellos en los que se solicitó una condena o se presentó una acusación, mostró una variación específica de clase en la probabilidad de terminación. Los procedimientos finalizaron de acuerdo con el § 153a párrafo 1 StPO más a menudo cuando el estatus del sospechoso era alto. Por el contrario, cuando el estatus del sospechoso era bajo, el número de acusaciones o de solicitudes de condenas era más frecuente.

Meier y Homann⁸¹ también descubrieron en una observación de expedientes de tribunales de casos de fraude por parte de los proveedores de seguros y los asegurados que había claras diferencias en el uso del § 153a StPO. Mientras que solo el 4% de los procedimientos contra los asegurados acabó sin condena, casi un tercio de los procedimientos contra médicos acabó así, aunque las reclamaciones eran significativamente mayores. El desequilibrio económico existente entre los grupos se reflejó en los requisitos dinerarios: los médicos pagaron alrededor de 11.000€; los asegurados pagaron alrededor de 1.200€. Hubo acuerdos de conformidad con un cuarto de los proveedores de seguros, pero con

⁷⁴ PERMIEN, Hanna; ZINK, Gabriela, 2000. “Jugendliche auf der Straße – unausweichlich delinquent?”, Op. Cit., pp. 156 y 162.

⁷⁵ Statistisches Bundesamt 2019a, p. 26.

⁷⁶ Cfr. EISENBERG, Ulrich; KÖLBEL, Ralf, 2017. “Kriminologie”, Op. Cit., § 27.

⁷⁷ EISENBERG, Ulrich; KÖLBEL, Ralf, 2017. “Kriminologie”, Op. Cit., § 27; ALBRECHT, Peter-Alexis, 2010. *Kriminologie, Eine Grundlegung zum Strafrecht*. 4. Auflage, München: Beck, § 17.

⁷⁸ Cfr. BRÜNING, Janine, 2015. “Die Einstellung nach § 153a StPO – moderner Ablasshandel oder Rettungsanker der Justiz?”. En Rotsch, T.; Brüning, J. y Schady, J. (Eds.). *Strafrecht - Jugendstrafrecht – Kriminalprävention in Wissenschaft und Praxis: Festschrift für Heribert Ostendorf zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 2015* (pp. 125–142). Baden-Baden: Nomos.

⁷⁹ Cfr. KOLSCH, Jana, 2020. *Sozioökonomische Ungleichheit im Strafverfahren, Eine empirische Analyse unter besonderer Berücksichtigung abgekürzter Verfahrensarten*. Berlin u.a.: LIT Verlag (Kriminalwissenschaftliche Schriften, Band 59).

⁸⁰ *Ibidem*, p. 12.

⁸¹ MEIER, Bernd-Dieter, y HOMANN, Denise, 2009. “Die Verfolgungspraxis der Staatsanwaltschaften und Gerichte bei Vermögensstraftaten im System der gesetzlichen Krankenversicherung”, *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 92(4), 359–375.

menos del 4% de los asegurados. Meier y Homann⁸² consideran que hay una razón económica detrás del trato privilegiado a los médicos. Los complejos procedimientos contra ellos serían muy costosos. Con el fin de ahorrar recursos, se suspenden. Los delitos leves cometidos por el asegurado pueden ser, por el contrario, rápidamente identificados y juzgados.

Además, los médicos estuvieron representados legalmente con mucha más frecuencia que los asegurados (76,9 % vs. 32,0 %⁸³). En la muestra de Kolsch⁸⁴, los procedimientos penales con representación legal también fueron más frecuentes de acuerdo con lo dispuesto en el § 153a párrafo 1 StPO. La relación entre la situación financiera y la representación legal fue a su vez tan significativa como la existente entre representación y finalización del procedimiento. Aquí también surgió el problema de la falta de poder para recurrir. En procedimientos penales, los acusados con nivel educativo particularmente escaso renunciaron al recurso. Kolsch⁸⁵ señala que “las personas de clases sociales más bajas tienen peores cartas en los procesos penales por delitos cotidianos”. A medida que aumentaba el estatus socioeconómico, aumentaban en su muestra las posibilidades de un resultado comparable favorable en un procedimiento penal, incluso si se controlaban otros factores influyentes.

6. LA PENA DE MULTA Y LA PENA DE PRISIÓN SUSTITUTIVA

6.1. Sobre el significado de la pena de multa en el sistema alemán de sanciones

La pena de multa es particularmente interesante para la investigación sobre la pobreza y el castigo ya que las consecuencias de la pena difieren notablemente según las circunstancias económicas de la persona condenada. Además, en Alemania, la pena de multa es la sanción más común. De las 653.060 condenas penales⁸⁶ en 2018, 550.312 consistieron en penas de multa, lo que supone el 84% del total⁸⁷. Quien puede pagar la multa cumple rápidamente la ejecución. Quien no puede hacerlo experimenta el impacto de la pena a largo plazo en su estilo de vida. Además, la pena tiene efectos para terceros cuando es abonada por la familia, amigos o empleadores⁸⁸. Incluso algunas facilidades para el pago, como el pago a plazos (§ 42 StGB) o la conmutación por trabajos en beneficio de la comunidad (§ 293 *Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch*, EGStGB) tienen también otras consecuencias añadidas no deseadas y alargan el período para proceder al pago. En consecuencia, los condenados permanecen más tiempo bajo el monitoreo de los fiscales que supervisan la ejecución de la pena. Pero desde el principio, la reducción de las penas de multa pequeñas para las personas condenadas con pocos ingresos es mayor que la reducción de las penas de multa altas para los condenados con elevados ingresos o grandes patrimonios. Finalmente, si una multa no se puede pagar de ningún modo, se sustituye por la pena de prisión (*vid. infra* 6.4). El riesgo de sufrir el mal adicional de la privación de libertad se distribuye de manera desigual; solo lo sufren las personas con poco dinero. La historia legislativa ha abordado este problema pero se decidió conscientemente no tener en cuenta la desigualdad social, como se explica a continuación.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ *Vid.* MEIER, Bernd-Dieter, y HOMANN, Denise, 2009. “Die Verfolgungspraxis der Staatsanwaltschaften und Gerichte bei Vermögensstraftaten im System der gesetzlichen Krankenversicherung, *Ibidem*, p. 367.

⁸⁴ KOLSCH, Jana, 2020. *Sozioökonomische Ungleichheit im Strafverfahren, Eine empirische Analyse unter besonderer Berücksichtigung abgekürzter Verfahrensarten*, Op. Cit.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 3.

⁸⁶ Se incluyen condenas contra adultos y contra jóvenes de 18-20 años, a los que se les aplica el Derecho penal de adultos (*vid.* § 105 *Jugendgerichtsgesetz*, JGG).

⁸⁷ Cfr. Statistisches Bundesamt, 2019b.

⁸⁸ Para Alemania, GEITER, Helmut, 2014. “Bitterste Vollstreckung der mildesten Hauptstrafe des StGB. Erfahrungen bei Haftreduzierungsaktivitäten im Strafvollzug”. En: Neubacher, Frank y Kubnik, Michael (Hrsg.). *Gedächtnisschrift für Michael Walter*. Duncker & Humblot, Berlin, S. 564-583; para Estados Unidos, NAGRECHA, Mitali y FAINSON KATZENSTEIN, Mary (o.J.): *First Person Accounts of Criminal Justice Debt – When All Else Fails, Fining the Family*. [En línea]. Recuperado de: <http://www.communityalternatives.org/pdf/Criminal-Justice-Debt.pdf>.

6.2. Pobreza no planificada

Alemania introdujo el sistema de días multa (§ 49 StGB) en 1975, sistema que sigue el principio de igualdad de trato de las víctimas. En consecuencia, el efecto de la pena debería ser similar cuando la culpabilidad es comparable, incluso con una situación financiera diferente⁸⁹. El importe total de la multa (5€ - 10'8 millones €) se calcula como el producto del número de días (5 - 360) y la cantidad diaria (1 - 30.000€). El número de días expresa la culpabilidad y la cantidad diaria depende de la situación económica del condenado. Nos podemos preguntar aquí si el límite de los 30.000€ es ya un trato preferencial para las personas especialmente ricas pues no parece que sea necesario limitar ese máximo. Por otra parte, las penas de multa no pagadas se sustituyen por una pena de prisión, en donde un día no pagado se reemplaza por un día de prisión (§ 43 StGB). La premisa para la privación de la libertad alternativa es la naturaleza irrecuperable de la multa, es decir, la falta de recursos económicos, que también se puede verificar mediante intentos de embargo. En la historia legislativa se discutió si la privación de libertad por impago de multa es un castigo a la pobreza⁹⁰. No obstante, se mantuvo. Se siguió expresamente una consideración ética según la cual la pobreza es el resultado de un determinado estilo de vida⁹¹. La preocupación de que, en caso contrario, muchos condenados resultarían finalmente impunes en tiempos de crisis económica llevó a prohibir que la pena se pudiera suspender en los supuestos en los que no se podía pagar. La prisión por impago de multa fue y sigue siendo un mecanismo indispensable de presión en la ejecución de las penas de multa⁹². Wilde⁹³ señala que, si se tiene en cuenta la desigualdad social, se debe discutir si la pena de multa es verdaderamente un castigo para las personas que la pueden pagar fácilmente. En caso afirmativo, se podría concluir que es necesario otro sustituto con carácter más punitivo para los privilegiados económicamente. Sin embargo, la discusión solo se centra en los económicamente más débiles. Las tarifas diarias también se calculan de una manera que perjudica a los desfavorecidos económicamente porque la tarifa diaria no se calcula de acuerdo con el principio de pérdida de ingresos, donde el mínimo para la subsistencia tendría que ser excluido del cálculo⁹⁴. El cálculo se basa en el principio del ingreso neto⁹⁵. La tarifa diaria se basa en las ganancias diarias que el condenado obtiene o podría obtener⁹⁶. Se impone así al condenado una multa de 30 días, es decir, un salario mensual completo. El patrimonio que se posee no se tiene en cuenta. Mientras que lo primero perjudica a los pobres, lo segundo favorece a los ricos.

⁸⁹ Cfr. MEIER, Bernd-Dieter, 2019. *Strafrechtliche Sanktionen*, Op. Cit., p. 63; WILDE, Frank, 2016. *Armut und Strafe, Zur strafverschärfenden Wirkung von Armut im deutschen Strafrecht*. Wiesbaden: Springer VS (Perspektiven kritischer Sozialer Arbeit, Band 27), pp. 47-48.

⁹⁰ Cfr. WILDE, Frank, 2016. *Armut und Strafe, Zur strafverschärfenden Wirkung von Armut im deutschen Strafrecht*, Op. Cit.

⁹¹ *Ibidem*, p. 50.

⁹² Cfr. WILDE, Frank, 2016. *Armut und Strafe, Zur strafverschärfenden Wirkung von Armut im deutschen Strafrecht*, *Ibidem*, pp. 61-62. En 2019, la sustitución de la pena de prisión y la posibilidad de evitarla fue nuevamente examinada por el grupo de trabajo de la Conferencia de Ministros de Justicia. Sin embargo, el informe final está clasificado y no es accesible para la doctrina. De acuerdo con el informe final TOP II.15 del grupo de trabajo de los estados federados del Comité de Derecho penal titulado "Examen de opciones de sanciones alternativas: evitar la prisión alternativa del § 43 StGB" solo se ha hecho público que los ministerios federales deben examinar medidas alternativas. *Vid.*

https://www.justiz.nrw.de/JM/jumiko/beschluesse/2019/Fruehjahrskonferenz_2019/TOP-II_15.pdf (último acceso 28.06.2020).

⁹³ WILDE, Frank, 2016. *Armut und Strafe, Zur strafverschärfenden Wirkung von Armut im deutschen Strafrecht*, Op. Cit., p. 113.

⁹⁴ *Ibidem*, pp. 83 y ss.

⁹⁵ La preocupación del legislador era que los tribunales recurrieran cada vez más a penas de prisión cortas porque la pena de multa podría parecer demasiado escasa.

⁹⁶ WILDE, Frank, 2016. *Armut und Strafe, Zur strafverschärfenden Wirkung von Armut im deutschen Strafrecht*, Op. Cit., P. 85.

6.3. La consideración de la pobreza en la determinación de la pena

Las cuotas diarias se pueden usar para determinar el ingreso a partir del cual los tribunales basan sus sentencias. En 2018, la cuota diaria en el 63% de los casos fue como mucho de 25€. De este modo, los tribunales estimaron que los condenados generaron un ingreso neto mensual máximo de 750€. En menos del 4% de las sentencias, los condenados recibieron una cuota diaria de 51€ o más, por lo que los tribunales asumieron que solo 4 de cada 100 condenados tenía un ingreso neto mensual de más de 1.500€ (cálculo propio según Statistisches Bundesamt, 2019b). Sin embargo, a menudo los tribunales no examinan en absoluto los ingresos de los penados. Kolsch⁹⁷ halló poca información sobre los ingresos en los expedientes analizados en relación con condenas penales. La mayoría de los procedimientos penales carecían de la base para una determinación adecuada de la pena de multa: en dos de cada tres expedientes no había información sobre la ocupación y los ingresos. Así y todo, se impusieron multas sin examinar más a fondo las circunstancias económicas. En casi la mitad de los casos, se conocían las multas de condenas anteriores. Para la otra mitad, las cuotas diarias o los ingresos se determinaron sin base para la estimación, aunque esta debe hacerse sobre la base de los hechos establecidos (§ 40 párrafo 3 StGB). Estos procedimientos mostraron un amplio margen con los niveles de la tarifa diaria, de 10 a 50€. Los tribunales no parecen establecer automáticamente cuotas diarias más bajas en caso de incertidumbre de ingresos. Aquí, el sistema de días-multa es una desventaja para las personas pobres condenadas. En concreto, a menudo reciben cuotas diarias demasiado altas, mientras que aquellos con mayores ganancias tienden a recibirlas menores⁹⁸.

Las bases para la estimación también varían entre jueces y fiscales que deben tomar la decisión⁹⁹. En el grupo de discusión de cuatro estados federados de Alemania, la cuota estándar diaria para los beneficiarios del seguro básico (subsidio de desempleo II) osciló entre 7 y 20€. Si se multiplica este valor por el factor 30, el ingreso subyacente se coloca entre 210 y 600€. Los profesionales del Derecho a menudo siguen una idea de autoeficacia en el pago de las multas. Asumen que nadie que lo pueda evitar, quiere ser encarcelado¹⁰⁰. En su opinión, hay dos razones para una pena de prisión sustitutiva: los condenados no hicieron ningún esfuerzo o se negaron a pagar. Conversaciones con asistentes legales y trabajadores sociales revelaron una visión económica del castigo y de la ejecución de la pena en ambos grupos¹⁰¹. En el curso de un procedimiento de ejecución, absolutamente dirigido a la redención, los profesionales coinciden en que la ejecución de las sentencias necesita presión y que los condenados deben cumplir. Sin embargo, es rara la idea del castigo en un estado del bienestar que considera que los condenados necesitan ayuda y que sopesa las consecuencias de la pena.

6.4. Pena de prisión sustitutiva y pobreza

La investigación de Kolsch¹⁰² muestra que las circunstancias económicas del penado son significativas para la probabilidad de tener dificultades de pago y para la imposición de penas sustitutivas. Solo las personas pobres corrían el riesgo de ser encarceladas en lugar de recibir una pena de multa. Jannsen¹⁰³ encontró en el análisis de expedientes un efecto positivo del asistente legal en la ejecución de la pena de multa. De los casos analizados en los que se cumplió una pena de prisión sustitutiva de la multa, el 91'8% no tenían ningún apoyo. Para los que pagaron directamente, fue el 60'3%. Los condenados

⁹⁷ KOLSCH, Jana, 2020. *Sozioökonomische Ungleichheit im Strafverfahren, Eine empirische Analyse unter besonderer Berücksichtigung abgekürzter Verfahrensarten*, Op. Cit.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ Cfr. NAGRECHA, Mitali; BÖGELEIN, Nicole, 2019. "Criminal-Legal System Actors' Practice and Views on Day Fines", *Kriminologie - Das Online Journal | Criminology - The Online Journal*, 1(2), 267-283.

¹⁰⁰ Cfr. NAGRECHA, Mitali; BÖGELEIN, Nicole, 2019. "Criminal-Legal System Actors", *Ibidem*.

¹⁰¹ BÖGELEIN, Nicole, 2016. "Der Sinn von Strafe – Aushandlungsprozesse zwischen Rechtspflegern und Sozialarbeitern aus professionssoziologischer Sicht". En Neubacher, Frank y Bögelein, Nicole (Hrsg.): *Krise – Kriminalität – Kriminologie*. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg, pp. 527-537.

¹⁰² KOLSCH, Jana, 2020. *Sozioökonomische Ungleichheit im Strafverfahren, Eine empirische Analyse unter besonderer Berücksichtigung abgekürzter Verfahrensarten*, Op. Cit., pp. 241 y ss.

¹⁰³ JANNSEN, 1994, pp. 131 y ss.

que cumplen una pena de prisión sustitutiva no solo están peor económicamente. La desigualdad también se encuentra en términos demográficos, económicos, jurídicos y sociales. La probabilidad de cumplir una pena de prisión sustitutiva aumenta con cada cuota diaria adicional¹⁰⁴. En 2017, en Renania del Norte-Westfalia, el 77% de las personas que ingresaron en prisión estaban en paro, la mitad eran parados de larga duración. El 60% no había aprendido ninguna profesión y el 17% solo podía trabajar de manera limitada, según la evaluación médica¹⁰⁵. En Mecklenburg-Pomerania Occidental, tres de cada cuatro personas que cumplieron una pena de prisión sustitutiva estaban en paro al entrar en prisión¹⁰⁶. La situación financiera y los *ingresos* de estos condenados también es relevante. El 16% no tenía ingresos antes de entrar en prisión; solo el 15% tenía ingresos regulares que no procedían de subsidios o transferencias por prestaciones sociales. Solo uno de cada cuatro presos cumpliendo esta pena de prisión sustitutiva estaba libre de deudas; uno de cada diez tenía deudas de más de 20.000€¹⁰⁷. Un análisis de los ingresos basado en la cuota diaria mostró que el 95%, desde el punto de vista judicial, tenía ingresos netos mensuales de menos de 1.000€; solo el 4% ingresaba entre 1.000 y 1.499€ al mes, según el tribunal. Poco menos del 1% tenía ingresos de 1.500€ o más¹⁰⁸.

La investigación muestra que salud y pobreza también están estrechamente vinculadas. El riesgo de enfermedad es menor cuanto más alto es nivel de ingresos¹⁰⁹. Entre los presos sometidos a pena de prisión sustitutiva, las adicciones y los trastornos de ansiedad son significativamente más frecuentes que en la población normal¹¹⁰. Lobitz y Wirth¹¹¹ encontraron indicios de problemas de salud relevantes para la aplicación de la ley en una de cada cuatro personas en Renania del Norte-Westfalia. Uno de cada cinco tenía síndrome de abstinencia al ingresar en prisión, el 16% fueron clasificados con riesgo de suicidio. En Mecklenburg-Pomerania Occidental se consideró que el 25% de los presos cumpliendo penas de prisión sustitutivas necesitaba tratamiento psiquiátrico. El 11,4% reveló que ya había intentado suicidarse antes¹¹². En lo que respecta a su situación de vida, los presos en prisión sustitutiva han sido considerados como pertenecientes a grupos socialmente marginados y aislados personalmente¹¹³. Esto es particularmente evidente en relación con la situación precaria de la vivienda. En Renania del Norte-Westfalia, el 72% de estos presos no tenía un lugar permanente de residencia a su llegada a la prisión, el 11% no tenía alojamiento tras la puerta en libertad, el 12% indicó un centro de terapia o residencial como domicilio tras la puesta en libertad¹¹⁴. Bögelein, Ernst y Neubacher¹¹⁵ documentaron

¹⁰⁴ BÖGELEIN, Nicole; ERNST, André; NEUBACHER, Frank, 2014. "Vermeidung von Ersatzfreiheitsstrafen. Evaluierung justizieller Haftvermeidungsprojekte in Nordrhein-Westfalen". Baden-Baden: Nomos.

¹⁰⁵ LOBITZ, Rebecca; Wirth, Wolfgang, 2018. "Wer ist inhaftiert und warum?", *Forum Strafvollzug*, 67(1), 16–18.

¹⁰⁶ BÖGELEIN, Nicole; GLAUBITZ, Christoffer; NEUMANN, Merten; KAMIETH, Josefine, 2019. „Bestandsaufnahme der Ersatzfreiheitsstrafe in Mecklenburg-Vorpommern“, *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 102(4), pp. 282-296.

¹⁰⁷ LOBITZ, Rebecca; Wirth, Wolfgang, 2018. "Wer ist inhaftiert und warum?", Op. Cit.

¹⁰⁸ BÖGELEIN, Nicole; GLAUBITZ, Christoffer; NEUMANN, Merten; KAMIETH, Josefine, 2019. „Bestandsaufnahme der Ersatzfreiheitsstrafe in Mecklenburg-Vorpommern“, Op. cit.

¹⁰⁹ LAMPERT, Thomas; Kroll Lars Eric, 2010. *Armut und Gesundheit*. Hrsg.: Robert Koch Institut Berlin. GBE kompakt 5/2010 www.rki.de/gbekompakt (Stand: 01.12.2010)..

¹¹⁰ Cfr. MÜLLER-FOTI, G.; ROBERTZ, F.J; SCHILDBACH, S.; WICKENHÄUSER, R., 2007. "Punishing the disoriented? Medical and criminological implications of incarcerating patients with mental disorders for failing to pay a fine", *International Journal of Prisoner Health*, 3(2), 87–97; DUBIELCZYK, Rainer, 2002. "Prävalenz psychischer Störungen bei Ersatzfreiheitsstrafen". Dissertation. Berlin: Freie Universität Berlin.

¹¹¹ LOBITZ, Rebecca; Wirth, Wolfgang, 2018. "Wer ist inhaftiert und warum?", Op. Cit.

¹¹² BÖGELEIN, Nicole; GLAUBITZ, Christoffer; NEUMANN, Merten; KAMIETH, Josefine, 2019. „Bestandsaufnahme der Ersatzfreiheitsstrafe in Mecklenburg-Vorpommern“, Op. cit.

¹¹³ DOLDE, Gabriele, 1999. "Zum Vollzug von Ersatzfreiheitsstrafen". In: Wolfgang Feuerhelm, Hans-Dieter Schwind und Michael Bock (Hrsg.). *Festschrift für ALEXANDER BÖHM zum 70. Geburtstag am 14. Juni 1999*. Berlin: Walter de Gruyter, pp. 581–596.

¹¹⁴ LOBITZ, Rebecca; Wirth, Wolfgang, 2018. "Wer ist inhaftiert und warum?", Op. Cit.

¹¹⁵ BÖGELEIN, Nicole; ERNST, André; NEUBACHER, Frank, 2014. "Vermeidung von Ersatzfreiheitsstrafen. Evaluierung justizieller Haftvermeidungsprojekte in Nordrhein-Westfalen", Op. Cit.

tres situaciones típicas de la vida de las personas que cumplían penas de prisión sustitutivas. Las circunstancias de vida se describieron como “sumamente difíciles” si habían sufrido un acontecimiento vital crítico poco antes de entrar en prisión; como vida “permanente desordenada” si las estructuras cotidianas habían desaparecido durante mucho tiempo y había un problema de adicción; como “desolada” si la persona carecía, además, de una residencia permanente.

El riesgo de cumplir una pena de prisión sustitutiva por impago de multa varía considerablemente y es mayor en los delitos asociados a la pobreza. La diferencia es clara entre los “delitos de riqueza”, en los que el autor debe tener acceso a cierta cantidad de recursos financieros, y los “delitos de pobreza”, en su mayoría cometidos por personas sin recursos económicos¹¹⁶. Un análisis de todas las penas de multa pagadas entre 2010 y 2012 en Renania del Norte-Westfalia mostró que uno de cada siete condenados por *Schwarzfahren* (no pagar en el transporte público) cumplió posteriormente, al menos en parte, una pena de prisión sustitutiva. Por otro lado, solo uno de cada 43 condenados por infringir la legislación tributaria, cumplió una pena de prisión sustitutiva.

Un análisis de los datos del centro penitenciario de Colonia de los años 2017-2019 mostró que, de los 3.557 internos por prisión sustitutiva, solo el 31,8% salió antes, ya pagando el total de la cuantía o una parte pero acordando nuevas cuotas. Estadísticamente, las mujeres logran esto en mayor medida que los hombres, al igual que las personas de nacionalidad alemana. Otro efecto significativo se encontró con respecto a los delitos. Las personas condenadas por delitos que generalmente requieren tener un patrimonio (fraude y delitos contra la seguridad vial) tenían más posibilidades de pagar para evitar la prisión. Las personas condenadas a penas de multa por delitos contra la propiedad eran menos propensas a esto en comparación con otros grupos de delitos. La idea de que al final la prisión hace que los morosos cumplan sus obligaciones de pago resulta ser errónea en estos casos. En cambio, estos datos corroboran la impresión de que la prisión no puede combatir la pobreza y que en su lugar debería existir una alternativa.

Desde 2012, el número de personas que han evitado una pena de prisión sustitutiva a través de trabajos en beneficio de la comunidad ha disminuido constantemente, de los cerca de 38.000 a los cerca de 23.000 en 2018 (Statistisches Bundesamt, 2019). Esto puede explicarse por las cargas para este grupo. Los afectados están sobrecargados con la vida cotidiana y apenas están en condiciones de realizar una actividad regulada, por lo que muchas personas descartan la posibilidad de evitar la pena de prisión sustitutiva mediante la realización de trabajos en beneficio de la comunidad. Además, esta opción requiere que el responsable de pagar la multa presente la correspondiente solicitud, es decir, que tenga iniciativa, lo cual suele faltar debido a restricciones. Independientemente de esto, también nos podemos preguntar si no se trata de un aumento de la desigualdad social y un aumento del castigo si el trabajo en beneficio de la comunidad afecta exclusivamente o predominante a los económicamente más débiles (cfr. Wilde, 2017).

7. CONCLUSIÓN

Este trabajo ha puesto de manifiesto que para responder a la pregunta de la relación entre pobreza y delincuencia se debe tener en cuenta la perspectiva etiológica, así como las teorías del control. La pobreza, en el sentido de privación absoluta, no es causa de la criminalidad. La pobreza va mucho más allá de aspectos económicos, representa desventajas sociales con respecto a la educación, salud, vivienda, trabajo, riesgo de victimización y el nivel general de vida. Los efectos de la pobreza sobre la delincuencia se ven favorecidos por procesos de desigualdad que determinan quién está expuesto a influencias sociales desfavorables, quién puede desarrollar tales influencias hacia la resiliencia, quién vive en lugares donde ya no se ejerce un control social informal efectivo o quién está sujeto a un mayor control por parte de las instancias de control formal. En consecuencia, los estudios empíricos no han demostrado vínculos directos entre pobreza y delito. Por lo tanto, el problema de la delincuencia no puede atribuirse, simplemente, a los pobres o a los estratos sociales más bajos. Los grupos en desventaja social o económica se perciben, en parte, como particularmente diferentes. Esto puede deberse,

¹¹⁶ Ibidem.

al menos parcialmente, al hecho de que la delincuencia callejera, los robos y los delitos violentos que acontecen en los espacios públicos son mucho más visibles que la criminalidad económica, cuyos autores proceden a menudo de las clases sociales más acomodadas.

En última instancia, la pobreza es un factor para el desarrollo, como lo es la experiencia con la violencia. Y reduce el poder de recurrir en el procedimiento penal. Los ejemplos expuestos relativos a las actuaciones procesales y a la pena de prisión sustitutiva han dejado claro hasta qué punto la legislación y la aplicación de la ley perjudican a los pobres. El Derecho penal y la Ciencia penal deben tomar nota de los resultados estadísticos y criminológicos sobre la realidad de los procedimientos penales. Sobre esta base, debería crecer la voluntad de hacer normas más precisas en relación con la práctica judicial, por ejemplo, en relación con la determinación de la situación real de ingresos a la hora de imponer las cuotas diarias. Al final, podría existir incluso una voluntad para retirar parcialmente al Estado el derecho al castigo y no dejar la delincuencia de las personas pobres – de manera análoga a lo que se hace con los delincuentes drogodependientes – solo al programa normativo estándar del Derecho penal. En lugar de esto, se deberían fortalecer los enfoques del estado del bienestar en el sentido de una estrategia para minimizar el daño social (ej. asistencia a delincuentes, ayuda para adicciones, asesoramiento sobre deudas, clínicas ambulatorias para enfermos mentales y personas necesitadas, ayuda para capacitación y formación profesional). El Derecho penal y la ejecución de las penas no deberían afectar particularmente a las personas que ya están en situación de desventaja.

BIBLIOGRAFÍA

- AGNEW, Robert, 1992. "Foundation for a General Strain Theory of Crime and Delinquency", *Criminology*, 30(1), 47-87.
- ALBRECHT, Peter-Alexis, 2010. *Kriminologie, Eine Grundlegung zum Strafrecht*. 4. Auflage, München: Beck.
- ALVAZZI DEL FRATE, Anna (ed.), 1998. *Victims of Crime in the Developing World*. Rome: UNICRI.
- BECKER, Howard S., 1973. *Außenseiter: Zur Soziologie abweichenden Verhaltens*. Frankfurt a.M.: Fischer.
- BÖGELEIN, Nicole; GLAUBITZ, Christoffer; NEUMANN, Merten; KAMIETH, Josefine, 2019. „Bestandsaufnahme der Ersatzfreiheitsstrafe in Mecklenburg-Vorpommern“, *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 102(4), S. 282-296.
- BÖGELEIN, Nicole; KAWAMURA-REINDL, Gabriele, 2017. "Gemeinnützige Arbeit zur Vermeidung von Ersatzfreiheitsstrafen". En: Cornel, Heinz; Kawamura-Reindl, Gabriele und Rüdiger Sonnen, Bernd (Hrsg.): *Resozialisierung. Handbuch*. Baden-Baden: Nomos, S. 249-264.
- BÖGELEIN, Nicole, 2016. "Der Sinn von Strafe – Aushandlungsprozesse zwischen Rechtspflegern und Sozialarbeitern aus professionssoziologischer Sicht". En Neubacher, Frank y Bögelein, Nicole (Hrsg.): *Krise – Kriminalität – Kriminologie*. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg, S. 527-537
- BÖGELEIN, Nicole; ERNST, André; NEUBACHER, Frank, 2014. "Vermeidung von Ersatzfreiheitsstrafen. Evaluierung justizieller Haftvermeidungsprojekte in Nordrhein-Westfalen". Baden-Baden: Nomos.
- BÖGELEIN, Nicole; GRAAFF, Annette; GEISLER, Melanie, (in Vorbereitung). "Wenn das Kind schon in den Brunnen gefallen ist – Haftvermeidung in der JVA Köln". Zur Veröffentlichung in Forum Strafvollzug.
- BRÜNING, Janine, 2015. "Die Einstellung nach § 153a StPO – moderner Ablasshandel oder Rettungsanker der Justiz?". En Rotsch, T.; Brüning, J. y Schady, J. (Eds.). *Strafrecht - Jugendstrafrecht – Kriminalprävention in Wissenschaft und Praxis: Festschrift für Heribert Ostendorf zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 2015* (pp. 125-142). Baden-Baden: Nomos.
- BRUNS, Werner (1993): *Sozialkriminalität in Deutschland*. Frankfurt a.M., Berlin: Ullstein.
- BUNDESARBEITSGEMEINSCHAFT FÜR STRAFFÄLLIGENHILFE (BAG-S) (2005): *Informationsdienst Straffälligenhilfe, Sonderheft: Armut, Reichtum und Straffälligkeit*, Text: Wolfgang Wittmann. Bonn: Eigenverlag.
- BUNDESKRIMINALAMT, 2019. *Polizeiliche Kriminalstatistik 2018, Band 1: Fälle, Aufklärung, Schaden*. Wiesbaden: BKA.
- BUNDESMINISTERIUM DES INNERN; BUNDESMINISTERIUM DER Justiz, 2006. *Zweiter Periodischer Sicherheitsbericht*. Berlin.
- BUNDESMINISTERIUM FÜR ARBEIT UND SOZIALES, 2017. *Lebenslagen in Deutschland, Der Fünfte Armuts- und Reichtumsbericht der Bundesregierung*. [En línea]. Bonn. Recuperado de: https://www.armuts-und-reichtumsbericht.de/SharedDocs/Downloads/Berichte/5-arb-langfassung.pdf?__blob=publicationFile&v=6.
- CHRISTIE, Nils, 1995. *Kriminalitätskontrolle als Industrie, Auf dem Weg zu Gulags westlicher Art*. Pfaffenweiler: Centaurus.
- CLINARD, Marshall B.; ABBOTT, Daniel J., 1973. *Crime in Developing Countries: A Comparative Perspective*. New York: Wiley.
- COHEN, Lawrence E.; FELSON, Marcus (1979): Social change and crime rate trends: A routine activity approach. *American Sociological Review*, 44(4), 588-608.
- COVIN, Larry (2012): Homelessness, poverty, and incarceration: The criminalization of despair. *Journal of Forensic Psychology Practice*, 12(5), 439-456.
- CREMER-SCHÄFER, Helga, 1998. "Weshalb Arme so leicht kriminell werden müssen", *Neue Kriminalpolitik*, 10(4), 33-37.

- CREMER-SCHÄFER, Helga, 1995. "Wem nützt Armutskriminalität?", *Neue Kriminalpolitik*, 7(4), 17–17.
- DITTMANN, Jörg; DRILLING, Matthias, 2018. "Armut und Wohnungslosigkeit". En Böhnke, P; Dittmann, J. y Goebel, J. (Eds.). *Handbuch Armut*. Ursachen, Trends, Maßnahmen. Opladen: Barbara Budrich, S. 282–293.
- DOLDE, Gabriele, 1999. "Zum Vollzug von Ersatzfreiheitsstrafen". In: Wolfgang Feuerhelm, Hans-Dieter Schwind und Michael Bock (Hrsg.). *Festschrift für ALEXANDER BÖHM zum 70. Geburtstag am 14. Juni 1999*. Berlin: Walter de Gruyter, S. 581–596.
- DUBIELCZYK, Rainer, 2002. "Prävalenz psychischer Störungen bei Ersatzfreiheitsstrafen". Dissertation. Berlin: Freie Universität Berlin.
- DUNAWAY, R. Gregory; CULLEN, Francis T; BURTON, Velmer S.; EVANS, T. David, 2000. "The myth of social class and crime revisited: An examination of class and adult criminality". *Criminology*, 38(2), 589–632.
- EICHENHOFER, Eberhard, 2007. "Geschichte des Sozialstaats in Europa, Von der „sozialen Frage“ bis zur Globalisierung". München: Beck.
- EISENBERG, Ulrich; KÖLBEL, Ralf, 2017. "Kriminologie", 7. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck.
- ESPING-ANDERSEN, Gøsta, 1990. *The Three Worlds of Welfare Capitalism*. Cambridge: Polity Press.
- FEEST, Johannes; BLANKENBURG, Erhard, 1972. "Die Definitionsmacht der Polizei. Strategien der Strafverfolgung und soziale Selektion". Düsseldorf: Bertelsmann Universitätsverlag.
- FOUCAULT, Michel, 1976. "Überwachen und Strafen, Die Geburt des Gefängnisses". Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- GARLAND, David, 2008. "Kultur der Kontrolle. Verbrechensbekämpfung und soziale Ordnung in der Gegenwart". Frankfurt a.M.: Campus.
- GARSIDE, Richard, 2011. "Über die Frage, warum in Großbritannien so viele Menschen inhaftiert sind", *Forum Strafvollzug*, 60(4), 249–251.
- GEITER, Helmut, 2014. "Bitterste Vollstreckung der mildesten Hauptstrafe des StGB. Erfahrungen bei Haftreduzierungsaktivitäten im Strafvollzug". En: Neubacher, Frank y Kubnik, Michael (Hrsg.). *Gedächtnisschrift für Michael Walter*. Duncker & Humblot, Berlin, S. 564-583.
- GROENEMEYER, Axel; RATZKA, Melanie, 2012. "Armut, Deprivation und Exklusion als soziales Problem". En Albrecht, Günter y Groenemeyer, Axel (Hrsg.). *Handbuch soziale Probleme*, Band 1, 2. Auflage. Wiesbaden: Springer VS, S. 367–432.
- HAGAN, John y MCCARTHY, Bill, 1997. *Mean Streets: Youth crime and homelessness*, Cambridge: Cambridge University Press.
- HARRENDORF, Stefan, 2018. "Überlegungen zur materiellen Entkriminalisierung absoluter Bagatellen am Beispiel der Beförderungerschleichung und des Ladendiebstahls", *Neue Kriminalpolitik*, 30(3), 250–267. DOI:10.5771/0934-9200-2018-3-250
- HEIMER, Karen, 2019. "Inequalities and crime", *Criminology*, 57(3), 377–394.
- HIRTENLEHNER, Helmut; Hummelsheim, Dina, 2011. "Schützt soziale Sicherheit vor Kriminalitätsfurcht? Eine empirische Untersuchung zum Einfluss wohlfahrtsstaatlicher Sicherungspolitik auf das kriminalitätsbezogene Sicherheitsbefinden", *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 94(3), 178–198.
- HOVEN, Elisa, 2017. "Entbehrliche Straftatbestände", *Deutsche Richterzeitung*, 95(9), 280–285.
- HRADIL, Stefan, 2001. *Soziale Ungleichheit in Deutschland*, 8. Auflage. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.
- JEHLE, Jörg-Martin; FEUERHELM, Wolfgang; BLOCK, Petra (Hrsg.), 1990. "Gemeinnützige Arbeit statt Ersatzfreiheitsstrafe. Forschungskolloquium zu einer bundesweiten Untersuchung", *Kriminologische Zentralstelle KrimZ*. Wiesbaden: Eigenverlag Kriminologische Zentralstelle e.V. (Berichte, Materialien, Arbeitspapiere aus der Kriminologischen Zentralstelle, Heft 4).
- KAISER, Günther; SCHÖCH, Heinz, 2002. *Strafvollzug*, 5. Auflage. Heidelberg: C.F. Müller.

- KAISER, Günther, 1996. *Kriminologie, Ein Lehrbuch*, 3. Auflage. Heidelberg: C.F. Müller.
- KÄHLER, Anja, 2002. "Tilgung uneinbringlicher Geldstrafen durch gemeinnützige Arbeit", *Praktische Möglichkeiten der Haftvermeidung - untersucht und erörtert am Beispiel des Praxisprojektes «Gemeinnützige Arbeit» beim Caritasverband Geldern-Kevelaer e.V.* Münster: LIT Verlag.
- KOLSCH, Jana, 2020. *Sozioökonomische Ungleichheit im Strafverfahren, Eine empirische Analyse unter besonderer Berücksichtigung abgekürzter Verfahrensarten*. Berlin u.a.: LIT Verlag (Kriminalwissenschaftliche Schriften, Band 59).
- KÜHNE, Hans-Heiner, 2015. *Strafprozessrecht* (9th ed.). Heidelberg: C. F. Müller.
- LAMPERT, Thomas; Kroll Lars Eric, 2010. *Armut und Gesundheit*. Hrsg.: Robert Koch Institut Berlin. GBE kompakt 5/2010 www.rki.de/gbekompakt (Stand: 01.12.2010)
- LAPPI-SEPPÄLÄ, Tapio, 2011. "Explaining imprisonment in Europe", *European Journal of Criminology*, 8(4), 303–328.
- LIBERMAN, Akiva M.; KIRK, David S.; KIM, Kideuk, 2014. "Labeling effects of first juvenile arrests: Secondary deviance and secondary sanctioning", *Criminology*, 52(3), 345–370.
- LOBITZ, Rebecca; Wirth, Wolfgang, 2018. "Wer ist inhaftiert und warum?", *Forum Strafvollzug*, 67(1), 16–18.
- LUDWIG, Monika, 1996. *Armutskarrieren, Zwischen Abstieg und Aufstieg im Sozialstaat*. Opladen: Westdeutscher Verlag (Studien zur Sozialwissenschaft, Band 165).
- MARX, Karl, 1970. "Verhandlungen des 6. rheinischen Landtags, von einem Rheinländer, Dritter Artikel: Debatten über das Holzdiebstahls-gesetz". En Marx, Karl y Engels, Friedrich: *Werke, Band 1*. Berlin: Institut für Marxismus-Leninismus beim ZK der SED, 109-147.
- MEIER, Bernd-Dieter, 2019. *Strafrechtliche Sanktionen* (5. Auflage 2019). Springer-Lehrbuch. Heidelberg: Springer.
- MEIER, Bernd-Dieter, y HOMANN, Denise, 2009. "Die Verfolgungspraxis der Staatsanwaltschaften und Gerichte bei Vermögensstraftaten im System der gesetzlichen Krankenversicherung", *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 92(4), 359–375.
- MERTON, Robert K., 1968. "Sozialstruktur und Anomie". En Sack, Fritz y König, René (Hrsg.). *Kriminalsoziologie*. Frankfurt a.M.: Akademische Verlagsgesellschaft, 283-313.
- MESSNER, Steven F.; ROSENFELD, Richard, 2012. *Crime and the American Dream*, 5th edition. Belmont, CA: Wadsworth.
- MÜLLER-FOTI, G.; ROBERTZ, F.J.; SCHILDBACH, S.; WICKENHÄUSER, R., 2007. "Punishing the disoriented? Medical and criminological implications of incarcerating patients with mental disorders for failing to pay a fine", *International Journal of Prisoner Health*, 3(2), 87–97.
- NAGRECHA, Mitali; BÖGELEIN, Nicole, 2019. "Criminal-Legal System Actors' Practice and Views on Day Fines", *Kriminologie - Das Online Journal | Criminology - The Online Journal*, 1(2), 267-283.
- NAGRECHA, Mitali y FAINSOD KATZENSTEIN, Mary (o.J.): First Person Accounts of Criminal Justice Debt – When All Else Fails, Fining the Family. [En línea]. Recuperado de: <http://www.communityalternatives.org/pdf/Criminal-Justice-Debt.pdf>.
- NESSELER, Karin, 2019. "Finanzielle Begleitkosten ambulanter jugendstrafrechtlicher Sanktionen, Eine Gefahr für die spezialpräventive Zielsetzung im Jugendstrafrecht", *Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe*, 30(4), 359–366.
- NEUBACHER, Frank, 2020. *Kriminologie*, 4. Auflage. Baden-Baden: Nomos.
- NEUBACHER, Frank; GROTE, Ulrike, 2016. "Rurale Kriminalität in Entwicklungsländern". *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 99(3), 199–214.
- NEWBURN, Tim (ed.), 2009. *Key readings in criminology*. Cullompton: Willan Publishing.
- NG, Irene Y. H.; SARRI, Rosemary C.; STOFFREGEN, Elizabeth, 2013. "Intergenerational incarceration: Risk factors and social exclusion", *Journal of Poverty*, 17(4), 437-459.

- OBERWITTLER, Dietrich, 2018. *Stadtstruktur und Kriminalität*. En Hermann, Dieter y Pöge, Andreas (Hrsg.). *Kriminalsoziologie, Handbuch für Wissenschaft und Praxis*. Baden-Baden: Nomos, 317–336.
- OHLEMACHER, Thomas, 2000. “How far can you go? Empirische Sozialforschung, Kriminologie und Kriminalisierung. Das Beispiel Armut und Kriminalität”. En Ludwig-Mayerhofer, Wolfgang (Hg.). *Soziale Ungleichheit, Kriminalität und Kriminalisierung*. Opladen: Leske + Budrich (Reihe „Sozialstrukturanalyse“, Band 14), 203–233.
- OUSEY, Graham C.; Lee, Matthew R., 2013. “Community, inequality, and crime”. En Cullen, Francis T. y Wilcox, Pamela (eds.). *The Oxford Handbook of Criminological Theory*. Oxford: Oxford University Press, 352–369.
- PERMIEN, Hanna; ZINK, Gabriela, 2000. “Jugendliche auf der Straße – unausweichlich delinquent?”. En Ludwig-Mayerhofer, Wolfgang (Hg.). *Soziale Ungleichheit, Kriminalität und Kriminalisierung*. Opladen: Leske + Budrich (Reihe „Sozialstrukturanalyse“, Band 14), 149–174.
- PFEIFFER, Christian; WINDZIO, Michael; KLEIMANN, Matthias, 2004. Die Medien, das Böse und wir. Zu den Auswirkungen der Mediennutzung auf Kriminalitätswahrnehmung, Strafbedürfnisse und Kriminalpolitik. *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 87(6), 415–435.
- PFEIFFER, Christian; OHLEMACHER, Thomas, 1995. “Anstieg der (Gewalt-)Kriminalität und der Armut junger Menschen”. En Lamnek, Siegfried (Hg.). *Jugend und Gewalt – Devianz und Kriminalität in Ost und West*. Opladen: Leske + Budrich, S. 259–276.
- PILGRAM, Arno, 1998. “Freiheitsstrafe als Fangnetz für Arme”, *Neue Kriminalpolitik*, 10(4), 21–26.
- SEEBODE, Manfred, 1999. “Problematische Ersatzfreiheitsstrafe”. En Feuerhelm, Wolfgang; Schwind, Hans-Dieter y Bock, Michael (Hg.). *Festschrift für ALEXANDER BÖHM zum 70. Geburtstag am 14. Juni 1999*. Berlin: Walter de Gruyter GmbH & Co. KG, S. 519–552.
- SHELLEY, Louise I., 1981. *Crime and Modernization: The Impact of Industrialization and Urbanization on Crime*. Carbondale: Southern Illinois University Press.
- SMITH, Laura; ALLEN, Alizah; BOWEN, Rashidah, 2010. “Expecting the worst: Exploring the associations between poverty and misbehavior”. *Journal of Poverty*, 14(1), 33–54.
- Statistisches Bundesamt, 2019a. *Fachserie 10, Reihe 2.6, Rechtspflege: Staatsanwaltschaften*, 2018. Wiesbaden.
- Statistisches Bundesamt, 2019b. *Fachserie 10, Reihe 3, Rechtspflege: Strafverfolgung*, 2018. Wiesbaden.
- Statistisches Bundesamt, 2019c. *Statistisches Jahrbuch Deutschland 2019*. Wiesbaden.
- TIERNEY, John, 2006. *Criminology: Theory and context, second edition*. London: Pearson Longman.
- VAN DIJK, Jan, 2008. *The World of Crime: Breaking the Silence on Problems of Security, Justice, and Development Across the World*. Los Angeles, London, New Delhi, Singapore: Sage.
- WACQUANT, Loïc, 2009. *Bestrafen der Armen. Zur neoliberalen Regierung der sozialen Unsicherheit*. Opladen: Verlag Barbara Budrich.
- WALTER, Michael, 1999. *Strafvollzug, 2. Auflage*. Stuttgart u.a.: Richard Boorberg Verlag.
- WALTER, Michael, 1996. “Kriminalpolitik mit der Polizeilichen Kriminalstatistik? Artikulation eines Unbehagens über den derzeitigen Kurs der Deutschen Jugendgerichtsvereinigung”. *DVJJ-Journal*, 7(153), S. 209–214.
- WIKSTRÖM, Per-Olof H.; Treiber, Kyle, 2016. “Social Disadvantage and Crime: A Criminological Puzzle”. *American Behavioral Scientist*, 60(10), 1232–1259.
- WILDE, Frank, 2017. “Wenn Armut zur Strafe wird. Die freie, gemeinnützige Arbeit in der aktuellen Sanktionspraxis”. *Neue Kriminalpolitik*, 29(2), 205–219. DOI:10.5771/0934-9200-2017-2-205
- WILDE, Frank, 2016. *Armut und Strafe, Zur strafverschärfenden Wirkung von Armut im deutschen Strafrecht*. Wiesbaden: Springer VS (Perspektiven kritischer Sozialer Arbeit, Band 27).
- ZIEGLER, Rebecca, 2009. *Soziale Schicht und Kriminalität*. Berlin u.a.: LIT Verlag (Kriminalwissenschaftliche Schriften, Band 24).

Revista **SISTEMA PENAL CRÍTICO**

**LA REPRESIÓN PENAL DE LA PROTESTA ANTICAPITALISTA EN TRES
EJEMPLOS: LAS FALSAS IMPUTACIONES POLICIALES,
LA EXISTENCIA DE LISTAS NEGRAS Y LA IMPUNIDAD DEL DISPARO
DOLOSO DE BOLAS DE GOMAS CONTRA MANIFESTANTES¹**

**THE CRIMINAL REPRESSION OF THE ANTI-CAPITALIST PROTEST
AMONG THREE EXAMPLES: FALSE ACCUSATION FOR OFFENCES,
THE EXISTENCE OF BLACK LISTS AND THE IMPUNITY OF THE
INTENTIONAL SHOOTING OF RUBBER BALLS AGAINST PROTESTERS**

Guillermo Portilla Contreras

Catedrático Derecho Penal. Universidad de Jaén

¹ Este trabajo original forma parte del Proyecto de investigación *Aporofobia y Derecho Penal*, dirigido por Ana Pérez Cepeda. Referencia: RTI2018-095155-B-C21.

Financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación

RESUMEN:

Contra los miembros de los movimientos sociales que cuestionan el neoliberalismo, que reivindican derechos económicos, suelen emplearse tres técnicas policiales ilícitas que cuentan con respaldo judicial: una es el recurso a la falsa imputación por los delitos de atentado, resistencia y desobediencia contra los que ejercen derechos fundamentales de reunión, manifestación, etc.; la segunda, la existencia de bases de datos ilegales que contienen referencias a la ideología y pertenencia sindical de sujetos sin antecedentes penales; la tercera, la genérica impunidad de la conducta consistente en disparar bolas de goma contra manifestantes no violentos.

ABSTRACT:

Three police techniques are used against the members of social movements against neoliberalism reclaiming economic rights. The first one is the use of the false accusation for offences of attack (“atentado”), resistance (“resistencia”), and disobedience (“desobediencia”). The second one is the existence of illegal data basis that contain references to the ideology and union belonging. The third one is the impunity of the conduct of shooting rubber balls against pacific demonstrators.

PALABRAS CLAVE:

protesta social; detención ilegal; prevaricación; falsedad en documento

KEYWORDS:

social protest; illegal detention; perversion of justice; falseness

SUMARIO:

1. Introducción. 2. Aplicación del tipo privilegiado del artículo 163.4 Cp. al funcionario público que practica una detención con conocimiento de su ilegalidad. 2.1 El acuerdo adoptado en el pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, el 27 enero 2009. 2.1.1 ¿Supone realmente un privilegio la aplicación del 163.4 CP? Dos tesis contrapuestas. 2.2. Réplica a la autodenominada “Tesis triunfante”. 3. ¿Existen las listas negras policiales? 4. Amparo judicial del disparo doloso de pelotas de goma contra manifestantes. 5. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La progresiva desaparición del Estado Social de Derecho, la situación de excepcionalidad decretada por el mercado privando a los ciudadanos del derecho a decidir y a los Estados del principio de soberanía por las exigencias del Banco Central europeo, la Comisión y el Fondo Monetario Internacional, ha culminado con una suspensión generalizada de los derechos económicos, sociales, sindicales, laborales, etc. Al fin de contrarrestar la ofensiva de los poderes financieros emergen nuevos sujetos históricos y resucitan otros clásicos: disidentes, indignados, desobedientes, estudiantes, pensionistas, trabajadores, desocupados, inmigrantes². En definitiva, los auto expulsados del contrato social y los excluidos o potencialmente excluidos de la organización formal son los que reclaman desde escenarios públicos que se respeten los derechos constitucionales³.

Cierto es que el Estado se enfrenta a nuevas formas del ejercicio de la protesta: al clásico poder sindical patentizado en la convocatoria de huelgas generales, o a la organización en la lucha por los derechos de partidos de izquierda, hay que sumar hoy la aparición de modelos de resistencia muy similares en estrategia a los movimientos del Mayo del 68, lo que BADIOU denomina “las características invariantes del comunismo en tanto que movimiento”⁴.

Sin embargo, las estrategias empleadas por Juventud Sin Futuro, en la calle y en redes sociales, por la plataforma Democracia Real Ya, el 15 de mayo de 2011, el 15-M, las propuestas de la Plataforma de Afectados por la Hipoteca⁵, están concretamente en deuda con los movimientos antiglobalización, sus métodos asamblearios, trabajos en redes, crítica a las formas del ejercicio del poder⁶. Este movimiento de movimientos (un concepto quizá más correcto que el de movimiento antiglobalización) fue un conglomerado de grupos de izquierda, de organizaciones no gubernamentales, sindicatos, etc., que “surgen” en las manifestaciones de Seattle en 1999 y continúan posteriormente en Praga, Porto Alegre, Gotemburgo, Barcelona, Génova⁷, con una finalidad esencial, la resistencia frente a la globalización capitalista neoliberal, siendo indiferente el concreto sector ideológico al que pertenecían o el ámbito de su lucha: ecologista, feminista, anticapitalista. La herencia de estas redes de movimientos la encontramos en las concentraciones contra los desahucios, la ocupación pacífica del domicilio de personas jurídicas, las formas no convencionales de huelga, la lucha por un nuevo modelo constitucional, nuevos derechos, la renta básica, el rechazo de la deuda, la libertad de fronteras, la persecución de cualquier forma de esclavitud como el trabajo servil, en definitiva, la búsqueda de una sociedad igualitaria y libre.

Como era de esperar, las maniobras empleadas en la consecución de aquellos objetivos: bloqueo de viviendas pendientes de desahucios, protección de inmigrantes irregulares, técnicas de desobediencia civil, concentraciones y manifestaciones ante residencias de políticos, bancos, Organismos internacionales, Parlamentos, etc.⁸, han generado la reacción del Leviatán. Se ha intuido el peligro que representan estos grupos como altavoces de las reclamaciones de los colectivos más vulnerables y la réplica institucional ha sido inmediata: reforma del Código penal y aprobación de una nueva LOPSC con la finalidad de otorgar un poder omnímodo a las Fuerzas y Cuerpos de seguridad (incluyendo a

² Sobre los grupos que componen los movimientos de protesta, CASTELLS M, *Redes de indignación y esperanza*. Alianza editorial, Madrid, 2015, p. 126.

³ Cfr. MONEREO, M, *De la Crisis a la Revolución Democrática*. El viejo Topo, 2013, pp.67-68.

⁴ BADIOU, A, “La Impotencia contemporánea”. *El Síntoma griego. Posdemocracia, guerra monetaria y resistencia social en la Europa de hoy. Errata naturae*, Madrid, 2013, p. 191,

⁵ PISARELLO G/ASENS, J, *La Bestia sin bozal. En defensa del derecho a la protesta*, Catarata, Madrid, 2014, pp.22, 36, 37.

⁶ Cfr. BOTÉY J. “Movimientos sociales y globalización”. *La batalla de Génova*. El viejo topo. 2001, p. 31.

⁷ Cfr. COLOM JAÉN, A. “Apuntes sobre el orden global neoliberal al alba del siglo XXI”. *La batalla de Génova*. El viejo topo. 2001, p. 35.

⁸ Sobre la composición de los movimientos de protesta, CASTELLS M, *Redes de indignación y esperanza*. Alianza editorial, Madrid, 2015, p.143.

la seguridad privada), transformando en ilícitas cada una de las legítimas conductas de los movimientos de desobediencia civil.

Contra los miembros de esos colectivos que reivindican derechos, que cuestionan el neoliberalismo, suelen emplearse tres técnicas policiales ilícitas que cuentan con respaldo judicial. Una es el recurso policial a la falsa imputación por los delitos de atentado, resistencia y desobediencia contra los que ejercen derechos fundamentales de reunión, manifestación, etc.; la segunda, la existencia de bases de datos ilegales que contienen referencias a la ideología y pertenencia sindical del controlado sin antecedentes penales; la tercera, la genérica impunidad de la conducta consistente en disparar con bolas de goma contra manifestantes no violentos.

2. APLICACIÓN DEL TIPO PRIVILEGIADO DEL ARTÍCULO 163.4 CP AL FUNCIONARIO PÚBLICO QUE PRACTICA UNA DETENCIÓN CON CONOCIMIENTO DE SU ILEGALIDAD

2.1 El acuerdo adoptado en el pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, el 27 enero 2009.

El Acuerdo adoptado en el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, el 27 enero 2009 (JUR 2009\100286), determinó la posibilidad de fijar la sanción del funcionario que practica una detención, guiado por un móvil privado, sin ninguna causa que justifique la privación de libertad, sin perseguir, en definitiva una finalidad pública, a través de la remisión del artículo 167⁹ al 163.4¹⁰, siempre que, finalmente, se entregue inmediatamente el detenido a la autoridad.

La decisión consistió en que «la remisión que el artículo 167 del Código Penal hace al artículo 163, alcanza también al apartado 4 de este último.» Acuerdo que posteriormente fue ratificado por la Sentencia del Tribunal Supremo 197/2009, de 3 marzo (RJ 2009\4145), defendiendo la compatibilidad entre los artículos 167 y 163.4.

En un trabajo anterior comenté que tal planteamiento supone el retorno, por vía jurisprudencial, a la situación de privilegio vivida por los funcionarios en el periodo anterior a la reforma del Código penal de 1995¹¹. Comentario que ha generado la sorpresa, por su radicalidad, de algún colega de Derecho penal del que luego hablaré.

2.1.1 ¿Supone realmente un privilegio la aplicación del 163.4 CP? Dos tesis contrapuestas.

Lo que en verdad se está proponiendo es que cuando el funcionario detenga con una intención privada, conociendo que actúa fuera de los supuestos legales, sin que medie delito, pero con la intención posterior de entregar al detenido a la autoridad judicial, el precepto aplicable no es el artículo 167 (mitad superior e inhabilitación absoluta) con relación al tipo básico del 163.1 (pena de prisión de cuatro a seis años) o los agravados en función de las características del caso, sino el 167 en combinación con el atenuado del 163.4 (multa de tres a seis meses).

Asombra una decisión que reinstaura el trato de favor otorgado a los funcionarios cuando intervienen fuera del ejercicio de la función pública. En efecto, se les aplica un precepto pensado para atenuar la

⁹ Artículo 167.1 Cp. La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la ley, y sin mediar causa por delito, cometiere alguno de los hechos descritos en este capítulo será castigado con las penas respectivamente previstas en éstos, en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado. Art. 167.3. En todos los casos en los que los hechos a que se refiere este artículo hubieran sido cometidos por autoridad o funcionario público, se les impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de ocho a doce años.

¹⁰ Art. 163.4. El particular que, fuera de los casos permitidos por las leyes, aprehendiere a una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses.

¹¹ Vid el excelente trabajo de JAREÑO LEAL, A, que también habla de un privilegio injusto, demostrando cómo la rebaja penal del artículo 163.4 “obedece a razones que imposibilitan su aplicación a la detención del art. 167.1» «La detención ilegal cometida por funcionario público: tipos delictivos y criterios para su aplicación», en *Revista General de Derecho Penal*, Iustel, núm. 27, 2017, pp. 28 y ss.

pena de aquellos particulares que, bajo un error de prohibición vencible, a juicio de algunos, entre los que me encuentro, detienen fuera de los supuestos legales con la intención de entregar al detenido a la autoridad. Sólo así podría explicarse que se descarte la pena de privación de libertad ¹² para el funcionario que, carente de motivos, desviándose de la misión de defensa de los derechos y garantías individuales, aprovecha el cargo para detener¹³.

Ese es el verdadero motivo, la existencia de una sanción meramente simbólica, por el que se dedujo que el artículo 163.4 sólo podía ser cometido por un particular al amparo de un error de prohibición vencible¹⁴. A vueltas con esta conclusión, Ramón Ribas se queja de la tozudez de una parte de la doctrina. No alcanza a comprender cómo una cuestión, que debería ser pacífica a su juicio, (la aplicación del privilegio sancionatorio al funcionario que tiene pleno conocimiento de actuar fuera de los supuestos legales), no es asumida uniformemente, sin rechistar¹⁵. Pues bien, lejos de estar zanjada

¹² Hay que recordar que el precedente del 163.4, el artículo 482 del Cp. derogado, preveía una sanción más grave: pena privativa de libertad más multa. Tras la reforma esa pena ha quedado reducida a la de multa.

¹³ El artículo 22.7 agrava la conducta consistente en prevalerse del carácter público que tenga el agente.

¹⁴ Tesis defendida por la doctrina mayoritaria. Entre ellos, ZUGALDÍA ESPINAR, JM, “Delitos contra la libertad”, En *Documentación jurídica*, Vol. I. Enero-diciembre de 1983.; Maqueda Abreu, ML., *Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas*. Publicaciones del Departamento de Derecho Penal Derecho Administrativo de la Universidad de Granada. Granada, 1988, p. 69; igualmente se expresa LAMARCA, C., al interpretar que la finalidad de presentación a la autoridad “debe incluir la creencia de que la detención que se realiza es legítima y, sin que quepa excluir los casos de error invencible que generarían la impunidad del hecho, cabe concluir que el tipo contempla un supuesto de error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación. De otro modo, no sólo se estaría defraudando el sentido de la norma, sino que se abriría paso a una peligrosa interpretación de que cabe tomarse la justicia por propia mano...” Cfr. *Delitos. La parte especial del Derecho penal*. AAVV. Coordinada por Carmen Lamarca Pérez. Dykinson. Madrid. 2017, p. 116; según MUÑOZ CONDE “se trata de un caso específico de error de prohibición vencible”. Vid. *Derecho penal. Parte especial*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2019, pp. 165-166; GONZÁLEZ CUSSAC, lo resuelve como un error de prohibición vencible al indicar que el sujeto “necesariamente ha de creer que el sujeto pasivo es autor de un delito, pues de lo contrario no concurriría el privilegio habiéndose de aplicar el párrafo primero”. Cfr. *Derecho penal. Parte Especial*. AAVV. Tirant, Valencia. 2019, p. 148. Sin embargo, es cierto que con anterioridad defendió, junto a Carbonell Mateu, otra tesis lejos del error: “Si fuera así, nos encontraríamos, en realidad, ante una regulación específica del error sobre los supuestos fácticos de una causa de justificación, pero debe subrayarse que el precepto tan sólo exige el ánimo de presentar el detenido a la autoridad, sin que sea necesario que crea realmente estar ante un error invencible. Creemos, por el contrario, que basta con que el sujeto quiera presentar al sujeto pasivo a la autoridad y proceda a su detención para que se dé el tipo”. Cfr. CARBONELL MATEU, JC/ GONZÁLEZ CUSSAC, JL. *Comentarios al Código penal de 1995*. Tirant, Valencia, 1996, p. 854. En alguna sentencia se ha intentado explicar la punición por la oportunidad de dispensar un tratamiento penal más benévolo al que, fuera de los casos permitidos por las leyes -y normalmente por disculpable error-aprehende a una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad (TS 1585/2003, 30-12). Cfr. *Doctrina penal de los Tribunales españoles*. 2ª edición. VVAA. Tirant lo Blanch. Valencia. 2007, p. 319. También parece decantarse por la tesis del error de prohibición REBOLLO VARGAS, aunque en su opinión “es un precepto, precisamente por eso, innecesario”. Al que cataloga como “una situación de privilegio con respecto al tipo básico que la hace difícilmente comprensible”. Cfr. *Detenciones ilegales y secuestros*. En *Derecho penal español. Parte Especial I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 345 y 346. Más ambigua, aparentemente, es la posición de algunos autores que, tras reconocer que en ocasiones puede ser el escenario de un error de prohibición vencible, dejan abierta la posibilidad de aplicar el 163.4 a supuestos en los que el sujeto conoce la antijuricidad de su comportamiento. Así dicen: “constituye una atenuación muy privilegiada, notablemente inferior a la mínima a imponer por concurrir un error vencible de prohibición, de que en ocasiones este supuesto será un caso específico. Aunque lo lógico para aplicar la atenuación sería exigir que con la detención (ilegal)el autor (consciente o no de la ilegalidad de la misma) pretenda un fin legítimo (normalmente la persecución de una infracción), la literalidad del precepto no obstaculiza su aplicación a quien instrumentaliza la detención en esas condiciones para fines espurios. Así pues, el fundamento de la atenuación resulta de las posibles combinaciones de un menor injusto y de una menor reprochabilidad, entre las que, p.ej. la conducta no será menos disvaliosa si con la detención únicamente se pretende, acaso por enemistad, perjudicar al detenido, y no la persecución de una infracción o delito”. Cfr. *Derecho Penal. Parte Especial*. AAVV. Coordinadores Romeo Casabona, CM, Sola Reche, E, Miguel Ángel Boldava Pasamar, Comares, Granada, 2016, p. 136.

¹⁵ RAMÓN RIBAS, E. “La Aprehesión ilegal de una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad”. En *Estudios penales y criminológicos. En homenaje al Prof. Lorenzo Morillas Cueva*. Volumen II. Dykinson. Madrid, 2018, pp.1542 y ss. Argumento que posteriormente repite en el libro *Detenciones ilegales practicadas por funcionarios públicos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

la cuestión, como se sugiere¹⁶, el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 426/2017 de 14 junio (RJ/2017/2905, ha estimado que el tipo privilegiado del 163.4, sólo entra en juego en los casos de una situación de error del particular o funcionario. En la sentencia que se cita, se deniega la aplicación de este precepto en un caso en el que el sujeto “no se encontraba en situación de error alguno, en la medida que falseó la denuncia -delito doloso- para tener un justificante para la detención, lo que le supuso la comisión de otro delito, este de falsificación en documento público.” Igualmente, el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 279/2017, de 19 abril. RJ/2017/2675, ha reconocido tras el Acuerdo de 2009 que el apartado 4º, constituye un tipo muy privilegiado...y presenta algunas dificultades de interpretación puesto que puede asociarse al error de prohibición o a una causa de justificación y, en todo caso, si no fuese así es difícil distinguirlo del apartado 1º del artículo 163, pues la desproporción de la pena entre uno y otro no parece justificada.

Es inadmisibles valerse del precepto privilegiado en los supuestos en los que concurre un propósito privado. ¿Qué sentido tiene atenuar la responsabilidad del funcionario que actúa conducido exclusivamente por un objetivo personal ante la ausencia de un fundamento legal? Algún autor habla en este caso de una justificación incompleta, tesis descartable al faltar un elemento esencial de la causa de justificación, el elemento subjetivo de la justificación, esto es, que el funcionario quiera detener al amparo de uno de los supuestos legales. Al no estar presente, no puede aplicarse la eximente completa ni la incompleta, siendo indiferente la concurrencia de otro elemento subjetivo como la finalidad de entregar el detenido a la autoridad. En esta situación, el funcionario habría logrado la finalidad privada que se propuso, aunque *ex ante* o *ex post* se plantee la entrega del detenido para intentar ocultar el delito cometido. Hablamos, por ejemplo, de un funcionario que detiene a un manifestante integrado en el movimiento antiglobalización o anti-desahucio, en la creencia de que no ha cometido un delito, consciente de que no hay causa legal que posibilite la detención. Lo priva de libertad con la única meta de darle una lección porque ideológicamente le repugna lo que representa. Muy probablemente el funcionario sólo pretende restringir la libertad de movimientos durante unas cuantas horas antes de entregarlo a la autoridad (decisión esta última adoptada probablemente con anterioridad a la privación de libertad). Aquí no puede hablarse de justificación incompleta pues, repito, no se cumple el elemento subjetivo de justificación. Se intenta justificar el privilegio del 163.4, una menor pena, por el hecho de entregar inmediatamente a la autoridad, lo que supone que, aunque el fin fuera inícuo, la pretensión del funcionario despreciable, finalmente, al ponerlo en manos de la autoridad, se está colaborando con la Administración de Justicia, o se evita el auto encubrimiento que, de otro modo, quedaría impune¹⁷.

¹⁶ BOLEA BARDON, C, estima, sin más, que la polémica de la remisión normativa en los casos del funcionario que actúa como particular del artículo 167 al 163.1 o 4., ha quedado zanjada tras el acuerdo pleno TS, 27-01-2009. Concluyendo que la remisión que el art. 167 hace al artículo 163 alcanza también al ap. 4 de este último. Cfr. Detenciones ilegales. Secuestro (arts 163-168). *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo 1. Tirant, Valencia, 2019, p. 162. Otros autores, sin reparos, admiten el 163.4 para los funcionarios públicos, quejando incluso de la desproporción del castigo resultante. Así: “Prevista expresamente esta atenuación para el particular, en principio nada obstaculiza que también se aplique a la autoridad o funcionario que en las mismas condiciones cometiera el hecho. Aunque de ese modo la pena a aplicar puede resultar desproporcionada: partiendo de la agravación prevista en el art. 167.1 correspondería imponer la de multa de tres a seis meses en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la superior en grado; pero, además, ex art. 167, la de inhabilitación absoluta por tiempo de ocho a doce años. Por esto, cuando se trate de autoridad o funcionario público normalmente será preferible apreciar el error de prohibición (vencible) si concurren sus presupuestos”. Cfr. *Derecho Penal. Parte Especial*. AAVV. Coordinadores Romeo Casabona, CM, Sola Reche, E, Miguel Ángel Boldava Pasamar, cit, p. 136.

¹⁷ Muy esclarecedor fue el planteamiento empleado por mi querido y añorado PRATS CANUT, M. Se mostraba partidario de interpretar esta figura como un supuesto de justificación incompleta “donde falta la parte objetiva, que concurren los presupuestos de la detención legal...recogidos en el 490...pero pugna con el principio de proporcionalidad, en la medida que quien pone en libertad al poco tiempo al detenido sin más deberá ser sancionado con la pena del art. 163.2...mientras que quien pone a disposición de la autoridad a un detenido ilegalmente o simplemente actúa con ese ánimo, por un tiempo idéntico que el del caso anterior, le correspondería la pena de multa ...si que se atisbe por qué es menos grave dejar a alguien en una comisaría o en un juzgado, o simplemente en la calle. Salvo que, como ha puesto de relieve algún sector doctrinal se favorezca que en la situación de puesta a disposición de la autoridad de un detenido ilegalmente por parte del agresor, éste se encuentra en una situación de autoinculpación, de tal suerte que se contempla

Pese a lo expuesto, ha sido frecuente, diría que normal, ver cómo los tribunales suelen aplicar el tipo atenuado cuando el sujeto activo es un agente policial, fuera de servicio, sin plena consciencia de la antijuricidad (SSTS 1120/2000 de 23 de junio (RJ 2000, 5790), 72/2003 de 28 de enero (RJ 2003, 2429), 1516/2005 de 21 de enero de 2005 (RJ 2005, 1002) y 415/2005 de 23 de marzo (RJ 2005, 6506), 23 de marzo de 2006 (RJ 2006, 2283).

Es verdad que antes de producirse el acuerdo del Tribunal Supremo de 2009, algunos tribunales ya hacían uso frecuente del tipo atenuado. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, núm. 34/1998, de 20 marzo (ARP 1998\1067), lo empleó en un supuesto en el que, fuera de los casos permitidos por las leyes y sin mediar causa por delito, un guardia civil de profesión, actuando por intereses privados y no del servicio, detuvo a un ciudadano con la intención que de hacer inmediata entrega de ese detenido a la Guardia Civil. En esa misma dirección, la sentencia del Tribunal Supremo 1081/2006, de 3 noviembre (RJ 2006\8094), condenó a unos policías que, sin reunir los requisitos del art. 492 LECrim, ni haber sido víctimas de atentado alguno, detienen a dos camareros que horas antes les habían expulsado de un establecimiento; de modo similar, la sentencia TS 1516/2005, de 21 enero (RJ 2005\1002). Asimismo, la Sentencia TS 206/2005, de 18 febrero (RJ 2005\1894), condena por la vía del art. 163-4º y 167, en un supuesto en el que diversos agentes de policía, fuera de servicio, detienen a una persona con la que habían tenido una discusión sin que creyeran que el particular había cometido un delito.

Como puede comprenderse, si esto era lo que ocurría antes del acuerdo de 2009, ni que decir tiene que tras la decisión alcanzada por el Tribunal Supremo, numerosas sentencias sostienen que no se vulnera el principio de proporcionalidad cuando se sanciona a través del tipo atenuado una transitoria y breve privación de libertad, con una finalidad que no es sino la puesta a disposición de un tercero (Sentencia TS 197/2009 de 3 marzo (RJ 2009\4145); Sentencia TS 1246/2009, de 30 noviembre (RJ 2009\5963); SAP Madrid nº 81/2012, de 8 octubre (JUR 2012\382519. En esa dirección, la STS 20/12/2018 núm. 678/2018 (Ponente: Carmen Lamela Díaz), descartando el error de prohibición, aplica el delito del 167 con relación a la pena del tipo privilegiado 163.4 y no el 163.2, en un caso en el que los funcionarios detienen a dos personas, la primera con la excusa de proceder a la identificación de quien previamente había solicitado respetuosamente al funcionario que le explicara la violencia empleada durante la intervención policial, y la segunda, la de un ciudadano al imaginar que estaba grabando los hechos con el móvil. En este supuesto el funcionario conocía, desde el inicio, que ninguna de las conductas mencionadas le facultaba para detener o privar de libertad (art. 19 LOPSC). El requerir explicaciones a la policía no es, por ahora, ni un delito ni una infracción administrativa, no estando acreditado el funcionario para exigir la identificación (art. 16 LOPSC). Respecto a la presunta grabación de la actuación policial, sólo será una infracción administrativa cuando ponga en peligro la seguridad personal o familiar del funcionario, hecho que se descarta en la propia sentencia. Pese a ello, y tras pasar nueve horas en comisaría, el tribunal cree que debe aplicarse un tipo penal menos grave debido a “la intención de presentar inmediatamente el detenido a la autoridad lo cual se deduce con toda claridad del hecho, nunca puesto en duda, de que, tras la privación de libertad, el detenido fue trasladado a las dependencias policiales y puesto a disposición de los responsables de guardia”.

Entre las sentencias que defienden las razones que justifican el Acuerdo de 2009 destaca la sentencia núm. 678/2012, de 18 de septiembre de 2012. Los principales argumentos empleados para legitimar el recurso al tipo privilegiado son, de un parte que la referencia al “particular” del 163. 4, nunca fue un impedimento para que el artículo 167 no pudiera realizar la remisión, como tampoco lo es la presencia del mismo término en el artículo 163.1¹⁸. De otra parte, que, en caso de duda, debe favorecerse

una atenuante específica muy cualificada de colaboración con la justicia. En conclusión, entendemos que éste es un precepto que carece de fundamento político-criminal, pues si contempla supuestos de error éstos deben ser resueltos en base a las reglas generales, y si por el contrario contempla supuestos de conciencia de la ilicitud de la detención, no se atisba el fundamento de la atenuación por el hecho de concurrir un elemento subjetivo del injusto -ánimo de entregarlo a la autoridad”. Cfr. *Comentarios al Nuevo Código penal*. AAVV. Aranzadi. Pamplona.1996, pp. 802-803.

¹⁸ Por cierto, no es ajustada a la verdad la afirmación que realiza RAMÓN RIBAS: “Según PORTILLA CONTRERAS, el Acuerdo de 27 de enero de 2009 rompe el obstáculo que la referencia al «particular» constituía para estimar com-

al reo que ya es sancionado más gravemente por el incumplimiento de los deberes de su cargo a través del artículo 167. Finalmente, se concluye que el recurso al tipo atenuado permite una mayor proporcionalidad por la inmediata puesta del detenido ante la autoridad judicial.

En la materia que se está discutiendo, resulta sorprendente e indignante la STS 694/2016, 27 de Julio de 2016 (Ponente. Manuel Marchena). Representa una nueva vuelta de tuerca en esta cuestión, pues, no es que no aplique el 167/163.1, es que ni siquiera se plantea la posibilidad de la combinación 167/163.4. Los hechos demuestran que un policía, con el fin de justificar y eximirse de responsabilidad por su actuación, elaboró un atestado que no se correspondía con lo realmente acontecido. En esta diligencia se afirmaba, siendo absolutamente falso, que el ciudadano profirió insultos, amenazó y atentó contra los agentes de la autoridad. Sin la menor duda, la acción del funcionario debía de haber sido calificada como una detención ilegal del artículo 167 con relación al 163.1. Pues bien, lejos de adoptar esa posición, el Tribunal transmuta los hechos en un delito del 530. Por arte de magia convierte una detención inmotivada, sin causa por delito, una denuncia falsa y la falsificación de un documento público, en una detención por causa delito con infracción de garantías. Sin explicar ni motivar el error de prohibición, desviándose de los hechos probados, interpreta que la detención, el “ingreso en los calabozos se produce como consecuencia de una decisión del acusado -equivocada y no amparada por el derecho- que interpreta las airadas protestas de un ciudadano en los pasillos de la comisaría como un hecho constitutivo de un delito de atentado”. Llegando a la conclusión de que “en ese contexto es la porción de injusto abarcada por el art. 530 del CP la que ofrece una calificación jurídica ajustada al bien jurídico ofendido y, como exigencia añadida, al principio de proporcionalidad”. Precisamente, España acaba de ser condenada por el Tribunal europeo de Derechos humanos (5 de octubre de 2020) por intentar convertir en delitos de atentado, resistencia y desobediencia de los manifestantes lo que no fue más que una carga policial absolutamente desproporcionada¹⁹.

Frente al planteamiento, según algunos, “triumfante” que otorga un trato de favor a los funcionarios, encontramos una línea jurisprudencial obstinada y persistente que descarta la aplicación del artículo 163-4 en los supuestos de ejercicio abusivo y doloso de las funciones de policía. En esa dirección, se estima que el sujeto activo del artículo 163-4 sólo puede ser un particular (Sentencia TS 1585/2003 de 30 de diciembre de 2003 (RJ 2004, 364). En este caso se sanciona por la vía del 167, con relación al 163.1, a un policía que priva de libertad a un ciudadano, durante un día, como represalia a que le requirió su placa identificativa a fin de denunciarle. Es más, la sentencia TS 606/2001 de 10 de abril (RJ 2001, 6456) excluye la aplicación del párrafo 4º del artículo 163, en todos los casos en lo que el sujeto activo es un miembro de la policía sin necesidad de demostrar la existencia de abuso de poder (con un contenido similar, la STS de 29 de marzo de 2006 (RJ 2006, 2239). Incluso tras el Acuerdo de 2009, el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Auto núm. 219/2013 de 17 enero JUR/2013/58824, siguiendo la tesis que sustentó, calificada de “vieja” por Ramón Ribas²⁰, rechazó la aplicación del tipo privilegiado aunque se produjo la entrega del detenido a la autoridad ya que “la presentación en dependencias policiales, no excluye que la detención carezca de causa, no mediaba causa por delito y respondió exclusivamente a un enfrentamiento privado entre el acusado y el perju-

patibles los artículos 167 y 163.4. Pues bien, jamás he empleado el citado argumento. Nunca he dicho que el Acuerdo de 2009 rompa el obstáculo existente, sino que tras ese Acuerdo numerosas sentencias niegan que la referencia al particular pueda ser considerada un obstáculo para la remisión al tipo atenuado. Cfr. “La Aprehensión ilegal de una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad”. En *Estudios penales y criminológicos. En homenaje al Prof. Lorenzo Morillas Cueva*. Volumen II. Dykinson. Madrid, p.1550.

¹⁹ El Juzgado de Instrucción núm. 4 de Valladolid (23.5.2016), interpretó que había que archivar las actuaciones dirigidas contra la policía y, por el contrario, investigar los posibles delitos de atentado, desobediencia, resistencia y amenazas de algunos manifestantes. Como la Audiencia Provincial de Valladolid mantuvo esta misma tesis, se recurrió al Tribunal Constitucional que tampoco admitió el recurso. Fue el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Valladolid, el que dictó sentencia absolutoria sobre los manifestantes (20.4.2018). El Tribunal de Derechos Humanos en la citada sentencia de octubre de 2020 dispuso: “... A la luz de las circunstancias mencionadas, el método utilizado por la policía para dispersar la manifestación no fue proporcionado...el uso injustificado de la fuerza basta para que el Tribunal concluya que hubo una injerencia desproporcionada en sus derechos en virtud del artículo 11 del Convenio.

²⁰ “La Aprehensión... “cit, p. 1546.

dicado, llevada a cabo con evidente abuso de la condición de agente de la autoridad”. En esa misma dirección, el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 279/2017 de 19 abril. RJ/2017/2675, vuelve a rechazar la aplicación del tipo privilegiado del 163.4, en un supuesto en el que “el dolo del agente consiste precisamente en privar de libertad a la detenida provocando él mismo una situación de apariencia de la concurrencia de un supuesto legal de detención”.

2.2 Réplica a la autodenominada “Tesis triunfante”

El Acuerdo de 2009, al descartar la pena privativa de libertad para el funcionario corrupto, al negar la aplicación del 163.1, y optar por el recurso a los arts. 167/163.4 (inhabilitación y multa), está menospreciando la reforma de los delitos de funcionarios contra las garantías individuales del Código penal de 1995. A este metafórico golpe de estado judicial contra la esencia de la nueva estructura de los delitos de funcionarios incorporados tras de la reforma de 1995, se ha unido un penalista, durante algún tiempo también magistrado, RAMÓN RIBAS, E. En un par de escritos sobre esta materia, escenifica un juicio sumarísimo contra, lo que califica una “vieja idea”, frente a la “triumfante” tesis simbolizada en el Acuerdo de 2009. Como se ve, juez y parte en la tesis del retorno al privilegio de los funcionarios.

Con el designio de desmontar la tesis que sustentó, Ramón Ribas, en un primer trabajo²¹, la califica de sumamente crítica con la aceptación de la compatibilidad entre el artículo 167 y el artículo 163.4, y destaca que me refiera a ella en los siguientes términos «*Retorno al privilegio sancionatorio de los funcionarios públicos: acuerdo adoptado por el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo el 27 de enero de 2009*». Concluye preguntándose: ¿Asiste la razón a PORTILLA CONTRERAS cuando afirma que se produce un «trato de favor a los funcionarios» y «un planteamiento como este supone el retorno, por vía jurisprudencial, a la situación de privilegio vivida por los funcionarios en el período anterior a la reforma del Código Penal de 1995»?²²

Creo que la Cruzada emprendida por RAMÓN RIBAS merece ciertas precisiones: en primer lugar, según este autor, “no se produce un «trato de favor a los funcionarios», quienes son sometidos exactamente al mismo régimen jurídico que los particulares, con los cuales comparten tipos agravados, incluido el secuestro, y tipos privilegiados”²³. Es más, continúa, “no solo no existe trato de favor a los funcionarios, sino que el castigo del que son considerados merecedores evidencia que la pena imponible es mucho más grave, comparativamente, que la impuesta a los particulares”²⁴. Y, finalmente, resalta, al comparar los diferentes delitos de detención ilegal, que el castigo “imponible es superior al previsto por *las otras detenciones ilegales cometidas por funcionarios públicos*, es decir, las sancionadas por el artículo 530 del Código Penal”²⁵.

Estas afirmaciones demuestran que no hay más ciego que el que no quiere ver. Comparar las penas del 167/163.4 con respecto a las del 530, es como cotejar tomates con sandías, está pasando por alto el origen y verdadero fundamento de la reforma del Código de 1995 respecto a la estructura de los delitos de funcionarios. Lo que se pretendió, como ya he explicado, fue sancionar con mayor gravedad, los casos en los que no existía una base legal para efectuar la detención, distinguiéndolos de aquellos otros en los que el funcionario detenía en uno de los supuestos previstos en la LECrim., (más discutible es el actual sistema de sanción prevista para la infracción dolosa de las garantías constitucionales). Por tanto, son figuras de naturaleza completamente divergente. Por cierto, no existe un precepto equivalente al 163.4, que se emplee para los funcionarios que actúan como particulares en el resto de fi-

²¹ Luego lo repite en un libro posterior titulado: *Detenciones ilegales practicadas por funcionarios públicos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019. En esta última publicación añade una nueva víctima, la profesora Jareño Leal A, que también sustenta que el artículo 163.4 representa un privilegio inadmisibles. Pero no sólo eso, Jareño en su trabajo «La detención ilegal cometida por funcionario público: tipos delictivos y criterios para su aplicación», en *Revista General de Derecho Penal*, Iustel, núm. 27, 2017, desmonta uno a uno, brillantemente, todos los planteamientos de la “tesis triunfante”.

²² La Aprehensión, cit., pp. 1547-1549.

²³ *Ibid.*, p. 1550.

²⁴ *Ibid.*, p. 1551.

²⁵ *Ibid.*, p. 1551.

guras delictivas en las que se atenta contra la inviolabilidad domiciliaria, las garantías de la intimidad u otros derechos individuales.

Tampoco puede efectuarse una comparación entre la detención practicada por un funcionario con un desigmo abyecto, aprovechándose del cargo, y la practicada por un particular con una finalidad privada. La posición constitucional del funcionario le obliga a la defensa de los intereses generales y es el garante de la protección de los derechos y libertades del ciudadano²⁶. El desvalor de la conducta del funcionario es, por consiguiente, bastante más grave que la acción ilícita del particular para entregar a la autoridad. Un desvalor que no se compensa sólo a través del 167 sino del 167/163.1.

De otra parte, los antecedentes del 163.4 ponen de manifiesto que esta figura del siglo XIX surge, en cierto modo, para beneficiar a los particulares que detenían para poner a disposición de la autoridad judicial. Se entendía que, de ese modo, finalmente se colaboraba con la Administración de Justicia. Nada tiene que ver con el uso que de esta figura se está realizando al aplicarla al funcionario degradado. Posiblemente, la mejor medida para evitar esta “interpretación” sesgada sea la derogación del artículo 163.4.

En resumen, la línea emprendida consistente en aplicar el tipo atenuado, sin la privación de libertad del 163.1, supone hacer tabla rasa con una reforma que pretendía evitar la protección habitual del funcionario que se sirve del cargo para satisfacer un deseo personal, alejado de la función pública, que desde un inicio conoce la ilegalidad de su actuación, que carece de facultades para practicar la detención, siendo su única finalidad el escarmiento o la venganza contra un ciudadano al que debería proteger. Si esta tesis “triumfa” definitivamente supondría la sanción simbólica de la práctica policial consistente en imputar al ciudadano el delito de desobediencia, resistencia o atentado a la autoridad, con el único fin de contraponer con su denuncia la realizada, previa o simultáneamente, por el ciudadano por detención ilegal, coacciones o torturas. Por cierto, no debe olvidarse que la mayoría de estas denuncias acaban siendo archivadas.

En conclusión, argüir que la pena aplicable al funcionario es superior a la del particular por el mismo hecho, cuando realiza una detención sin causa legal, entregando posteriormente a la autoridad, supone desconocer la diferente responsabilidad que la Constitución y la legislación procesal-penal confiere al funcionario. De igual modo, es absurdo plantear una identidad entre detenciones (530/167) cuando el fundamento del mayor injusto recae en la inexistencia de una causa legal para privar de libertad.

En segundo lugar, con relación al artículo 163.4, RAMÓN RIBAS sustenta que “el conocimiento del sujeto activo debe abarcar, lógicamente, todos los elementos del tipo objetivo: debe saber, dicho de otro modo, que *aprehende a una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad fuera de los casos permitidos por las leyes*”²⁷. En el caso de que concurra un error, piensa que se produciría la atipicidad del comportamiento, “con independencia de que fuere vencible o invencible”. A su juicio “los supuestos de *error sobre la licitud de la detención* no son, dicho de otra forma, punibles, exceptuando la regla general contenida en el citado artículo 14, por aplicación del artículo 163.4, sino atípicos”²⁸.

La primera decisión que debe adoptarse con relación al elemento, “fuera de los casos permitidos por las leyes”, que aparece en el 163.4 es si se trata de un elemento del tipo o un elemento de valoración global del hecho. De ese modo, el error sobre las circunstancias que describen el hecho, al formar parte de los elementos normativos del tipo, sería un error de tipo y, por tanto, como indica Ramón Ribas daría lugar a la impunidad, tanto en la modalidad de error vencible o invencible. Por el contrario, si tal elemento contiene el juicio de antijuricidad, el error que recaiga sobre él ya no sería de tipo sino de prohibición. En definitiva, debe confirmarse si se trata de un elemento normativo del tipo o una característica de la antijuricidad que exige la demostración de la ausencia de causas de justificación

²⁶ El artículo 104 de la Constitución española establece en el apartado primero que, “Las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana”.

²⁷ *Ibid.*, p. 1543.

²⁸ *Ibid.*, Nota 7, pp. 153-1544.

(en caso de que el 163.4 fuere aplicable a los funcionarios, habría que comprobar si se actuaba al amparo de la eximente de cumplimiento de un deber)²⁹.

En el actual sistema de detenciones, debido a las previsiones constitucionales y procesales antes mencionadas, las privaciones de libertad practicadas por funcionarios son adecuadas socialmente, quiere esto decir que lo habitual es que el funcionario, en el ejercicio del cargo, detenga conforme a los casos previstos legalmente, lo excepcional es que la detención no responda a una finalidad pública sino a un interés particular. Por el contrario, cuando un particular detiene, lo normal es que tal detención sea ilegal, salvo que, excepcionalmente se encuentre dentro de las causas que la Ley de Enjuiciamiento Criminal le permite. En consecuencia, en el caso de los funcionarios se modifica el esquema normal de funcionamiento de un tipo penal, convirtiéndose la excepción en regla y la regla en excepción.

La discusión es si el elemento "fuera de los casos permitidos por las leyes" forma parte de aquellos que Welzel Y Kaufmann calificaron como "elementos del deber jurídico"³⁰, caracterizados por ser integrantes de la antijuricidad. O, por el contrario, tesis de Roxín y Jescheck, siguiendo la línea iniciada por Maurach, es un "elemento de valoración global del hecho". De adoptarse esta última opinión, la simple existencia de este elemento no condiciona su ubicación sistemática en el tipo o la antijuricidad, sino que pasa a depender de la función que cumpla en cuanto a la descripción del hecho o a la valoración global del mismo³¹.

Las características materiales del hecho pertenecen al tipo, mientras que la reprochabilidad, como valoración, pertenecería a la antijuricidad. Esto sería coherente con la teoría de los elementos de valoración global del hecho, en donde el elemento fuera de los casos...no funciona como elemento normativo del tipo, sino que de él depende la valoración total del hecho como antijurídico. Por una parte, en la medida en que describe el hecho, pertenece al tipo (el error sería de tipo) y, por otra parte, cuando posibilita la valoración de la conducta inherente a la antijuricidad (error de prohibición). Como explica ROXIN, "en los tipos con elementos de valoración global del hecho todas las circunstancias materiales relevantes para enjuiciar la antijuricidad (incluyendo la falta de los requisitos de las causas de justificación) son elementos del "tipo global"; y sólo la valoración definitiva debe ubicarse en la antijuricidad"³².

En conclusión, el término "fuera de los casos permitidos por las leyes" no puede decirse que sea una descripción típica, puede traducirse como materialmente antijurídico, por lo que tal elemento no pertenece al tipo sino a la antijuricidad. Los presupuestos de valoración global sí pertenecen al tipo, pero no la valoración total que es parte integrante de la antijuricidad. Si alguien detiene a otro creyendo erróneamente que actúa dentro de las causas de detención previstas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debe resolverse como un error de prohibición mientras que la suposición errónea de las circunstancias que fundamenten el "fuera de los casos..." deben tratarse como un error de tipo. Esto es, si el sujeto no conoce todos los elementos materiales de su actuación hablaríamos de un error de tipo. Ahora bien, si los conoce, pero realiza una valoración jurídica errónea, estimando que actúa dentro de las causas permitidas, el error sería de prohibición. De ser vencible se castigaría como un hecho doloso atenuado. En caso contrario, como afirma ROXIN, de admitir en este último supuesto el error de tipo, "se estaría haciendo depender la decisión sobre la punibilidad exclusivamente de las valoraciones subjetivas, en su caso totalmente desacertadas, del propio sujeto, lo cual contradiría el carácter de or-

²⁹ En el terreno jurisprudencial diversas sentencias del Tribunal Supremo han defendido que este elemento es el que configura el tipo, que los preceptos de la LECrim que regulan la detención son los que dotan de antijuricidad material la acción del funcionario.

³⁰ Cfr. WELZEL. *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 9ª, edición, 1957, pp. 45 y ss; Armin Kaufmann, *Lebendiges und Totes in Bindings Normen theorie*, 1954, pp. 91 y ss.

³¹ ROXIN, C. *Teoría del tipo penal, Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, Buenos Aires, 1979, traducción realizada por Bacigalupo, E., pp. 30 y ss; JESCHECK. *Tratado de Derecho penal. Parte General. Vol. I.* Bosch, Barcelona. 1981, pp. 335 y ss.

³² ROXIN, C. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito.* Elementos de valoración global del hecho. Editorial Civitas. 1997, p. 300.

denamiento objetivo del Derecho”³³. En definitiva, en todos los tipos penales que contienen elementos de valoración global del hecho hay que realizar una distinción entre circunstancias que sirven de base a la valoración jurídica global, siendo el error de tipo, y, de otra parte, el error sobre la valoración global que debe ser considerado como error de prohibición³⁴. En ese sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1516/2005 de 21 enero, RJ 2005\1002, niega el error de tipo y afirma el de prohibición en un supuesto en el que el funcionario pudo llegar a saber que el hecho no era constitutivo de delito ya que el daño imprudente causado no alcanzaba los 50.000 euros (dato que conocía tras la lectura de la denuncia). Desde esta perspectiva, según el Tribunal, el funcionario cometió un error de prohibición vencible, dado que actuaba en un ámbito en el que debía cerciorarse de las facultades que le permite la Ley. Como reconocen, entre otras, la sentencia del TS 677/2009 de 16 junio (RJ 2009\6647), el dolo requerido en el 167 consiste en que “el sujeto agente practique la detención de un ciudadano con conocimiento de la ilegalidad de la misma”. En ese sentido, la Sentencia TS núm. 1294/2009 de 4 diciembre (RJ 2010\2025), estimó que los Mossos d’Esquadra cometieron una detención ilegal puesto que sólo había indicios de una falta de lesiones o de malos tratos. Por el contrario, en la STS 2003/ de 4 de febrero (Tol. 254081), se aplicó el error de tipo vencible en un supuesto en el que los policías, con escasa experiencia profesional, tras advertir que estaba embriagado, detuvieron al conductor de un vehículo antes de que iniciara la marcha.

Precisamente este debate sobre los elementos de valoración global del hecho es el que no ha planteado Ramón Ribas, afirmando apresuradamente que el elemento referido es un elemento del tipo y el error sobre las causas legales de privación de libertad sería de tipo. En consecuencia, el comportamiento sería atípico, ya que el error de tipo vencible daría lugar a la aplicación de un tipo imprudente que no está regulado en esta modalidad de detención. En torno a este asunto, añade Ramón Ribas que al ser el delito del 163.4 un delito doloso, debe descartarse el error de prohibición. En contra de esta tesis, hay que recordar que de producirse un error de prohibición vencible el delito seguiría siendo doloso.

Sin embargo, hay un caso en el que el citado autor, admite la posibilidad de que el artículo 163.4 contemplara un error de prohibición. Esto ocurriría si el 163.4, afirmara lo siguiente: «El particular que, fuera de los casos permitidos por las leyes, aprehendiere a una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad con la creencia de estar actuando conforme a derecho (o dentro de los casos por aquellas autorizados), será castigado con la pena de multa de tres a seis meses»³⁵. ¿Significa esta propuesta que para aceptar la existencia de un error de prohibición los tipos penales deberían incluir cláusulas semejantes? De ser esta la conclusión alcanzada por Ramón Ribas, hará felices sin duda a los admirados colegas que defienden la teoría de los elementos negativos del tipo, supondría la implantación de un sistema bipartito en el que las causas de justificación serían analizadas en la tipicidad. De ese modo, habría que proceder a una reforma futura de los delitos: así, p. ej., el homicidio debería regularse como el que matare ilegalmente a otro, el que robare fuera de los casos permitidos por las leyes, el que usurpare indebidamente una vivienda, etc. En el artículo 163.4, no es necesario regular expresamente el error en una causa de justificación porque el precepto ya incluye un elemento de valoración global del hecho. Bien es cierto que sería conveniente que el legislador no recurra constantemente a los elementos de valoración global del hecho como una cláusula general que asume el modelo bipartito como excepción del tripartito³⁶.

En cuanto al delito del 530, es muy complicado imaginarse la posibilidad de aplicar el error de prohibición, incluso el vencible, ya que el funcionario tiene el deber de conocer los supuestos legales de detención y el catálogo de derechos del detenido, preso o sentenciado. Sin embargo, la levedad de la

³³ ROXIN, C. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito*. Elementos de valoración global del hecho. Editorial Civitas. 1997, p. 463.

³⁴ ROXIN, C. *Ibíd.*, p. 591.

³⁵ RAMÓN RIBAS, E. “La Aprehensión ilegal de una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad”. En *Estudios penales y criminológicos. En homenaje al Prof. Lorenzo Morillas Cueva*. Volumen II. Dykinson. Madrid, pp. 1449-1550.

³⁶ Cfr. ROXIN, C. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito*. Elementos de valoración global del hecho. Editorial Civitas. 1997, p. 302.

condena impuesta hace pensar que el legislador ya ha valorado precisamente la concurrencia de un error de prohibición vencible. De otro modo, resulta inexplicable que el incumplimiento doloso de las garantías constitucionales no sea merecedor de una sanción de privación de libertad más la inhabilitación de un cargo para el que ha demostrado una evidente incapacidad. Es una realidad que el legislador trata desigualmente la infracción en la causa de la privación de libertad y la vulneración de las garantías durante la fase de privación de libertad. A la primera le concede más valor, en la medida que la protege frente a la actuación ilícita del funcionario, conforme a la tesis que sostengo, con penas privativas de libertad (artículo 167/163.1), mientras que la segunda (incumplimiento de garantías), cuando el fundamento de la privación de libertad es legal, sólo se sanciona a través de la inhabilitación especial. Claro que la inhabilitación es una sanción coherente con el delito cometido y la incapacidad profesional demostrada por el funcionario. Sin embargo, sigue sin desvalorarse la lesión de las garantías constitucionales y legales en un periodo de carencia de libertad, acordada, practicada o ejecutada precisamente por el garante encargado de que tales garantías se respeten.

El logro de una mayor proporcionalidad es otra de las tesis expuestas por Ramón Ribas, siguiendo las conclusiones del Acuerdo de 2009 y otras sentencias continuistas. A su juicio, mediante la aplicación del 163.4 se logra una mayor proporcionalidad puesto que “si la agravación de la pena prevista por el artículo 167 traduce *el plus de desvalor inherente a la realización de la conducta por parte de una autoridad o funcionario público*, su ejecución en los términos previstos por el artículo 163.4 traduce lo contrario: un menor injusto o desvalor consecuencia del hecho de que el sujeto activo actúe con el propósito de presentar inmediatamente al aprehendido a la autoridad”³⁷.

A este argumento cabe objetar que el elemento subjetivo consistente en presentar el detenido a la autoridad no elimina la ausencia del elemento subjetivo de justificación, detener con el conocimiento de la falta de una causa legal que lo habilite, la percepción de la inexistencia de un motivo jurídico que lo ampare. Es como si al torturador le redujéramos la pena por entregar a su víctima a la autoridad en un breve plazo de tiempo. Si detiene por un interés privado, el funcionario suele entregar el detenido en un plazo corto de tiempo, porque ya cumplió su objetivo, el de dar una lección, amedrentar al ciudadano, sirviéndose del cargo e incumpliendo la finalidad constitucional. El delito ya se consumó y no puede decirse que el desvalor de esa conducta se agota con la aplicación del artículo 167. Este delito está directamente vinculado al 163 y la modalidad depende de la actuación en interés privado del funcionario. Cuando éste hace entrega del detenido a la autoridad ya consiguió su objetivo consistente en satisfacer una maquinación privada. Esta es una de las razones, la consecución del objetivo final, que explica la imposibilidad de aplicar el 163.2, cuando se libera al detenido dentro de las setenta y dos horas siguientes a la práctica de la detención.

Otra de las explicaciones que ofrece Ramón Ribas para justificar la existencia de un menor injusto de aplicarse el 163.4, es que es menos grave detener si desde el principio se hace con el ánimo o intención de presentar inmediatamente a la autoridad a la persona aprehendida. Esta propuesta tiene un pequeño inconveniente, en ningún momento se precisa cómo interpretar el término “inmediatamente”. Alude, apoyándose en los argumentos de alguna de sus resoluciones judiciales predilectas, a un ambiguo *lapso transitorio y breve*³⁸. Pero al no indicarse expresamente el periodo al que equivale el término “inmediatamente”, la inseguridad jurídica es absoluta. Una hora, dos, cinco..., un día, dos... Probablemente, el compañero nunca ha vivido la experiencia de un breve y transitorio paso por Comisaría como consecuencia de la actuación ilegal, en cuanto a la causa, de un funcionario que se olvidó de lo que significa servir a la Causa Pública y de proteger los derechos y libertades de los ciudadanos.

³⁷ La Aprehensión ilegal de una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad. En *Estudios penales y criminológicos. En homenaje al Prof. Lorenzo Morillas Cueva*. Volumen II. Dykinson. Madrid, p. 1552.

³⁸ “La Aprehensión ilegal de una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad”. En *Estudios penales y criminológicos. En homenaje al Prof. Lorenzo Morillas Cueva*. Volumen II. Dykinson. Madrid, p. 1554.

3. ¿EXISTEN LAS LISTAS NEGRAS POLICIALES?

Es frecuente que en el ejercicio de un derecho fundamental como el de manifestación o reunión, algunos de los asistentes (a veces incluso sin concurrir a la misma) reciban propuestas de sanción por la supuesta comisión de infracciones administrativas de la Ley Orgánica sobre protección de la seguridad ciudadana. El problema reside en que la identificación policial no sigue el lógico protocolo de la solicitud a través del documento nacional de identidad, sino el incierto método de la identificación visual. Surge así la racional sospecha de que no es que el funcionario conozca el nombre y los apellidos del manifestante, sino que consulta una base de datos donde se recogen datos sensibles sobre la ideología del sujeto. El recurso a las listas negras policiales, a las identificaciones visuales, a bases de datos ilegales sobre datos personales de los ciudadanos, cristalizan la clásica tesis de W Benjamín y Derrida: la policía como verdadero poder constituyente.

Son escasas las decisiones judiciales que se han pronunciado sobre esta realidad. Entre ellas destaca el auto de la Audiencia Provincial de Granada (ponente Juan Carlos Cuenca Sánchez), de 29/05/2017, diligencias incoadas por supuestos delitos de prevaricación, falsedad cometida por funcionario público y descubrimiento de secreto. Se sustenta que, "más allá de la conjetura o sospecha de que existan archivos policiales que hubieran servido para identificar a los recurrentes como personas que participaron, incluso con atribución de un protagonismo organizador, o de dirección, en concentraciones o manifestaciones ciudadanas no comunicadas, no puede apreciarse ninguno de los ilícitos penales invocados en la denuncia, tales como prevaricación, falsedad, o contra la intimidad, por falta de indicios de la existencia de tales archivos". Tras descartar la Sección Primera de esta Audiencia Provincial, en auto nº 795/2015, de 28 de octubre, los delitos de prevaricación y falsedad, se analiza la presencia o no de un delito contra la intimidad previsto en el art. 198 del CP, en relación con el art.197.2. Se trata de averiguar si los funcionarios recurrieron y consultaron archivos no autorizados para realizar la identificación de los manifestantes.

En el auto se afirma que: "...las identificaciones de los recurrentes se produjeron, dice el Sr. Jefe de Grupo, al ser personas conocidas por los funcionarios que los identificaron, pero no porque existan listas negras, es decir, archivos de personas al margen de los ficheros autorizados por la DGP. Además, la Agencia Española de Protección de Datos, a solicitud del Juzgado de Instrucción, ha informado (folio 392) que la Comisaría General de Información... no ha sido objeto de procedimiento de Declaración de Infracción a las Administraciones Públicas por los hechos cuya información se recaba". En conclusión, se desestima el recurso ya que "nada sugiere, más allá de meras sospechas o conjeturas, que existan archivos no autorizados de personas sospechosas de participar en manifestaciones o concentraciones. En definitiva, de que se haya cometido el ilícito penal denunciado".

Pese a negarse la efectividad de estas bases de datos ilegales, en un anterior trabajo pude demostrar su existencia a raíz del informe elaborado por la Dirección General de la Policía. Jefatura Superior de Policía de Andalucía Oriental. Brigada de Información de Granada –en la instrucción del caso instruido contra... (firmado por el Jefe de la sección 78.802 y los policías 83760/84873/ 87.811/76.874). En ese informe se revelan datos personales de terceros que reflejan su ideología, la participación en manifestaciones legales, conferencias, actividad sindical, sin el consentimiento de los afectados y sin que tengan relación alguna con el presunto delito investigado.

La conservación de datos por la policía que afectan al ejercicio de los derechos fundamentales del sujeto, deriva en la comisión del delito del artículo 198 del Cp., ya que, sin estar autorizados, los funcionarios utilizan datos de carácter personal que se hallan registrados en ficheros. Concretamente, el funcionario que accede a bases de datos personales o recopilación de éstos, cometería el delito del art. 198 CP (siempre que se realizara fuera de los supuestos legales y sin mediar causa legal por delito) en relación con el art. 197.5 CP³⁹, respecto al 197.2⁴⁰. Esto es, el funcionario, que sin contar con el

³⁹ Sobre el 197.5 como tipo agravado aplicable al 197.2. Cfr. RUEDA MARTIN, MA. *La nueva protección de la vida privada y de los sistemas de información en el Código penal*. Atelier. Barcelona. 2018, pp. 145-146.

⁴⁰ En Derecho comparado, el *Bundesverfassungsgericht*, en sentencia de 15 de diciembre de 1983, sustenta que tal clase de intromisión policial en los datos personales del sujeto está absolutamente injustificada salvo que los intereses ge-

consentimiento del afectado, utiliza, en perjuicio de éste, datos sensibles en ficheros (artículo 197.2) referentes a su ideología (artículo 197.5)⁴¹.

Pero, no solo se incurre en este delito, además, tal intrusión representa una limitación de los derechos cívicos del artículo 542 CP. Un precepto al que puede recurrirse, debido a su carácter subsidiario, en el supuesto de que no se aceptara la aplicación del artículo 198⁴². Ahora bien, es preciso aclarar que, precisamente el carácter genérico del concepto contenido en una norma penal en blanco como el art. 542 -derechos cívicos-, posibilita la incriminación de conductas que infringen determinados derechos fundamentales aún no reconocidos expresamente por el legislador penal. Este sería el caso del espionaje policial sobre el ejercicio de derechos fundamentales en el supuesto de que se descartara el artículo 198. A través del artículo 542 podría sancionarse la intromisión policial en la ideología del particular, el control de su participación en actividades públicas que no son, por tanto, constitutivas de secreto y, posteriormente, la revelación de tal ideología en ficheros policiales, sumarios, fase de instrucción, etc.⁴³.

La conservación de datos que afectan al ejercicio de los derechos fundamentales del sujeto no sólo da lugar a los delitos mencionados sino que, además, infringe el artículo 22 de la Ley 15/1999, sobre Ficheros de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad. Precepto que, según la Disposición transitoria cuarta de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, sigue vigente hasta que no se realice la transposición⁴⁴. El apartado segundo de

nerales de la sociedad resulten predominantes. A su vez, la sentencia de 27 de febrero de 2008, establece que tales medidas deben estar sometidas al criterio estricto de proporcionalidad y siempre que exista el peligro concreto para un bien jurídico esencial. Cfr. ESQUINAS VALVERDE, P, *Protección de datos personales en la Policía Europea*. Granada, Universidad de Granada, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 125 y ss

⁴¹ Otro supuesto distinto es si la gestación de ficheros con datos sensibles de personas sin antecedentes penales es en la actualidad un comportamiento delictivo. A juicio de GÓMEZ NAVAJAS, J, pese a que la formación clandestina de ficheros que contengan datos sensibles constituye una conducta expresamente prohibida por el artículo 7.4 LOPD, sin embargo, no está sancionada penalmente a través del artículo 197.5 CP. Esta autora considera que se trata de una laguna que debe remediarse de *lege ferenda* mediante su tipificación debido a la suficiente gravedad de la misma. Cfr. *La protección de los datos personales*. Navarra. Civitas. Aranzadi. 2005, pp. 374, 379. De la misma opinión es ROMEO CASABONA, C, al afirmar que “no se incluye en el 197.5 la prohibición de la creación de ficheros con la finalidad exclusiva de almacenar algunos de estos datos, lo que sí ocurre en la LOPD (art.7.4 que en el artículo 44.4, c, se califica como infracción grave)”. Cfr. *Derecho Penal. Parte Especial*. Comares. Granada. 2016, p. 267.

⁴² Cfr. STS 1953/2001. Asimismo, RODRIGUEZ RAMOS, *Libertades Cívicas y Derecho penal*. Tecnos. Madrid. 1975, p.47.

⁴³ La jurisprudencia ha interpretado que la referencia al ejercicio de los derechos cívicos incluye: «no sólo los fundamentales recogidos en la Constitución promulgada en 1978 y los jurídicamente protegidos en otros preceptos del Código penal de modo específico, sino también los otorgados en disposiciones de rango puramente administrativo, cualquiera que sea su soporte legal». Cfr. STS de 20 de febrero de 199; igualmente, ROLDÁN BARBERO, “Sobre el alcance del término «derechos cívicos» a los efectos del artículo 194 del Código penal”, *La Ley* 1991; del mismo autor, “El delito de impedir el ejercicio de los derechos cívicos”, *La Ley*, nº 2, 1996., p.2. De ese modo, se interpreta que el citado término alude, siempre con carácter secundario, a los derechos de sufragio activo y pasivo, el acceso a las funciones y cargos públicos, derechos de petición y las libertades públicas de reunión, asociación y manifestación y la libertad de expresión, entre otros. Cfr. SSTs de 8 de febrero de 1993; 1 de octubre de 1993.

⁴⁴ Artículo 22 de la Ley 15/1999: “1. Los ficheros creados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que contengan datos de carácter personal que, por haberse recogido para fines administrativos, deban ser objeto de registro permanente, estarán sujetos al régimen general de la presente Ley.

2. La recogida y tratamiento para fines policiales de datos de carácter personal por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sin consentimiento de las personas afectadas están limitados a aquellos supuestos y categorías de datos que resulten necesarios para la prevención de un peligro real para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales, debiendo ser almacenados en ficheros específicos establecidos al efecto, que deberán clasificarse por categorías en función de su grado de fiabilidad.

3. La recogida y tratamiento por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de los datos, a que hacen referencia los apartados 2 y 3 del artículo 7, podrán realizarse exclusivamente en los supuestos en que sea absolutamente necesario para los fines de una investigación concreta, sin perjuicio del control de legalidad de la actuación administrativa o de la obligación de resolver las pretensiones formuladas en su caso por los interesados que corresponden a los órganos jurisdiccionales

este artículo establece que: “La recogida y tratamiento para fines policiales de datos de carácter personal por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sin consentimiento de las personas afectadas están limitados a aquellos supuestos y categorías de datos que resulten necesarios para la prevención de un peligro real para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales, debiendo ser almacenados en ficheros específicos establecidos al efecto, que deberán clasificarse por categorías en función de su grado de fiabilidad”. Pero, es más, no es suficiente con el consentimiento del afectado, el artículo 9. 1 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, precisa que: “A los efectos del artículo 9.2.a) del Reglamento (UE) 2016/679, a fin de evitar situaciones discriminatorias, el solo consentimiento del afectado no bastará para levantar la prohibición del tratamiento de datos cuya finalidad principal sea identificar su ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, creencias u origen racial o étnico”⁴⁵.

Además, tratándose de los datos sensibles (aquellos que revelen la ideología y afiliación sindical de un individuo), su recogida y tratamiento “podrán realizarse exclusivamente en los supuestos en que sea absolutamente necesario para los fines de una investigación concreta”, pudiendo ser controlada la legalidad de estas actuaciones por los órganos jurisdiccionales y teniendo los interesados la posibilidad de promover igualmente dicho control por parte de los jueces y tribunales (art. 22.3 LO 15/99).

Sin embargo, queda abierta la posibilidad de que en nombre de un valor abstracto como la Seguridad del Estado, los responsables de los ficheros policiales pueden denegar el acceso o cancelación de los datos a los interesados “en función de los peligros que pudieran derivarse para la defensa del Estado o la seguridad pública, la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando” –art. 23.1 LO 15/99-⁴⁶.

4. AMPARO JUDICIAL DEL DISPARO DOLOSO DE PELOTAS DE GOMA CONTRA MANIFESTANTES.

En los supuestos de disparo con pelotas de goma contra manifestantes, la exigente completa de cumplimiento de un deber únicamente debe aplicarse si concurre necesidad en abstracto del uso de la violencia, con la finalidad de evitar riesgos personales, propios o de terceros. Es preciso, por tanto, que haya un alto grado de agresividad física que justifique el empleo de un instrumento tan peligroso

les.

4. Los datos personales registrados con fines policiales se cancelarán cuando no sean necesarios para las averiguaciones que motivaron su almacenamiento.

A estos efectos, se considerará especialmente la edad del afectado y el carácter de los datos almacenados, la necesidad de mantener los datos hasta la conclusión de una investigación o procedimiento concreto, la resolución judicial firme, en especial la absolutoria, el indulto, la rehabilitación y la prescripción de responsabilidad”.

- ⁴⁵ El artículo 9 del Reglamento (UE) 2016/679, al hablar del tratamiento de categorías especiales de datos personales subraya que:” 1. Quedan prohibidos el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientación sexuales de una persona física. 2. El apartado 1 no será de aplicación cuando concorra una de las circunstancias siguientes: a) el interesado dio su consentimiento explícito para el tratamiento de dichos datos personales con uno o más de los fines especificados, excepto cuando el Derecho de la Unión o de los Estados miembros establezca que la prohibición mencionada en el apartado 1 no puede ser levantada por el interesado.

⁴⁶ Precepto que sigue vigente tras la aprobación de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Cfr. Disposición adicional decimocuarta. Normas dictadas en desarrollo del artículo 13 de la Directiva 95/46/CE. “Las normas dictadas en aplicación del artículo 13 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, que hubiesen entrado en vigor con anterioridad a 25 de mayo de 2018, y en particular los artículos 23 y 24 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, siguen vigentes en tanto no sean expresamente modificadas, sustituidas o derogadas”.

(congruencia y oportunidad)⁴⁷; además, es exigible que resulte necesario *ex ante* conforme a las circunstancias del caso, al no existir otro medio menos arriesgado y un modo menos lesivo; igualmente, debe ser proporcional al hecho que se pretende impedir y, finalmente, coexistir con el elemento subjetivo de justificación: el deseo de cumplir una función pública en defensa de los derechos del ciudadano y de evitar un daño irreparable para el ordenamiento jurídico. Por su parte, la eximente incompleta sólo se aplicaría cuando, en presencia de los demás requisitos, el disparo con pelotas de gomas no sea proporcional.

En los supuestos en los que la manifestación es pacífica, los manifestantes se retiran, cuando no hay peligro alguno para las personas o daños considerables, no existe necesidad de intervención, siendo inaplicable la exención completa e incompleta. De igual modo, tampoco podría eximirse o atenuarse la pena cuando se incumpla el artículo 23 de Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, bien porque las medidas de intervención para el mantenimiento o el restablecimiento de la seguridad ciudadana no sean graduales y proporcionadas o porque las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad no avisan a las personas afectadas que va a emplearse ese material antidisturbios.

Pues bien, resulta sorprendente que en España no suela sancionarse el disparo doloso (eventual) incongruente, inoportuno y desproporcionado contra manifestantes desarmados y pacíficos que sólo reclaman derechos. En general, reitero, las decisiones judiciales sobre el empleo de pelotas de gomas no suelen exigir los requisitos arriba mencionados y los casos se zanján, por diversos motivos, con la impunidad policial. En ocasiones, como en el auto de la Audiencia Provincial de Bizkaia, 01/12/2006, (TOL-6118829), se alega la proporcionalidad de la actuación policial ante la supuesta agresividad de los manifestantes que acuden en ayuda de una persona que va a ser identificada. Otras veces, se estima que el manifestante asume la situación de riesgo, se coloca en un escenario de auto puesta en peligro consentida, al formar parte de una manifestación o reunión en la que se producen actos violentos. Es el caso de la sentencia de la Audiencia Nacional de 03/07/2019, (TOL-7438822), con relación a la lesión en el ojo sufrida por una persona en el transcurso de la manifestación «Marchas por la dignidad». En el desarrollo de la misma, 33 policías nacionales emplearon este tipo de escopetas, lanzando un total de 126 pelotas de goma, sin que pueda determinarse “si alguna de las pelotas lanzadas por agentes de la Policía Nacional alcanzó al denunciante en el ojo, quién disparó el arma y la trayectoria de la pelota de goma». Según el informe elaborado por la Brigada Provincial de Seguridad Ciudadana la actuación fue adecuada “...teniendo en cuenta la conducta de los violentos, y la utilización de pelotas de goma con efecto rebote contra el suelo”.

El Tribunal concluye que el sujeto lesionado se colocó de forma voluntaria en una situación de peligro al encontrarse en el lugar de los disturbios. En apoyo de esta tesis se citan algunas sentencias que afirman el deber jurídico de soportar el daño cuando el lesionado se ha arriesgado a participar en una manifestación ilegal y violenta: (STS de 22 de abril de 1994 (recurso de apelación 3.197/91, fundamento jurídico quinto); 1 de julio de 1995 (recurso de casación 2029/92, fundamento jurídico sexto); 27 de noviembre del año 2000 (recurso 6589/1996); 31 de enero de 2003 (casación 9060/98); 17 de abril de 2001 (recurso 8512/1996). En definitiva, se defiende la idea de que el derecho a la integridad desaparece si se accede a participar en una manifestación potencialmente peligrosa.

En otros supuestos, el Tribunal confirma la existencia de un delito doloso de lesiones, pero no puede demostrar la autoría o la relación de causalidad. En esa dirección, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27/05/2016, (TOL-5734316), considera que los hechos declarados probados son constitutivos de un delito doloso de lesiones del art. 149 del Código Penal por estallido del globo ocular izquierdo. Sin embargo, se desconocen dos cosas; una, si el impacto fue provocado por una pelota de goma o un proyectil; y la otra, que al producirse dos detonaciones no puede determinarse con seguridad quién hizo el segundo disparo y cuál de ellos provocó la lesión: “nos resulta imposible determinar si el proyectil que impactó en E.Q era una pelota de goma o un proyectil de 40 mm foam y, sobre todo, aceptando que una de las detonaciones corresponde al arma del acusado L.B, resulta

⁴⁷ Apartados c) y d) del artículo 5.4, LO 2/86, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y artículo 23 de LOPSC.

imposible determinar quien efectuó el otro disparo que aparece reflejado en la grabación efectuada por la reportera de Graclamon y tampoco podemos hacer ninguna afirmación concluyente sobre cual de los dos disparos o detonaciones fue la que ocasionó las lesiones a la víctima”.

El Tribunal niega además la responsabilidad del subinspector por omisión impropia al no impedir la actuación ilegal de sus subordinados. La excusa, apoyada por una usual y uniforme declaración policial, es que no se colocó detrás de sus subordinados, sino delante, con el riesgo, de ser cierto este hecho, que suponía para su integridad. Consecuentemente, al ubicarse delante del pelotón no pudo apreciar quienes ejecutaron los disparos⁴⁸.

La connivencia judicial con estas prácticas policiales ilícitas no debe ocultar que el origen de la mencionada impunidad se encuentra en la irresponsabilidad política, estando en juego la integridad física, de regular el disparo con pelotas de goma a través de disposiciones menores de carácter administrativo. En efecto, la utilización de material antidisturbios por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, no está regulada por una ley orgánica, debiendo recurrirse a una ambigua reglamentación administrativa y a normas de carácter interno⁴⁹. Actualmente esta materia está recogida en la Circular de 3 de septiembre de 2013, de la Comisaría General de Seguridad Ciudadana, sobre el empleo de material antidisturbios.

En esa Circular se incluyen los artificios fumígenos, lacrimógenos y las bolas de caucho o pelotas de goma⁵⁰, estableciéndose los siguientes requisitos: al ser un medio lesivo debe contar con la autorización del responsable policial del dispositivo de orden público; asimismo, tras su empleo debe informarse al superior policial y a la autoridad judicial. La Circular recuerda que las bolas de caucho sólo se podrán lanzar «contra individuos o grupos de agresores cuya actitud entrañara riesgo para policías u otros ciudadanos, o causaran daños materiales, con la finalidad de disuadir la actividad de los mismos, disparando bajo la premisa básica de la menor lesividad posible». Ahora bien, en función de la distancia del lanzamiento de objetos que puedan sufrir los agentes, la Circular prevé dos tipos de cartuchos de proyección⁵¹:

⁴⁸ Otra decisión judicial que ampara la impunidad del empleo indebido de estos medios antidisturbios, es el auto de 27/6/2020, de la sección sexta de la Audiencia Provincial de Cádiz, que niega la existencia de relación de causalidad entre la acción de disparar pelotas de goma en dirección a los inmigrantes y las muertes producidas en Tarajal en 2014. En una situación en la que no era necesario el empleo de estos instrumentos, pues no existía peligro alguno para la vida o integridad de los funcionarios o terceros, ni incluso para la seguridad ciudadana, se disparó contra los inmigrantes cuando nadaban hacia la playa. Es más, el auto comenta que, en el caso de que se demostrase la existencia de acciones de riesgo no permitidas por el derecho de parte de algunos guardias civiles, también se negaría la imputación objetiva: “aunque entendiéramos que hubo un incremento no permitido del riesgo por la actuación desviada de alguno o algunos de los investigados (en hipótesis, ya que no hay indicios), en ningún caso los desgraciados fallecimientos fueron el correlato lógico del mismo ante la existencia de otros riesgos de mucha más trascendencia y cuyo origen provenía de terceros [las Fuerzas Auxiliares marroquíes] y de las propias víctimas”. En el auto, se defiende que la actuación de la guardia civil respondió a los criterios de adecuación y proporcionalidad, “con una finalidad disuasoria primero, y después de canalización”. El Tribunal concluye que “los guardias civiles que estaban en el espigón o la playa no tenían obligación de socorrer a los nadadores, no sólo porque no se ha acreditado (ni siquiera alegado) que los mismos le hicieran algún requerimiento al respecto, sino porque tampoco existe prueba alguna de que, en su presencia, en la parte española, se estuviera nadie ahogando ni en peligro”.

⁴⁹ Cfr. Respuesta del Gobierno a pregunta escrita Congreso 184/2443312/12/201762937. Autor: Terrado, Antoni (GMX). Madrid, 27 de febrero de 2018.

⁵⁰ La Resolución 476/X del Parlamento de Cataluña, decidió prohibir el uso de pelotas de goma. Cfr. Eventos Masa. 260-00001/10Adopción Pleno del Parlamento. Sesión n.º 23, 18.12.2013, DSPC-P 42. Publicación: BOPC 222. El Pleno del Parlamento de Cataluña, en la sesión celebrada el día 18 de diciembre de 2013, sobre uso de Material Antidisturbios en Eventos de Masas, adoptó diversas resoluciones, entre las que destaca la número 24. “Todos los instrumentos, técnicas y herramientas que configuran el modelo de gestión de orden público tienen sentido en conjunto, ya que constituyen un equilibrio que permite utilizarlos de una forma progresiva y gradual. Por esta razón, debe iniciarse inmediatamente la retirada de las pelotas de goma, que deben sustituirse gradualmente, de modo que en fecha 30 de abril de 2014 sea efectiva su prohibición total. El nuevo modelo de actuación gradual y mixto debe garantizar en cualquier caso la disponibilidad de herramientas robustas que permitan un abanico de opciones tácticas diferenciadas”.

⁵¹ Cfr. Recomendación del Defensor del Pueblo de 9 de junio de 2014, dirigida al Ministerio del Interior-Dirección General de la Policía, derivada de la queja núm. 12009172, sobre la utilización de material antidisturbios en la vía pública.

- 1) Tipo A. En el caso de tener que utilizarse a distancias inferiores a 50 metros y superiores a 25 metros se dispondrá la «bocacha» con una ventana de reducción. Si fuera necesario, y de manera excepcional, por recibir agresiones directas que entrañen una peligrosidad extrema, se realizará el lanzamiento disponiendo la «bocacha» con las 2 ventanas de reducción de potencia abierta y a una distancia no inferior a 15 metros aproximadamente.
- 2) Tipo B. Se utilizarán a distancias aproximadas y superiores a los 75 metros, en cuyo caso se dispondrá de la «bocacha» con las dos ventanas de reducción de potencia abiertas. En caso necesario, si el alcance de las bolas de caucho debido a la distancia no fuera suficiente para responder a las agresiones recibidas, se incrementará el mismo cerrando una o las dos ventanas reductoras de potencia.

Otro texto que no posee carácter jurídico, el Manual de actualización para unidades de intervención policial, en su epígrafe 12.3.4, hace referencia al orden progresivo de las actuaciones policiales en las concentraciones y manifestaciones. Vuelve a insistir en que el lanzamiento de pelotas de caucho, “solamente estará autorizado en casos extremos, debidamente justificados y previa autorización del jefe de la fuerza actuante en el lugar, y que «siempre y en todo momento se tendrá presente en la utilización de este recurso el empleo del reductor de energía en su posición abierta», sin perjuicio de que, cuando el empleo de este recurso deba hacerse en largas distancias, el jefe de la fuerza podrá determinar de forma expresa una posición más cerrada de dicho reductor”⁵².

Es evidente que tanto la Circular como el Manual carecen del valor de fuentes del Derecho frente a las disposiciones de la LOFCS de 1986 o LOPSC de 2015. Sin embargo, en estas últimas no se aborda el problema concreto de la restricción del uso de pelotas de goma, constituyendo una laguna muy peligrosa. Tal como sugiere la Recomendación del Defensor del Pueblo de 9 de junio de 2014, dirigida al Ministerio del Interior-Dirección General de la Policía, derivada de la queja núm. 12009172, sobre el utilización de material antidisturbios en la vía pública: “Esta institución considera que la regulación contenida en la Circular sobre empleo de material antidisturbios, de fecha 3 de septiembre de 2013, y en el «Manual de actualización para unidades de intervención policial» es insuficiente para minimizar el riesgo lesivo de su utilización”. En este texto se censura que la Comisaría General de Seguridad Ciudadana no haya regulado los procedimientos de utilización del material antidisturbios, ni establecido un sistema de control, trasgrediendo así lo previsto en la Circular. Se critica por ende que la Dirección General haya quebrantado su escrito de 24 de junio de 2013, por el que se comprometía a elaborar un protocolo que circunscribiese al mínimo el riesgo lesivo de la utilización de bolas de goma⁵³.

⁵² Citado en la Recomendación del Defensor del Pueblo de 9 de junio de 2014, dirigida al Ministerio del Interior-Dirección General de la Policía, derivada de la queja núm. 12009172, sobre la utilización de material antidisturbios en la vía pública.

⁵³ A juicio del Defensor del Pueblo dichas normas deberían tener como mínimo el siguiente contenido:

- “Características técnicas de los distintos tipos de armas y proyectiles utilizados, especificando su precisión, si el arma utilizada permite una graduación de la potencia del disparo, la distancia óptima para su uso, la distancia mínima y máxima para evitar el riesgo de lesiones y el resultado de los estudios técnicos realizados para concretar los riesgos de lesividad que entraña su uso.– Pautas para su uso, especificando las circunstancias en las que su uso está autorizado y prohibido, los funcionarios policiales a los que les corresponde decidir sobre su utilización, la orientación de los disparos, las zonas del cuerpo humano en las que está prohibido el impacto de los proyectiles, la necesidad de hacer disparos de aviso, etc.
- Formación que deben tener los agentes habilitados para el uso de dichas armas.
- Mecanismos de control internos de la asignación de dicho material a cada agente y de las circunstancias concurrentes en cada ocasión en las que sean utilizadas. Para lo cual es necesaria la elaboración de informes por el agente actuante, por el responsable policial de la patrulla, grupo o unidad y por el responsable policial del operativo, en los cuales, además de la identificación de los agentes policiales actuantes, se precise el número de disparos realizados, el lugar donde se realizan y las circunstancias que han determinado la necesidad de los mismos. – Protocolo de actuación en aquellos casos en los que el impacto haya alcanzado a alguna persona, con la finalidad de obtener información de las lesiones producidas por el impacto y asegurarse de que los heridos reciben la asistencia médica necesaria”. La recomendación del Defensor del Pueblo, incumplida hasta ahora por el Gobierno, fue la de la necesidad de proceder a la “elaboración de una normativa, que regule la utilización de las armas destinadas a la impulsión y proyección de pelotas de caucho, con el contenido mínimo que se menciona en este escrito”.

BIBLIOGRAFÍA

- BADIOU, A. La Impotencia contemporánea. *El Síntoma griego. Posdemocracia, guerra monetaria y resistencia social en la Europa de hoy*. Errata naturae: Madrid, 2013.
- BOLEA BARDÓN, C. Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Tomo 1. Tirant lo Blanch: Valencia, 2019.
- BOTEY J. *Movimientos sociales y globalización*. En *La batalla de Génova*. El viejo topo. 2001.
- BUSTOS RAMIREZ, J. “El delito de práctica ilegal de la detención por parte del funcionario público”, *CPC*, nº 20, 1983.
- CARBONELL MATEU, JC/GONZÁLEZ CUSSAC, JL. Derecho Penal. Parte Especial. Tirant Lo Blanch, 2008.
- CASTELLS, M. *Redes de indignación y esperanza*. Alianza editorial, Madrid, 2015.
- COLOM JAÉN, A. Apuntes sobre el orden global neoliberal al alba del siglo XXI. *La batalla de Génova*. El viejo topo. 2001.
- ESQUINAS VALVERDE, P. *Protección de datos personales en la Policía Europea*. Granada, Universidad de Granada, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.
- GÓMEZ NAVAJAS, J. *La protección de los datos personales*. Navarra. Civitas. Aranzadi. 2005.
- GONZÁLEZ CUSSAC, JL. Derecho penal. Parte Especial. AAVV. Tirant, Valencia. 2019.
- JAREÑO LEAL, A. «La detención ilegal cometida por funcionario público: tipos delictivos y criterios para su aplicación», en *Revista General de Derecho Penal*, Iustel, núm. 27, 2017.
- JESCHECK. Tratado de Derecho penal. Parte General. Vol. I. Bosch, Barcelona. 1981.
- LAMARCA Pérez, C. Delitos. La parte especial del Derecho penal. AAVV. Coordinada por Carmen Lamarca Pérez. Dykinson. Madrid. 2017.
- MONEREO, M, *De la Crisis a la Revolución Democrática*. El viejo Topo, 2013.
- MUÑOZ CONDE, F. Derecho Penal. Parte Especial. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
- MUÑOZ CONDE, F. Derecho penal. Parte especial. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2019.
- MUÑOZ SÁNCHEZ, J. *El delito de detención*, Trotta, Madrid 1992.
- MUÑOZ SÁNCHEZ, J. *Comentarios al Código Penal, Parte Especial, II*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- PISARELLO G/ASENS, J, *La Bestia sin bozal. En defensa del derecho a la protesta*, Catarata, Madrid, 2014.
- PRATS CANUT, JM, Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal. Director GONZALO QUINTERO OLIVARES. Aranzadi, Pamplona, 2007.
- RAMÓN RIBAS, E. «La Aprehensión ilegal de una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad. En Estudios penales y criminológicos». En *Homenaje al Prof. Lorenzo Morillas Cueva. Volumen II*. Dykinson: Madrid, 2018.
- RAMÓN RIBAS, E. «Detenciones ilegales practicadas por funcionarios públicos». Tirant lo Blanch: Valencia, 2019.
- REBOLLO VARGAS, R.: *Comentarios al Código penal. Parte Especial, Tomo I*, Bosch, Barcelona, 2004.
- REBOLLO VARGAS, R.: «Detenciones ilegales y secuestros». En *Derecho penal español. Parte Especial I*. Dir. ALVAREZ GARCÍA, J, Tirant lo Blanch: Valencia, 2010.
- RODRÍGUEZ DEVESA, JM. *Derecho Penal español. Parte Especial*. Novena edición. Madrid. 1983.
- ROMEO CASABONA, C. M. y AAVV. *Derecho Penal. Parte Especial*. Coordinadores Romeo Casabona, CM, Sola Reche, E, Miguel Ángel Boldava Pasamar. Editorial Comares: Granada. 2016.
- DEL ROSAL BLASCO, B. *Sistema de Derecho Penal Español Parte Especial*, Dykinson: Madrid, 2011.
- ROXIN, C. Teoría del tipo penal, Tipos abiertos y elementos del deber jurídico, Buenos Aires, 1979, traducción realizada por BACIGALUPO, E.
- ROXIN, C. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito. Elementos de valoración global del hecho*. Editorial Civitas. 1997.

RODRIGUEZ RAMOS, L. *Libertades Cívicas y Derecho penal*. Tecnos. Madrid. 1975.

ROLDÁN BARBERO, *Sobre el alcance del término «derechos cívicos» a los efectos del artículo 194 del Código penal*, La Ley 1991.

ROLDÁN BARBERO, *El delito de impedir el ejercicio de los derechos cívicos*, La Ley, nº 2, 1996.

RUEDA MARTIN, MA. *La nueva protección de la vida privada y de los sistemas de información en el Código penal*. Atelier. Barcelona. 2018.

TAMARIT SUMALLA, JM, Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal. Director GONZALO QUINTERO OLIVARES. Aranzadi, Pamplona, 2007.

WELZEL. *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 9ª edición, 1957.

ZUGALDÍA ESPINAR, JM, Delitos contra la libertad, En Documentación jurídica, Vol. I. Enero-diciembre de 1983.

Revista
SISTEMA PENAL CRÍTICO

**SELECCIONAR Y PUNIR:
PUNITIVISMO Y LA DINÁMICA APOROFÓBICA
DE LA CRIMINALIZACIÓN EN EL DERECHO BRASILEÑO¹**

Ana Elisa Liberatore S. Bechara

*Profesora Catedrática del Departamento de Derecho Penal, Medicina Forense
y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo.*

Rodrigo José Fuziger

*Doctor en Gobernanza Global y Estado de Derecho (USAL/Espanha);
Doctor, Mestre y Licenciado en Derecho (USP); Licenciado en Filosofía (USP).*

¹ Artículo escrito por miembros del Proyecto de cooperación internacional de investigación “Hacia un modelo de justicia social: alternativas político-criminales”, Referencia: RTI2018-095155-A-C22, IP: Demelsa Benito Sánchez (Universidad de Deusto) y del Proyecto de cooperación internacional de investigación “Aporofobia y Derecho penal”, Referência: RTI2018-095155-B-C21, IP: Ana Isabel Pérez Cepeda (Universidad de Salamanca).

Financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

RESUMEN:

El artículo tiene como objetivo analizar los procesos de criminalización (primaria y secundaria) que permean el sistema penal brasileño desde un sesgo punitivo y aporofóbico, generando dinámicas de (re) marginación de parte de la sociedad, lo que contribuye a la notable selectividad criminal en Brasil. Desde las ideas de punitivismo y aporofobia, expresión desarrollada por la filósofa española Adela Cortina, se hace una mirada al fenómeno de la exclusión social a través de la inclusión en la cárcel, verificando inicialmente las afluencias legislativas, a partir de ejemplos de normas penales que resaltan este panorama. Además, se arroja luz sobre los mecanismos selectivos de normas (en abstracto, no aporofóbicas) por parte de los poderes Ejecutivo y Judicial. A partir de este esfuerzo descriptivo, el objetivo es establecer un diagnóstico, no exhaustivo, del sistema penal brasileño bajo el parámetro del concepto de aporofobia.

ABSTRACT:

This article aims to analyze the criminalization processes (primary and secondary) that permeate the Brazilian criminal system from a punitivist and aporophobic bias, creating dynamics of (re) marginalization which affects special parts of, contributing to the notable criminal selectivity in Brazil. Therefore, based on the ideas of punitivism and aporophobia, an expression elaborated by the Spanish philosopher Adela Cortina, it will be established an analysis of the phenomenon of social exclusion by inclusion in prison, initially verifying legislative inflows, starting from examples of penal laws. In addition, efforts will be made to shed light on selective rules mechanisms (in the abstract, not aporophobic) by the Executive and Judiciary powers. From this descriptive effort, the objective is to draw a diagnosis, not exhaustive, of the Brazilian penal system under the parameter of the concept of aporophobia.

PALABRAS CLAVE:

Derecho penal; criminalización; selectividad penal; punitivismo; aporofobia.

KEYWORDS:

Criminal law; criminalization; criminal selectivity; punitivism; aporophobia

SUMARIO:

1. Introducción: algunas líneas sobre la idea de aporofobia; 2. El punitivismo como una de las bases ideológicas del Derecho penal de aporofobia; 3. Síntesis del panorama de selectividad en el sistema criminal brasileño; 4. Criminalización primaria: aporofobia y la ley; 5. Criminalización secundaria: aporofobia y aplicación de la ley; 6. Conclusiones; 7. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN: ALGUNAS LÍNEAS SOBRE LA IDEA DE APOROFOBIA

“*El infierno son los otros*”

Jean-Paul Sartre²

Es notable cómo expresiones y frases adquieren contornos semánticos que escapan totalmente a los significados concebidos y deseados por sus autores.³ En esta perspectiva, dos nociones distintas en su génesis comparten este mismo fenómeno de profunda distorsión conceptual, principalmente debido a la falta de uso cuidadoso de tales ideas, a menudo citadas al azar, como argumentos retóricos. Ellos son: la metáfora del «otro» como «infierno», elaborada por Jean-Paul SARTRE, y la expresión “apofobia”, un neologismo creado por Adela CORTINA. Además de compartir este mal uso de sus sentidos, tales ideas, de marco filosófico, son absolutamente convergentes desde otra perspectiva y servirán de trasfondo para la contextualización del escenario objeto de este artículo, a saber, el sistema penal brasileño.

Una interpretación vulgar de la expresión «el infierno son otros»⁴ se define a partir de la idea de la dificultad para convivir con los demás, debido a las diferentes formas de pensar, querer y actuar. En este sentido, el alcance de la libertad de una persona está limitado por otros espacios de libertad, ocurriendo conflictos en la medida que se extrapolen las fronteras de las libertades individuales, siendo el Derecho, como instrumento formal de control social, vinculado a la necesidad de prevenir y pacificar tales conflictos.

Sin embargo, SARTRE va más allá de las evidentes dificultades que se derivan de convivir con terceros, como epicentros del conflicto. La tesis del filósofo francés con la frase antes mencionada reside en la constitución del ser “yo” a partir de la intersubjetividad entre “el yo y el otro”. El conocimiento del “yo”, con sus limitaciones y falibilidad, depende de este movimiento relacional con el otro, de las percepciones y juicios de los demás como elementos de parametrización (comparativa) de un individuo. Esta intersubjetividad que representa una condición de conocimiento del otro acaba por revelar el “yo” al otro, de forma recíproca, pero también develar el “yo” al propio individuo. La cuestión central sobre la afirmación del otro como representación del infierno radica en cómo afrontarlo, es decir, cómo gestionar la concretización del infierno en las relaciones con terceros. En este sentido, hay «otros» que son «más otros» y, por tanto, hay distintos círculos del infierno (combinando aquí las metáforas de Sartre y Dante Alighieri).

Las relaciones sociales se construyen sobre planes de semejanza y diferencia y si, como afirmaba Sartre, cada uno representa la idea del infierno, tal representación se vuelve aún más dramática y radical para el otro compuesto y percibido desde la diferencia, para el que se parece poco a su observador. Este último, a su vez, ve al otro desde una diferenciación jerarquizadora: el que no se corresponde con mi imagen y semejanza es imprevisible (el miedo como afecto social) y los riesgos de tal imprevisibilidad deben inocuizarse mediante la sumisión y segregación de las personas. Es un «otro, excesivamente otro», porque además de un individuo que trasciende la inmanencia del “yo” (por lo tanto, un «otro») es un individuo constituido por diferencias (biológicas, culturales, sociales, económicas) con su interlocutor (por lo tanto, «excesivamente otro»).

La distinción entre yo / nosotros y el otro / otros, como lo demuestra la historia, es un componente

² SARTRE, Jean-Paul. *Entre quatro paredes*. Tradução de Guilherme de Almeida. São Paulo: Abril Cultural, 1977, p. 78.

³ «Las palabras pertenecen mitad a quien habla, mitad a quien escucha.» MONTAIGNE, Michel de. *Essais*, vol. III, cap. XIII, “De l’expérience”. Paris: Bibliothèque de la Pléiade, 2007, p. 1201.

⁴ Expresión a cargo del personaje Garcin, en la obra de teatro «Huis Clos», traducida al portugués para «Entre cuatro paredes». En la obra, la representación del infierno concebida por SARTRE se limita a una habitación con algunos muebles y tres personas, que son fuentes suficientes de la sensación de estar en el infierno.

perpetuo de las relaciones de reconocimiento y pertenencia, centradas en la semejanza y la diferencia, de las cuales se originaron varios nombres - extranjero, ajeno, bárbaro, enemigo – que demuestran que la lógica del manejo de la diferencia opera desde afectos como el miedo y algunas de sus consecuencias naturales, como el odio y el desprecio, generando así movimientos jerárquicos reduccionistas que simplifican la relación con la forma más intolerable del infierno (adoptando y extrapolando aquí la metáfora sartreana). Tal forma se concreta en lo diferente, en el “excesivamente otro”.

Y si la categorización de lo diferente es relacional, ese proceso es recíproco entre los demás que componen esa relación. Sin embargo, en tales procesos existen perspectivas de gregarismo entre pares que operan en base a criterios variados como sangre, patria, raza, vínculos sociales, entre otros. Pensando en el parámetro de las diferencias de origen social, se construye todo un marco que se puede entender desde la perspectiva del conflicto de clases, con las más diversas consecuencias, entre ellas, los procesos de mantenimiento del *statu quo* (y el Derecho Penal tiene un papel protagónico para tal fin) y su consecuente e ineludible resultado de la exclusión social.⁵

Así, las relaciones de jerarquización por medio de la diferencia, que serían recíprocas (lo que generaría una especie de homeostasis) en realidad son desequilibradas (con diferentes poderes socioeconómicos entre individuos y grupos), generando efectos concretos más allá de la percepción del diferente como inferior. Los fenómenos formales e informales de marginación operan desde esta clave.

En una sociedad de consumo, bajo un criterio social, el “excesivamente otro” corresponde al individuo pobre (no es de extrañar, entendido en una relación sinonímica como marginado⁶). Ahí radica el enorme potencial del concepto de La “aporofobia” en el diagnóstico de este panorama.

La palabra «aporofobia» es un neologismo elaborado por la filósofa española Adela Cortina, refiriéndose etimológicamente a las palabras griegas *á-poros* (pobre, indefenso) y *phobos* (miedo, aversión). Aunque la expresión fue acuñada por el autor en la década de 1990, recién en 2017 y gracias al lanzamiento del libro homónimo,⁷ la palabra alcanzó la debida repercusión, incluso habiendo sido incorporada en el mismo año por el Diccionario de la Real Academia Española (RAE),⁸ con el siguiente significado: «Odio, repugnancia u hostilidad hacia los pobres, los sin recursos, los indefensos». El concepto acuñado por Adela CORTINA se perfila mejor. Según ella, la aporofobia consiste en “fobia a los pobres, lo que lleva al rechazo de personas, razas y etnias que habitualmente no tienen recursos y, por tanto, no pueden ofrecer nada, o parecen no poder hacerlo.”⁹

Acerca del concepto antes mencionado, son necesarias algunas observaciones. Primero, en cuanto a la importancia de un neologismo. Nuevas palabras sirven para delinear y nombrar fenómenos que anteriormente pertenecían al orden de la descripción (como es el caso), si no a los incognoscibles (en

⁵ En una lectura sartreana, Pierre Bourdieu afirma que “la exclusión social, la forma concreta del infierno y la condena. Porque el hombre es un Dios para el hombre, el hombre es también el lobo del hombre.” BOURDIEU, Pierre. Lecciones en clase. Traducción de Egon de Oliveira Rangel. São Paulo: Ática, 1988, pág. 58.

⁶ “Para Jean Michaud, un marginal es alguien que está fuera del contexto social. Para Pierre Delteil, quien está fuera de la norma. En estas definiciones, se sugiere un deseo implícito de auto-marginación. Según Gassin, también hay marginales fuera de los marginales, aquellos que no solo están fuera del texto escrito, sino también de la hoja de papel. El *continuum* podría describirse de la siguiente manera: conformistas, marginales, desvíos ordinarios (excluidos) y desvíos marginales (los excluidos de los excluidos). Pero no todos los delincuentes serían delincuentes. Entre los delincuentes habría algunos que se encuentran casi en el límite entre la desviación y la tolerancia: vagabundos, prostitutas, drogadictos, alcohólicos peligrosos, jóvenes delincuentes, etc.; y otros están incluso en los márgenes de la delincuencia original (socios criminales, psicópatas delincuentes, etc.) «. ANIYAR DE CASTRO, Lola. *La realidad contra los mitos*. Reflexiones críticas en Criminología. Maracaibo: Universidad del Zulia, 1982, p. 57-58.

⁷ CORTINA, Adela. *Aporofobia*, el rechazo al pobre: un desafío para la democracia. Barcelona: Paidós, 2017. En Brasil, v. FUZIGER, Rodrigo. *Aporofobia e Sistema Penal*: nominando a ignominia. Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal, 2(4), 2019, pp. 11-12.

⁸ Menos de 10 días después de la incorporación por parte del Diccionario SAR, la “aporofobia” fue elegida “palabra del año” por la Fundación del Español urgente (Fundéu BBVA), superando a competidores como *fake news*, *uber* y *bitcoin*, por “su potencial de cambiar la realidad”.

⁹ CORTINA, Adela. *Aporofobia*, el rechazo al pobre, cit., p. 9.

una hipótesis de una nueva realidad). Más que un proceso de economía lingüística,¹⁰ nombrar una realidad que sobresale permite potenciar mecanismos de transformación de la realidad social (como lo proclama Adela CORTINA), especialmente si la expresión va acompañada de un concepto bien construido e instrumentalizable frente a la realidad social. En esta tarea son imprescindibles las aportaciones de la filosofía, campo al que, no en vano, pertenece la autora, profesora de Filosofía de la Universidad de Valencia.¹¹

En segundo lugar, al acercar la aporofobia a la noción de categorización basada en diferencias sociales (recordando aquí la idea de “excesivamente otro”), se observa que la pobreza es un poderoso elemento de distinción, dado que la creadora del término “aporofobia «reflexiona que «los inmigrantes no son marginados si son ricos, ni lo es el negro jugador de baloncesto, ni los jubilados con patrimonio»». ¹² Así, la pobreza es un elemento que democratiza la marginación, albergando varios elementos diferenciadores que se maximizan al combinarse con la precaria situación económica. En este diapasón, es notable cómo existe una nefasta simbiosis entre la miseria y las vulnerabilizaciones¹³ debido a la opresión racial, de género, orientación sexual, entre otras.

En tercer y último lugar, se propone aquí entender la aporofobia en una dimensión diferente a la que se materializó en España. Esto se debe a que, desde una perspectiva española y, además, europea, la aporofobia suele detectarse en el trato dado a la población pobre del continente, con un notable énfasis en los inmigrantes extranjeros que sufren todo tipo de rechazos, incluso con episodios recurrentes de agresión física y ataques a la vida de estos sujetos, especialmente los viven en la calle. Es cierto que esto no ocurre exclusivamente por el comportamiento aislado de algunos agresores, sino por las políticas gubernamentales, incluso con el papel que juega el Derecho en la gestión de los indeseables. La xenofobia (sobre todo al extranjero pobre), por tanto, tiene al menos un barniz de proyecto estatal en muchos países.

Como movimiento contrario a esta perspectiva, existen propuestas para combatir la aporofobia en su materialización en violencia física, moral y simbólica llevada a cabo por individuos. En este sentido, un proyecto de ley (aprobado por el Senado español en 2018) pretende incluir “motivos de aporofobia” al artículo 22.4 del Código Penal español, como agravante de la pena.¹⁴

En cuanto a la realidad brasileña, la idea no es imitar el proyecto español y criminalizar con especial rigor las manifestaciones aporofóbicas que también son recurrentes en Brasil (lo que corresponde a un movimiento de recrudescimiento criminal que, aunque bien intencionado, es de dudosa efectividad y legitimidad). Por el contrario, se propone reducir el recrudescimiento delictivo en cuanto a normas que se constituyen bajo una premisa aporofóbica o que se instrumentalizan en una aplicación selectiva, dirigida principalmente a individuos económicamente marginados.

Esto se debe a que el Derecho Penal es un instrumento poderoso en los procesos de (re)marginación social, como lo ha demostrado la Criminología (por ejemplo, desde la perspectiva de la teoría del *La-*

¹⁰ Acerca del tema, v. BOURDIEU, Pierre. *A economia das trocas lingüísticas*. Trad. de Sérgio Miceli. São Paulo: Edusp, v. 116, 1996.

¹¹ En este sentido, la actividad filosófica puede verse eminentemente como creadora de conceptos, como apuntan DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *O que é a filosofia?* Trad. Bento Prado Jr. e Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Editora 34, 1992, pp. 23 e ss.

¹² CORTINA ORTS, Adela. *Aporofobia, el rechazo al pobre*, cit., p. 70.

¹³ Adoptamos aquí el término vulnerabilizaciones, en detrimento de los vulnerables, en vista de la precisión semántica de que la vulnerabilidad socioeconómica no es estanca e inherente a los individuos, sino una consecuencia de las dinámicas sociales excluyentes que contribuyen al panorama de desigualdad brasileño, lo que, por tanto, potencia y amplía la perspectiva de la aporofobia en Brasil.

¹⁴ El Código penal español, actualmente tiene en su art. 22 la siguiente redacción: “Son circunstancias agravantes: 4. Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad.”

*beling Approach*¹⁵) durante décadas. Para mitigar los efectos de esta marcada selectividad en el Derecho Penal (no solo en la realidad brasileña, sino en ésta de manera destacada), el diagnóstico de movimientos de criminalización primaria y secundaria con rastros de aporofobia puede ser un dispositivo mucho más efectivo para enfrentar este fenómeno. que el castigo de los individuos que exteriorizan conductas aporofóbicas. De hecho, en este último caso, la aporofobia persistiría como un problema estructural sensible que siempre propiciaría el advenimiento de nuevos autores de delitos motivados por estas razones.

Habiendo expuesto el objetivo central de este escrito, es necesario hacer algunas observaciones sobre el punitivismo como una de las bases ideológicas del Derecho Penal para la aporofobia, para luego proceder a un análisis del panorama selectivo del sistema criminal brasileño.

2. EL PUNITIVISMO COMO UNA DE LAS BASES IDEOLÓGICAS DEL DERECHO PENAL PARA LA APOROFOBIA

El punitivismo como creciente tendencia político-criminal corresponde a uno de los más intensos debates de la actualidad, en especial si se considera que definitivamente las sociedades no viven un buen momento para los derechos y garantías fundamentales, a menudo tratados como objetos negociables. Los tiempos son confusos y la inestabilidad general se ve reforzada por la polarización social, por un populismo demagógico y por manifestaciones de irracionalidad que parecen ganar más seguidores cada día.

El Derecho Penal está sustancialmente vinculado a la violencia, especialmente la del propio Estado, caracterizada por la privación/restricción de la libertad individual. Precisamente por constituir un instrumento funcional del poder estatal, la intervención penal tiene un significado político intrínseco, que contamina sus elementos dogmáticos y su lectura hermenéutica. Así, la racionalidad instrumental por la que se rige este poder del sistema social condiciona, desde una perspectiva externa, la auto-comprensión que tiene la ciencia criminal de su propia racionalidad, manipulándola.¹⁶ Los límites de los conceptos legales no son objetivos, pero disputables.

Ahora bien, si el discurso institucional en el ámbito penal tiende a delimitar -aunque no expresamente - sus cuestiones desde la conveniencia del propio poder actuante, acaba ocultando, bajo un sesgo supuestamente científico y abstracto, la naturaleza falsa de la imagen que se crea del sistema para o fin de garantizarle apoyo y auto-legitimación. Entonces, parafraseando a Pierre BOURDIEU,¹⁷ el Derecho Penal no es lo que dice ser y, aunque tiene garantías formales, opera en la práctica como un instrumento ideológico y selectivo de poder, que se ejerce independientemente de la prueba de posibles ganancias concretas para la sociedad en materia de protección de bienes jurídicos.

El paradigma dogmático penal, por tanto, tiene una finalidad mucho más práctica que teórica, en el sentido del ordenamiento funcional de sus enunciados como soportes políticos de otros intereses, proporcionando seguridad jurídica al propio sistema, legitimado como ciencia. Esto explica cómo es posible que un mismo modelo u ordenamiento penal pueda ser utilizado en diferentes contextos políticos y sociales, con resultados concretos muy diferentes, especialmente en lo que respecta al respeto a la libertad del individuo. Y la política que incide en la intervención penal no es solo una cuestión de poder e intereses, sino que también engloba la provisión y defensa de símbolos, que tienen un potencial manipulador. Así, el poder punitivo estatal tiene como solo una de sus funciones controlar las conductas prohibidas; detrás de esto, hay valores que simbolizan una determinada forma de vida y que son colonizados por la prohibición penal. Del mismo modo, el delito no es un objeto preexistente, sino el re-

¹⁵ Acerca de las bases del Labeling Approach, v., por ejemplo, BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2004, p. 86-97.

¹⁶ Cf. PALIERO, Carlo Enrico. La auto-comprensión de la ciencia del derecho penal frente a los desafíos de su tiempo (comentario). Trad. de Maria José Pifarre. In: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn (Coord. de la versión alemana). MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord. de la versión española). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 100-101.

¹⁷ BOURDIEU, Pierre. Los juristas, guardianes de la hipocresía colectiva. Trad. de J. R. Capella. *Jueces para la Democracia*, n. 47, jul. 2003, p.5.

sultado de una determinada interacción en la que el legislador y el intérprete de la norma penal juegan un papel activo, en el marco de un proceso fundamentalmente simbólico de atribución de estigmas.¹⁸

Precisamente por eso, afirmar que el Derecho Penal atraviesa una crisis no constituye exactamente una novedad. De hecho, la historia muestra, comenzando con la Ilustración y la relación dicotómica entre seguridad y libertad, la existencia de una crisis estructural inmanente al Derecho Penal. De otra parte, no es posible dejar de notar la existencia de una «crisis contemporánea» en el Derecho Penal, desde finales de la década de 1970, fundada en otros fenómenos. Por tanto, es posible afirmar que las discusiones actuales sobre Derecho Penal giran en torno a nuevas dificultades y retos característicos de la llamada Postmodernidad, entre los cuales se pueden citar el declive del *Well Fare State*, la desaparición del ideal de resocialización como finalidad principal de la pena, la desintegración de las relaciones sociales, la creciente sensación de inseguridad e individualismo, bien así el reconocimiento de la llamada sociedad del riesgo.

En este contexto de nuevos desafíos, solo para traer dos ejemplos relacionados al punitivismo, separados por el Atlántico, se puede mencionar en primer lugar los enormes dilemas con respecto a la confrontación del terrorismo en Europa y, en segundo lugar, la inquietante declaración hecha públicamente por uno de los magistrados de la Corte Suprema de Brasil sobre la supuesta necesidad de una reformulación general de la dogmática penal, a fin de satisfacer mejor las necesidades de la sociedad. Estos dos ejemplos, aparentemente distantes entre sí, tienen en verdad una relación muy estrecha, fundada en una pretensa demanda social por una mayor presencia del Derecho Penal y, al mismo tiempo, en una apatía general hacia los excesos arbitrarios practicados por el Estado, que se consideran pragmáticamente como un costo inevitable de una política criminal eficaz.

Los problemas se acentúan aún más cuando se observa la creciente superposición entre política criminal y política social. De hecho, en estos casos, luego de dejar de lado la realidad de una serie de sujetos vulnerables de grupos marginales con respecto a la seguridad de sus derechos, la política criminal comienza a tomarlos en cuenta ya no como sujetos, sino como objetos de política social, con el fin de promover la seguridad de sus potenciales víctimas. Ocurre, entonces, a través del Derecho Penal, la transición de sujetos vulnerables que sufren lesiones de derechos por parte del propio Estado a potenciales agresores de los derechos de sujetos más protegidos socialmente, en un movimiento político-criminal de criminalización de la política social, todo ello bajo la supuesta base científica de la dogmática penal.¹⁹ En este contexto, hay que indagar cómo es posible que el Derecho Penal pueda operar tan libremente contra las personas que el Estado, en un contexto democrático, debería respetar y proteger, sin que exista una resistencia social contra tal práctica.

En verdad, la ideología que subyace en la construcción de una conciencia que asegura la adhesión social a prácticas autoritarias y selectivas en materia penal se basa en uno de los sentimientos más poderosos: el miedo. De hecho, a pesar de la distancia entre la percepción subjetiva de los riesgos sociales y su existencia objetiva, el miedo a la criminalidad puede tener consecuencias sociales incluso más marcadas que las derivadas de la propia delincuencia. A nivel individual, dicho miedo promueve cambios de conducta, encaminados a prevenir la victimización, que afecta los hábitos y la calidad de vida de los ciudadanos. A nivel colectivo, las repercusiones del miedo en relación con la delincuencia resultan en una reducción de la interacción social, el abandono de los espacios públicos y la ruptura del control social informal.²⁰ Finalmente, en el plano jurídico, el miedo genera una creciente demanda social por la mayor presencia del Derecho Penal y, al mismo tiempo, una “anestesia” o apatía en relación a los excesos practicados por el Estado, que llegan a ser considerados pragmáticamente como un costo

¹⁸ Cf. HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. Trad. de Elena Larrauri. In: Vv.Aa. *Pena y estado*. Santiago: Conosur, 1995, p. 23-24.

¹⁹ Cf. BARATTA, Alessandro. Política criminal: entre la política de seguridad y la política social. In: CARRANZA, Elías (Coord.). *Delito y seguridad de los habitantes*. México: Siglo XXI; Programa Sistema Penal y Derechos Humanos ILANUD/Comisión Europea, 1997, p. 84-85.

²⁰ En igual sentido, afirma Klaus GUNTHER: “*O medo constrói uma barreira psíquica diante do espaço individual de liberdade. A vida em uma situação assim é limitada às atividades que aumentam a sensação de segurança – reações excessivas e irracionais inclusive*”. GUNTHER, Klaus. Medo no estado de direito. Trad. de Giovani Agostini Saavedra, Uriel Moller e Melissa Lippert. *Revista de Estudos Criminais*, v. 12, n. 55, out./dez. 2014, p. 14.

inevitable de una política criminal insegura. Precisamente por ello, porque permite la supuesta justificación de políticas de Estado que, evaluadas exclusivamente desde la perspectiva axiológica democrática, resultarían ilegítimas, el miedo es un instrumento político muy eficaz.

El miedo es, por tanto, explotado por el Estado, que hace uso de una ideología de la seguridad ciudadana, en teoría orientada a responder a las necesidades sociales y en la práctica utilizada como mecanismo de autoconfirmación de la intervención punitiva. Tal ideología, cuyo uso político parece que alcanza su apogeo en el contexto del neoliberalismo, se asocia históricamente con el declive del Estado de bienestar en los países centrales, mientras que en países económicamente periféricos, como Brasil, aparece más vinculado a la ideología de la seguridad nacional (que fundó los regímenes dictatoriales), como su sucesora. En cualquier caso, el deseo de defensa de la seguridad - o al menos la sensación de seguridad - crea un círculo vicioso en torno al miedo y, en consecuencia, un clima colectivo de desconfianza en el que el individuo ya no es visto como el único sujeto de sus fines, atribuyendo esta condición a entidades de carácter transpersonal. Desde esta perspectiva, se desarrolla una política legislativa que distingue entre los destinatarios de la norma, negando a unos lo que otorga a otros, implicando la desfiguración de la imagen de la persona, basada en el principio fundamental de igualdad.²¹ Finalmente, bajo el pretexto ideológico de la búsqueda de la seguridad, el Derecho Penal se transforma en un instrumento polarizado de combate, que debilita los lazos de solidaridad entre y dentro de las diferentes clases sociales, y en su lugar establece lazos de subordinación y disensión, constituyendo como política la “negación de la fraternidad y la voluntad de vivir juntos”.²²

En este contexto de ansiedad y sensación de inseguridad, el Estado ya no es visto como una amenaza a las libertades individuales, sino como un compañero de armas de los ciudadanos frente a los peligros e incertidumbres de la vida social. La consecuencia principal de discutir sobre política criminal en el contexto de una situación social de miedo generalizado y de pánico moral es que se vuelve extraordinariamente difícil y costoso discrepar. Las decisiones judiciales a menudo mencionan el caso como una emergencia, como un punto fuera de la curva, a merecer una respuesta excepcional, abandonando principios, normas e institutos penales fundamentales.

En suma, en un ambiente posmoderno de creciente polarización social, el Derecho Penal termina convirtiéndose políticamente en un instrumento violento de guerra, también polarizado, que debilita la solidaridad y fortalece los vínculos de subordinación y los conflictos. Se establece así un estado de excepción permanente, que se convierte en el paradigma dominante en la política criminal y incluso en la dogmática penal, recuperándose un modelo estricto y siempre expansivo de vigilancia basado en la peligrosidad.

En este contexto, es necesario analizar el punitivismo, como práctica político-criminal comúnmente relacionada con expresiones como «populismo punitivo»,²³ «expansión del Derecho Penal»,²⁴ «nuevo modelo penal de seguridad en la ciudad»,²⁵ y «giro punitivo» o «cultura del control».²⁶

²¹ Cf. GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. Una especial versión del autoritarismo penal en sus rasgos fundamentales: la doctrina de la seguridad ciudadana. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 11, n. 42, jan./mar. 2003, p. 69.

²² Idem, ibidem, p. 73.

²³ BOTTOMS, Anthony. The philosophy and politics of punishment and sentencing, C. Clarkson and R. Morgan (eds.). *The politics of sentencing reform*. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 17-49.

²⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 1999.

²⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, año 16, n. 71, mar./abr. 2008.

²⁶ GARLAND, David. *The Culture of Control: Crime and social order in Contemporary Society*. Oxford: Oxford University Press, 2001. Conforme al autor, este giro punitivo es responsable por promover: “*Condenas más duras y un mayor uso del encarcelamiento, leyes del tipo ‘tres strikes y estás afuera’ y que prescriben condenas mínimas obligatorias, ‘la verdad en la condena’ y restricciones en el uso de la liberación condicional; leyes que impulsan ‘prisiones sin adornos’ y ‘prisiones austeras’; retribución en los tribunales juveniles y encarcelamiento de niños; el regreso de las cadenas de forzados y de los castigos corporales; los ‘boot camps’ y las cárceles de súper máxima seguridad; la multiplicación de los delitos castigados con la pena capital y de las ejecuciones; la notificación de las leyes a la comunidad y los registros de pedófilos; las políticas de tolerancia cero y las normativas contra los com-*

Aunque el término punitivismo es muy utilizado, su concepto permanece en un estado frágil, poco teorizado, conforme afirma Roger MATTHEWS.²⁷ En este sentido, Stanley Cohen fue pionero en el intento de definir operativamente el término «punitivo», caracterizándolo por la coacción, el formalismo, el moralismo y la imposición del dolor a los sujetos por parte de un tercero.²⁸ Desde esta perspectiva, el punitivismo suele asociarse a una connotación de exceso, es decir, la búsqueda del castigo más allá de lo necesario y proporcional, como medida simbólica. Y es en la estrategia de segregación punitiva, particularmente cuando está ligada al aumento de la población carcelaria y al aumento de la duración de las penas, donde se encuentran sus bases más sólidas.

Existe una división entre quienes consideran que el punitivismo es impulsado desde «abajo» por una sociedad ansiosa e indignada y quienes lo ven como un proceso realizado «desde arriba», en el que políticos juegan con los miedos para endurecer sus políticas de control del crimen y fortalecer su apoyo electoral. Una de las primeras aportaciones a este tema la realizó Anthony BOTTOMS, señalando que el populismo punitivo es uno de los principales componentes de estas políticas. David GARLAND también incorporó las nociones de castigo y populismo en su explicación de la naturaleza cambiante del control del delito en la sociedad contemporánea. Garland afirma que hay una corriente populista en la política criminal, porque la voz dominante en esta área no es la de los especialistas, sino la del público sufriente y mal protegido.²⁹

Aún sobre este tema, John PRATT atesta que el castigo populista está ganando terreno y que ha surgido un nuevo eje de poder criminal bajo los auspicios de un programa político neoliberal en el que la indiferencia pública está dando paso cada vez más a la intolerancia y demandas aún mayores de castigo y represión.³⁰ Finalmente, WACQUANT también identifica al neoliberalismo como un factor clave para el desarrollo de una respuesta más punitiva, pero tiene un enfoque más “de arriba a abajo”. Para WACQUANT, el aumento del castigo está ejemplificado por el desarrollo de encarcelamientos masivos y el número creciente de afroamericanos encarcelados, desde un proceso de cambio del enfoque social al enfoque penal de la pobreza en los Estados Unidos.³¹

También hay quienes identifican un desarrollo más perturbador, en el que algunas formas contemporáneas de castigo, como la pena de muerte, parecen ir más allá de la retribución y llegan a afirmar que la protección de la sociedad o la reducción de la delincuencia implica diferentes formas de crueldad cuyo objetivo es deleitarse con el sufrimiento de los demás. Por tanto, el castigo se ha convertido en una forma de «teatro terapéutico» en el que el delincuente expresa públicamente sentimientos de dolor y vergüenza moral.³²

En este sentido, es posible relacionar el punitivismo al populismo penal, lo cual no corresponde a ideología política alguna, sino a una práctica política valorada en sentido negativo, cuya plasticidad ideológica le posibilita operar en los extremos del arco político. Precisamente por eso, hay que considerar el populismo desde las formas de gobierno como una depravación de la democracia, en sentido demagógico, y un antecedente próximo de la tiranía. De hecho, la demagogia exaspera los sentimientos destructivos en el pueblo, cuyos intereses en realidad no importan, y desvía la sociedad de su empeño político y racionalidad, como ya lo afirmaba HOBBS en su famoso Tratado sobre el ciudadano (aunque este autor no era partidario de la democracia como se la entiende en la actualidad). A partir de la retórica, cuyo fin no es la verdad, sino el triunfo, la democracia demagógica va a buscar penalizar toda clase de conductas que parezcan satisfacer las ilusiones sociales, constituyendo en verdad un te-

portamientos antisociales. Existe actualmente una larga lista de medidas que parecen dar cuenta de un giro punitivo en la penalidad contemporánea”. Idem, p. 142.

²⁷ MATTHEWS, Roger. El mito de la punitividad. *Revista Delito Y Sociedad*, 2(28), 2016, p. 9.

²⁸ COHEN, Stanley. Social control and the politics of reconstruction. In D. Nelken (ed.). *The futures of criminology*. London: Sage Publications, 1994, p. 67-68.

²⁹ Cf. GARLAND, David. *The culture of control*, cit. p. 142 e ss.

³⁰ PRATT, John. *Punishment and civilization*. London: Sage Publications, 2002, p. 182.

³¹ Cf. WACQUANT, Lïc. Deadly symbiosis: when ghetto and prison meet and mesh. *Punishment and Society* n. 3(1), 2001, p. 95.

³² Cf. menciona MATTHEWS, Roger. El mito de la punitividad, cit., p. 9.

territorio de opresión y arbitrariedad, en un círculo vicioso en el ámbito penal donde produce criminalidad y se alimentan de ella a la vez. En síntesis, en una democracia demagógica el Derecho Penal asume un papel central y la que inspira tales prácticas jurídicas no es la de seguridad, ni la de justicia, sino el poder, entendido como la herramienta de arbitrio del líder demagógico.

En este sentido, hay que observar que populismo postmoderno está muy comprometido económicamente con los grandes conglomerados, que detentan el poder del Estado. La política criminal sirve, en este sentido, a dos propósitos: 1. A la manutención de la hegemonía política de los conglomerados, por medio de la criminalización de los desvíos de los pequeños empresarios o de las pequeñas empresas nacionales, y también de determinada clase política, y 2. Simbólicamente, a la seguridad ciudadana o, incluso, a los intereses de grupos minoritarios. Como esta política criminal populista nunca es absolutamente transparente, se vale de normas cada vez más abstractas de definición de conductas criminales, lo que hace camuflar sus objetivos latentes. Cuando se habla de una política criminal populista, hay que considerar que en la sociedad actual tal política no depende necesariamente de un gobierno dictatorial, sino que se trata de una política criminal difusa y disimulada, fundada en una estructura propia del Estado, que tiene por base una relación jurídica burocrática, aparentemente neutra. Tal burocracia y neutralidad permiten, en verdad, la manutención de las condiciones sociales vigentes. Este efecto es hoy muy nítido, en especial si se observa que las personas son consideradas por el Derecho Penal como entidades abstractas, en sentido general, sin que sea posible ver la realidad de individuos concretos, con sus grandes diferencias económicas y sociales. Por tanto, una característica central del punitivismo populista y demagógico es precisamente la búsqueda de una homogenización artificial de la sociedad, contrariando de forma grave el pluralismo que fundamenta el Estado Democrático de Derecho.

Ahora bien, es cierto que el punitivismo contemporáneo no afecta por igual a diferentes sociedades, sistemas políticos y ordenamientos jurídicos, ni tampoco todas las formas de punitivismo contemporáneo son idénticas, conforme afirma José Manuel PAREDES CASTAÑÓN. De todos modos, como ideología, el punitivismo trata del delito como delito callejero y violento; del delincuente como un depredador deliberado; de la pena como castigo siempre moralmente justificado; de la sociedad siempre como potencial víctima indefensa de los delitos; y de la “conmoción social” ocasionada por el delito como un criterio importante a la hora de decidir en materia legislativa y judicial. En definitiva, la cárcel es el destino cierto para los delincuentes, los cuales deben ser apartarlos, porque son peligrosos.³³

Quizás el ejemplo transnacional más llamativo de esta emergente tendencia político-criminal es precisamente el caso de la llamada guerra contra el terrorismo. En este tema específico, desde hace unos años se observa la progresiva legitimación del reingreso de la teoría del estado de excepción de CARL SCHMITT, el concepto de enemigo injusto y la guerra justa como manifestación de un Derecho Penal que de ese modo se militariza. Se justifica la existencia de no-personas para el Derecho y un escenario en el que todo es válido contra el enemigo en la búsqueda de la seguridad cognitiva de los “ciudadanos”.

Hay un efecto político evidente en este modelo, que es impedir que se pongan en cuestión las bases mismas de la política criminal, limitando así la crítica tan solo a determinados excesos o malas prácticas. Pero el mayor problema con este tipo de política de guerra criminal es que, dado que la intervención criminal es un poder, siempre tenderá a expandirse. De hecho, la lógica de la emergencia y de excepción permanente es reconocida y aceptada por la sociedad, comenzando a aplicarse en varios otros ámbitos, hasta alcanzar un grado de normalidad dentro del sistema.

Así que no solo el terrorista es el enemigo de la sociedad ciudadana. También lo son los delincuentes habituales de los delitos patrimoniales y violentos, considerados tanto por el legislador como por el juez como individuos difícilmente motivables por la norma penal, pues la socialización deficiente, a causa de su origen social marginal, inviabilizaría la eficacia de tal motivación. Así que la única solución

³³ PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. Punitivismo y democracia: las “necesidades sociales” y la “voluntad popular” como argumentos político-criminales. *Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, n. 4, 2016, p. 166-167.

posible consistiría en articular herramientas normativas que permitan identificar a esa categoría de sujetos peligrosos (enemigos, y no ciudadanos) y proceder a neutralizarlos hasta el límite de lo posible. Se puede percibir desde luego que los puntos de partida conceptuales a la hora de construir los discursos punitivistas resultan de estereotipos y prejuicios, como manifestaciones de orientación político-criminal reaccionaria que debe ser combatida en un contexto democrático. En el mismo sentido, los fundamentos del punitivismo son carentes de cualquier justificación, sea por no presentaren ninguna conexión demostrable con la evolución de las tasas de delincuencia, sea porque no representan una verdadera manifestación de la “democracia”, esto es, estos discursos tienen autores y causas que no tienen que ver necesariamente con lo que la mayoría de los ciudadanos piensa, sino con lo que se hace pensar mediante una manipulación ideológica y mediática.³⁴

De todos modos, el punitivismo opera una transformación importante dentro del alcance del Derecho Penal objetivo: se lo pierde de vista como un instrumento para la defensa de los ciudadanos contra la intervención estatal coercitiva. Y así, la concepción clásica del Derecho Penal como la «carta magna» del delincuente, como lo expresó Von Liszt, da paso a una comprensión del Derecho Penal como la «carta magna» de la víctima, provocando un cambio en la ciencia penal.

Las leyes y su aplicación son enfocadas en la solución de emergencias concretas y específicas. Se amplía el alcance de la aplicación del derecho penal para conferir la sensación de tranquilidad social y un legislador activo. Por lo tanto, en los discursos punitivistas y de emergencia, se verifica la primacía de la razón política del Estado sobre la razón legal, como criterio de información del Derecho Penal. Ahora, cuando esa razón del Estado predomina, en la línea de Maquiavel, ya no hay jurisdicción, sino arbitrio, represión política y regresión neo-absolutista del Estado a formas pre-modernas.

3. SÍNTESIS DEL PANORAMA DE SELECTIVIDAD EN EL SISTEMA CRIMINAL BRASILEÑO

Hay un fragmento precioso en la novela “Le lys rouge”, escrita por Anatole FRANCE, todavía en el siglo XIX. Allí el autor observa, con absoluta actualidad, que «la ley, en una gran preocupación por la igualdad, prohíbe dormir bajo los puentes, mendigar en las calles y robar pan, tanto a ricos como a pobres».

La dura crítica del autor francés puede ser vista como capaz de resaltar la disfunción de un sistema legal basado únicamente en la igualdad formal (sin considerar aspectos de igualdad material). Sin embargo, en una interpretación desde otra perspectiva, la sentencia de Anatole FRANCE señala un sistema construido sobre la base del mantenimiento del *statu quo*, salvaguardando derechos (especialmente la propiedad) que se distribuyen de manera absolutamente desigual en la conformación social. Con este fin, el Derecho Penal sirve como una herramienta para gestionar y posiblemente inocular a los «consumidores defectuosos»³⁵ o «sobras».³⁶

El uso del Derecho, en particular el Derecho Penal como instrumento de control de los pobres (que es muy diferente del control del fenómeno de la pobreza) adquiere líneas de especial relevancia en una sociedad como Brasil, marcada por una enorme desigualdad social.³⁷ Concomitantemente, se guía por una cultura de consumo que se irradia sobre todos³⁸ y termina generando una dicotomía de clases que

³⁴ En el mismo sentido, v. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. Punitivismo y democracia, cit., p. 177 y ss.

³⁵ Cf. La expresión creada por BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 41. En otra obra, el sociólogo afirma: “Nas atuais circunstâncias o confinamento é antes uma alternativa ao emprego, uma maneira de neutralizar uma parcela considerável da população que não é necessária e para a qual não há emprego.” BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 120.

³⁶ Cf. WOLFF, Maria Palma. *Antologia de vidas e histórias na prisão: Emergência e Injunção no Controle Social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

³⁷ Marildo MENEGAT afirma que cuanto más desigual es una sociedad, más necesita un sistema de control social represivo, como se hace a través del sistema penal de Derecho burgués. MENEGAT, Marildo. *O olho da barbárie*. São Paulo: Expressão Popular, 2006, p. 41.

³⁸ También utilizando el pensamiento de BAUMAN, Dennis de OLIVEIRA explora la siguiente alegoría: “Bauman lembra o mito grego de Tântalo, em que um mortal descobre um segredo dos deuses do Olimpo e o dissemina entre os

culmina en un impactante rechazo a la pobreza. Este caldo de cultura permite entender por qué la criminalidad patrimonial³⁹ en Brasil corresponde al porcentaje mayoritario dentro de la cantidad de delitos perpetrados.

Así, la aporofobia - reflejada en procesos de exclusión social derivados de la situación de pobreza en una sociedad de consumo - genera una serie de consecuencias, bajo diferentes dimensiones,⁴⁰ entre las cuales merece destacarse el sistema penitenciario. Alessandro DE GIORGI observa un incremento paulatino del uso de la prisión como instrumento de gestión de la pobreza: “Las nuevas estrategias criminales se caracterizan cada vez más como dispositivos de gestión de riesgos y represión preventiva de poblaciones consideradas portadoras de este riesgo.”⁴¹ Loïc Wacquant afirma que:

En la base de la escala social, el encarcelamiento sirve como depósito y neutralización física del excedente de la clase proletaria. En un nivel superior, la implementación de la red policial, judicial y penitenciaria del Estado cubre una función tanto económica como moral: la imposición de la disciplina del trabajo asalariado. Al final y sobre todo, el activismo sin pausa y sin freno de la institución penal desarrolla una misión simbólica para la sociedad: la reafirmación de la autoridad estatal y el redescubrimiento de la voluntad de los grupos políticos de enfatizar y respetar la frontera sagrada entre los ciudadanos pobres y los ciudadanos. categorías desviadas⁴².

Las nuevas estrategias de gestión del sistema penal van abandonando paulatinamente el ideal de rehabilitación del individuo, como observa Marcelo SEMER. En este sentido, se puede hablar de un “giro punitivo” que, según el autor, comprende: “a) el fin de la era de la complacencia con las incivildades y, por tanto, la idea de punir las infracciones más leves; b) la proliferación de dispositivos tecnológicos y seguridad privada; c) la difusión de un discurso alarmista por los medios de comunicación y agentes de control; d) profundizar el discurso de la eficiencia en la guerra contra el delito, en la valoración de la víctima y en la estigmatización de los excluidos; e) la sustitución de la rehabilitación por el gerencialismo; f) endurecimiento legislativo y judicial”⁴³.

En tal escenario, se observa que la selectividad criminal gana cada vez más concreción. Es importante aclarar que el fenómeno de la selectividad criminal no es nuevo, ni espacialmente aislado, siendo la tónica del sistema positivo, considerando que la gran parte de la población carcelaria está históricamente constituida por personas económicamente marginadas. Para Alessandro BARATTA, el derecho penal no solo refleja las relaciones de desigualdad existentes, sino que también juega un papel activo en la reproducción y producción de selectividad.⁴⁴

seres humanos. Irado com isto, os deuses do Olimpo castigam Tântalo da seguinte forma: amarram-no em um lago com água até o umbigo e com uma árvore com frutas na altura da sua cabeça. Quando Tântalo tem fome e tenta alcançar os frutos da árvore, um vento balança os seus galhos e levam as frutas para fora do alcance da boca do castigado. Quando ele tem sede e tenta beber a água do lago, esta abaixa e fica fora do alcance da sua boca. A moral deste mito é que existem coisas que se pode ver e saber que existem, mas o seu usufruto é um privilégio – mais que isto, a fruição seletiva deles é que criam as hierarquias.” OLIVEIRA, Dennis de. Ação Direta do Capital: o poder do capitalismo contemporâneo. In: *Psicologia política*. Vol. 15. Nº 33, 2015, pp. 14-15.

³⁹ Criminalidad patrimonial inmediata, atentando contra los bienes jurídicos relacionados con la propiedad (hurto, por ejemplo) o mediata, con delitos que afecten principalmente a otros bienes jurídicos, pero que tienen, por regla general, finalidad económica (narcotráfico, por ejemplo). Estimaciones del informe del sistema penitenciario brasileño (INFO-PEN, con datos actualizados a junio de 2017) señalan que más del 70% de la población penitenciaria brasileña está presa por delitos contra la propiedad (48%) o relacionados con la ley antidrogas (26 %). Ver páginas 41 y 42 de la Encuesta Nacional de Información Penitenciaria de diciembre de 2017, elaborada por el Departamento Nacional Penitenciario, organismo vinculado al Ministerio de Justicia.

⁴⁰ Sobre las distintas dimensiones de la exclusión social, cf. ANDRADE, Marcelo ¿Qué es la aporofobia? Un análisis conceptual sobre los prejuicios, estereotipos y discriminación hacia los pobres. In: *Agenda Social: Revista do PPGPS/UENF*, 117, 2008, p.118.

⁴¹ DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 97.

⁴² WACQUANT, Loïc. Punir les pauvres: le nouveau gouvernement de l'insecurité social. Marselha: Agone, 2004. p. 9-10.

⁴³ SEMER, Marcelo. *Sentenciando o tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 33.

⁴⁴ BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2004, p. 173.

4. CRIMINALIZACIÓN PRIMARIA: APOROFOBIA Y LA LEY

Eugenio Raúl Zaffaroni y Nilo Batista señalan dos etapas de criminalización, que contienen formas específicas de selectividad. En este sentido, la criminalización primaria es el acto y efecto de sancionar una ley penal material que incrimina o permite el castigo de determinadas personas. Además de la perspectiva conceptual de las nociones de criminalización primaria y secundaria (ampliamente discutida en la doctrina), el alcance de este artículo pasa a demostrar cómo dichos procesos de criminalización dialogan con el concepto de aporofobia. Para eso, se pueden utilizar algunos ejemplos (no exhaustivos) para apoyar la comprensión del fenómeno.

Un ejemplo paradigmático de una dinámica aporofóbica de la criminalización en la legislación brasileña está presente en el párrafo 2 del artículo 28 de la Ley 11.343 / 2006, conocida como Ley de Drogas:

Art. 28, §2º: Para determinar si la droga se destina al consumo personal, el juez tendrá en cuenta la naturaleza y cantidad de la sustancia incautada, el lugar y condiciones en que se llevó a cabo el hecho, las circunstancias sociales y personales, así como la conducta y antecedentes del agente.

Es interesante notar que el ejemplo del dispositivo anterior contiene elementos en la norma en abstracto que terminan potenciando una aplicación selectiva y, además, aporofóbica. Esto se debe a que la disposición legislativa, por tanto, en abstracto, establece - entre parámetros de diferenciación entre posesión y tráfico -, las circunstancias sociales y personales del agente.⁴⁵

Así, no pocas veces, sujetos con mayores cantidades del mismo tipo de droga son punidos conforme al art. 28 (posesión para consumo propio) que otros que acaban siendo procesados y condenados por el art. 33 (narcotráfico). En esta diferenciación - inversamente proporcional a la cantidad de drogas - se destacan las características sociales y personales del individuo.⁴⁶ Tal ejemplo es característico de una norma que conlleva condiciones de selectividad en un proceso de criminalización primaria y, también, en la perspectiva de la criminalización secundaria. Así, en el dualismo entre tráfico y posesión para consumo propio, se dan con frecuencia decisiones que rayan en la incredulidad. Un ejemplo paradigmático fue el del Habeas corpus nº 127.573 de 2019, en el STF, en el que se reformó la condena de una mujer⁴⁷ a 6 años, 9 meses y 20 días de prisión por tráfico de 1g (un gramo) de marihuana.

Es importante señalar que la solución aparentemente obvia (en términos de selectividad) de establecer solo un criterio cuantitativo en la distinción entre tráfico y posesión para consumo propio tampoco está libre de críticas.⁴⁸ Es claro, por tanto, que el tema del enfrentamiento criminal del narcotráfico y

⁴⁵ Entre las investigaciones sobre los criterios de diferenciación entre los arts. 28 y 33 de la Ley de Drogas, v.: cf. SEMER, Marcelo. *Sentenciando o tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 236-243; MESQUITA JÚNIOR, Armando Duarte, *Quando a balança fere: análise de decisões judiciais em crimes de tráfico de drogas*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal da Bahia, 2016, p. 79 e ss.

⁴⁶ “A aplicação do art. 28, p. 2º, da Lei nº 11.343/06, sem o devido cumprimento do ônus argumentativo, abre margem para verdadeiros autoritarismos na definição de quem é traficante, o que reforça a seletividade inerente às práticas penais brasileiras, sendo que a resolução do caso à mercê do enquadramento ou não do réu no estereótipo de traficante do senso comum jurídico”. Cf. DINU, Vitória Caetano Dreyer; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. Afinal, é usuário ou traficante? Um estudo de caso sobre discricionariedade e ideologia da diferenciação. In: *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 13, n. 2, p. 194-214, ago. 2017.

⁴⁷ Como ya se mencionó, la aporofobia suele ir acompañada de algún elemento de vulnerabilidad. En este sentido, los delitos relacionados con la ley de drogas encarcelan a mujeres en la cárcel, no solo sino especialmente en América Latina: especialmente, sentido en los países de América Latina debido a las complejas condiciones sociopolíticas de la región. Estos daños se reflejan principalmente en las mujeres que son parte del proceso de feminización de la pobreza, además de profundizarse por las desigualdades de género que aún se sienten intensamente en América Latina. Por ninguna otra razón, la criminóloga feminista Chesney Lind dijo que «la guerra contra las drogas es una guerra contra las mujeres». CHERNICHARO, Luciana Peluzio. *Sobre Mulheres e Prisões: Seletividade de Gênero e Crime de Tráfico de Drogas no Brasil*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2014, p. 103.

⁴⁸ Exponen Patrick CACICEDO e Bruno SHIMIZU: “A perspectiva de que o estabelecimento de um critério objetivo indicativo a traficância poderia atenuar o encarceramento em massa e a violência intrínseca à guerra às drogas traduz um paradigma alienante, que aposta no discurso diferenciador entre o traficante e o usuário, inexistente na realidade empírica. Nas prisões, o que se verifica é que a pessoa presa por tráfico, quase invariavelmente, é usuária de drogas que, seja para sustentar o próprio uso, seja pela precariedade socioeconômica, acaba se envolvendo pontualmente

el consumo demanda consideraciones y respuestas mucho más profundas y decisivas que el simple cambio de criterios diferenciadores.

Un segundo ejemplo de previsión normativa (es decir, dentro de la idea de criminalización primaria) que tiene carácter aporofóbico se encuentra en la Ley de Delitos Fiscales (8.137 / 1990). No es el diploma lo que trae consigo un dispositivo característico de la aporofobia, sino precisamente la ausencia de isonomía en la previsión y aplicación de su contenido más allá de los delitos fiscales. De hecho, el art. 14 de la Ley 8.137 / 90 estableció la extinción de la pena para el agente que efectuara el pago de la deuda fiscal antes de recibir la denuncia por los delitos previstos en dicha ley. Posteriormente, el art. 98 de la Ley núm. 8.383 / 91 lo revocó expresamente, sin embargo, la extinción de la pena fue restablecida por el art. 34 de la Ley 9.249 / 95. En 2003, mediante Ley no. 10.684 / 03, cuyo art. 9 prevé la suspensión de la pretensión punitiva durante el pago de la deuda fiscal o previsional. Una vez que la deuda está totalmente pagada, se considera extinta la punibilidad, incluso después de la sentencia condenatoria definitiva.⁴⁹

Es cierto que los delitos económicos (en una categorización amplia) tienen especificidades que, no en vano, indican la necesidad de una teoría del delito parcialmente autónoma⁵⁰ en relación con los denominados delitos comunes (dentro de una clave de bienes jurídicos individuales, en una conformación liberal clásica de Derecho Penal).

Tal argumento justificaría la presencia de elementos específicos de imputación a tales delitos, así como la existencia de causas de exclusión de tipicidad, ilicitud, culpabilidad y punibilidad exclusivas a los delitos económicos. Sin embargo, es necesario considerar si tales previsiones de causas de exclusión del delito no son adecuadas también para tipos penales que van más allá de la criminalidad económica, dado que dicha análisis responde a la perspectiva del Derecho Penal como *última ratio*.

En este sentido, cabe preguntarse por qué la extinción de punibilidad no sería aplicable a delitos patrimoniales. Cabe señalar que luego de la consumación de un hurto, por ejemplo, existe la posibilidad de aplicar el arrepentimiento posterior (art. 16 del Código Penal), lo que implica una reducción de la

na mercancia, ocupando os estratos mais baixos do negócio. Do ponto de vista econômico, constituem mão de obra descartável e facilmente substituível, cumprindo a função de arcar com o ônus da criminalização. Por outro lado, o 'traficante empresário', figura social e geograficamente distante das periferias, que lucra e investe no mercado de drogas a partir de operações financeiras e logísticas, encontra-se absolutamente invulnerável ao sistema penal, tendo-se em vista sua seletividade estrutural." CACICEDO, Patrick; SHIMIZU, Bruno. Crítica à estipulação de critérios quantitativos objetivos para diferenciação entre traficantes e usuários de drogas: reflexões a partir da perversidade do sistema penal em uma realidade marginal. In: *Boletim IBCCrim*, v. 286, p. 8-9, 2016.

⁴⁹ Esa perspectiva positiva ya se ha asentado en la jurisprudencia de los tribunales superiores brasileños. En este sentido, una reciente reiteración de esta posición, expresada en una decisión de la 2ª T.: "1. Tratando-se de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, § 1º, I, CP), o pagamento integral do débito tributário, ainda que após o trânsito em julgado da condenação, é causa de extinção da punibilidade do agente, nos termos do art. 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/03. Precedentes. 2. Na espécie, os documentos apresentados pelo recorrente ao juízo da execução criminal não permitem aferir, com a necessária segurança, se houve ou não quitação integral do débito. 3. Nesse diapasão, não há como, desde logo, se conceder o writ para extinguir sua punibilidade. 4. De toda sorte, afastado o óbice referente ao momento do pagamento, cumprirá ao juízo das execuções criminais declarar extinta a punibilidade do agente, caso demonstrada a quitação do débito, por certidão ou ofício do INSS". (STF. RHC 128.245/SP, 2ª turma. Relator: Ministro Dias Toffoli. DJe 21/10/2016). Quando ao Superior Tribunal de Justiça, outrora entendia-se que a extinção da punibilidade dos crimes tributários não era possível após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Todavia, há julgados recentes revendo tal posição, como o que colaciona-se, a seguir: "Se no histórico das leis que regulamentam o tema o legislador ordinário, no exercício da sua função constitucional e de acordo com a política criminal adotada, optou por retirar o marco temporal previsto para o adimplemento da obrigação tributária redundar na extinção da punibilidade do agente sonagador, é vedado ao Poder Judiciário estabelecer tal limite, ou seja, dizer o que a Lei não diz, em verdadeira interpretação extensiva não cabível na hipótese, porquanto incompatível com a ratio da legislação em apreço. E, assim, não há como se interpretar o artigo 9º, § 2º, da Lei 10.684/2003 de outro modo, senão considerando que o adimplemento do débito tributário, a qualquer tempo, até mesmo após o advento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, é causa de extinção da punibilidade do acusado" (STJ - HC: 362478/SP, Quinta Turma, Relator: Ministro Jorge Mussi, DJe 20/09/2017).

⁵⁰ A mediados del siglo XX, el tema ya lo abordó AFTALIÓN, Enrique. *Derecho penal económico*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1959. Cf. ainda, DIAS, Jorge de Figueiredo. Sobre a autonomia dogmática do Direito penal económico: uma reflexão à luz do novo direito penal económico português. In: *Estudios penales y criminológicos*, n. 9, 1984-1985.

pena mediante la restitución de la cosa o la reparación patrimonial antes de iniciado el juicio criminal. Desde este nivel y hasta la sentencia, hay la posibilidad de aplicar la atenuante prevista en el art. 65, III, b. Teniendo en cuenta la premisa del Derecho Penal como *ultima ratio*, además de los argumentos aporóforos, no hay razón para la inaplicabilidad de la extinción de la punibilidad para los delitos patrimoniales sin violencia o amenaza grave.

De lo contrario - es decir, en los moldes actuales – se nota la ocurrencia de un fenómeno llamado “cocalpabilidad inversa”, cuyo nombre hace referencia a una tendencia contraria a la cocalpabilidad.⁵¹ Contextualizando la cocalpabilidad en la realidad de Brasil, es posible observar una especie de selectividad en el Derecho Penal brasileño en ciertos preceptos y lineamientos jurisprudenciales que dan un tratamiento más benéfico a ciertos delitos (especialmente los relacionados con la macrocriminalidad).

Es vital aclarar que tales medidas descriminalizadoras, insertadas dentro de la idea de “cocalpabilidad invertida” no deben ser sacadas del ordenamiento jurídico, ya que la pérdida del interés estatal, una vez pagada la deuda, en sancionar administrativamente al individuo debe también irradiar efectos al esfera penal, es decir, un uso del Derecho Penal en una conformación mínima, que es precisamente la premisa aquí compartida.

Hay que tener en cuenta que la disminución de la selectividad penal contra las clases subordinadas no debe hacerse a partir del recrudecimiento de los delitos económicos, ya que tal perspectiva no necesariamente disminuiría la incidencia del Derecho Penal en ciudadanos ya marginados, ni conduciría a una disminución de la criminalidad económica.

La selectividad contra algunos no disminuye al aumentar el rigor del derecho penal contra otros. Así, en síntesis, los instrumentos de extinción de la punibilidad en los delitos económicos no deben extinguirse, sino ampliarse, dentro de los parámetros de las posibilidades dogmáticas en las decisiones de política criminal, para llegar a otros tipos de criminalidad que forman parte del Derecho Penal clásico, por ejemplo, los delitos patrimoniales sin violencia o amenaza grave.

Hay decisiones dictadas a nivel de primer grado que admiten la aplicación (por analogía *in bonam partem*) de la extinción de la punibilidad en delitos patrimoniales antes de recibir la denuncia.⁵² Sin embargo, tales decisiones no prevalecen en los tribunales. En este sentido, existe jurisprudencia paradigmática en el STF que prohíbe la aplicación análoga al delito de estafa (art. 171, CP) del artículo 34 de la Ley 9.249 / 1995, entonces aplicable en su momento:

“No es viable la aplicación análoga del art. 34 de la Ley 9.249 / 1995, obstaculizada por los principios de legalidad y especialidad, siendo cierto que la analogía presupone un vacío involuntario.” (STF, *Habeas Corpus* 94.777, rel. min. Menezes Direito, 1ª T, j. 5-8-2008, DJE 177 de 19-9-2008).

Así, en vista del hermetismo jurisprudencial sobre la aplicación de las disposiciones ya existentes de extinción de la punibilidad para delitos patrimoniales, parece necesario un movimiento de *lege ferenda* que positive la posibilidad de extinción a tales delitos.

⁵¹ Acerca de la cocalpabilidad, expone ZAFFARONI: “Se a sociedade não brinda a todos iguais possibilidades, resulta que há um campo de possibilidades que são oferecidas a uns e negadas a outros. Por tal razão, quando a infração é cometida por aquele a quem foram negadas algumas possibilidades que a sociedade ofereceu a outros, o equitativo é fazer com que parte da responsabilidade pela conduta individual seja carregada pela sociedade que foi injusta na distribuição de oportunidades para os indivíduos. Esta é a cocalpabilidade: ao lado do homem culpável por sua conduta, há uma cocalpabilidade da sociedade, ou seja, há uma parte da culpabilidade – da reprovação pela conduta – que deve ser colocada sobre a sociedade em razão das possibilidades não ofertadas ao sujeito.” ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Política criminal latinoamericana: perspectivas - disyuntivas*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1982, p. 167. Para una perspectiva de la cocalpabilidad en el panorama jurídicopenal brasileño, v. FUZIGER, Rodrigo. *Ao arbítrio de Ananke*. Por uma revisão do conceito de autodeterminação no Direito penal. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2018, p. 263 e ss.

⁵² Por ejemplo, la sentencia dictada en 2011, en un caso de hurto (27ª Vara Criminal da Cidade de São Paulo, nos autos do processo n.º 0025535- 92.2011.8.26.0050).

5. CRIMINALIZACIÓN SECUNDARIA: APOROFOBIA Y APLICACIÓN DE LA LEY

Se puede definir como criminalización secundaria la acción punitiva ejercida sobre personas específicas en concreto.⁵³ Dicha acción punitiva se materializa a partir de la actuación de la policía estatal y del aparato judicial, estableciendo parámetros y prácticas - que muchas veces escapan absolutamente de la *mens legis* de la norma en abstracto - relacionadas con quién debe ser criminalizado y quién debe ser protegido, dado que la instrumentalización de la norma y su aplicación concreta tienen un alcance mucho más limitado en comparación con el programa de criminalización. Así, los procesos de selección son inherentes, por una condición de orden práctico,⁵⁴ a la concretización normativa. Lo que merece repararse son los criterios de selección utilizados dentro de esta realidad.⁵⁵ ZAFFARONI y BATISTA concluyen que:

La inevitable selectividad operativa de la criminalización secundaria y su orientación burocrática preferencial (sobre personas sin poder y por hechos brutos e incluso insignificantes) provocan una distribución selectiva en forma de epidemia, que afecta solo a quienes tienen bajas defensas contra el poder punitivo, a quienes se vuelven más vulnerables a la criminalización secundaria porque: a) sus características personales caen bajo estereotipos criminales; b) su educación solo les permite realizar acciones ilícitas toscas y por tanto fáciles de detectar; y c) porque el etiquetado da lugar al rol correspondiente al estereotipo, con lo que su comportamiento acaba correspondiendo al mismo (la profecía autocumplida). En definitiva, las agencias acaban seleccionando a quienes circulan en los espacios públicos con la figura social de los delincuentes, prestándose a la criminalización - a través de sus toscas obras - como combustible inagotable.

Un ejemplo paradigmático de selectividad en su aspecto de criminalización secundaria es observable desde la perspectiva de aplicar el principio de insignificancia en Brasil.⁵⁵ En este sentido, cabe destacar las sentencias del Supremo Tribunal Federal en materia de *habeas corpus*, en las que se postuló la aplicación del principio de insignificancia: HC 123.108 / MG, interpuesto a favor de un paciente acusado del hurto de un par de sandalias valoradas en R\$ 16, 00; HC 123.533 / SP, cuyo paciente fue acusado de hurto de dos jabones líquidos valorados en R \$ 40,00.⁵⁵ En el primer caso, el tribunal de origen no reconoció el principio porque el paciente era reincidente.⁵⁵

En ambos casos se destacan las condenas: privación de libertad, en el régimen inicial semiabierto. En ambos casos, no hubo reconocimiento de insignificancia, sino sólo una modificación del régimen inicial de cumplimiento de la pena previamente establecido, de semiabierto a abierto.

Cabe señalar que en 2019, la Comisión de Constitución y Justicia de la Cámara de Diputados aprobó para su análisis plenario el Proyecto de Ley n. 6667/2006, que trata sobre la positividad del principio de insignificancia en el art. 22 del Código Penal, con la siguiente redacción: “Salvo casos de reincidencia, amenaza o coacción, no hay delito cuando el agente practica un hecho cuyo daño es insignificante.”

⁵³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. I, p. 43.

⁵⁴ Sin embargo, no parece correcto reducir la cuestión de la selectividad en la criminalización secundaria a una cuestión práctica. Hay aspectos simbólicos relevantes en juego. René Girard señala al Poder Judicial como el instrumento legitimado por el cuerpo social para vengarse del “chivo expiatorio”, acto que representa una catarsis colectiva en la que la violencia confluye sobre uno o pocos individuos, en lugar de ser descargada - como fuerza interna atávica a los seres humanos, de manera desordenada y destructiva para toda la sociedad. Ver GIRARD, René. *Violencia y lo sagrado*. Traducción de Martha Conceição Gambini. Río de Janeiro / São Paulo: Paz e Terra / Unesp, 1990, p. 111 y ss. En una lectura psicológica, Erich NEUMANN señala que el castigo de los delincuentes generaría un efecto depurativo que “consiste en la conciencia que se da a través de la visualización del mal, y en la liberación del consciente de este contenido, a través de la proyección. En una formulación más precisa, se reconoce la pertenencia del mal a la propia estructura colectiva y se resuelve colectivamente.” NEUMANN, Erich. *Psicología profunda e nova ética*. Tradução de João Rezende Costa. São Paulo: Paulinas, 1991. p. 33-34.

⁵⁵ Entre los criterios de selección en el panorama de la criminalización secundaria, ZAFFARONI y BATISTA observan el predominio del *jus puniendi* sobre “hechos estúpidos o groseros (el trabajo crudo del delito, cuya detección es más fácil) y personas que causan menos problemas (por su incapacidad). acceso positivo al poder político y económico o la comunicación de masas).” *Direito Penal Brasileiro*, cit. p. 46.

Se observa que el criterio de reincidencia, verdadero obstáculo jurisprudencial para el reconocimiento de la insignificancia en los delitos menores, sería positivado, según la redacción del proyecto de ley. Sin embargo, el principio de insignificancia no encuentra tal obstáculo en su reconocimiento en casos de infracciones fiscales. En este sentido, inicialmente la Suprema Corte Federal y, posteriormente, la Corte Superior de Justicia, comenzaron a aplicar el principio de insignificancia en los delitos fiscales cuando el monto consolidado de la deuda era igual o menor a R \$ 20.000,00 (veinte mil reales). Para ello, dichos tribunales realizaron la exégesis del artículo 20 de la Ley 10.522 / 2002 con Ordenanza No. 75/2012 - que, en su art. 1º, inc. II, determina la no presentación de ejecuciones fiscales de deudas con el Tesoro Nacional, cuando el valor consolidado es igual o menor a R \$ 20.000,00 (veinte mil reales).

Se reitera que tal interpretación no merece reparación alguna, ya que está debidamente fundamentada en parámetros administrativos (el desinterés del Tesoro Nacional en presentar demandas tributarias para la ejecución de deudas de hasta veinte mil reales), así como respaldada por una premisa de aplicación subsidiaria del Derecho Penal, reservándolo a un ámbito mínimo de incidencia.

Sin embargo, lo que parece digno de mención es que los mecanismos alentadores para mitigar el Derecho Penal no suelen llegar a los delitos perpetrados por sectores vulnerables de la sociedad. Así, existe en Brasil un panorama absolutamente selectivo en cuanto a la aplicación del Derecho Penal, hiperbolizado, incluso por el fenómeno de la “cocolpabilidad inversa”.

Estudios que comparan la selectividad en casos de delitos menores contra la propiedad versus delitos contra el orden tributario o incluso contra la administración pública muestran una diferencia notable en el porcentaje de sentencias condenatorias relacionadas con las dos categorías, con una superioridad porcentual en los casos de delitos patrimoniales. Además, el uso de penas privativas de libertad con régimen inicial cerrado es más frecuente en delitos patrimoniales que en delitos que afectan a la administración pública.⁵⁵

Finalmente, cabe señalar un ejemplo reciente de una interpretación restrictiva de un instrumento procesal, en detrimento de una comprensión “antiaporofoba” del sistema penal.⁵⁵ El entendimiento en cuestión trata sobre la irretroactividad de la posibilidad del acuerdo de no persecución penal para las personas condenadas o con juicios criminales antes de la vigencia de la Ley 13.964 / 2019 (en 23 de enero de 2020), conocida como la “Ley anticrimen”.

Es cierto que existen fuertes críticas a la institución del acuerdo de no persecución penal (insertado en el art. 28-A del Código Procesal Penal), principalmente relacionadas con riesgos al principio de presunción de inocencia y por debido proceso judicial con la masiva adopción del instituto en la dinámica procesal penal brasileña. Sin embargo, además de las críticas pertinentes, es cierto que la adopción del acuerdo de no persecución penal debe producirse de manera retroactiva, ya que esta disposición es una norma mixta (contiene elementos de derecho sustantivo y no solo procesal).⁵⁵

Si uno de los motivos que justificaría la inserción del acuerdo de no persecución penal es la reducción de la punición y del encarcelamiento de las personas que hayan cometido delitos menores (con penas mínimas inferiores a 4 años y sin violencia ni amenaza grave) parece imprescindible considerar el enorme contingente de personas procesadas, condenadas y encarceladas (preventivamente o ya cumpliendo condena) que serían albergadas por el instituto, si se le diera la interpretación correcta sobre las normas del derecho intertemporal.

6. CONCLUSIONES

A pesar de tener la expresión “aporofobia” génesis en el pensamiento europeo, es innegable la comprensión de que Brasil es un escenario paradigmático para la observación de dinámicas aporofóbicas, que tienen una relación ambivalente con el sistema penal brasileño, que propician prácticas selectivas de criminalización primaria y secundaria y, concomitantemente, se hiperbolizan precisamente por la conformación y desempeño de tal sistema.

La virtud de nombrar un fenómeno claro, especialmente en realidades como la brasileña, no se limita

al simple diletantismo nominalista. Además, el término “aporofobia” conlleva la potencialidad de propiciar el debate sobre el tema y, en este tono, el Derecho Penal adquiere trazos de protagonismo, ya que ha demostrado ser un instrumento inequívoco de (re)marginación social, ya sea por su aplicación selectiva, como su típica “clientela” a la que pertenece, o incluso por la restricción de ciertas categorías limitantes del *jus puniendi*, que juegan un papel importante en la racionalización y restricción de la intervención penal para ciertos tipos de delitos (como delitos económicos, delitos contra el orden tributario, delitos contra la administración pública), pero tienen un alcance de incidencia demasiado estrecho, lo que les impide ser utilizados en la tarea fundamental de reducir la selectividad criminal brasileña.

En un Estado comúnmente insensible con los excluidos y cruel con quienes desafían la estabilidad social desde la jerarquía y la desigualdad, es fundamental reducir los espacios de discrecionalidad, especialmente en el ámbito jurídico-penal, para disminuir las desigualdades y brindar más respeto por la dignidad humana. Así, le corresponde a la ciencia criminal desprenderse de los discursos políticos de autoafirmación del poder y buscar límites más críticos al poder punitivo del Estado, trabajando con los nuevos problemas que plantea la sociedad contemporánea.

Y esto no es solo un problema carcelario, sino de todo el sistema de justicia penal, enmarcado por el rechazo al pobre y el racismo estructural que se deben abordar. Según el profesor universitario estadounidense Bryan Stevenson, que se ocupa de la realidad racista de su país, el legado de la desigualdad racial para el Derecho Penal es la presunción de culpa y de peligrosidad.⁵⁵ Aunque la realidad norteamericana es diferente de la brasileña, la desigualdad social y racial que históricamente caracteriza a muchos países, como Brasil, parece materializarse con especial crueldad a través del ejercicio del poder punitivo, que criminaliza y castiga la pobreza y los que ya están socialmente excluidos, aumentando aún más su vulnerabilidad.

En este sentido, llama la atención el apego dogmático a las teorías idealistas, lo que ha permitido cerrar los ojos a la realidad cruel y selectiva del sistema de justicia criminal. Precisamente por esta razón, hasta hoy hemos visto un rotundo fracaso para reconocer, discutir y enfrentar las fisuras sociales existentes que permiten la perpetuación de mecanismos de control punitivista y simbólico como el encarcelamiento masivo.

No es posible seguir tolerando esto. Conforme advierte Bryan STEVENSON, lo opuesto a la pobreza no es la riqueza, sino la justicia.⁵⁵ Por lo tanto, debemos reflexionar sobre el enorme problema de la desigualdad social y racial en el sistema de justicia penal, sus causas y consecuencias, y las políticas legislativas e institucionales para hacer posible más justicia. Es necesario diseñar un nuevo marco legislativo y judicial para que el Estado Democrático de Derecho no solo no criminalice a los excluidos, sino que también los proteja de los ataques que puedan sufrir debido a su condición.

A la política criminal punitivista y aporofóbica la dogmática penal puede contestar, ejerciendo un control del sistema punitivo, en el sentido de coerción epistemológica, a medida que pueda mostrar la irracionalidad del sistema y, por lo tanto, sus deficiencias. Para tanto, hay que disponer de algunos elementos que lo delimiten, tales como: *a)* Un concepto de acción que no sirva sólo de objeto de imputación, sino que pueda incluso descartar las presunciones del Derecho Penal; *b)* Un concepto de injusto que pueda abarcar las diferencias sociales; y *c)* Un concepto de culpabilidad que pueda servir de limitación del poder y que, para eso, incorpore los principios fundamentales de intervención mínima y proporcionalidad.

Es necesario reconocer, en cualquier caso, la paradoja de tratar de alcanzar un sistema penal justo dentro de una sociedad injusta. Es decir, que el sistema es equitativamente abstracto para los ojos técnicos y académicos, no impide que se sumerja en una sociedad que mantiene graves vicios de injusticia y que no puede erradicarlos en las esferas más diversas. Pero precisamente por la presencia de estos otros factores, el Derecho Penal no puede servir como instrumento político para justificar el poder arbitrario.

Recordando a la famosa frase de John PRATT: «El desarrollo social de los pueblos se demuestra por la forma en que reaccionan ante el delito y tratan a los delincuentes», el gran reto al futuro de la política

criminal es pensar en cómo debemos reducir el papel de intervención penal, para que pueda mínimamente útil y racional. Como es hoy, no sirve a nadie. Es solo violencia irracional. Por supuesto, esto implica cambiar todo el sistema penal, cuya columna vertebral sigue siendo prisión, y comenzar a verlo no solo como un instrumento de defensa social, en el sentido eficiente, sino más bien como un instrumento para la defensa del individuo y sus derechos fundamentales, comenzando con la libertad. Pero este siempre ha sido el mayor desafío para el Derecho Penal: orientarse a la libertad del individuo.

BIBLIOGRAFIA

- ANDRADE, Marcelo. ¿Qué es la aporofobia? Un análisis conceptual sobre los prejuicios, estereotipos y discriminación hacia los pobres. In: *Agenda Social: Revista do PPGPS/UENF*, 117, 2008.
- ANIYAR DE CASTRO, Lola. *La realidad contra los mitos*. Reflexiones críticas en Criminología. Maracaibo: Universidad del Zulia, 1982.
- ARENDT, Hannah. *Los orígenes del totalitarismo*. Tradução de Guillermo Solana. Madrid: Alianza Editorial, 2006.
- BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2004.
- _. Política criminal: entre la política de seguridad y la política social. In: CARRANZA, Elías (Coord.). *Delito y seguridad de los habitantes*. México: Siglo XXI; Programa Sistema Penal y Derechos Humanos ILANUD/Comisión Europea, 1997.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- _. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- BOTTOMS, Anthony. The philosophy and politics of punishment and sentencing, C. Clarkson and R. Morgan (eds.). *The politics of sentencing reform*. Oxford: Clarendon Press, 1995.
- BOURDIEU, Pierre. *A economia das trocas lingüísticas*. Tradução de Sérgio Miceli. São Paulo: Edusp, v. 116, 1996.
- _. *Lições de aula*. Tradução de Egon de Oliveira Rangel. São Paulo: Ática, 1988.
- _. Los juristas, guardianes de la hipocresía colectiva. Trad. de J. R. Capella. *Jueces para la Democracia*, n. 47, jul. 2003.
- CACICEDO, Patrick; SHIMIZU, Bruno. Crítica à estipulação de critérios quantitativos objetivos para diferenciação entre traficantes e usuários de drogas: reflexões a partir da perversidade do sistema penal em uma realidade marginal. In: *Boletim IBCCrim*, v. 286, p. 8-9, 2016.
- CHERNICHARO, Luciana Peluzio. *Sobre Mulheres e Prisões: Seletividade de Gênero e Crime de Tráfico de Drogas no Brasil*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2014.
- COHEN, Stanley. Social control and the politics of reconstruction. In D. Nelken (ed.). *The futures of criminology*. London: Sage Publications, 1994.
- CORTINA, Adela. *Aporofobia, el rechazo al pobre: un desafío para la democracia*. Barcelona: Paidós, 2017.
- DE BEM, Leonardo Schmitt; FUZIGER, Rodrigo. Por uma aplicação “antiaporofóbica” do acordo de não persecução penal. In: MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schmitt. *Acordo de não persecução penal*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020.
- DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *O que é a filosofia?* Tradução Bento Prado Jr. e Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Editora 34, 1992.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, ano 16, n. 71, mar./abr. 2008.
- DINU, Vitória Caetano Dreyer; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. Afinal, é usuário ou traficante? Um estudo de caso sobre discricionariedade e ideologia da diferenciação. In: *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 13, n. 2, p. 194-214, ago. 2017.
- FUZIGER, Rodrigo. *Ao arbítrio de Ananke*. Por uma revisão do conceito de autodeterminação no Direito penal. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2018.
- _. *Del libre albedrío a la autodeterminación: hacia una nueva fundamentación de la responsabilidad jurídico-penal*. Salamanca: Ratio Legis, 2020.
- _. Aporofobia e Sistema Penal: nominando a ignomínia. *Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal*, 2(4), 2019.

- GARLAND, David. *The culture of control: crime and social order in contemporary Society*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- GUNTHER, Klaus. Medo no estado de direito. Trad. de Giovanni Agostini Saavedra, Uriel Moller e Melissa Lipfert. *Revista de Estudos Criminais*, v. 12, n. 55, out./dez. 2014.
- GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. Una especial versión del autoritarismo penal en sus rasgos fundamentales: la doctrina de la seguridad ciudadana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 11, n. 42, jan./mar. 2003.
- HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. Trad. de Elena Larrauri. In: Vv.Aa. *Pena y estado*. Santiago: Conosur, 1995.
- HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.
- MATTHEWS, Roger. El mito de la punitividad. *Revista Delito Y Sociedad*, 2(28), 2016.
- MESQUITA JÚNIOR, Armando Duarte. *Quando a balança fere: análise de decisões judiciais em crimes de tráfico de drogas*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal da Bahia, 2016.
- MONTAIGNE, Michel de. *Essais*, vol. III, cap. XIII, “De l’expérience”. Paris: Bibliothèque de la Pléiade, 2007.
- OLIVEIRA, Dennis de. Ação direta do capital: o poder do capitalismo contemporâneo. In: *Psicologia política*. Vol. 15. Nº 33, 2015.
- PALIERO, Carlo Enrico. La autocomprensión de la ciencia del derecho penal frente a los desafíos de su tiempo (comentario). Trad. de Maria José Pifarré. In: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn (Coord. da versão alemã). MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord. de la versión española). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. Punitivismo y democracia: las “necesidades sociales” y la “voluntad popular” como argumentos político-criminales. *Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, n. 4, 2016.
- PRATT, John. *Punishment and civilization*. London: Sage Publications, 2002.
- ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. 2ª ed. Buenos Aires: Hamurabi, 2002.
- SARTRE, Jean-Paul. *Entre quatro paredes*. Tradução de Guilherme de Almeida. São Paulo: Abril Cultural, 1977.
- SEMER, Marcelo. *Sentenciando o tráfico: o papel dos juizes no grande encarceramento*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 1999. STEVENSON, Bryan. A presumption of guilt, In: *New York Review of Books*, July 13, 2017.
- _. *Just mercy*. New York: Spiegel & Grau, 2014.
- TAVARES, Juarez. A crescente legislação penal e os discursos de emergência. *Discursos sediciosos*. Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 1997.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Direito intertemporal e a nova codificação processual penal*. São Paulo: José Bushatsky, 1975.
- WACQUANT, Löic. Deadly symbiosis: when ghetto and prison meet and mesh. *Punishment and Society* n. 3(1), 2001.
- WOLFF, Maria Palma. *Antologia de vidas e histórias na prisão: Emergência e Injunção no Controle Social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005

Revista
SISTEMA PENAL CRÍTICO

POBREZA Y CRIMINALIDAD FEMENINA¹
POVERTY AND FEMALE CRIMINALITY

Stephanía Serrano Suárez

Investigadora Contratada FPI
Universidad de León

¹ 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).

Este trabajo se enmarca dentro de los proyectos de investigación DER2016-76715-R y PID2019-108567RB-C21, cuyo Investigador Principal es el Prof. Dr. Miguel Díaz y García Conlledo.

RESUMEN:

En este trabajo abordaré el fenómeno de la feminización de la pobreza y la relación de este con la comisión del homicidio o asesinato por parte de las madres a sus hijos, el aborto y, por último, el delito de tráfico de drogas. La pobreza entonces se ve como fenómeno que se entrecruza con variables de género y que puede constituir la causa de la comisión de algunos delitos. En la sociedad actual, donde el Estado se desentiende de algunos individuos como los pobres, las mujeres y los migrantes, al no solventar sus necesidades básicas, es imprescindible que el Derecho penal atienda a esta circunstancia de la pobreza, exclusión o marginalidad social, que están íntimamente relacionadas con la función que se le ha atribuido al género femenino en esta sociedad.

ABSTRACT:

This study analyses the phenomenon of the feminization of poverty, specifically, its relationship with crimes committed by women, such as homicide, abortion, and drug trafficking. Poverty is perceived as a phenomenon that intersects with gender variables and that can constitute the cause of the commission of some crimes. Nowadays, several governments are seriously neglecting people in situation of poverty, vulnerable women, and immigrants, evidenced by not meeting their basic needs, criminal law has the duty to address these circumstances of poverty, exclusion, or social marginality that have a close relationship with the general perception of female gender in the society.

PALABRAS CLAVE:

Feminización de la pobreza, criminalidad femenina, asesinato/homicidio, aborto, tráficos de drogas.

KEYWORDS:

Feminization of poverty, female crime, murder/homicide, abortion, drug trafficking.

SUMARIO:

1. La pobreza de las mujeres: «las más pobres de la sociedad». 2. Criminalidad Femenina. 3. Mujeres pobres como victimarias. 3.1. Las madres que matan. 3.2. El aborto. 3.3. Mujeres y tráfico de drogas. 4. Conclusión; 5. Referencias bibliográficas.

1. LA POBREZA DE LAS MUJERES: «LAS MÁS POBRES DE LA SOCIEDAD»

La pobreza extrema a nivel mundial afecta en mayor medida a las mujeres que a los hombres. Así lo muestra un análisis realizado por ONU mujeres, en donde a través del estudio de 89 países se concluyó que el porcentaje de mujeres y niñas que viven en hogares pobres es del 12,8%, en comparación con el 12,3% entre los hombres y niños. Los resultados indican que es un 4% más probable que las mujeres vivan en la pobreza extrema que los hombres, y esta cifra es del 8% en el caso de Asia Central y Meridional². En el caso especial de España se comprobó que el 52% de la población pobre estaba conformada por mujeres³. Benería señala que las mujeres han quedado concentradas en los niveles más bajos de producción, especialmente en trabajos a domicilio, en donde muchas veces no se aplican normas laborales. Las mujeres realizan entre el 35% y 40% del trabajo sumergido⁴. En general, estas perciben peores sueldos que los hombres, lo que en los sectores bajo y medio de la población las puede llevar a situaciones de extrema escasez⁵.

La naturaleza dinámica de la pobreza y la subjetividad de las experiencias de quienes la viven son factores que impiden reconocer y medir especialmente la pobreza de género. En principio, esta puede darse como resultado de eventos aleatorios. Pero, en lo que nos interesa, también tiene causas estructurales, es decir, su surgimiento obedece a mecanismos sociales injustos en donde el género ocupa un papel destacado⁶.

A través de la noción de «feminización de la pobreza» se han logrado avances conceptuales en la comprensión de la pobreza como una experiencia del género femenino. La idea central en su abordaje conceptual es que este tipo de pobreza es resultado de las desigualdades de poder de género⁷. El término «feminización de la pobreza» fue acuñado en 1978 por Diana Pearce, quien afirmó que a pesar de que más mujeres habían ingresado a la fuerza laboral en aquella época, los hogares encabezados por mujeres constituían un porcentaje cada vez mayor de pobres. Pearce atribuyó la feminización de la pobreza a la falta de apoyo gubernamental para las mujeres solteras y divorciadas. Sostuvo que «para muchas el precio de esa independencia ha sido su pauperización y dependencia de ayudas sociales»⁸.

Existe una singularidad de la pobreza femenina: mientras las mujeres son pobres por las mismas razones por las cuales lo son los hombres, gran parte de la pobreza de las mujeres se debe a dos causas que son exclusivas de estas. La primera se relaciona con el campo de la reproducción, los hijos y sus

² ONU MUJERES, 2018. Hacer las promesas realidad: la igualdad de género en la agenda 2030 para el desarrollo sostenible, p. 59. [fecha de consulta: 02/09/20]. Recuperado de: <https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2018/sdg-report-gender-equality-in-the-2030-agenda-for-sustainable-development-2018-es.pdf?la=es&vs=834>

³ European Anti Poverty Network, 2020. *El Estado de la pobreza. Seguimiento del indicador de pobreza y exclusión social en España 2008-2019. 10º Informe*, p. 21. [fecha de consulta: 08-08-20]. Recuperado de: https://www.eapn.es/estadodepobreza/ARCHIVO/documentos/Informe_AROPE_2020_DIANAS_DE_LA_POBREZA_y4kw30.pdf

⁴ BENERÍA, Lourdes, 2005. *Género, Desarrollo y Globalización*. Barcelona: Hacer, p. 133.

⁵ POZZOLO, Susana, 2019. “¡Porque eres mujer!”. Trabajo invisible y feminización de la pobreza”. En *Cátedra de Cultura Jurídica*. [fecha de consulta: 08/03/20]. Recuperado de: https://www.youtube.com/watch?v=dRw9_yHo8zk&t=1135s.

⁶ MURPHY, Susan, 2015. “Glass Ceilings and Iron Bars: Women, Gender and Poverty in the Post-2015 Agenda”, *Global Justice: Theory, Practice, Rhetoric* [en línea] The Global Justice Network/ Goethe-Universität Frankfurt am Main. Vol. 8 N°. 1, p. 87. [fecha de consulta: 18/09/20]. Recuperado de: http://www.tara.tcd.ie/bitstream/handle/2262/79591/Final_Glass%20Ceiling%20and%20Iron%20Bars.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

⁷ BRADSHAW, Sarah; CHANT, Sylvia y LINNEKER, Brian, 2017. “Gender and poverty: what we know, don’t know, and need to know for Agenda 2030”, *Gender, Place & Culture*. Reino Unido: Routledge. 24:12, pp. 1682. [fecha de consulta: 18/09/20]. Recuperado de: <https://doi.org/10.1080/0966369X.2017.1395821>; Vid. BRADSHAW, Sarah, 2002. *Gendered Poverties and Power Relations*. Managua: Fundación Puntos de Encuentro. [fecha de consulta: 18/09/20] Recuperado de: <https://core.ac.uk/download/pdf/18277599.pdf>.

⁸ PEARCE, Diana, 1978. “The Feminization of Poverty: Women, Work, and Welfare”. *The Urban & Social Change Review* [en línea] Boston College. Vol.11 Num.1, p. 28. [fecha de consulta: 10/07/20] Recuperado de: <https://eric.ed.gov/?id=EJ182487>.

cargas económicas asociadas, cuando quiera que ella sea el único sustento del hogar. La segunda razón tiene que ver con el mercado laboral, donde las mujeres experimentan discriminación, acoso y salarios bajos⁹.

Si bien la pobreza extrema consiste en la carencia de los medios necesarios para la supervivencia, la cuestión no se reduce a la mera falta de recursos económicos. Si se acude a un concepto más amplio de pobreza, ésta supone para la persona falta de libertad, imposibilidad de llevar adelante los planes de vida o una carencia de las capacidades básicas necesarias para tomar las riendas de su vida¹⁰. Pozzolo asegura que la pobreza femenina también tiene que ver con una carencia de autonomía, que puede derivar de distintas causas, entre las que se destacan la falta de poder, los abusos, el extremo cansancio e incluso la pobreza de tiempo¹¹. Esta feminización de la pobreza es un producto de la desigualdad estructural entre hombres y mujeres, especialmente en cuanto a la obtención de recursos y trabajo, pues las mujeres tienen que trabajar más que los hombres para obtener lo mismo o incluso menos. La feminización de la pobreza es la consecuencia de varios factores estructurales y otras causas de victimización, por lo que se hace necesario una aproximación interseccional.

A pesar de la resistencia al reconocimiento de la feminización de la pobreza por parte de múltiples sectores negacionistas, las estadísticas sobre el empobrecimiento de la mujer son evidentes. Como lo ha referido el Banco Mundial, la participación de las mujeres en la fuerza laboral ha descendido tres puntos del 2000 al 2019. Además, según la misma fuente, las mujeres dedican mucho más tiempo (el triple) que los hombres en la prestación de cuidados sin remuneración y destinan hasta cinco horas diarias más para la realización de trabajos domésticos¹².

2. CRIMINALIDAD FEMENINA

La mayoría de los estudios sobre mujeres y su relación con el delito se detienen en el análisis de las mujeres como víctimas, más no como victimarias. Si retomamos los datos expuestos, y las mujeres son las más pobres de la sociedad, podría concluirse que estas tengan más y mayores motivaciones para delinquir, especialmente delitos contra la propiedad, que se relacionan con la pobreza y falta de recursos. Sin embargo, la estadística señala todo lo contrario. Para la muestra el caso español. Los informes de la población penitenciaria española señalan que nueve de cada diez internos son hombres, o lo que es igual, los hombres internos constituyen un 92.4%, mientras que las mujeres un 7.6%¹³, una de las tasas más bajas si se compara con otros países de Europa Occidental. Este dato sorprende por la similitud cuando se compara con la población carcelaria colombiana, que presenta problemas socio-económicos mucho más graves y acuciantes. En Colombia, en 2019, los delitos cometidos por hombres fueron el 93%, mientras que las conductas delictivas asociadas a las mujeres fueron del 7%¹⁴.

⁹ PEARCE, Diana y ELLSWORTH, Kelly, 1990. "Welfare and Women's Poverty: Reform or Reinforcement; Symposium on Poverty", *Journal of Legislation* [en línea] University of Notre Dame. N° 3, Vol. 16, pp. 143. [fecha de consulta: 25/07/20]. Recuperado de: <https://scholarship.law.nd.edu/jleg/vol16/iss2/3/>

¹⁰ CORTINA, Adela, 2017. *Aporofobia, el rechazo al pobre*. Valencia: Paidós Estado y sociedad, p. 89.

¹¹ POZZOLO, Susana, 2019. Op. Cit.

¹² BANCO MUNDIAL, "Género", 2020. [fecha de consulta: 08/08/20]. Recuperado de: <https://www.bancomundial.org/es/topic/gender/overview>

¹³ INFORME GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS. MINISTERIO DEL INTERIOR, 2018, p. 25. [fecha de consulta: 07/08/20]. Recuperado de: http://www.interior.gob.es/documents/642317/1202140/Informe_General_IIPP_2018_12615039X.pdf/8a50dca8-8e28-4f8e-bd44-b5c95f12393a

¹⁴ En cuanto a la participación por sexo en el total de la criminalidad, 173.008 delitos fueron presuntamente o efectivamente realizados por los hombres (93,0%), con predominio del hurto, homicidio, tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y concierto para delinquir. El restante de 13.120 conductas delictivas están asociadas a las mujeres (7,0%), siendo las infracciones más sobresalientes en este grupo, el tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, concierto para delinquir, hurto y homicidio. Vid. INFORME ESTADÍSTICO ENERO DE 2019. Instituto Nacional Penitenciario y carcelario (INPEC), p. 42. [fecha de consulta: 16/08/20]. Recuperado de: https://www.inpec.gov.co/web/guest/estadisticas/informes-y-boletines/document_library/6SjHVBGriPOM/view/767956?_com_liferay_document_library_web_portlet_DLPortlet_INS-TANCE_6SjHVBGriPOM_navigation=home&_com_liferay_document_library_web_portlet_DLPortlet_INS-

La tendencia a que las mujeres delincan menos se ha intentado explicar desde diversas perspectivas. Una fundamentación a este fenómeno puede darse por el mecanismo de «control social» que se ejerce en los procesos de socialización¹⁵. Este control informal, según Larrauri, está referido a las respuestas a ciertos comportamientos que no cumplen las expectativas asociadas a un rol o género. Ese no cumplimiento se concibe como una vulneración de normas sociales¹⁶. Por el contrario, en el espacio público, donde se desenvuelve el hombre, no se ejerce un control social tan intenso¹⁷.

Adicionalmente, las mujeres delinquen menos porque desarrollan estrategias para no delinquir, dentro de las que se encuentran la migración, la sobreexplotación de la capacidad laboral, el trabajo sumergido, el trabajo sexual, la reproducción asistida, la venta de órganos o el alquiler de vientres¹⁸. En este sentido se apunta que a la feminización de la pobreza las mujeres han respondido con la feminización de la supervivencia¹⁹. Otra razón por la que las mujeres evitan delinquir es que la prisión presenta para ellas un problema mayor que para los hombres, en la medida en que rompe sus vínculos familiares y las aleja de lo que entienden como sus deberes de cuidado. Así las mujeres eligen, dentro de las opciones de que disponen, las soluciones que les parecen mejores, menos malas²⁰.

Se ha planteado que el encierro tiene un significado diferente para las mujeres. La prisión es para ellas doblemente estigmatizadora, teniendo en cuenta el rol que la sociedad les ha asignado. Una mujer que pasa por la prisión es calificada de «mala», porque contravino el papel que le corresponde como esposa y madre, sumisa, dependiente y dócil²¹. En efecto, una vez que la mujer entra en el circuito penal hay una mayor estigmatización para ella, obtiene un mayor reproche social que el hombre, pues no ha sabido comportarse conforme al rol que le viene asignado por la sociedad, como garante del orden familiar, mediadora de conflictos, entre otros²², además, el encierro tiene más consecuencias negativas que para los hombres²³ razón por la que eligen primero aquellas alternativas que les permiten no delinquir.

El sistema de ejecución penitenciaria de hombres y mujeres, al menos en el sistema español, se caracteriza porque estas cuentan con una mayor precariedad de espacios, y con peores condiciones de alojamiento, mayor lejanía de su entorno familiar y afectivo, ausencia de separación interior en los centros según criterios de clasificación, incluso la presencia de dificultades para el acceso a programas de tratamiento o determinados trabajos en prisión²⁴. Dada la situación y el impacto negativo de la prisión

TANCE_6SjHVBGriPOM_displayStyle=descriptive

¹⁵ LARRAURI PIJOAN, Elena, 2008. *Mujeres y sistema penal. Violencia doméstica*. Buenos Aires: B de F., p. 1-3.

¹⁶ LARRAURI PIJOAN, Elena, 1994. *Mujeres, Derecho penal y criminología*. Op. Cit., p. 1.

¹⁷ VARONA, Gema, ZULOAGA, Lohitzune y FRANCÉS, Paz, 2019. *Mitos sobre delincuentes y víctimas*, Madrid: Catarata, p. 8.

¹⁸ JULIANO CORREGIDO, Dolores, 2011. *Presunción de Inocencia. Riesgo, delito y pecado en femenino*. San Sebastián: Gakoa Liburuak, p. 61 y ss.

¹⁹ SASSEN, S., *Contra geografías de la globalización*, 2003. *Género y ciudadanía en los circuitos transfronterizos*, Madrid: traficantes de sueños, p. 49 y ss. [fecha de consulta: 03-08-20]. Recuperado de: <http://www.acuedi.org/ddata/9217.pdf>

²⁰ JULIANO CORREGIDO, Dolores, 2011. *Presunción de Inocencia. Riesgo, delito y pecado en femenino*. Op. Cit., p. 122 y ss.

²¹ ANTONY, Carmen, 2019. *Hacia una criminología feminista*. Buenos Aires: UNDAV Ediciones, p. 227.

²² NAREDO MOLERO, María. “¿Qué nos enseñan las nuevas reclusas?: La criminalización de la pobreza desde la situación de las reclusas extranjeras y gitanas”. En Martín Palomo, M. Teresa, Miranda López, M. Jesús y Vega Solís, Cristina (eds.). *Delitos y fronteras: Mujeres extranjeras en prisión*. Madrid: Instituto de Investigaciones Feministas/Universidad Complutense de Madrid, 2005, p. 272.

²³ ALMEDA SAMARANCH, Elisabeth. “Ejecución penal y mujer en España. Olvido, castigo y domesticidad”. En Almeda Samaranch, Elisabeth, Bodelón González, Encarna (eds.). *Mujeres y castigo: un enfoque socio-jurídico y de género*. Madrid: Dykinson, 2007, pp. 27-66.

²⁴ JUANATEY DORADO, Carmen, 2018. “Delincuencia y población penitenciaria femeninas: situación actual de las mujeres en prisión en España”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* [en línea] Universidad de Granada. Nº. 20-10, p. 5. [fecha de consulta: 01/09/20]. Recuperado de: <http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-10.pdf>; MAPELLI CAFFARENA, Borja, HERRERA MORENO, Myriam, SORDI STOCK, Bárbara, 2013. “La exclusión de las excluidas ¿Atiende el Sistema Penitenciario a las necesidades de género?: Una visión andaluza”, *Estudios penales y criminológicos*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela. Vol. 33, p. 84. [fecha de consulta: 02/07/20] Recuperado de: <https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/1340>

en la mujer, y del posible exceso en el uso de la prisión para las mujeres que delinquen, Juanatey propone recurrir lo menos posible a la prisión preventiva. Esta autora asegura que en muchas ocasiones las mujeres son condenadas a penas de prisión que exceden la necesidad de pena desde el punto de vista de prevención general y de prevención especial²⁵. La permanencia en prisión genera un efecto más intensamente negativo en el caso de la mujer madre, responsable de menores de edad, una mayor devastación familiar²⁶.

Las actividades penitenciarias pueden ser una muestra sorprendente del intento de reproducción sistemática de los roles históricamente asignados a las mujeres: algunos centros penitenciarios se limitan a programas de formación que refuerzan y enfatizan el rol doméstico de las mujeres, como labores, macramé, punto, bisutería, cestería, peluquería, educación familiar, moda y confección, por lo que se ha evidenciado poca diversidad y un enfoque estereotipado²⁷.

Las mujeres presas muestran una relación entre victimización y criminalización. Se señala que las reclusas, antes de entrar en el sistema penal y penitenciario, viven situaciones de pobreza y opresión de género²⁸. En este aspecto, Acale comenta que, a pesar de presentarse un bajo índice de mujeres en prisión, hay un *iter* discriminatorio particular que empieza con una victimización primaria, continúa con la criminalización y finaliza con la victimización secundaria en prisión. También se ha evidenciado que muchas mujeres condenadas han sido previamente objeto de vejaciones, insultos, amenazas, maltrato, sometimiento forzado al ejercicio de la prostitución o a la mendicidad, por lo que parece existir una relación entre esa victimización previa y la posterior comisión de delito²⁹.

Hay pocos estudios sobre mujeres que delinquen y, también unos pocos trabajos a cerca de mujeres privadas de la libertad en prisión. De algunos de esos estudios se pueden extraer conclusiones sobre determinados grupos de población penitenciaria. Para una muestra, de un análisis reciente realizado en el centro penitenciario de Salamanca se pudo concluir la posible relación entre la vulnerabilidad en lo que respecta a la victimización, la exclusión social y la conducta delictiva en mujeres. El mismo estudio sustenta que las mujeres que han cometido delitos presentan bajos niveles educativos, han sido víctimas de violencia (especialmente por parte de su pareja), no cuentan con capacitación en el ámbito laboral e incluso se presentan problemas desatendidos de salud mental y/o dependencia de sustancias psicoactivas³⁰.

Esta situación de precariedad femenina también se ha sustentado en estudios internacionales de mujeres en prisión³¹. Se ha podido observar que la realidad de estas mujeres antes de entrar en prisión era de exclusión social, situación condicionada por la pobreza y por el género. Además, gran parte de la población condenada de mujeres, madres solteras o principales responsables de sus hijos e hijas, han

²⁵ JUANATEY DORADO, Carmen, 2018. “Delincuencia y población penitenciaria femeninas: situación actual de las mujeres en prisión en España”. Op. Cit., p. 31.

²⁶ YAGUE OLMOS, Concepción, 2007. «Mujeres en prisión. Intervención basada en sus características, necesidades y demandas», *Revista Española de Investigación Criminológica* [en línea] Sociedad Española de investigación criminológica. Art. 4, Nº. 5, pp. 1-8. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2477673>

²⁷ ALMEDA SAMARANCH, Elisabeth. “Ejecución penal y mujer en España. Olvido, castigo y domesticidad”. En Almeda Samaranch, Elisabeth, Bodelón González, Encarna (eds.). *Mujeres y castigo: un enfoque socio-jurídico y de género*. Madrid: Dykinson. 2007, p. 50.

²⁸ NAREDO MOLERO, María. “¿Qué nos enseñan las nuevas reclusas?: La criminalización de la pobreza desde la situación de las reclusas extranjeras y gitanas”. Op Cit., p. 297.

²⁹ ACALE SÁNCHEZ, María, 2017. “El género como factor condicionante de la victimización y de la criminalidad femenina”, *Papers Revista de Sociología* [en línea]. Barcelona: UAB. vol. 102, Nº 2, p. 3. [fecha de consulta: 08/05/20] Recuperado de: <https://papers.uab.cat/article/view/v102-n2-acale> .

³⁰ PICADO VALVERDE, Eva María; YURREBASO MACHO, Amaia; MARÍN SÁNCHEZ, Flor; ÁLVAREZ MATEOS, Sonia, 2018. “Análisis de los factores de victimización en mujeres delincuentes”, *Boletín Criminológico*. Málaga: Universidad de Málaga/Instituto Andaluz Interuniversitario. Art. 3, Nº 177, 2018, p. 7. [fecha de consulta: 05/07/20]. Recuperado de: <https://www.revistas.uma.es/index.php/boletin-criminologico/article/view/5309/5011>

³¹ El estudio (MIP: *Women, Integration, and Prison; an Analysis of the processes of sociolabour integration of women prisoners in Europe*) fue realizado entre 2002 y 2004 en seis países de la Unión Europea: Italia, Reino Unido, España, Francia, Alemania y Hungría. En cada país se realizaron entrevistas con mujeres en prisión, se revisó el contexto legislativo y de políticas públicas, así como los programas de reinserción para mujeres encarceladas.

sido víctimas de violencia de género, aunque, en muchas ocasiones dependen de sus parejas masculinas³². Si bien ninguno de los estudios se podría tomar como concluyente ni definitivo, estos coinciden en reconocer, que la entrada de mujeres en prisión es muchas veces consecuencia de que existan factores de victimización donde la pobreza juega un papel preponderante.

Es importante contrastar que, pese a las diferencias entre países, diversos informes globales han resaltado la comunidad de factores que caracterizan a las mujeres en prisión. Entre ellos, se han destacado: 1) su desproporcionada victimización a partir del abuso sexual o físico; 2) un elevado nivel de necesidades de atención psicológica, a menudo como resultado de violencia doméstica y abuso sexual; 3) un alto nivel de dependencia a las drogas o el alcohol; 4) la angustia extrema que el encarcelamiento le ocasiona a las mujeres, que puede derivar en problemas de salud mental o exacerbar las discapacidades mentales ya existentes; 5) el abuso sexual y la violencia contra las mujeres en prisión; 6) la alta probabilidad de que tengan responsabilidades de cuidado hacia sus hijos, familias y hacia otros; 7) las necesidades de atención médica específica para su género, que no pueden ser cubiertas adecuadamente; 8) Finalmente, la estigmatización, victimización y el abandono por parte de sus familias tras su liberación³³.

Los delitos que mayoritariamente están ligados a las mujeres son aquellos que afectan la salud pública y los delitos contra el patrimonio³⁴ y el orden socio económico³⁵. Estos delitos se explican en la profunda marginalidad social en que se encuentra la mujer. De esta forma, mediante la comisión de delitos contra la propiedad (hurtos y robos) o el tráfico ilegal de drogas, se obtiene el dinero necesario para subsistir. Además, gran parte de la población está compuesta por mujeres gitanas o extranjeras, que no precisamente se encuentran en los grupos más privilegiados de la población, sino por el contrario se caracterizan por encontrarse en los sectores más pobres y vulnerables³⁶.

Con la descripción de los múltiples factores que agravan la condición de la mujer pobre mediante la criminalización, se pretende cuestionar a la neutralidad del Derecho o del sistema penal. Ferrajoli señaló la existencia de unas desigualdades penales y aludió a la extrema desigualdad de las personas frente a la justicia, lo que tiene su génesis en la desigualdad generada por la pobreza, que es, ciertamente, entre todos los factores de debilidad y vulnerabilidad mencionados en las Reglas de Brasilia, la fuente más grave y vistosa de discriminación³⁷. En efecto, la violencia punitiva del Estado es ejercida contra las «clases pobres peligrosas» y en raras ocasiones afectan a los sectores privilegiados de la sociedad³⁸.

³² GIACOMELLO, Corina. “Mujeres privadas de la libertad: una perspectiva sobre derechos y género en la ejecución penal”. En Di Corleto, Julieta (comp.). *Género y justicia penal*. Buenos Aires: Didot. 2017, p. 349 y ss.

³³ ONU, Manual de mujeres y encarcelamiento, 2014, p. 7. [fecha de consulta: 30/08/20]. Recuperado de: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_Mujeres_2da_edicion.compressed.pdf

³⁴ En España actualmente la tipología delictiva de la población reclusa penada en 2018: 299 mujeres cometieron delitos de homicidio y sus formas, 154 cometieron delitos de lesiones, 41 cometieron delitos contra la libertad, 46 contra la libertad sexual, 9 cometieron delitos y faltas de violencia de género, 11 cometieron delitos contra relaciones familiares, 1.433 contra el patrimonio y el orden socio económico, 1.080 contra la salud pública, 37 contra la seguridad del tráfico, 96 cometieron delitos de falsedades, 19 contra la Administración y Hacienda Pública, 120 contra la Administración de Justicia, 121 cometieron delitos contra el orden público y se registran 80 mujeres en el resto de delitos.

³⁵ ANUARIO ESTADÍSTICO DEL MINISTERIO DEL INTERIOR, 2018. [fecha de consulta: 05/05/20] Recuperado de: http://www.interior.gob.es/documents/642317/1203602/Anuario_estadistico_2018_126150729.pdf/9e18b1a3-c927-47cf-b2c8-e5192be31f79

³⁶ NAREDO MOLERO, María, 2004. “¿Qué nos enseñan las reclusas? La criminalización de la pobreza desde la situación de las reclusas extranjeras y gitanas”. En: *Humanismo y trabajo social*. León: Universidad de León. Nº 3, p. 281. [fecha de consulta: 02/07/20]. Recuperado de: <https://buleria.unileon.es/bitstream/handle/10612/1447/NaredoMolero.pdf?sequence=1>; MAQUEDA ABREU, María Luisa. “El peso del género y otras identidades culturales en la criminalización de las mujeres”. En Lorenzo Copello, Patricia y Durán Muñoz, Rafael (Coords.). *Diversidad cultural, género y derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p. 590.

³⁷ FERRAJOLI, Luigi. *La desigualdad ante la justicia penal y la garantía de la defensa pública*, p. 77 y ss. [fecha de consulta: 15/06/20]. Recuperado de: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29271.pdf>

³⁸ ARIZA, Libardo José e ITURRALDE, Manuel. “En contra los pobres: justicia penal y prisiones en América Latina. El caso de Colombia”. En Gargarella, Roberto (coord.). *El castigo penal en sociedades desiguales*. Buenos Aires:

En el ámbito penal no solo se presenta desigualdad asociada a la pobreza, sino también al género; el Derecho penal podría ser considerado un instrumento discriminatorio frente a las mujeres, y más frecuentemente frente a las mujeres pertenecientes a grupos étnicos y clases desfavorecidas. Por lo anterior, Maqueda insiste en que una comprensión adecuada de la «desviación femenina» exige tener en cuenta variables como la raza, la etnia o la clase social, que se entrecruzan con el género, mostrar una criminalización que se distribuye selectiva y desigualmente³⁹.

3. LAS MUJERES POBRES COMO VICTIMARIAS

A continuación, abordaré algunos casos de delincuencia femenina en los que la doctrina cuestiona la posibilidad de tener en cuenta la pobreza o la marginalidad social como factor relevante en la responsabilidad penal. Para efectos de la exposición, tomaremos como criterio de clasificación según se realicen, con la actividad delictiva, las expectativas sociales que se tienen sobre la mujer, estos delitos «suponen una frustración de los deberes inherentes a la maternidad, relacionados con el mantenimiento y cuidado de los hijos»⁴⁰. Dentro de estos tipos delictivos, denominados delitos de estatus, abordaré el asesinato/homicidio de hijos y el aborto. Respecto a los delitos que no son contrarios al rol de madre cuidadora, nos enfocaremos en el delito de tráfico de drogas, uno de los que, de manera más frecuente, cometen las mujeres.

3.1 Las madres que matan

Como se ha expuesto, algunos estudios han relacionado la exclusión asociada a la pobreza y a la desigualdad con la criminalidad femenina. No obstante, esta relación no es directa y necesaria, pues, por un lado, existen otras estrategias para hacer frente a la pobreza⁴¹ y, en segunda instancia, también existen otras razones por las cuales las mujeres delinquen. Pero la relación existe y resulta interesante establecer la posibilidad de tener en cuenta la pobreza o exclusión social a la hora de establecer la responsabilidad penal de las mujeres que cometen ciertos delitos, especialmente delitos de estatus o relacionados con el tráfico de drogas.

El primer fenómeno relevante de la criminalidad femenina es el de las madres que dan muerte a sus hijos en situación de marginalidad social o pobreza. Recientemente se ha señalado por la doctrina que una situación vital de extrema vulnerabilidad, soledad o abandono de la autora del hecho al momento de realizar la acción sí que puede tener influencia en la determinación de la culpabilidad, en particular si se hace jugar un papel relevante al principio de inexigibilidad de otra conducta⁴².

En Argentina, es de gran relevancia el caso Tejerina, en el que se condena a una joven que, tras dar a luz en la soledad de un baño, mató al recién nacido con dieciocho puñaladas. Los jueces que votaron por la absolución, Zaffaroni y Fayt, señalaron a favor de la imputada que tuvo un parto sorpresivo, sin la ayuda que requería, había sido víctima de malos tratos, contaba con un nivel de instrucción bajo, evidenciaba estado de desamparo y una completa carencia de recursos y vivienda, y que llevó a cabo su embarazo en condiciones miserables, con extrema precariedad y aislamiento⁴³. Circunstancias tan adversas pueden provocar un trastorno transitorio de la normalidad psíquica suficiente para impedirle dirigir su conducta conforme a los dictados de la norma penal. Sería tarea judicial establecer si los

Miño y Dávila editores. 2012, p. 20.

³⁹ MAQUEDA ABREU, María Luisa, 2014. *Razones y sinrazones para una criminología feminista*. Madrid: Dykinson, p. 110.

⁴⁰ MAQUEDA ABREU, María Luisa, 2014. *Razones y sinrazones para una criminología feminista*. Madrid: Dykinson, p. 163. En la doctrina se han denominado «delitos de estatus» a aquellos que se encuentran relacionados con roles tradicionales atribuidos a las mujeres en el ámbito doméstico o en materia de sexualidad, entre los que ocupa un lugar preferente el papel de madre-cuidadora derivada de la función de engendrar y posterior maternidad.

⁴¹ GIACOMELLO, Corina. “Mujeres privadas de la libertad: una perspectiva sobre derechos y género en la ejecución penal”. Op. Cit, p. 357.

⁴² LAURENZO COPELLO, Patricia, 2019. “Mujeres en el abismo: delincuencia femenina en contextos de violencia o exclusión”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* [en línea] Universidad de Granada. N° 21-21, p. 13.

⁴³ PITLEVNIK, Leonardo y ZALAZAR, Pablo. “Eximentes de responsabilidad penal en los casos de mujeres víctimas de violencia”. En Di Corleto, Julieta (comp.) *Género y justicia penal*. Buenos Aires: Didot. 2017. P. 86.

contextos socio culturales adversos son suficientes para excluir la culpabilidad por razones de inimputabilidad o, al menos, han influido de forma suficientemente intensa para actuar como atenuante de la responsabilidad criminal⁴⁴.

La imputabilidad, la capacidad de culpabilidad, señala Luzón Peña, requiere de normalidad psíquica, ausencia de perturbaciones mentales, permanentes o pasajeras, además de madurez o suficiente desarrollo mental, emocional y educativo del sujeto. Las situaciones de inimputabilidad eliminan esa posibilidad de reproche individual y con ella la culpabilidad⁴⁵. También la doctrina ha tenido en cuenta la posibilidad de que existan factores externos que en cierta medida afecten la normalidad psíquica de la autora, en este caso, hasta el punto de impedirle adecuar su comportamiento a la norma⁴⁶. En este sentido, podría tener cabida el trastorno mental o alteración psíquica pasajera (art. 20.1 CP), cuyas causas pueden ser tanto endógenas, es decir de causa interna del propio sujeto, o exógenas, factores externos que pueden influir en el estado psíquico del sujeto (intoxicaciones, estado posthipnótico o hipnóticos, reacción psíquica que genera emociones fuertes o violentas, así como asténicas o de debilidad), además de poder ser provocado por confusión, conmoción o aturdimiento, con total perturbación o anulación de las facultades mentales, incluso en este caso «una situación de especial dificultad con los mismos efectos»⁴⁷, lo cual en todo caso traiga como efecto que el sujeto no pueda comprender la ilicitud del hecho y actuar conforme a esa comprensión.

Otro caso en el que la pobreza se ha convertido en protagonista del análisis de responsabilidad penal es el de María Ovando, también en Argentina, a quien se le imputó la muerte de una hija. La niña murió por desnutrición y se le juzgó a María por no haberle procurado cuidados de salud. Esta mujer era analfabeta, tenía al cuidado doce hijos, quienes vivían en condiciones de pobreza extrema, aislados de servicios de atención médica. Después de una prolongada prisión preventiva, la mujer fue absuelta⁴⁸. Se señaló que la mujer fue advertida de los problemas de salud de su hija, sin embargo, no contaba con los medios para llevarla al hospital, y quienes advirtieron esta situación no le proporcionaron la atención sanitaria debida. Es resaltable que en este caso si se reconoció que las circunstancias sociales y culturales de la mujer le impedían comprender el grado de peligro de la salud de su hija, pues ella había vivido en esas condiciones toda su vida, al igual que el resto de sus hijos y había sobrevivido. En casos como este, señala Hopp, que la percepción del riesgo puede verse afectada por que la persona sea sometida a violencia habitual o por razones socioculturales⁴⁹ que como ha podido verse se encuentra muy relacionado la pobreza y la marginalidad social.

En la última revisión de este texto, se conoció que María Ovando fue condenada a 20 años de cárcel por permitir el abuso sexual de una hija y una nieta, mientras que los autores de aquel delito de abuso sexual con acceso carnal recibieron penas menores, uno de ellos dieciocho años y el otro doce. Para las asociaciones de derechos humanos y feministas, María es víctima de una justicia patriarcal y sin perspectiva de género⁵⁰.

Por otra parte, se ha señalado que las madres pobres parecen más expuestas a imputaciones penales a título de imprudencia por lesiones o muerte de sus hijos en el ámbito doméstico, reprochándoles la

⁴⁴ LAURENZO COPELLO, Patricia, 2019. “Mujeres en el abismo: delincuencia femenina en contextos de violencia o exclusión”, Op. Cit., p. 14.

⁴⁵ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, 2016. *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 493.

⁴⁶ LAURENZO COPELLO, Patricia, 2019. “Mujeres en el abismo: delincuencia femenina en contextos de violencia o exclusión”, Op. Cit., p. 14.

⁴⁷ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, 2016. *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, p. 509; MIR PUIG, Santiago, 2016. *Derecho Penal. Parte General*. 10ª ed. Barcelona: Reppertor, p. 604.

⁴⁸ Tribunal Oral en lo Penal n°1 de El Dorado, causa 1837-D-2011, rta. 28/11/2012. Sentencia analizada en: (Hopp, 2017, 215-235).

⁴⁹ HOPP, Cecilia. «“Buena madre”, “buena esposa”, “buena mujer”: abstracciones y estereotipos en la imputación penal». En Di Corleto, Julieta (comp.). *Género y justicia penal*. Buenos Aires: Didot. 2017, p. 31.

⁵⁰ CRIMEN Y JUSTICIA, 2020. “Condenaron a María Ovando a 20 años de prisión por «permitir» el abuso de su hija y nieta: los violadores recibieron penas menores”. *Infobae*, 28 de octubre [fecha de consulta: 29/10/20] Recuperado de: <https://www.infobae.com/sociedad/policiales/2020/10/28/condenaron-a-maria-ovando-a-20-anos-de-prision-por-permitir-el-abuso-de-su-hija-y-nieta-los-violadores-recibieron-penas-menores/?outputType=amp-type>

imprudencia por las condiciones precarias de la vivienda familiar. Esto sucede en tanto las exigencias de la seguridad son evaluadas según la mirada de quien habita una vivienda de clase media o alta, sin tener en cuenta que una mujer pobre tiene que prever y controlar muchos más peligros que aquella cuya vivienda posee mejores condiciones de habitabilidad. Cuando un accidente doméstico tiene como causa alguna falta de medidas de seguridad, se responsabiliza en forma individual a la encargada del cuidado de los niños, a pesar de que el problema de una familia pobre es fundamentalmente social⁵¹. Así lo señaló un estudio realizado en Buenos Aires, en donde se analizó el impacto de las condiciones precarias, de vulnerabilidad e informalidad en las que se encontraba una villa (asentamiento informal) en la que niños, niñas y adolescentes tenían caídas graves desde alturas⁵².

Como se puede ver, ha sido la academia argentina la que recientemente más se ha preocupado por las variables relativas al género en el estudio de la responsabilidad penal de las mujeres en su rol de madres. En este contexto, han tenido en cuenta tanto a las condiciones socioculturales adversas como la violencia de género o doméstica. Ambos aspectos se han verificado presentes en los estudios de mujeres en prisión.

3.2 El aborto

El aborto es un problema penal distinto según existan regulaciones más restrictivas o permisivas de la decisión de la mujer de interrumpir un embarazo. Los ordenamientos permisivos (especialmente europeos) permiten la interrupción voluntaria del embarazo por la sola decisión de la madre dentro de plazos establecidos por la ley. Esto tiene como implicación que la regulación penal cede su lugar a normativas sobre aborto basadas en los derechos de las mujeres. Señala Lorenzo Copello que en la legislación española actual se introdujo en la valoración jurídica del aborto un elemento autónomo que hasta ahora permanecía en la oscuridad: el derecho de las mujeres a la sexualidad. Las mujeres sólo pueden aspirar a una sexualidad totalmente libre- y, por tanto, en condiciones de igualdad con los hombres – si tienen el poder de controlar por sí mismas los eventuales efectos del ejercicio de esa sexualidad, entre los que se encuentra un posible embarazo⁵³.

Por ello, en España rige el modelo de plazos, por medio del cual se autoriza la práctica del aborto a petición de la mujer durante las primeras catorce semanas de gestación, sin necesidad de alegar causa alguna. Después de dicho plazo, el aborto es punible, con la excepción de dos supuestos en los que se permite abortar en fases de gestación más avanzadas: riesgo para la vida o salud de la embarazada o diagnóstico de graves anomalías fetales.

A pesar de los avances de la legislación española en la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo, recientemente se ha denunciado que el acceso al aborto es desigual, dependiendo de la región. En el 2018, once provincias no realizaron ningún aborto ni en hospitales públicos ni en clínicas privadas, por lo que las mujeres fueron obligadas a desplazarse, esta discriminación geográfica ha sido señalada como el uso abusivo de la objeción de conciencia⁵⁴. Por ello, se anunció una reforma por parte del Ministerio de Igualdad en la que, además, se pretende revertir que las jóvenes de 16 y 17 años estén obligadas a tener permiso parental para poder acceder a la interrupción voluntaria de su embarazo⁵⁵.

⁵¹ HOPP, Cecilia. «“Buena madre”, “buena esposa”, “buena mujer”: abstracciones y estereotipos en la imputación penal». Op. Cit., p. 32.

⁵² MINISTERIO PÚBLICO TUTELAR DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, 2013. “Caídas de altura en Villa 20, Diagnostico interinstitucional”, p.5. [fecha de consulta: 20/10/20]. Recuperado de: <http://www.defensoria.org.ar/institucional/pdf/informecaídas.pdf>

⁵³ LAURENZO COPELLO, Patricia. “Reforma del aborto en España”. En Márquez Romero, Raúl y Rocha Cacho, Vanesa Wendy. *La maquinaria del derecho en Iberoamérica, Constitución, derechos fundamentales y administración*. México: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM/ Editorial Flores. 2016, p. 380 y s. [fecha de consulta: 17-07-20]. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4331/1.pdf>

⁵⁴ WAISMAN, Viviana, 2020. “Aborto: una deuda pendiente con las mujeres y las niñas en España”. El País, 21 de octubre [fecha de consulta: 21/10/20]. Recuperado de: https://elpais.com/elpais/2020/10/14/mujeres/1602669442_999756.html?fbclid=IwAR1QNpVHVdp6bfiSbe6vKaR9F-2TI5Gxtl-QLq9GANRfaTIGu4YTfOHs

⁵⁵ KOHAN, Marisa, 2020. «La reforma de la ley del aborto debe garantizar que la objeción de conciencia no impide ejer-

Una concepción contraria al modelo español es el que establece grandes restricciones al aborto. A manera de ejemplo, tenemos las legislaciones de la región latinoamericana y del Caribe, que recurren al Derecho penal para limitar la práctica. Las causas que lo autorizan se regulan como excepciones al tipo penal o como causas de justificación⁵⁶. Los sistemas prohibicionistas pretenden privar a las mujeres de su autonomía decisoria y arrebatarle el reconocimiento de derechos sexuales y reproductivos que están reconocidos en el ámbito internacional empujando a las mujeres a la clandestinidad y al aborto inseguro⁵⁷. En otras palabras, se obliga a la mujer a continuar con un embarazo no deseado y a ser madre, independientemente de las circunstancias adversas que la rodeen. Lorenzo Copello señala que tales planteamientos se basan en considerar a las mujeres como «máquinas reproductoras», pensamiento propio del sistema patriarcal que limita las posibilidades de autorrealización femenina a una especie de mandato de la naturaleza⁵⁸.

En efecto, hay que mencionar que la criminalización del aborto es útil para representar simbólicamente el rol asignado a la mujer en el ámbito privado de la reproducción natural, las mujeres se encuentran en una posición paradójica de autoras y «víctimas» de la disciplina penal del aborto que ayuda a mantener la estructura de género en la sociedad⁵⁹. Sumado a lo anterior juega un papel determinante en la criminalización y victimización de la mujer el lugar en que se encuentre en la estructura social.

La criminalización del aborto representa el rol asignado a las mujeres en el ámbito privado de la reproducción natural, su regulación se relaciona directamente con el estereotipo de «buena madre». Es el sistema de indicaciones en el que existe una prohibición penal del aborto, prohibición que solo cede cuando existen circunstancias adversas externas a la voluntad de la mujer, tales como situación de riesgo para la vida o salud de la embarazada, malformación o violación. Este modelo sin duda deja de lado la autonomía de la mujer, pues no atiende a su posición frente al embarazo, sus conflictos vitales, ni sus deseos⁶⁰.

En realidad, tal como lo señala Lamas, existe una desventaja estructural que se evidencia en la manera en como las latinoamericanas de las capas pobres viven la maternidad y las consecuencias mortales de los abortos ilegales. Las asimetrías que históricamente han estado presentes en las relaciones entre hombres y mujeres se agravan en contextos pluriétnicos y multiculturales, donde es común la maternidad temprana en los estratos más pobres de la población. Es así como se presenta un círculo vicioso de maternidad precoz, número de hijos, falta de educación y menor capacidad laboral que refuerza la pobreza y desigualdad⁶¹. En América Latina, las mujeres con recursos abortan sin peligro en los consultorios de sus ginecólogos; mientras las demás arriesgan su salud y sus vidas. Son precisamente las indígenas, campesinas y trabajadoras más pobres quienes mueren, quedan dañadas o van a la cárcel por aborto ilegales⁶².

Esta vulnerabilidad ha sido también puesta de presente en Colombia. Al menos el 30% de las mujeres que fueron denunciadas por aborto entre 1998 y 2019 habían sido víctimas de violencia intrafamiliar, violencia sexual o lesiones personales. En el período 2010-2017, el 97% de las mujeres denunciadas

cer este derecho». *Público*, 13 de octubre [fecha de consulta: 01/09/20]. Recuperado de: <https://www.publico.es/entrevistas/reforma-ley-aborto-debe-garantizar-objecion-conciencia-no-impide-ejercer-derecho.html>

⁵⁶ GERARDI, Natalia. “El derecho al aborto”. En Di Corleto, Julieta (comp.). *Género y justicia penal*. Buenos Aires: Didot, 2017, pp. 217 y s.

⁵⁷ LAURENZO COPELLO, Patricia, 2014. “Desandando el camino. La contrarreforma del aborto”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* [en línea] Universidad de Granada. N° 16-09, p. 37 y s. [fecha de consulta: 17/07/20]. Recuperado de: <http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-09.pdf>

⁵⁸ LAURENZO COPELLO, Patricia. “Reforma del aborto en España”. Op. Cit., p. 381.

⁵⁹ BARATTA, Alessandro. “El paradigma del género desde la cuestión criminal hacia la cuestión humana”. En Ruíz, Alicia (comp.). *Identidad femenina y discurso jurídico*. Buenos Aires: Biblios, 2017, p. 119.

⁶⁰ LAURENZO COPELLO, Patricia. “Reforma del aborto en España”. Op. Cit., p. 384.

⁶¹ LAMAS, Marta, 2008. “El aborto en la agenda del desarrollo en América Latina”. En: *Perfiles latinoamericanos*. México: Facultad latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO). No. 31, p. 68. [fecha de consulta: 03/08/20]. Recuperado de: <https://perfilesla.flacso.edu.mx/index.php/perfilesla/article/view/186>

⁶² LAMAS, Marta, 2008. “El aborto en la agenda del desarrollo en América Latina”, Op. Cit., p. 70.

por aborto vivía en zonas rurales. Solo el 3% pertenecía a una zona urbana. Además, el mayor número de mujeres judicializadas son jóvenes que están en primaria o secundaria. El 75% de los casos ocurrieron en niñas y mujeres de 10 a 24 años⁶³. Asimismo, se ha señalado la pobreza extrema y el aislamiento social que han vivido insistentemente en Colombia las mujeres, especialmente las desplazadas o víctimas del conflicto armado. Por lo que se evidencia que el sistema de despenalización de ciertas causales (de indicaciones) del aborto no disminuye la realización de abortos clandestinos y peligrosos. En 2011, se dijo que una tercera parte del total de las mujeres que tienen un aborto clandestino sufren complicaciones que requieren tratamientos posteriores, se estima que una quinta parte de estas mujeres no los reciben, brecha que se amplía cuando la mujer es pobre del medio rural donde no recibe tratamientos médicos⁶⁴.

Debemos concluir, entonces, que la decisión de interrumpir libremente un embarazo tiene diversas dificultades. En el caso de España están limitadas por su condición geográfica o por la edad, lo que se agrava en situaciones de pobreza. En el caso de Latinoamérica dos factores aparecen de manera más notable: la prohibición y las condiciones extremas de pobreza. Existe evidencia empírica en el caso colombiano de que las mujeres mayormente judicializadas por el delito de aborto son víctimas de pobreza, víctimas de delitos y un gran porcentaje vive en zonas rurales en donde es más aguda la pobreza y el aislamiento, donde es más difícil la obtención de un aborto seguro y aumenta la posibilidad de ser imputadas por el sistema penal.

3.3 Mujeres y tráfico de drogas

El tráfico de drogas se realiza sin subvertir los roles socialmente atribuidos a las mujeres. Por el contrario, en general se da en la satisfacción de los roles asociados a los cuidados y la maternidad⁶⁵. El microtráfico, por ejemplo, es una actividad que les permite a las mujeres seguir desempeñando los roles de madre, esposa, abuela y dueña de casa, incluyendo las laborales domésticas.

Muchas veces es la mujer quien se encarga de la venta de droga proporcionada por los varones, ya sea para tapar las conductas infractoras de sus parientes hombres o por razones de supervivencia, ya que esta actividad ilícita les permite sustentar gastos de su familia⁶⁶. En este tipo de conductas, hay una «elección obligada», un oxímoron que Giacomello explica como la voluntaria adhesión a un camino trazado por circunstancias externas (la pobreza y las responsabilidades de cuidado) y la fuerza coercitiva de la persuasión en un contexto de relaciones de poder en un marco patriarcal. En efecto, muchas veces es el «amor» o las relaciones de dependencia de las mujeres hacia los hombres lo que constituye el enganche de estas a células o redes delictivas de tráfico internacional de drogas⁶⁷.

Es representativa la porción de mujeres que llevan drogas de un país a otro, conocidas como «mulas», «burreras» o «mujeres correos». Este tipo de actividades son de fácil acceso para personas que carecen de recursos económicos y tienen necesidad urgente de lograrlos, sin posibilidad de obtenerlos en el mercado de trabajo. En estos casos, son altas las posibilidades de que la mujer sea detenida como señuelo, sufrir deterioros en su salud o, incluso, perder sus vidas. Muchas se encuentran detenidas en países extranjeros, con largas condenas y sin expectativas de salir de prisión por las largas conde-

⁶³ Los datos expuestos son extraídos de documento de “Cifras del aborto en Colombia”, [Consulta: 08-09-20]. disponible en: <https://www.womenslinkworldwide.org/files/3132/cifras-aborto-en-colombia.pdf> basado en: Fiscalía General de la Nación. “Informe sobre judicialización del aborto en Colombia”. Concepto técnico enviado a la Corte Constitucional en el proceso con número de radicación D0013255.

⁶⁴ PRADA, Elena; SINGH, Susheela; REMEZ, Lisa; VILLARREAL, Cristina, 2011. “Embarazo no deseado y aborto inducido en Colombia: causas y consecuencias”, Guttmacher Institute, p. 26. [fecha de consulta: 20/09/20] Recuperado de: https://www.guttmacher.org/sites/default/files/report_pdf/embarazo-no-deseado-colombia_1.pdf

⁶⁵ GIACOMELLO, Corina. “Mujeres privadas de la libertad: una perspectiva sobre derechos y género en la ejecución penal”. Op. Cit, p. 358.

⁶⁶ ANTONY, Carmen, 2019. *Hacia una criminología feminista*, Op Cit., p. 229.

⁶⁷ GIACOMELLO, Corina. “Mujeres privadas de la libertad: una perspectiva sobre derechos y género en la ejecución penal”, Op. Cit, p. 358 y s.

nadas recibidas. Este grupo de mujeres vulnerables constituye el último eslabón del tráfico y contrabando de drogas y son quienes van a sufrir con mayor dureza las consecuencias de la intervención penal⁶⁸.

Las mujeres presas en el extranjero sufren una «triple condena». Además de la condena penal, tienen la dificultad del acceso a determinados beneficios como la libertad condicional y permisos de salida, puesto que se carece de domicilio o de arraigo personal. A lo que se añade las dificultades de comunicación con la familia y entorno de origen, más cuando se presentan largas condenas de prisión⁶⁹. Como lo explica Terradillos, el sistema penal se usa contra el inadaptado, pobre y muchas veces migrante irregular. Revertir esta situación requiere la implementación de estrategias político-criminales presididas por las ideas de igualdad y de inclusión, con medios diferentes pero complementarios⁷⁰.

Ante la situación de exclusión social, se plantea si el Estado tiene legitimidad para exigir responsabilidad penal a quienes el mismo sistema socio-político margina y excluye. Cigüela Sola plantea que existe una exclusión social penalmente relevante cuando «la situación de grave privación en la que viven determinadas personas, por tener formal o materialmente limitado el acceso estandarizado a los derechos y bienes necesarios para el desarrollo de la personalidad en una sociedad determinada, tales como la propiedad, la educación, la sanidad, el trabajo o la cultura». Afirma además que la exclusión social es un fenómeno mucho más complejo que la pobreza, pues menoscaba las oportunidades de desarrollo autónomo de la personalidad y de las condiciones de vida digna⁷¹. Ante la existencia del hecho delictivo que realiza un excluido (pobre), en un Estado que no satisface sus requerimientos básicos, se ha planteado la posibilidad de acudir a la idea de inexigibilidad de una conducta, excluyendo la imposición de una pena aun cuando el autor/autora actúa con capacidad de culpabilidad⁷².

Resulta cuestionable que buena parte de los tribunales no tengan en cuenta el estado de necesidad, como circunstancia que atenúe la pena del delito de tráfico de estupefacientes ante mujeres gravemente afectadas por la exclusión social. Es precisamente en esta actividad donde debe atenderse al peso que trae ser la madre cuidadora del hogar, papel que ejercen las mujeres más pobres, situación en la cual, «aparece un cuadro de precariedad social y penuria económica marcados por el género que puede adquirir máximo protagonismo en la valoración de la conducta criminal, sea en la forma de eximente de estado de necesidad o, al menos, como una circunstancia potente para atenuar la culpabilidad»⁷³.

Sin embargo, esta no es la postura que generalmente desarrolla la jurisprudencia del Tribunal Supremo español. Martínez Escamilla, en un análisis de estas resoluciones, refiere que se niega la aplicación del estado de necesidad tanto como eximente completa como incompleta. En este sentido, las razones son de tipo dogmático y político criminal. Desde la razón dogmática se asegura que existe una desproporción de bienes jurídicos, esto es que la diferencia entre el mal penuria económica y los efectos

⁶⁸ PUENTE ALBA, Luz María, 2012. “Perspectivas de género en las condenas por tráfico de drogas”, *Oñati Socio-legal Series* [en línea] Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati. Vol.2, Nº. 6, p. 104. [fecha de consulta: 01/09/20] Recuperado de: <http://ssrn.com/abstract=2115433>; BODELÓN GONZÁLEZ, Encarna. “Mujer inmigrante y sistema penal en España: La construcción de la desigualdad de género en el sistema penal”. En Almeda Samaranch, Elisabeth, Bodelón González, Encarna (eds.). *Mujeres y castigo: un enfoque socio-jurídico y de género*. Madrid: Dykinson. 2007, p. 113.

⁶⁹ BODELÓN GONZÁLEZ, Encarna. “Mujer inmigrante y sistema penal en España: La construcción de la desigualdad de género en el sistema penal”, Op. Cit., p. 123 y ss.

⁷⁰ TERRADILLOS BASOCO, Juan. “Un sistema penal para la aporofobia”. En Portilla Contreras, Guillermo y Velásquez Velásquez, Fernando (dir.) Pomares Cintas, Esther y Fuentes Osorio, Juan I. (coords.). *Un Juez para la Democracia. Libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*. Madrid: Dykinson. 2020, p. 361.

⁷¹ CIGÜELA SOLA, Javier, 2019. *Crimen y castigo del excluido social. Sobre la ilegitimidad política de la pena*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 168.

⁷² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, 2018. *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*. Barcelona: Atelier, p. 108; CIGÜELA SOLA, Javier, 2019. *Crimen y castigo del excluido social. Sobre la ilegitimidad política de la pena*, Op. Cit., p. 340; LAURENZO COPELLO, Patricia, 2019. “Mujeres en el abismo: delincuencia femenina en contextos de violencia o exclusión”, Op. Cit., p. 28.

⁷³ LAURENZO COPELLO, Patricia, 2019. “Mujeres en el abismo: delincuencia femenina en contextos de violencia o exclusión”, Op. Cit., p. 38.

derivados del tráfico, presenta un desequilibrio axiológico que hace que no exista un conflicto, es decir, faltaría el presupuesto de la eximente, esto es la situación de necesidad propiamente⁷⁴.

Pero para el rechazo del estado de necesidad en estas conductas de drogas marcadas por la pobreza también se alude a razones de naturaleza político criminal⁷⁵, exponiendo que la penuria económica no es una situación excepcional, por lo que la legitimación de estas conductas podría abrir una puerta muy peligrosa a favor de la impunidad y al riesgo de que estos comportamientos proliferen ante la expectativa de impunidad que generaría la exoneración o atenuación de la pena⁷⁶. La doctrina ha señalado que el estado de necesidad exige una ponderación de intereses que va más allá de los propios males en conflicto, en este caso serían la pobreza, por un lado, y los efectos del consumo de drogas, por otro. Es también necesario entonces valorar «consideraciones de tipo social» o los efectos «directos e indirectos que pueda tener el hecho a largo plazo en la estructura social»⁷⁷.

Las consideraciones anteriores requieren un matiz. Se debe diferenciar entre el narcomenudeo y la movilización de grandes cargamentos de droga. En el primer caso, no hay un gran peligro para la salud pública, por lo que el estado de necesidad tiene un lugar plausible. En el segundo caso, tráfico masivo, no parece razonable dicha alegación. En todo caso, para realizar una evaluación de los males en conflicto se debe partir de circunstancias objetivas concurrentes en el momento de la acción y no de consideraciones relacionadas con los posibles efectos futuros de la resolución judicial⁷⁸ especialmente cuando se refiere a casos en los que la mujer transporta droga en condiciones penosas para neutralizar un mal grave e inaplazable para ella o para sus hijos (familia). Por lo que, atendiendo a lo anterior, las consideraciones preventivo-generales o la necesidad de prevenir el “efecto llamada» no podrían interferir en el juicio de antijuridicidad. Por el contrario, se debería valorar la pobreza o la exclusión en su justa medida, experiencias que generan graves conflictos motivacionales y de problemas de tipo existencial, situación que es proclive a conducir al sujeto a estados de necesidad justificantes o exculpantes⁷⁹.

También se ha planteado que, en el tráfico de drogas, el autor del delito puede ser, a su vez, víctima del delito de trata de personas, lo que se encuadra en el art. 177 bis: «la víctima de trata quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida». Este eximente, en palabras de Lorenzo Copello, parece responder al principio de inexigibilidad de un comportamiento adecuado a derecho en los supuestos en los que la libertad del autor/autora del hecho ilícito se encuentra gravemente constreñida o anulada por un tercero⁸⁰. De hecho, pueden existir supuestos en donde se presente una fuerte restricción de la capacidad de autodeterminación genera una situación anormal en la que el autor/a no está en condiciones (normales) de motivarse por la norma, excluyendo así la culpabilidad. Sin embargo, esta alternativa de exención de pena ha de considerarse subsidiaria de la causa de justificación de estado de necesidad cuando concurren todos los requisitos para su aplicación⁸¹.

⁷⁴ En este sentido: SSTS 15-2-2002 (RJ 2002\2640), FJ 2º.2; 8-2-2002 (RJ 2002\2636) entre muchas otras. Vid. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. “Pobreza, estado de necesidad y prevención general: los correos de la cocaína y el Tribunal Supremo Español”. En Cuerda Riezú, Antonio (Dir.). *La respuesta del Derecho penal ante los nuevos retos*. Madrid: Dykinson. 2006, p. 234.

⁷⁵ SSTS 24-7-2000 (RJ 2000\7121), FJ 3º; 24-7-2000 (RJ 2000\7121).

⁷⁶ MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. “Pobreza, estado de necesidad y prevención general: los correos de la cocaína y el Tribunal Supremo Español, Op. Cit., p. 235.

⁷⁷ CIGÜELA SOLA, Javier, 2019. *Crimen y castigo del excluido social. Sobre la ilegitimidad política de la pena*, Op. Cit., p. 317.

⁷⁸ LAURENZO COPELLO, Patricia, 2019. “Mujeres en el abismo: delincuencia femenina en contextos de violencia o exclusión”, Op. Cit., p. 34.

⁷⁹ CIGÜELA SOLA, Javier, 2019. *Crimen y castigo del excluido social. Sobre la ilegitimidad política de la pena*, Op. Cit., p. 319 y s.

⁸⁰ LAURENZO COPELLO, Patricia, 2019. “Mujeres en el abismo: delincuencia femenina en contextos de violencia o exclusión”, Op. Cit., p. 34 y s.

⁸¹ LAURENZO COPELLO, Patricia, 2019. “Mujeres en el abismo: delincuencia femenina en contextos de violencia o exclusión”, Op. Cit., p. 35.

No se discute la relevancia del bien jurídico de la salud pública, que se pretende proteger con el castigo al tráfico de drogas. Sin embargo, con las notas mencionadas en este acápite, deben considerarse los contextos de pobreza femenina que aquí aludimos, como un elemento significativo de la valoración penal de la conducta. Como lo explica Gargarella, las «situaciones de injusticia social extrema» plantean problemas para justificar el castigo. La aplicación del castigo, en un sistema jurídico que no asegura ciertos derechos fundamentales mínimos contribuye a la reproducción de un orden social injusto⁸².

El Derecho penal, como dijo Giacomello, no es la fuente de la exclusión social, pero sí puede catalizar la exclusión de la población que ya es tratada como de menor categoría. No se trata de que los pobres cometan más delitos, sino que ellos resultan más fáciles de capturar en flagrancia y juzgar por el sistema penal⁸³. Algunos doctrinantes han reconocido que el Derecho penal no es el instrumento más idóneo para transformar una sociedad inequitativa, pero sí permite pensar en la necesidad de políticas integradoras que permitan la inclusión social de los menos favorecidos, para evitar el trato discriminatorio a los procesados por el Derecho penal, por el solo hecho de ser pobres⁸⁴.

4. CONCLUSIÓN

El fenómeno de la criminalidad femenina fue abordado tradicionalmente por la criminología, intentando dar razones por las cuales las mujeres delinquían, sin llegar a consensos sobre razones biológicas, sociológicas o de control. Sin embargo, desde la teoría del delito se presentan pocos trabajos que atiendan los rasgos discriminatorios que afectan la interpretación de las normas penales. No se ha atendido al proceso de feminización de la pobreza. Es por ello que recientes trabajos han destacado que los contextos de violencia y marginalidad social se entrecruzan con la discriminación de género para explicar la conducta criminal de mujeres y es posible que sean factores a tener en cuenta por parte de los tribunales al enjuiciar su conducta.

Existen sujetos de los cuales el estado no se ocupa, no solventa sus necesidades básicas, aquellos pobres, mujeres, inmigrantes que el Estado excluye y a su vez castiga con más fuerza. Aquí nos hemos ocupado de algunas actividades delictivas que realizan las mujeres, las más pobres de la sociedad y son ellas las que reciben todo el peso de la ley penal, sin que se atienda a sus circunstancias particulares de pobreza, exclusión o marginalidad social, que están íntimamente relacionadas con la función que se le ha atribuido al género femenino.

Por una parte, tenemos aquellas mujeres que contravienen el «mandato sagrado» de la maternidad porque dar muerte a sus hijos, o aún peor aquellas que interrumpen la posibilidad de ser madres. Parece que estas mujeres llevan sobre sus hombros una carga de la que no se habla, de ser «buenas madres», de acudir al llamado de la maternidad y que alterar ese rol materno puede significar asumir con más dureza la responsabilidad penal.

Las mujeres pobres tienen mayor propensión a vivir en estados de extrema dificultad, contexto que, en el caso de muertes a recién nacido, puede provocar un trastorno transitorio de la normalidad psíquica suficiente para impedirle dirigir su conducta conforme a los dictados de la norma penal. Se requiere, entonces, que el Derecho penal atienda a estos elementos externos que le impiden actuar conforme a la norma.

De otra parte, el delito paradigmático del aborto subvierte cualquier futuro rol materno. Sobre esto hay que decir que en el caso español se presentan barreras geográficas que impiden el acceso a los servicios de salud, excluyendo a gran parte de la población. En Latinoamérica, con énfasis en Colom-

⁸² GARGARELLA, Roberto, 2011. “El derecho y el castigo: de la injusticia penal a la justicia social”, *Derechos y libertades*. Madrid: Universidad Carlos III/Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. N° 25, Época II, p. 48

⁸³ GIACOMELLO, Corina. “Mujeres privadas de la libertad: una perspectiva sobre derechos y género en la ejecución penal”. En Di Corleto, Julieta (comp.). *Género y justicia penal*. Buenos Aires: Didot. 2017, p. 356.

⁸⁴ BUSTOS RUBIO, Miguel, PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel y BENITO SÁNCHEZ, Demelsa., 2020. “Víctima por ser pobre: la ley debe castigar la discriminación por aporofobia”, *The Conversation*, 5 de mayo [fecha de consulta: 20/06/20]. Recuperado de: <https://theconversation.com/victima-por-ser-pobre-la-ley-debe-castigar-la-discriminacion-por-aporofobia-137812>

bia, las mujeres más excluidas son las que sufren con más dureza las consecuencias penales, así como las consecuencias de salud que la interrupción de un embarazo no legal conlleva.

Finalmente, hay una relación entre delito, mujer, inmigración y pobreza. La doctrina, con base en estudios previos, muestra que gran parte de la población femenina condenada por delito de tráfico de drogas son, en su gran mayoría, migrantes.

Es por ello que se cuestiona que el Derecho penal no atienda a esas características de esta población, por lo que reciente doctrina propone acudir a la inexigibilidad de un comportamiento adecuado a derecho o al estado de necesidad para atenuar o excluir la responsabilidad penal. A falta de ello, se plantea la posibilidad de excluir la culpabilidad en una situación anormal en la que la autora, en estos casos, no está en condiciones (normales) que le permiten motivarse por la norma. Esto con el fin de que el Derecho penal no sea ciego a las condiciones contextuales en donde tiene lugar el delito, específicamente en el caso de las mujeres donde la exclusión social asociada a la pobreza y a la desigualdad se suman las variables asociadas con los roles de género y la persistencia de la discriminación y la violencia contra ellas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACALE SÁNCHEZ, María, 2017. “El género como factor condicionante de la victimización y de la criminalidad femenina”, *Papers Revista de Sociología* [en línea]. Barcelona: UAB. vol. 102, Nº 2, pp. 1-30. [fecha de consulta: 08/05/20] Recuperado de: <https://papers.uab.cat/article/view/v102-n2-acale>
- ALMEDA SAMARANCH, Elisabeth. “Ejecución penal y mujer en España. Olvido, castigo y domesticidad”. En Almeda Samaranch, Elisabeth, Bodelón González, Encarna (eds.). *Mujeres y castigo: un enfoque socio-jurídico y de género*. Madrid: Dykinson. 2007, pp. 27-66.
- ANTONY, Carmen, 2019. *Hacia una criminología feminista*. Buenos Aires: UNDAV Ediciones.
- ANUARIO ESTADÍSTICO DEL MINISTERIO DEL INTERIOR, 2018. [fecha de consulta: 05/05/20] Recuperado de: http://www.interior.gob.es/documents/642317/1203602/Anuario_estadistico_2018_126150729.pdf/9e18b1a3-c927-47cf-b2c8-e5192be31f79
- ARIZA, Libardo José e ITURRALDE, Manuel. “En contra los pobres: justicia penal y prisiones en América Latina. El caso de Colombia”. En Gargarella, Roberto (coord.). *El castigo penal en sociedades desiguales*. Buenos Aires: Miño y Dávila editores. 2012, pp. 15-44.
- BANCO MUNDIAL, “Género”, 2020. [fecha de consulta: 08/08/20]. Recuperado de: <https://www.bancomundial.org/es/topic/gender/overview>
- BARATTA, Alessandro. “El paradigma del género desde la cuestión criminal hacia la cuestión humana”. En Ruíz, Alicia (comp.). *Identidad femenina y discurso jurídico*. Buenos Aires: Biblos, 2017, pp. 119-120.
- BENERÍA, Lourdes, 2005. *Género, Desarrollo y Globalización*. Barcelona: Hacer.
- BODELÓN GONZÁLEZ, Encarna. “Mujer inmigrante y sistema penal en España: La construcción de la desigualdad de género en el sistema penal”. En Almeda Samaranch, Elisabeth, Bodelón González, Encarna (eds.). *Mujeres y castigo: un enfoque socio-jurídico y de género*. Madrid: Dykinson. 2007, pp. 105-132.
- BRADSHAW, Sarah, 2002. *Gendered Poverties and Power Relations*. Managua: Fundación Puntos de Encuentro. [fecha de consulta: 18/09/20] Recuperado de: <https://core.ac.uk/download/pdf/18277599.pdf>
- BRADSHAW, Sarah; CHANT, Sylvia y LINNEKER, Brian, 2017. “Gender and poverty: what we know, don’t know, and need to know for Agenda 2030”, *Gender, Place & Culture*. Reino Unido: Routledge. 24:12, pp. 1667-1688. [fecha de consulta: 18/09/20]. Recuperado de: <https://doi.org/10.1080/0966369X.2017.1395821>
- BUSTOS RUBIO, Miguel, PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel y BENITO SÁNCHEZ, Demelsa., 2020. “Víctima por ser pobre: la ley debe castigar la discriminación por aporofobia”, *The Conversation*, 5 de mayo [fecha de consulta: 20/06/20]. Recuperado de: <https://theconversation.com/victima-por-ser-pobre-la-ley-debe-castigar-la-discriminacion-por-aporofobia-137812>
- CORTINA, Adela, 2017. *Aporofobia, el rechazo al pobre*. Valencia: Paidós Estado y sociedad.
- CIGÜELA SOLA, Javier, 2019. *Crimen y castigo del excluido social. Sobre la ilegitimidad política de la pena*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CRIMEN Y JUSTICIA, 2020. “Condenaron a María Ovando a 20 años de prisión por «permitir» el abuso de su hija y nieta: los violadores recibieron penas menores”. *Infobae*, 28 de octubre [fecha de consulta: 29/10/20] Recuperado de: <https://www.infobae.com/sociedad/policiales/2020/10/28/condenaron-a-maria-ovando-a-20-anos-de-prision-por-permitir-el-abuso-de-su-hija-y-nieta-los-violadores-recibieron-penas-menores/?outputType=amp-type>
- CRUELLES, Marta y TORRENS, Miriam, 2004. *MIP: Women, Integration, and Prison; an Analysis of the processes of sociolabour integration of women prisoners in Europe*. [fecha de consulta: 03/05/20]. Recuperado de: <http://www.surt.org/mip/docs/Spain.pdf>
- European Anti Poverty Network, 2020. *El Estado de la pobreza. Seguimiento del indicador de pobreza y exclusión social en España 2008-2019. 10º Informe* [fecha de consulta: 08-08-20]. Recuperado de: https://www.eapn.es/estadodepobreza/ARCHIVO/documentos/Informe_AROPE_2020_DIANAS_DE_LA_POBREZA_y4kw30.pdf

- FERRAJOLI, Luigi. *La desigualdad ante la justicia penal y la garantía de la defensa pública*. [fecha de consulta: 15/06/20]. Recuperado de: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29271.pdf>
- GARGARELLA, Roberto, 2011. “El derecho y el castigo: de la injusticia penal a la justicia social”, *Derechos y libertades*. Madrid: Universidad Carlos III/Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Nº 25, Época II, pp. 37-54.
- GERARDI, Natalia. “El derecho al aborto”. En Di Corleto, Julieta (comp.). *Género y justicia penal*. Buenos Aires: Didot. 2017, pp. 215-235.
- GIACOMELLO, Corina. “Mujeres privadas de la libertad: una perspectiva sobre derechos y género en la ejecución penal”. En Di Corleto, Julieta (comp.). *Género y justicia penal*. Buenos Aires: Didot. 2017, pp. 349-370.
- HOPP, Cecilia. «“Buena madre”, “buena esposa”, “buena mujer”: abstracciones y estereotipos en la imputación penal». En Di Corleto, Julieta (comp.). *Género y justicia penal*. Buenos Aires: Didot. 2017, pp. 15-46.
- INFORME ESTADÍSTICO ENERO DE 2019. Instituto Nacional Penitenciario y carcelario (INPEC). [fecha de consulta: 16/08/20]. Recuperado de: https://www.inpec.gov.co/web/guest/estadisticas/informes-y-boletines/-/document_library/6SjHVBGriPOM/view/767956?_com_liferay_document_library_web_portlet_DLPortlet_INSTANCE_6SjHVBGriPOM_navigation=home&_com_liferay_document_library_web_portlet_DLPortlet_INSTANCE_6SjHVBGriPOM_displayStyle=descriptive
- INFORME GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS. MINISTERIO DEL INTERIOR, 2018. [fecha de consulta: 07/08/20]. Recuperado de: http://www.interior.gob.es/documents/642317/1202140/Informe_General_IIPP_2018_12615039X.pdf/8a50dca8-8e28-4f8e-bd44-b5c95f12393a
- JUANATEY DORADO, Carmen, 2018. “Delincuencia y población penitenciaria femeninas: situación actual de las mujeres en prisión en España”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* [en línea] Universidad de Granada. Nº. 20-10, pp. 1-32. [fecha de consulta: 01/09/20]. Recuperado de: <http://criminnet.ugr.es/recpc/20/recpc20-10.pdf>
- JULIANO CORREGIDO, Dolores, 2011. *Presunción de Inocencia. Riesgo, delito y pecado en femenino*. San Sebastián: Gakoa Liburuak.
- KOHAN, Marisa, 2020. «La reforma de la ley del aborto debe garantizar que la objeción de conciencia no impide ejercer este derecho». *Público*, 13 de octubre [fecha de consulta: 01/09/20]. Recuperado de: <https://www.publico.es/entrevistas/reforma-ley-aborto-debe-garantizar-objecion-conciencia-no-impide-ejercer-derecho.html>
- LAMAS, Marta, 2008. “El aborto en la agenda del desarrollo en América Latina”. En: *Perfiles latinoamericanos*. México: Facultad latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO). No. 31, pp.65-93. [fecha de consulta: 03/08/20]. Recuperado de: <https://perfilesla.flacso.edu.mx/index.php/perfilesla/article/view/186>
- LARRAURI PIJOAN, Elena, 2008. *Mujeres y sistema penal. Violencia doméstica*. Buenos Aires: B de F.
- LAURENZO COPELLO, Patricia, 2014. “Desandando el camino. La contrarreforma del aborto”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* [en línea] Universidad de Granada. Nº 16-09, p. 1-39. [fecha de consulta: 17/07/20]. Recuperado de: <http://criminnet.ugr.es/recpc/16/recpc16-09.pdf>
- LAURENZO COPELLO, Patricia, 2019. “Mujeres en el abismo: delincuencia femenina en contextos de violencia o exclusión”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* [en línea] Universidad de Granada. Nº 21-21, pp. 1-42
- LAURENZO COPELLO, Patricia. “Reforma del aborto en España”. En Márquez Romero, Raúl y Rocha Cacho, Vanesa Wendy. *La maquinaria del derecho en Iberoamérica, Constitución, derechos fundamentales y administración*. México: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM/ Editorial Flores. 2016, pp. 377-394. [fecha de consulta: 17-07-20]. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4331/1.pdf>
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, 2016. *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.

- MAPELLI CAFFARENA, Borja, HERRERA MORENO, Myriam, SORDI STOCK, Bárbara, 2013. “La exclusión de las excluidas ¿Atiende el Sistema Penitenciario a las necesidades de género?: Una visión andaluza”, *Estudios penales y criminológicos*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela. Vol. 33, pp.59-95. [fecha de consulta: 02/07/20] Recuperado de: <https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/1340>
- MAQUEDA ABREU, María Luisa, 2014. *Razones y sinrazones para una criminología feminista*. Madrid: Dykinson.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa. “El peso del género y otras identidades culturales en la criminalización de las mujeres”. En Lorenzo Copello, Patricia y Durán Muñoz, Rafael (Coords.). *Diversidad cultural, género y derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 571- 595.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. “Pobreza, estado de necesidad y prevención general: los correos de la cocaína y el Tribunal Supremo Español”. En Cuerda Riezú, Antonio (Dir.). *La respuesta del Derecho penal ante los nuevos retos*. Madrid: Dykinson. 2006, pp. 229-264.
- MCLANAHAN, Sara y KELLY, Erin. “The Feminization of Poverty”. En Saltzman Chafetz, Janet (ed.). *Handbook of the Sociology of Gender*. Boston: Springer. 2017, pp. 127-145. [fecha de consulta: 18-09-20]. Recuperado de: https://doi.org/10.1007/0-387-36218-5_7
- MINISTERIO PÚBLICO TUTELAR DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, 2013. “Caídas de altura en Villa 20, Diagnostico interinstitucional”. [fecha de consulta: 20/10/20]. Recuperado de: <http://www.defensoria.org.ar/institucional/pdf/informecaidas.pdf>
- MIR PUIG, Santiago, 2016. *Derecho Penal. Parte General*. 10ª ed. Barcelona: Reppertor.
- MURPHY, Susan, 2015. “Glass Ceilings and Iron Bars: Women, Gender and Poverty in the Post-2015 Agenda”, *Global Justice: Theory, Practice, Rhetoric* [en línea] The Global Justice Network/ Goethe-Universität Universitätsbibliothek. Vol. 8 N°. 1, pp. 74–96. [fecha de consulta: 18/09/20]. Recuperado de: http://www.tara.tcd.ie/bitstream/handle/2262/79591/Final_Glass%20Ceiling%20and%20Iron%20Bars.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- NAREDO MOLERO, María. “¿Qué nos enseñan las nuevas reclusas?: La criminalización de la pobreza desde la situación de las reclusas extranjeras y gitanas”. En Martín Palomo, M. Teresa, Miranda López, M. Jesús y Vega Solís, Cristina (eds.). *Delitos y fronteras: Mujeres extranjeras en prisión*. Madrid: Instituto de Investigaciones Feministas/Universidad Complutense de Madrid. 2005, pp. 271-300.
- NAREDO MOLERO, María, 2004. “¿Qué nos enseñan las reclusas? La criminalización de la pobreza desde la situación de las reclusas extranjeras y gitanas”. En: *Humanismo y trabajo social*. León: Universidad de León. N° 3, pp. 67-94. [fecha de consulta: 02/07/20]. Recuperado de: <https://buleria.unileon.es/bitstream/handle/10612/1447/NaredoMolero.pdf?sequence=1>
- ONU MUJERES, 2018. Hacer las promesas realidad: la igualdad de género en la agenda 2030 para el desarrollo sostenible. [fecha de consulta: 02/09/20]. Recuperado de: <https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2018/sdg-report-gender-equality-in-the-2030-agenda-for-sustainable-development-2018-es.pdf?la=es&vs=834>
- ONU, Manual de mujeres y encarcelamiento, 2014. [fecha de consulta: 30/08/20]. Recuperado de: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_Mujeres_2da_edicion.compressed.pdf
- PEARCE, Diana y ELLSWORTH, Kelly, 1990. “Welfare and Women’s Poverty: Reform or Reinforcement; Symposium on Poverty”, *Journal of Legislation* [en línea] University of Notre Dame. N° 3, Vol. 16, pp. 141-150. [fecha de consulta: 25/07/20]. Recuperado de: <https://scholarship.law.nd.edu/jleg/vol16/iss2/3/>
- PEARCE, Diana, 1978. “The Feminization of Poverty: Women, Work, and Welfare”. *The Urban & Social Change Review* [en línea] Boston College. Vol.11 Num.1, pp. 28-36. [fecha de consulta: 10/07/20] Recuperado de: <https://eric.ed.gov/?id=EJ182487>
- PICADO VALVERDE, Eva María; YURREBASO MACHO, Amaia; MARÍN SÁNCHEZ, Flor; ÁLVAREZ MATEOS, Sonia, 2018. “Análisis de los factores de victimización en mujeres delincuentes”, *Boletín Criminológico*. Málaga: Universidad de Málaga/Instituto Andaluz Interuniversitario. Art. 3, N° 177, 2018, pp. 1-8. [fecha de con-

sulta: 05/07/20]. Recuperado de: <https://www.revistas.uma.es/index.php/boletin-criminologico/article/view/5309/5011>

PITLEVNIK, Leonardo y ZALAZAR, Pablo. “Eximentes de responsabilidad penal en los casos de mujeres víctimas de violencia”. En Di Corleto, Julieta (comp.) *Género y justicia penal*. Buenos Aires: Didot. 2017. pp. 73-101.

POZZOLO, Susana, 2019. “¡Porque eres mujer!”. Trabajo invisible y feminización de la pobreza”. En *Cátedra de Cultura Jurídica*. [fecha de consulta: 08/03/20]. Recuperado de: https://www.youtube.com/watch?v=dRw9_yHo8zk&t=1135s

PRADA, Elena; SINGH, Susheela; REMEZ, Lisa; VILLARREAL, Cristina, 2011. “Embarazo no deseado y aborto inducido en Colombia: causas y consecuencias”, Guttmacher Institute. [fecha de consulta: 20/09/20] Recuperado de: https://www.guttmacher.org/sites/default/files/report_pdf/embarazo-no-deseado-colombia_1.pdf

PUENTE ALBA, Luz María, 2012. “Perspectivas de género en las condenas por tráfico de drogas”, *Oñati Socio-legal Series* [en línea] Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati. Vol.2, Nº. 6, pp. 97-121. [fecha de consulta: 01/09/20] Recuperado de: <http://ssrn.com/abstract=2115433>.

SASSEN, S., *Contra geografías de la globalización*, 2003. *Género y ciudadanía en los circuitos transfronterizos*, Madrid: traficantes de sueños [fecha de consulta: 03-08-20]. Recuperado de: <http://www.acuedi.org/ddata/9217.pdf>

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, 2018. *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*. Barcelona: Atelier.

TERRADILLOS BASOCO, Juan. “Un sistema penal para la aporofobia”. En Portilla Contreras, Guillermo y Velásquez Velásquez, Fernando (dir.) Pomares Cintas, Esther y Fuentes Osorio, Juan I. (coords.). *Un Juez para la Democracia. Libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*. Madrid: Dykinson. 2020, pp. 353-364.

VARONA, Gema; ZULOAGA, Lohitzune y FRANCÉS, Paz, 2019. *Mitos sobre delincuentes y víctimas*, Madrid: Catarata.

WAISMAN, Viviana, 2020. “Aborto: una deuda pendiente con las mujeres y las niñas en España”. *El País*, 21 de octubre [fecha de consulta: 21/10/20]. Recuperado de: https://elpais.com/elpais/2020/10/14/mujeres/1602669442_999756.html?fbclid=IwAR1QNPvHVdp6bfiSbe6vKaR9F-2TI5Gxtl-QLq9GANGRfaTIGguC4YTfOHs

YAGUE OLMOS, Concepción, 2007. «Mujeres en prisión. Intervención basada en sus características, necesidades y demandas», *Revista Española de Investigación Criminológica* [en línea] Sociedad Española de investigación criminológica. Art. 4, Nº. 5, pp. 1-8. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2477673>

Revista
SISTEMA PENAL CRÍTICO

**ALTERNATIVAS A LA APOROFOBIA COMO CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE.
APUNTES ACERCA DEL SUBTIPO CUALIFICADO POR LA ESPECIAL
VULNERABILIDAD DE LA VÍCTIMA Y DEL ABUSO
DE SUPERIORIDAD EN CONTEXTOS DE POBREZA¹**

**ALTERNATIVES TO APOROPHOBIA AS AN AGGRAVATING
CIRCUMSTANCE. SOME NOTES ON THE SUBCATEGORY
QUALIFIED BY THE SPECIAL VULNERABILITY OF THE VICTIM
AND ABUSE OF SUPERIORITY IN CONTEXTS OF POVERTY**

Clara Moya Guillem

Profesora ayudante doctora (Universidad de Alicante).

¹ 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).

Artículo desarrollado en el marco del proyecto de investigación “Manifestaciones de desigualdad en el actual sistema de justicia penal: examen crítico de las razones de necesidad, oportunidad y peligrosidad para la diferencia (ÆQUALITAS)” financiado por Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (Ref.: RTI2018-096398-B-I00) y dirigido por el profesor Dr. Antonio Doval Pais.

RESUMEN:

Este trabajo somete a examen la necesidad de incluir la aporofobia entre los motivos discriminatorios constitutivos de agravación. Para ello se analiza, por un lado, el subtipo cualificado por razón de la especial vulnerabilidad de la víctima previsto en doce preceptos del Código penal y, por otro lado, la circunstancia genérica de abuso de superioridad. En particular, se examina el fundamento que justifica cada una de estas agravantes y se presentan los resultados de un análisis jurisprudencial llevado a cabo para determinar los casos en los que se han aplicado en contextos de sinhogarismo.

ABSTRACT:

This paper examines the need to include aporophobia among the discriminatory grounds that constitute aggravation. To this end, on the one hand, it analyses the qualified subcategory due to the special vulnerability of the victim provided for in twelve provisions of the Criminal Code and, on the other hand, the generic circumstance of abuse of superiority. In particular, it examines the basis that justifies each of these aggravating factors and presents the results of a jurisprudential analysis carried out to determine the cases in which they have been applied in homelessness settings.

PALABRAS CLAVE:

Aporofobia, Vulnerabilidad, Abuso de superioridad, Víctimas especialmente vulnerables, Pobreza.

KEY WORDS:

Aporophobia, Vulnerability, Abuse of superiority, Especially vulnerable victims, Poverty.

SUMARIO:

1. Introducción. 2. La situación socioeconómica de la víctima como circunstancia constitutiva de especial vulnerabilidad agravante. 2.1. Fundamento. 2.2. Revisión de sentencias. 3. La agravante genérica de abuso de superioridad en contextos de pobreza. 3.1. Fundamento. 3.2. Revisión de sentencias. 4. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El pasado 19 de junio de 2020 se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el Proyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. En él se propone dar una nueva regulación a los llamados “delitos de odio”, comprendidos en los artículos 22.4, 314, 510, 511, 512 y 515.4 del Código penal, y se sugiere incluir la aporofobia y la exclusión social entre los motivos discriminatorios constitutivos de delito o agravación.

Para justificar la necesidad de esta incorporación al Código penal, el Proyecto de Ley Orgánica establece que «se ha aprovechado la reforma para incluir la aporofobia y la exclusión social dentro de estos tipos penales, que responde a un fenómeno social en el que en la actuación delictiva subyace el rechazo, aversión o desprecio a las personas pobres, siendo un motivo expresamente mencionado en el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea». Pero, al margen de esta declaración, no se ofrece argumento alguno acerca de la necesidad de esta reforma penal, ni se explica por qué se prevé en una norma cuyo objeto es «garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a su integridad física, psíquica, psicológica y moral frente a cualquier forma de violencia, asegurando el libre desarrollo de su personalidad y estableciendo medidas de protección integral, que incluyan la sensibilización, la prevención, la detección precoz, la protección y la reparación del daño en todos los ámbitos en los que se desarrolla su vida» (art. 1).

El número de delitos cometidos contra personas en situación de pobreza en España, especialmente de aquellas que no tienen un hogar, podría haber aumentado en los últimos años². Sin embargo, no parece que todos estos ataques hayan estado motivados por la discriminación que sufren. Al menos, no ha podido probarse tal extremo en las sentencias condenatorias cuyos hechos probados describen agresiones a los más desfavorecidos económicamente³.

² En el Informe “Los delitos de odio contra las personas sin hogar” publicado por Hatento en *Iraila* en 2015, pp. 79-92, se constata que casi la mitad de las personas que viven en la calle ha sido increpada alguna vez por motivos de odio o rechazo a su condición de sintecho. De ellos, más del 80% han sido víctimas en más de una ocasión. Por su parte, el estudio del Centro de Acogida Assís “Informe de violencia directa, estructural y cultural contra personas sin hogar 2006-2016” sitúa como la segunda causa de muerte de las personas sin hogar, las agresiones físicas sufridas. Sin embargo, los datos que publica el Ministerio del Interior al respecto no acreditan que la distribución cronológica haya ido en ascenso. Así, en el periodo temporal del 2013 al 2018 contabilizó 69 hechos conocidos (entendiéndose estos como el conjunto de infracciones penales y administrativas, que han sido conocidas por las distintas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad): 4 en 2013, 11 en 2014, 17 en 2015, 10 en 2016, 11 en 2017 y 16 en 2018.

³ Se han publicado recientemente dos monografías sobre la aporofobia en el ámbito del Derecho penal que contienen un análisis jurisprudencial al respecto: BUSTOS RUBIO, M., 2020. *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22.4 CP)*. Bosch; y GARCÍA DOMÍNGUEZ, I., 2020. *La aporofobia en el sistema penal español: especial referencia al colectivo de personas sin hogar*. Salamanca: Ratio Legis. En las sentencias que se analizan en ambos trabajos (algunas de las cuales carecen de algún dato relativo al órgano del que emanan, que no han podido localizarse) se constata que son varias las sentencias condenatorias que se han dictado desde la aprobación del Código penal de 1995 en las que se agrede a personas sin hogar. En las resoluciones judiciales se condena en aplicación del delito de asesinato por alevosía (STS 1160/2006, de 9 de noviembre; SAP 8218/2008, de 5 de noviembre; STS 870/2005, de 1 de julio; STS 129/1996, de 19 de febrero; SAP Zaragoza 5/2002, de 11 de febrero), de homicidio (STSJ de Aragón 2/2002, de 28 de mayo; SAP Madrid 964/2006, de 29 de noviembre), lesiones (SAP Madrid 34/2013, de 19 de marzo; SAP 61/2003, de 28 de mayo); del delito contra la integridad moral (STSJ de Barcelona 18/2017, de 16 de enero); amenazas (SAP 1629/2017, de 15 de diciembre); el de agresión sexual (SAP 36/2017, de 19 de abril) y delitos contra el patrimonio (SAP Cuenca 148/2003, de 18 de diciembre; STS 870/2005, de 1 de julio; y SAP 61/2003, de 28 de mayo). Pero de estas trece sentencias que se han localizado en los mencionados trabajos solo en tres se hace referencia alguna al odio hacia la persona pobre. En la SAP de Madrid 34/2013, de 19 de marzo, es el Ministerio Fiscal quien alega que las lesiones agravadas por las que se condena a los acusados se habrían producido por el odio y desprecio que les generaba el indigente. Sin embargo, la Sala considera que «no se ha practicado en el presente procedimiento ni una investigación en la fase de instrucción, ni se ha aportado en el acto del juicio oral prueba suficiente de que, en este caso Agapito tenga una ideología neonazi». Por su parte, la Sala estima expresamente que los acusados asesinaron al indigente «por el desprecio que les generaba» en la STS 1160/2006, de 9 de noviembre. Y en la STSJ de Barcelona 18/2017, de 16 de enero, se afirma que el acusado «le escupió y pateó en el cuerpo y en la cabeza con un claro menosprecio a su condición de persona sin techo que pernocta en la calle». No obstante, en el resto de sentencias no se hace referencia alguna a este hecho o incluso se afirma que la información de la que disponen no consigue acreditar esta motivación.

Algunos de los integrantes del Proyecto de Investigación “Aporofobia y Derecho Penal”, dirigido por la profesora Ana Isabel Pérez Cepeda, proponen la inclusión de la discriminación por razones de aporofobia en el Código penal porque «supuestos de verdadera vulnerabilidad en los que se encuentran las personas en situación de pobreza, especialmente de sinhogarismo, carecen de una respuesta adecuada y proporcionada por parte del Derecho penal»⁴. La cuestión es si con la finalidad de dar una respuesta por parte del Derecho penal a los ataques que sufren las personas en situación de pobreza resulta adecuado agravar la pena por aporofobia o, en cambio, cualificarla cuando la agresión se haya llevado a cabo sobre una víctima socioeconómicamente vulnerable por sus menores posibilidades de defensa.

La exclusión social se define como una situación concreta, fruto de un proceso dinámico de acumulación, superposición y/o combinación de diversos factores de desventaja o vulnerabilidad social⁵; la pobreza, como la situación de posibilidad de respuesta económica limitada o inexistente por parte del individuo⁶; y la aporofobia se define como la fobia a las personas pobres o desfavorecidas⁷. Siendo ello así, en su caso, como afirma Bustos Rubio, convendría agravar la pena únicamente cuando la conducta ilícita tenga una motivación aporófica, pero en ningún caso por exclusión social⁸.

Con todo, son, al menos, dos los instrumentos de los que dispone el ordenamiento jurídico-penal español en vigor que podrían agravar la pena en caso de que el delito se cometa sobre personas en situación de pobreza absoluta: el subtipo cualificado específico por razón de la especial vulnerabilidad de la víctima que se prevé en algunos preceptos y la agravante genérica de abuso de superioridad.

En este trabajo se analiza, de un modo necesariamente sucinto, la repercusión de tales agravaciones en contextos de sinhogarismo. Específicamente, se examina el fundamento que las justifica y se presentan los resultados de un análisis jurisprudencial llevado a cabo para determinar si se han apreciado en los casos en estudio. Para ello se han revisado las sentencias condenatorias dictadas por todas las Audiencias Provinciales y por el Tribunal Supremo que han aplicado estas circunstancias agravantes desde el 1 de julio de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2019⁹. Esta información ofrecerá argumentos de utilidad para poder afirmar si actualmente se tutela penalmente de un modo especial a las personas que viven en la indigencia o si, por el contrario, resulta necesaria una reforma penal que les ofrezca dicho amparo.

2. LA SITUACIÓN SOCIOECONÓMICA DE LA VÍCTIMA COMO CIRCUNSTANCIA CONSTITUTIVA DE ESPECIAL VULNERABILIDAD AGRAVANTE

El Código penal español alude expresamente hasta en doce ocasiones a la especial vulnerabilidad de la víctima como una circunstancia agravante específica de tipos penales de toda índole: contra la vida humana independiente, contra la salud individual, contra la libertad, etc.¹⁰.

⁴ BUSTOS RUBIO, M., PÉREZ CEPEDA, A.I. y BENITO SÁNCHEZ, D., 2020. “Víctima por ser pobre: la ley debe castigar la discriminación por aporofobia”, *The Conversation*.

⁵ LA FUENTE LECHUGA, M., FAURA MARTÍNEZ, U. y LOSA CARMONA, A., 2011. “Medidas y caracterización de la vulnerabilidad a la exclusión social de los hogares en España”, *Revista electrónica de Comunicaciones y Trabajos de ASEPUMA*, vol. 12, pp. 53-68, p. 55.

⁶ JIMÉNEZ RAMÍREZ, M., 2018. “Aproximación teórica de la exclusión social: complejidad e imprecisión del término. Consecuencias para el ámbito educativo”, *Estudios Pedagógicos XXXIV*, no. 1, p. 174.

⁷ Definición que ofrece el Diccionario de la RAE tras haber acuñado el término creado por la profesora Cortina Orts.

⁸ La inclusión del término “exclusión social” en el Código penal vulneraría el principio de legalidad según el autor por lo indeterminado del concepto. Véase, al respecto, BUSTOS RUBIO, M. *Aporofobia y delito*. Ob. cit., pp. 41-45.

⁹ Con la elección de este lapso se pretende dar cuenta de la lectura jurisprudencial de todos los subtipos cualificados que, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, atienden a la especial vulnerabilidad de la víctima.

¹⁰ En particular, los subtipos cualificados basados en la especial vulnerabilidad de la víctima previstos expresamente en el Código penal se ubican en los siguientes artículos: 138.2, 140.1.1º, 148.5º, 153.1, 156 bis.4.b), 171.4, 172.2, 172 ter.1.4º, 177 bis.4.b), 180.1.3º, 184.3 y 188.3.a). También se ha previsto la especial vulnerabilidad agravante en el artículo 362 quater.2.b) del Código penal, pero no referida a la víctima porque alude a delitos contra la salud pública.

En ocasiones, esta modalidad de subtipo agravado alude expresamente a determinadas circunstancias de la víctima que la hacen especialmente vulnerable y justifican una agravación respecto de la pena prevista en los correspondientes tipos básicos. En particular, se refiere a la situación, la edad, la enfermedad, la discapacidad e incluso, en una ocasión, al estado gestacional. Pero, hasta en cinco ocasiones se refiere a la especial vulnerabilidad de la víctima sin aludir a ninguna circunstancia constitutiva de vulnerabilidad en particular.

Como se puede observar, todas las hipótesis de vulnerabilidad expresamente previstas en el Código penal están descritas haciendo referencia a rasgos de carácter individual, excepto la *situación*, que podría considerarse relacional si se centra en los desequilibrios de poder entre el agresor y la víctima; social si abarca a minorías en situación de desigualdad en la sociedad¹¹; o incluso ocasional si sitúa a la víctima en un estado vulnerable de forma temporal¹².

Concretamente, la *situación* se regula como circunstancia constitutiva de especial vulnerabilidad en los artículos 156 bis.4, 172 ter.1, 177 bis.4 (en este caso habla de “situación personal”), 180.1.3º, 184.3 y 188.3, que agravan la pena prevista para los delitos de tráfico de órganos, acoso, trata de seres humanos y delitos contra la libertad e indemnidad sexuales¹³. Además, los artículos 148.5, 153.1, 171.4 y 172.2 del Código penal agravan la pena por la especial vulnerabilidad de la víctima sin referirse a ninguna circunstancia. La pregunta es si la vulnerabilidad socioeconómica puede actuar como circunstancia agravante en todos estos ilícitos penales¹⁴.

En algunos de los preceptos que contienen la *situación* como circunstancia constitutiva de especial vulnerabilidad agravante podría protegerse de una manera específica a aquellas personas en riesgo de aceptar someterse a un abuso por la precaria situación en la que viven; es decir, a víctimas en peligro de explotación. Esto es lo que sucede, por ejemplo, cuando se ofrece una suculenta cantidad de dinero a indigentes para que acepten la venta de un riñón, cuando se les promete un trabajo bien remunerado para que se sometan a la trata de seres humanos o cuando se les ofrece una gran cantidad de dinero a cambio de prácticas de carácter sexual.

¹¹ VARONA MARTÍNEZ, G., DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., MAYORDOMO RODRIGO, V. y PÉREZ MACHÍO, A.I., 2015. *Victimología: un acercamiento a través de sus conceptos fundamentales como herramienta de comprensión e intervención* [en línea]. [consulta: 14 octubre 2020]. Recuperado de: <https://ocw.ehu.es/course/view.php?id=355>; pp. 28-41.

¹² Las características endógenas y su interacción desempeñan un papel muy relevante en este contexto. Por ejemplo, tanto en ancianos como en niños existe un conjunto de variables asociadas a la edad que puede hacerlos más proclives a determinados tipos de victimización (la fuerza física, el estado mental en el que se encuentran, etc.). De manera que, como se ha acreditado en diversos estudios, existe un mayor riesgo de ser víctima de un delito cuando no se han desarrollado determinadas capacidades cognitivas y emocionales o cuando estas se encuentran mermadas. Véanse, al respecto, ZÚÑIGA-SANTAMARÍA, T. SOSA-ORTIZ, A.L., ALONSO-VILATELA, M.E., ACOSTA-CASTILLO, I. y CASAS-MARTÍNEZ, M.L., 2010. “Dependencia y maltrato en el anciano con demencia”, *Persona y bioética*, no. 14, pp. 56-66; y MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., PATRÓ HERNÁNDEZ, R.M. y AGUILAR CÁRCELES, M.M., 2014. *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*. Madrid: Dykinson, p. 516. Por su parte, los factores exógenos, como serían los problemas socio-económicos constitutivos de la especial vulnerabilidad de la víctima por la *situación* a la que alude el Código penal, también están relacionados con un mayor riesgo de sufrir victimización interpersonal. Acerca de la influencia de la pobreza en la victimización, véase BUSTOS RUBIO, M., 2020. *Aporofobia y delito*. Ob. cit., p. 112. Pero es, sobre todo, la interacción de estos factores con los endógenos la que puede potenciar, según se ha constatado, diferentes formas de victimización (GUTIÉRREZ-BERMEJO, B. y AMOR ANDRÉS, P.J., 2019. *Víctimas vulnerables*. Madrid: Editorial Síntesis, pp. 41 y 42).

¹³ Por un lado, se prevé la agravación de la pena prevista en el tipo básico de tráfico de órganos humanos cuando «la víctima sea especialmente vulnerable por razón de su edad, discapacidad, enfermedad o situación» (art. 156 bis.4). Estas son las mismas circunstancias que definen la vulnerabilidad en dos de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (arts. 180.1.3 y 188.3). Por otro lado, se agrava la pena prevista para el delito de acoso en caso de tratarse de «una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación» (art. 172 ter.1). A estas tres circunstancias también se refiere el delito de acoso sexual (art. 184.3). Y, por último, el delito de trata de seres humanos (art. 177 bis) prevé una agravación de la pena prevista en su tipo básico cuando «la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad».

¹⁴ La vulnerabilidad puede venir determinada por diversos factores, entre los que se encuentra, sin duda, la pobreza, como puso de manifiesto el Informe de Desarrollo Humano de 2014 de Naciones Unidas.

Estaríamos ante casos en los que la situación de desventaja social en la que se encuentra la víctima frente a su victimario por su carencia de recursos económicos, de oportunidades laborales, etc., le lleva a considerar que no tienen otra alternativa de solución a su drama existencial y cotidiano que “consentir” el contexto de sometimiento y coacción que se le impone¹⁵.

Pero también puede ocurrir que la *situación* de extrema pobreza en la que se encuentra la víctima la haga especialmente vulnerable a sufrir determinados ataques en contra de su voluntad. Esto es lo que sucede, por ejemplo, cuando se cometen los delitos de acoso o agresión sexual contra personas sin hogar.

Igualmente, como se ha indicado, las penas previstas en los tipos básicos de lesiones, de maltrato habitual, de amenazas y de coacciones se agravan cuando la “*víctima [sea] una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor*” (arts. 148.5, 153.1, 171.4 y 172.2); es decir, en un contexto de violencia doméstica¹⁶. Al no establecer expresamente cuáles son las circunstancias que pueden calificar de vulnerable a la víctima podría entenderse que las *situaciones* de precariedad económica tendrían encaje en estos preceptos. Sin embargo, resulta difícil imaginar que un estado de pobreza absoluta pueda ser la que merme la capacidad de defensa de la víctima en estos casos de tal forma que merezca una tutela penal reforzada.

Así pues, solo en aplicación de los delitos de acoso, tráfico de órganos, trata de seres humanos y los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales se podría agravar la pena prevista en el correspondiente tipo básico en atención a la especial vulnerabilidad socioeconómica de la víctima.

Veamos si esta ha sido también la apreciación por parte de los tribunales penales españoles y cuál es el fundamento de la agravación.

2.1 Fundamento

La jurisprudencia penal suele definir a las víctimas especialmente vulnerables, con la finalidad de agravar la pena, como aquellos «sujetos pasivos que por su edad, estado físico o psíquico o sus condiciones personales en relación con el grupo conviviente la sitúan en una posición de inferioridad y/o debilidad frente al agresor»¹⁷.

En consonancia con esta línea interpretativa de la jurisprudencia, la doctrina penal afirma que esta circunstancia de carácter victimológico se fundamenta en un plus de antijuridicidad de las conductas basado en la menor posibilidad de defensa de estas víctimas, que da lugar a una situación de superio-

¹⁵ LÓPEZ WONG, R., 2019. “La vulnerabilidad de las víctimas de trata de personas”. En Pérez Alonso, E. y Pomares Cintas, E. (coords.). *La trata de seres humanos en el contexto penal iberoamericano*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 331-332.

¹⁶ MUÑOZ CONDE, F., 2019. *Derecho penal. Parte especial*. Valencia, Tirant lo Blanch, p. 107.

¹⁷ Véase sobre este concepto y sobre las anteriores sentencias que se refieren a esta definición la STS 2163/2019, de 27 de junio. Esta definición es la misma que ofrece el Diccionario del Español Jurídico de la RAE, que define a la “víctima vulnerable” como el «sujeto pasivo del delito con circunstancias personales que determinan que se halle en una situación de inferioridad o indefensión, que comporta una agravación de la responsabilidad penal para el autor del delito». Del mismo modo, la doctrina afirma que «en la Victimología actual el concepto de “vulnerabilidad” se identifica con la pertenencia a un colectivo de riesgo, que puede definirse con parámetros individuales, relacionales, contextuales y socioestructurales». Al respecto, VARONA MARTÍNEZ, G., DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., MAYORDOMO RODRIGO, V. y PÉREZ MACHÍO, A.I., 2015. *Victimología: un acercamiento a través de sus conceptos fundamentales como herramienta de comprensión e intervención*, Ob. cit., p. 35. En el mismo sentido, véase LÓPEZ WONG, R., 2019. “La vulnerabilidad de las víctimas de trata de personas”, Ob. cit., p. 338. Asimismo, en esta dirección, la *Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo*, establece que la «vulnerabilidad» se entiende como «exposición a un riesgo de lesión particularmente elevado» (considerando 38), lo cual acarrea una «necesidad de protección especial» (detallada en su capítulo IV).

ridad del sujeto activo respecto del pasivo¹⁸. Y a esta justificación habría que sumar las mayores facilidades para cometer el hecho y lograr la impunidad.

Además, un sector doctrinal sostiene que la *ratio* del subtipo cualificado también reside en un mayor desvalor subjetivo de la conducta (o en un mayor reproche culpabilístico) que conlleva, al menos, que el sujeto activo del delito sea consciente de la circunstancia constitutiva de la especial vulnerabilidad del sujeto pasivo¹⁹.

Por lo tanto, el fundamento del subtipo cualificado en estudio residiría en el mayor desvalor (objetivo y subjetivo) de la conducta.

2.2 Revisión de sentencias

Entre las 39 sentencias analizadas en las que se ha condenado y agravado la pena en virtud del subtipo cualificado en estudio²⁰, once han agravado la pena por la *situación*. De ellas, seis se han dictado en aplicación de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (arts. 180.1.3º y 188.3.a); tres, del delito de trata de seres humanos (art. 177 bis); y dos, del delito de acoso (art. 172 ter)²¹. Por el contrario, no se ha agravado la pena por esta razón en ninguna sentencia en aplicación del delito de acoso sexual (art. 184.3) ni del delito de tráfico de órganos (art. 156 bis). Pero esta circunstancia podría haberse previsto en las dos sentencias condenatorias dictadas en aplicación de este último precepto²² si los he-

¹⁸ Como ha establecido la doctrina, el fundamento de esta agravación reside en los menores mecanismos de autodefensa de la víctima derivada de una serie de situaciones de naturaleza personal, como la edad, sea temprana o muy elevada, enfermedad física o psíquica, bajo nivel de inteligencia, o cualquier otra circunstancia fáctica concurrente. Al respecto, FRAILE COLOMA, C. y JAVATO MARTÍN, M., 2015. “Artículo 171”. En Gómez Tomillo, M. (dir.). *Comentarios prácticos al Código penal. Tomo II*. Madrid: Aranzadi, p. 341. En el mismo sentido, aunque distinguiendo las situaciones de naturaleza personal (edad, enfermedad) de la mixta (situación), ALCÁCER GUIRAO, R., 2004. *Delitos contra la libertad sexual: agravantes específicas*. Barcelona: Atelier; GÓMEZ TOMILLO, M., 2015. “Artículo 180”. En Gómez Tomillo, M. (dir.). *Comentarios prácticos al Código penal. Tomo II*. Madrid: Aranzadi, 2015, p. 496; ORTS BERENQUER, E., 2016. “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I)”. En González Cussac, J.L. (coord.). *Derecho penal. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 213; CARBONELL MATEU, J.C. Homicidio y sus formas. En González Cussac, J.L. (coord.). *Derecho penal, Parte especial*. Tirant lo Blanch, 2016, p. 50; GÓMEZ RIVERO, M.C., 2018. “Delitos contra la salud y la integridad corporal”. En Gómez Rivero, M.C. (coord.). *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte especial*. Madrid: Tecnos, p. 113; y CANCIO MELIÀ, M. “Agresiones sexuales. Violación”. En Molina Fernández, F. (coord.). *Memento práctico penal 2019*. Madrid: Francis Lefebvre, 2018, p. 1043. De igual modo, la jurisprudencia ha sostenido que, «la *ratio* de esta agravación es la mayor facilitación de la comisión delictiva sobre la base de la menor defensa o resistencia de la víctima y la mayor culpabilidad del autor por aprovecharse de esa condición» (SAP Girona 654/2016, de 30 de diciembre).

¹⁹ CARBONELL MATEU, J.C. Homicidio y sus formas. En González Cussac, J.L. (coord.). *Derecho penal, Parte especial*. Tirant lo Blanch, 2016, Ob. cit., p. 50; ALONSO DE ESCAMILLA, A., 2018. “Delitos contra la vida humana independiente: homicidio, asesinato y suicidio”. En Lamarca Pérez, C. (coord.). *Delitos. La parte especial del Derecho penal*. Dykinson, p. 7; CANCIO MELIÀ, M. “Agresiones sexuales. Violación”, Ob. cit., p. 1043. Pero se debate si, a su vez, el sujeto activo debe abusar o no de dicha coyuntura. Peñaranda Ramos considera que debería interpretarse restrictivamente y limitar su aplicación a aquellos casos en los que se hubiese dado un abuso o aprovechamiento de la circunstancia. Véase, al respecto, PEÑARANDA RAMOS, E. “Homicidio”. En Molina Fernández, F. (coord.), 2018. *Memento práctico penal 2019*. Madrid: Francis Lefebvre, p. 808. En este mismo sentido, véase JUANATEY DORADO, C., 2016. “Homicidio”, en BOIX REIG, J. (Dir.), *Derecho penal. Parte especial. Volumen I*, Iustel, p. 32. Sierra López, por el contrario, sostiene que no sería necesario que el sujeto activo abusase de la situación de vulnerabilidad, sino que sería suficiente con que este conociese dicha situación. Al respecto SIERRA LÓPEZ, M.V. 2009. La expresión persona especialmente vulnerable en el ámbito de la violencia de género, doméstica y asimilada. En Núñez Castaño, E. (dir.). *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 207.

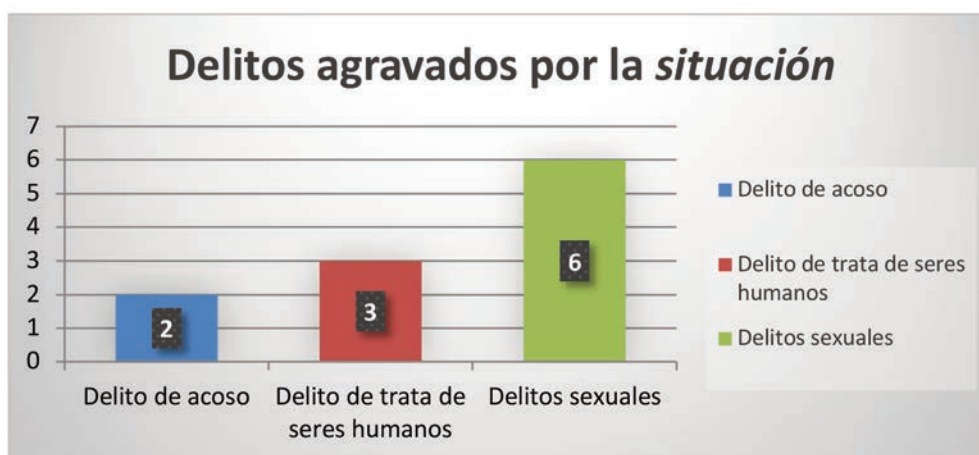
²⁰ Las sentencias analizadas han sido las dictadas en aplicación de los artículos 156 bis, 172 ter, 177 bis, 180.1.3º, 184.3 y 188.3, según los parámetros descritos en la introducción, en las que se condena y se aplica el subtipo cualificado en estudio.

²¹ SAP Zaragoza 58/2019, de 6 de febrero; SAP Baleares 471/2018, de 12 de septiembre; SAP Gran Canaria 131/2017, de 15 de mayo; SAP Madrid 217/2018, de 20 de marzo; STS 178/2016, de 3 de marzo; SAP Valencia 58/2016, de 29 de enero; SAP Castellón 148/2016, de 12 de mayo; SAP Castellón 179/2016, de 2 de junio; SAP Murcia 206/2017, de 17 de mayo; SAP Lugo 221/2018, de 18 de diciembre; y STS 344/2019, de 4 de julio.

²² La SAP de Barcelona 793/2016, de 13 de octubre, que fue confirmada posteriormente por la STS 710/2017, de 27 de

chos probados se hubiesen cometido tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero. Ambas resoluciones judiciales tienen en común que en los hechos probados se describe cómo los condenados contactaron con personas sin recursos, en situación irregular en España, o en situación de necesidad económica, con problemas para entender el idioma, y les ofrecieron dinero por un órgano. Incluso en ambos casos se establece expresamente que se trata de personas vulnerables.

En relación con el artículo 172 ter.1.4 del Código penal, son dos las sentencias condenatorias acogidas en la investigación: en una, se apreció la especial vulnerabilidad de la víctima por tratarse de un menor de edad desamparado, dependiente del Estado²³, que, sin embargo, hubiese encontrado mejor acomodo en el segundo apartado del precepto; y en otra, porque la víctima estaba embarazada²⁴. Por su parte, en aplicación de la agravación prevista en el artículo 177 bis.4 se han dictado tres sentencias condenatorias en el periodo objeto de investigación con base en la *situación*. En dos de las resoluciones se tuvo en cuenta la menor edad de la víctima pero junto con otras circunstancias: en una, la escasez de recursos y los problemas con el alcohol²⁵; y en otra, el hecho de hallarse en un país extranjero del que las víctimas desconocían su idioma y costumbres, careciendo de dinero propio y contactos que pudiesen auxiliarlas²⁶. En la tercera, se argumentó que el autor del delito se había prevalido «de la situación de vulnerabilidad, tanto en origen como en destino, totalmente precaria de dichas mujeres, desconocedoras del idioma español, careciendo de dinero propio y contactos que pudieran auxiliarlas»²⁷. Por último, el subtipo agravado del artículo 180.1.3º del Código penal se ha aplicado por razón de la *situación* en seis casos: cuatro, por embriaguez y dos, por embarazo²⁸.



Las *situaciones* constitutivas de especial vulnerabilidad de la víctima valoradas en las resoluciones judiciales examinadas han sido, sobre todo, el embarazo²⁹, la embriaguez³⁰ y la pobreza³¹. También se ha apreciado esta circunstancia en un caso aislado por el desamparo en el que se encontraba la víctima³². De manera que la pobreza se ha apreciado en tres de las resoluciones judiciales como una *si-*

octubre; y la SAP de Valencia 482/2019, de 7 de octubre.

²³ SAP Zaragoza 58/2019, de 6 de febrero.

²⁴ SAP Baleares 471/2018, de 12 de septiembre.

²⁵ SAP Gran Canaria 131/2017, de 15 de mayo.

²⁶ SAP Madrid 217/2018, de 20 de marzo.

²⁷ STS 178/2016, de 3 de marzo.

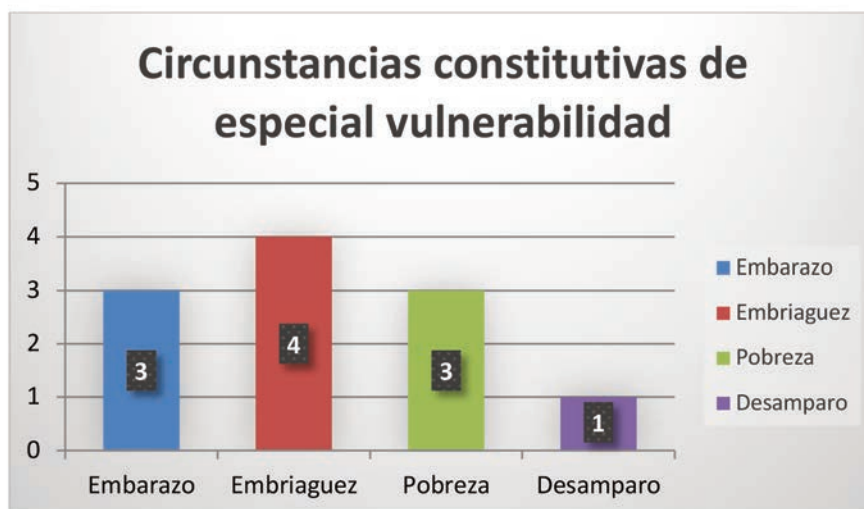
²⁸ Valencia 58/2016, de 29 de enero; SAP Castellón 148/2016, de 12 de mayo; SAP Castellón 179/2016, de 2 de junio; SAP Murcia 206/2017, de 17 de mayo; SAP Lugo 221/2018, de 18 de diciembre; y STS 344/2019, de 4 de julio.

²⁹ SAP Valencia 58/2016, de 24 de enero; SAP Ibiza 2517/2018, de 12 de septiembre; y SAP Lugo 221/2018, de 17 de diciembre.

³⁰ SAP Castellón 148/2016, de 12 de mayo; SAP Castellón 179/2016, de 2 de junio; SAP Murcia 206/2017, de 17 de mayo; y STS 344/2019, de 4 de julio.

³¹ STS 178/2016, de 3 de marzo; SAP Gran Canaria 131/2017, de 15 de mayo; y SAP Madrid 217/2018, de 20 de marzo.

tuación constitutiva de especial vulnerabilidad agravante, aunque se ha tenido en cuenta junto con otros factores como el desarraigo, el alcoholismo y la minoría de edad. Estas tres sentencias se han dictado en aplicación del delito de trata de seres humanos.



En cualquier caso, los tribunales han alertado acerca de las dificultades para concretar el contenido de la *situación* como circunstancia constitutiva de especial vulnerabilidad. En particular, se plantean dos cuestiones: la primera, si puede tratarse de una *situación* más o menos ocasional, puesto que la agravante suele estar redactada indicando que la víctima «sea» especialmente vulnerable o que «se trate de» una persona especialmente vulnerable; y, la segunda, si debe limitarse a la “situación personal” o puede abarcar también, por ejemplo, la situación socioeconómica o familiar de la víctima.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, alguna sentencia ha descartado de manera tajante que el subtipo cualificado pueda apreciarse ante una circunstancia ocasional³³. Sin embargo, en otras, se aprecia, como se ha visto, por la embriaguez de la víctima, por ejemplo³⁴. Y, por lo que se refiere a la segunda duda planteada, efectivamente, un sector de la doctrina requiere que la *situación* constitutiva de la especial vulnerabilidad se desprenda de la situación personal de la víctima y no de las condiciones espacio-temporales ya que, por ejemplo, «en cuanto a la violación, la vaciaría de contenido, dado que nunca acaece a plena luz del día y en medio de una multitud»³⁵. No obstante, la situación personal ha sido regulada expresamente en el artículo 177 bis.4 del Código penal y ha recibido duras críticas, precisamente, por dejar fuera la situación familiar, social o económica³⁶.

3. AGRAVANTE GENÉRICA DE ABUSO DE SUPERIORIDAD EN CONTEXTOS DE POBREZA

El segundo apartado del artículo 22 del Código penal recoge un conjunto de circunstancias agravantes genéricas entre las que se encuentra el abuso de superioridad³⁷, que se da cuando la defensa de la víc-

³² SAP Zaragoza 58/2019, de 6 de febrero.

³³ SAP Palmas 246/2016, de 28 de junio.

³⁴ SAP Castellón 179/2016, de 2 de junio; SAP Castellón 148/2016, de 12 de mayo; SAP Murcia 206/2017, de 17 de mayo; y STS 344/2019, de 4 de julio.

³⁵ ALCÁCER GUIRAO, R., 2004. *Delitos contra la libertad sexual: agravantes específicas*. Ob. cit., p. 58.

³⁶ De hecho, en el Informe del CGPJ al Anteproyecto de reforma del Código penal, se consideró «demasiado restrictivo pues la realidad pone de manifiesto la especial vulnerabilidad de víctimas del delito de trata por otras situaciones, como por ejemplo la familiar, social o económica. Por ello, entendemos que en este punto debería mantenerse la redacción actual, que abarca todas las situaciones, dejándose su valoración según las circunstancias concurrentes que se acrediten».

³⁷ El artículo 22.2 del Código penal establece que es una circunstancia agravante: «ejecutar el hecho mediante disfraz, con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente». El Código penal de 1973 también regulaba esta cir-

tima queda ostensiblemente debilitada por la situación personal, instrumental o medial del agresor, que por ello obtiene mayor facilidad para cometer el delito.

Los requisitos para que concurra esta agravante, según ha establecido la jurisprudencia³⁸, son los siguientes: en primer lugar, la existencia de una situación objetiva de superioridad o desequilibrio de fuerzas; en segundo lugar, que esa situación disminuya notablemente la capacidad de defensa de la víctima, sin eliminarla; en tercer lugar, que el agresor conozca esa situación y se aproveche de ella; y, en cuarto lugar, que esa situación de superioridad no sea inherente al delito³⁹.

Respecto del primer requisito, se estima que la situación de desequilibrio o superioridad tanto puede provenir de factores personales como circunstanciales o externos⁴⁰. La situación propiciadora del reconocimiento de la circunstancia agravante de abuso de superioridad es aquella en la que concurre una notable desproporción o desequilibrio de fuerzas (físicas, psíquicas, anímicas, desequilibrio circunstancial o de otra especie) entre el sujeto activo y el pasivo o, en otras palabras, entre el ataque ofensivo y los medios defensivos. Y esta circunstancia puede darse, no solo cuando sean varios los sujetos activos frente a una sola víctima (superioridad personal numérica) o si los agresores llevan armas (superioridad medial o instrumental), sino también, por ejemplo, cuando la víctima es un anciano, un discapacitado o un enfermo (superioridad terapéutica), un niño (superioridad generacional) o por las especiales condiciones personales de preparación, capacidad o liderazgo del sujeto activo⁴¹.

En cuanto al segundo requisito, se recuerda que en el caso de eliminarse por completo la capacidad de defensa de la víctima estaríamos en presencia de alevosía. Por esta razón suele decirse que el abuso de superioridad es una alevosía menor o de segundo grado; porque mientras que la alevosía conlleva la completa eliminación de cualquier posible defensa de la víctima, el abuso de superioridad sólo la debilita o reduce, lo que coloca en situación de ventaja a los autores del delito sobre el sujeto pasivo⁴².

Para la concurrencia del tercero de los requisitos, resulta indiferente que el agresor haya creado la situación de superioridad con ese fin como que, existiendo el desequilibrio de fuerzas por razones ajenas a su voluntad, resuelva aprovechar la situación preexistente con los mismos fines⁴³. Y, por último, en cuanto al último requisito, la superioridad no debe ser inherente al delito, ni por constituir uno de los elementos típicos, ni porque por las circunstancias concretas del delito necesariamente hubiera de realizarse así⁴⁴.

cunstancia agravante en el artículo 10.8 junto con el empleo de medios que debiliten la defensa. Califica de acierto la supresión del empleo de medios, pues entiende que no es otra cosa que una manifestación específica del concepto genérico de abuso de superioridad, ARROYO DE LAS HERAS, A., 1997. “La circunstancia agravante 2ª del artículo 22”. En Muñoz Cuesta, J. (coord.). *Las circunstancias agravantes den el Código penal de 1995*. Madrid: Aranzadi, p. 17.

³⁸ Véanse, entre otras, las SSTS 1274/2003, de 7 de octubre; 1157/2006, de 10 de noviembre; 574/2007, de 30 de mayo; 973/2007, de 19 de noviembre; y 863/2015, de 30 de diciembre.

³⁹ ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., 2019. *Compendio de Derecho penal. Parte General*. Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 519 y 520. Así se ha establecido desde la entrada del Código penal de 1995 por parte de la jurisprudencia.

⁴⁰ PUENTE SEGURA, L., 1997. *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*. Madrid: Colex, p. 473.

⁴¹ ARIAS EIBE, M.J., 2006. “La alevosía de segundo grado o abuso de superioridad como circunstancia agravante genérica de la responsabilidad criminal. Un estudio jurídico penal y jurisprudencial”, *La Ley penal: revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*. Nº. 32, p. 27.

⁴² BARJA DE QUIROGA, J., 2018. *Tratado de Derecho penal. Parte General*. Madrid: Civitas, pp. 905 y 906. En cambio, cabe interpretar que sí podría apreciarse la circunstancia agravante de abuso de superioridad en los supuestos en que se anulen las posibilidades defensivas cuando no concurra el elemento normativo de la circunstancia agravante de alevosía, es decir, cuando no nos hallemos en el ámbito de los delitos contra las personas. Así lo entiende PUENTE SEGURA, L. *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*. Ob. cit., p. 473.

⁴³ PUENTE SEGURA, L., 1997. “Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal”. Ob. cit., p. 474.

⁴⁴ Sin embargo, tal y como expone PUENTE SEGURA, L., *Ibidem*, p. 476, el Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que, aun cuando el abuso de superioridad es compatible con los delitos que exigen el empleo de fuerza, sin embargo, es exigencia jurisprudencial que el plus favorecedor del hecho o excluyente de las posibilidades de defensa del

3.1 Fundamento

La circunstancia agravante genérica de abuso de superioridad se fundamenta en una disminución de la capacidad defensiva de la víctima, así como en las mayores facilidades para cometer el hecho y lograr la impunidad⁴⁵, de manera que la lesión del bien jurídico se considera más grave porque la víctima se encuentra más indefensa y, por tanto, más necesitada de protección⁴⁶. En otras palabras, la mayor facilidad de ejecución del hecho debida a la desproporción de fuerzas entre el sujeto activo y el pasivo, y su mayor peligrosidad desde una perspectiva *ex ante*, genera una mayor gravedad del injusto por presentar un mayor desvalor de la conducta⁴⁷.

Asimismo, debe haber conciencia por parte del sujeto activo de su superioridad respecto de la víctima y prevalerse de forma voluntaria de tal situación conocida para debilitar sus posibilidades de defensa⁴⁸. De ahí que algunos autores estimen que es una circunstancia de carácter tendencial⁴⁹.

Así pues, tal y como se afirma en relación con el subtipo cualificado basado en la especial vulnerabilidad de la víctima, el fundamento de la circunstancia agravante genérica de abuso de superioridad reside en el mayor desvalor (objetivo y subjetivo) de la conducta.

3.2 Revisión de sentencias

Son 70 las sentencias condenatorias localizadas siguiendo la metodología anunciada en la introducción que han apreciado la agravante genérica de abuso de superioridad en el periodo indicado. En total se han localizado sentencias en aplicación de diez delitos distintos y han sido nueve los motivos esgrimidos para justificar la concurrencia de la circunstancia agravante⁵⁰.

En 36 ocasiones se ha aplicado para agravar la pena del delito de homicidio⁵¹; en dieciocho, el de le-

agredido cree un desequilibrio en favor del agente y en contra de la víctima, haciendo que la conducta exceda ostensiblemente de la precisa para cometer el delito.

⁴⁵ ORORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., 2019. *Compendio de Derecho penal. Parte General*, Ob. cit., pp. 519 y 520. En el mismo sentido, véase DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. Las circunstancias agravantes de abuso de superioridad, disfraz y aprovechamiento de otras circunstancias. Un estudio jurisprudencial, *La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*. 2011, no. 83, p. 88. Critica Barja de Quiroga que la mayor dificultad que entraña el descubrimiento del autor no debería constituir el fundamento de la agravación, pues del hecho de que el autor haya tomado todo tipo de medidas para no ser descubierto no se puede deducir un fundamento agravatorio del hecho. Al respecto, BARJA DE QUIROGA, J., 2018. *Tratado de Derecho penal. Parte General*, Ob. cit., p. 908. En el mismo sentido, y apuntando que por esta razón se ha pedido la supresión de la agravante por parte de autores como Quintano Ripollés, véase ARROYO DE LAS HERAS, A., 1997. “La circunstancia agravante 2ª del artículo 22”, Ob. Cit., p. 17. Este último autor, sin embargo, sostiene que no puede olvidarse que entre la forma más grave de anulación de la defensa del ofendido y los supuestos, que podemos considerar normales, en los que aquella permanece potencialmente intacta, aunque luego la consumación ponga de manifiesto la natural desproporción que la hace posible, existen, sin duda alguna, estadios intermedios en los que el aprovechamiento consciente de la anormal interioridad del sujeto pasivo, cuya posibilidad de defensa aparece, en principio, ya disminuida, merece, por su desvalor, un especial reproche que debe traducirse, lógicamente, en una responsabilidad agravada.

⁴⁶ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., 2019. *Derecho penal. Parte general*. Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 466 y 467.

⁴⁷ ARIAS EIBE, M.J., 2006. “La alevosía de segundo grado o abuso de superioridad como circunstancia agravante genérica de la responsabilidad criminal. Un estudio jurídico penal y jurisprudencial”, Ob. cit., p. 30.

⁴⁸ MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M.I., 2015. “Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal”. En Gómez Rivero, M.C. (dir.). *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte general*. Madrid: Tecnos, p. 431.

⁴⁹ ARIAS EIBE, M.J., 2006. “La alevosía de segundo grado o abuso de superioridad como circunstancia agravante genérica de la responsabilidad criminal. Un estudio jurídico penal y jurisprudencial”, Ob. cit., p. 28.

⁵⁰ Adviértase, no obstante, que algunas de las sentencias han condenado en aplicación de más de un delito y algunas de ellas ha aplicado la circunstancia agravante de abuso de superioridad por la concurrencia de más de una circunstancia.

⁵¹ SAP Valencia 106/2019, de 1 de marzo; SAP Barcelona 26/2017, de 20 de noviembre; SAP Vizcaya 48/2015, de 24 de julio; SAP Barcelona 21/2016, de 27 abril; SAP Málaga 16/2015, de 22 de diciembre; SAP Madrid 792/2017, de 18 de diciembre; SAP Las Palmas 319/2017, de 19 de octubre; SAP Valencia 165/2017, de 9 de marzo; SAP Valencia 258/2016, de 25 de abril; SAP Alicante 382/2015, de 9 de julio; STS 481/2018, de 18 de octubre; STS 684/2017, de 18 de octubre; STS 24/2016, de 28 de enero; SAP Vizcaya 31/2017, de 31 de mayo; SAP Girona 84/2017, de 14 de febrero; SAP Badajoz 2/2017, de 10 de febrero; SAP Vizcaya 63/2016, de 5 de octubre; SAP Madrid 395/2016, de 7 de

siones⁵²; en trece, el de robo⁵³; en tres, el de asesinato⁵⁴; en dos, el de abuso sexual⁵⁵; y en casos aislados se ha apreciado en aplicación del delito de coacciones⁵⁶, de atentado a la autoridad⁵⁷, de estafa⁵⁸, de falsedad en documento mercantil⁵⁹ y de detenciones ilegales⁶⁰.



El motivo alegado por el tribunal para justificar la aplicación de la circunstancia agravante genérica de abuso de superioridad ha sido en veintiocho ocasiones la superioridad numérica de los atacantes⁶¹;

julio; SAP Soria 37/2016, de 16 de marzo; SAP Barcelona 119/2016, de 16 de febrero; SAP Cádiz 138/2015, de 2 de diciembre; SAP Cádiz 340/2019, de 28 de octubre; SAP Cádiz 59/2019, de 5 de julio; SAP Valencia 583/2018, de 19 de noviembre; SAP Alicante 194/2018, de 3 de abril; SAP Barcelona 342/2017, de 6 de julio; STS 584/2018, de 23 de noviembre; STS 487/2018, de 18 de octubre; STS 386/2018, de 25 de julio; STS 63/2018, de 6 de febrero; STS 229/2017, de 3 de abril; STS 731/2016, de 4 de octubre; STS 583/2016, de 1 de julio; SAP Valencia 678/2019, de 20 de diciembre; STS 555/2015, de 28 de septiembre; y SAP Badajoz 10/2017, de 6 de abril.

⁵² STS 420/2018, de 25 de septiembre; STS 863/2015, de 30 de septiembre; STS 219/2019, de 29 de abril; STS 720/2018, de 22 de enero; STS 687/2017, de 20 de diciembre; STS 454/2018, de 10 de octubre; SAP Barcelona 174/2018, de 11 de abril; SAP Albacete 125/2018, de 16 de marzo; SAP Girona 644/2015, de 9 de diciembre; STS 457/2018, de 10 de octubre; SAP Castellón 52/2019, de 8 de febrero; SAP Madrid 27/2019, de 5 febrero; SAP A Coruña 85/2017, de 12 de mayo; SAP Madrid 389/2015, de 29 de septiembre; SAP A Coruña 158/2018, de 26 de marzo; SAP Valencia 806/2017, de 19 de diciembre; SAP Santa Cruz de Tenerife 372/2017, de 3 de octubre; SAP Almería 234/2017, de 8 de julio; y SAP Badajoz 83/2016, de 14 de septiembre.

⁵³ STS 863/2015, de 30 de septiembre; STS 720/2018, de 22 de enero; STS 454/2018, de 10 de octubre; STS 695/2017, de 24 de octubre; STS 731/2016, de 4 de octubre; SAP Valencia 319/2019, de 18 de junio; SAP La Rioja 40/2016, de 21 de abril; STS 456/2015, de 7 de julio; SAP Cádiz 4/2018, de 12 de enero; SAP Madrid 705/2017, de 31 de octubre; SAP Barcelona 178/2017, de 27 de abril; SAP Valencia 258/2016, de 25 abril; SAP Barcelona 13/2016, de 13 de enero; y SAP Cuenca 32/2019, de 5 de noviembre.

⁵⁴ SAP Navarra 247/2015, de 2 de noviembre; STS 525/2017, de 11 de julio; y SAP Granada 341/2018, de 9 de julio.

⁵⁵ SAP Barcelona 178/2017, de 27 de abril; y SAP Barcelona 210/2018, de 23 de marzo.

⁵⁶ SAP Tarragona 236/2017, de 15 de junio.

SAP Zaragoza 241/2016, de 6 de mayo.

⁵⁸ SAP Madrid 501/2018, de 2 de julio.

⁵⁹ SAP Madrid 501/2018, de 2 de julio.

⁶⁰ STS 454/2018, de 10 de octubre.

⁶¹ STS 863/2015, de 30 de septiembre; STS 687/2018, de 20 de diciembre; STS 454/2018, de 10 de octubre; STS 386/2018, de 25 de julio; STS 695/2017, de 24 de octubre; SAP Valencia 583/2018, de 19 de noviembre; SAP Barcelona 174/2018, de 11 de abril; SAP Albacete 125/2018, de 16 de marzo; SAP Barcelona 342/2017, de 6 de julio; SAP Girona 644/2015, de 9 de diciembre; SAP La Rioja 40/2016, de 21 de abril; SAP Badajoz 2/2017, de 10 de febrero; SAP Madrid 395/2016, de 7 de julio; STS 481/2018, de 18 de octubre; STS 457/2018, de 10 de octubre; STS 456/2015, de 7 de julio; SAP Castellón 52/2019, de 8 de febrero; SAP Madrid 27/2019, de 5 de febrero; SAP Zaragoza 241/2016, de 6 de mayo; SAP Valencia 165/2017, de 9 de marzo; SAP Barcelona 178/2017, de 27 de abril; SAP Madrid 705/2017, de 31 de octubre; SAP Cádiz 4/2018, de 12 de enero; SAP Badajoz 83/2016, de 14 de septiembre; SAP Almería

en veintisiete, el empleo de armas⁶²; en once, la ancianidad⁶³; en seis, el hecho de no estar de pie la víctima, sino en la cama, en el suelo o en el inodoro⁶⁴; en cinco, el ataque sorpresivo⁶⁵; en cuatro, la condición física⁶⁶; en tres, la embriaguez⁶⁷; en uno, la menor edad⁶⁸; y en otro, el hecho de ser el agresor un agente de la autoridad⁶⁹.



Además, en tres casos se ha apreciado la agravación tanto por abuso de superioridad como por aprovechar las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio⁷⁰, ambas circunstancias previstas en el artículo 22.2 del Código penal. Pero no se ha encontrado ninguna resolución en la que el abuso de superioridad se desprenda del estado de pobreza de la víctima.

Sin embargo, sí se ha constatado este extremo en dos sentencias condenatorias anteriores al periodo de tiempo seleccionado para la obtención de la muestra de sentencias. En una de ellas se considera que «la circunstancia de abuso de superioridad concurre de modo especialmente intenso, habida cuenta de la situación de indigencia de la víctima de la que de manera tan reprochable se aprovecha lo que

234/2017, de 8 de junio; SAP Santa Cruz de Tenerife 372/2017, de 3 de octubre; SAP Valencia 806/2017, de 19 de diciembre; SAP A Coruña 158/2018, de 26 de marzo; SAP Cuenca 32/2019, de 5 de noviembre; y SAP Madrid 389/2015, de 29 de septiembre.

⁶² STS 863/2015, de 30 de septiembre; STS 555/2015, de 28 de septiembre; STS 454/2018, de 10 de octubre; STS 386/2018, de 25 de julio; STS 63/2018, de 6 de febrero; STS 229/2017, de 3 de abril; STS 583/2016, de 1 de julio; SAP Valencia 678/2019, de 20 de diciembre; SAP Cádiz 340/2019, de 28 de octubre; SAP Cádiz 59/2019, de 5 de julio; SAP Valencia 583/2018, de 19 de noviembre; SAP Alicante 194/2018, de 3 de abril; SAP Barcelona 342/2017, de 6 de julio; SAP Vizcaya 31/2017, de 31 de mayo; SAP Girona 84/2017, de 14 de febrero; SAP Badajoz 2/2017, de 10 de febrero; SAP Vizcaya 63/2016, de 5 de octubre; SAP Madrid 395/2016, de 7 de julio; SAP Soria 37/2016, de 16 de marzo; SAP Cádiz 138/2015, de 2 de diciembre; SAP Navarra 247/2015, de 2 de noviembre; STS 24/2016, de 28 de enero; SAP Madrid 792/2017, de 18 de diciembre; SAP Las Palmas 319/2017, de 19 de octubre; SAP Valencia 258/2016, de 25 de abril; SAP Vizcaya 48/2015, de 24 de julio; SAP Barcelona 21/2016, de 27 de abril; y SAP Málaga 16/2015, de 22 de diciembre.

⁶³ STS 720/2018, de 22 de enero; STS 731/2016, de 4 de octubre; SAP Barcelona 119/2016, de 16 de febrero; STS 481/2018, de 18 de octubre; SAP Granada 341/2018, de 9 de julio; SAP Barcelona 210/2018, de 23 de marzo; SAP Barcelona 13/2016, de 13 de enero; y SAP Madrid 501/2018, de 2 de julio.

⁶⁴ STS 420/2018, de 25 de septiembre; STS 219/2019, de 29 de abril; y STS 684/2017, de 18 de septiembre.

⁶⁵ SAP Madrid 389/2015, de 29 de septiembre; SAP Valencia 678/2019, de 20 de diciembre; STS 695/2017, de 24 de octubre; y SAP Badajoz 10/2017, de 6 de abril.

⁶⁶ SAP Las Palmas 319/2017, de 19 de octubre; SAP Valencia 258/2016, de 25 de abril; SAP Madrid 705/2017, de 31 de octubre; SAP Badajoz 10/2017, de 6 de abril; STS 487/2018, de 18 de octubre; y STS 584/2018, de 23 de noviembre.

⁶⁷ SAP Badajoz 10/2017, de 6 de abril; STS 525/2017, de 11 de julio; y SAP Barcelona 26/2017, de 20 de noviembre.

⁶⁸ SAP Alicante 382/2015, de 9 de julio.

⁶⁹ SAP Tarragona 236/2017, de 15 de junio.

⁷⁰ SAP Valencia 319/2019, de 18 de junio; SAP Alicante 194/2018, de 3 de abril; SAP Valencia 258/2016, de 25 de abril.

incrementa el grado de desvalor de su conducta y aconseja una pena cercana al máximo legal»⁷¹. En la otra se aplica la agravante del artículo 22.2 del Código penal tanto por el abuso de superioridad como por actuar el agresor aprovechando las circunstancias que debilitan la defensa del ofendido⁷². Pero, aunque en los hechos probados se describe la agresión que sufren dos personas sin hogar, se entiende que concurre la cualificación por el empleo de un arma blanca, así como por la superior condición física del autor material de los hechos.

Con todo, la doctrina entiende que «constituye un esfuerzo nada desdeñable por parte de nuestros jueces y tribunales a la hora de dar un tratamiento más justo a este problema, pero absolutamente insuficiente, pues el hecho de recurrir a otras causas agravantes que ya poseen su propia razón de ser y fundamento, desplaza el foco del problema real que subyace tras este tipo de delincuencia: la discriminación aporófoba ante una realidad social que, como se dijo, parece hoy incontestable»⁷³.

4. CONCLUSIONES

La conclusión alcanzada en este trabajo es que los ataques que sufren las personas sin hogar pueden recibir una sanción penal cualificada atendiendo al Código penal en vigor, por un lado, en aplicación del subtipo cualificado por razón de la especial vulnerabilidad de la víctima que se prevé para los delitos de acoso, el de tráfico de órganos, el de trata de seres humanos, y los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Y, por otro lado, en aplicación de la circunstancia agravante genérica de abuso de superioridad, que puede apreciarse en relación con cualquier delito contenido en el Libro II del Código penal.

El fundamento de ambas agravaciones (tanto la del subtipo cualificado por razón de la especial vulnerabilidad de la víctima como la de la agravante genérica de abuso de superioridad) reside en el mayor desvalor de la conducta basado en la menor posibilidad de defensa de estas víctimas, que da lugar a una situación de superioridad del sujeto activo respecto del pasivo, generando así mayores facilidades para cometer el hecho. En cambio, respecto de la circunstancia agravante genérica por aporofobia que se sugiere incorporar al artículo 22.4 del Código penal, se entiende que el fundamento residiría en el mayor desvalor de la conducta basado en la vulneración del bien jurídico protegido por el delito en cuestión y, además, la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico⁷⁴.

Este distinto injusto podría servir para avalar la creación de dicha agravante por discriminación aporófoba. De este modo, cuando un ataque se hubiese cometido contra una persona sin hogar incluso podrían llegar a aplicarse a su vez la circunstancia agravante propuesta y la de abuso de superioridad o el subtipo cualificado por razón de la especial vulnerabilidad de la víctima. Sin embargo, no parece que esto vaya a suceder teniendo en cuenta el análisis jurisprudencial llevado a cabo en esta investigación. Es más, su inclusión podría llegar a ser contraproducente si ante un ataque de tales características, los tribunales solo contemplan la posibilidad de apreciar la circunstancia agravante de nuevo cuño, puesto que su eficacia sería sumamente limitada: obliga a probar el odio y, además, solo parece que vaya a poder agravar delitos contra las personas.

Por esta razón, teniendo en cuenta que se evitarían así obstáculos probatorios (insalvables en ocasiones), quizás la opción más operativa pase por convertir el subtipo cualificado basado en la especial vulnerabilidad de la víctima en una circunstancia genérica, que pueda cualificar la pena prevista para cualquier delito cuando se cometa sobre una persona especialmente vulnerable. De esta manera no sería necesaria la acreditación del ánimo discriminatorio del agresor ni tampoco del abuso necesario para la aplicación de la agravante genérica por abuso de superioridad, sino, solo, la especial vulnerabilidad de la víctima. Esta alternativa podría tener mayor potencial expansivo, en la medida en que se asienta sobre una consideración relativamente objetiva y susceptible de ser determinada por un juicio externo (en este caso, la situación de vulnerabilidad socioeconómica de la víctima). Pero es una posibilidad que habrá que explorar en profundidad en futuras investigaciones.

⁷¹ STSJ de Andalucía 5/2012, de 20 de febrero.

⁷² SAP Madrid 964/2006, de 29 de noviembre.

⁷³ BUSTOS RUBIO, M., 2020. *Aporofobia y delito*. Ob. cit., p. 139.

⁷⁴ *Ibidem*, pp. 154- 239.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁ CER GUIRAO, R., 2004. *Delitos contra la libertad sexual: agravantes específicas*. Barcelona: Atelier.
- ALONSO DE ESCAMILLA, A., 2018. “Delitos contra la vida humana independiente: homicidio, asesinato y suicidio”. En Lamarca Pérez, C. (coord.). *Delitos. La parte especial del Derecho penal*. Dykinson, pp. 1-33.
- ARIAS EIBE, M.J, 2006. “La alevosía de segundo grado o abuso de superioridad como circunstancia agravante genérica de la responsabilidad criminal. Un estudio jurídico penal y jurisprudencial”, *La Ley penal: revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*. Nº. 32, pp. 25-38.
- ARROYO DE LAS HERAS, A., 1997. “La circunstancia agravante 2ª del artículo 22”. En Muñoz Cuesta, J. (coord.). *Las circunstancias agravantes den el Código penal de 1995*. Madrid: Aranzadi, pp. 41-98.
- BARJA DE QUIROGA, J., 2018. *Tratado de Derecho penal. Parte General*. Madrid: Civitas.
- MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M.I., 2015. “Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal”. En Gómez Rivero, M.C. (dir.). *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte general*. Madrid: Tecnos, pp. 417-440. Bosch.
- BUSTOS RUBIO, M., PÉREZ CEPEDA, A.I. y BENITO SÁNCHEZ, D., 2020. “Víctima por ser pobre: la ley debe castigar la discriminación por aporofobia”, *The Conversation*.
- CANCIO MELIÀ, M. “Agresiones sexuales. Violación”. En Molina Fernández, F. (coord.). *Memento práctico penal 2019*. Madrid: Francis Lefebvre, 2018, pp. 1035-1044.
- CARBONELL MATEU, J.C. Homicidio y sus formas. En González Cussac, J.L. (coord.). *Derecho penal, Parte especial*. Tirant lo Blanch, 2016, pp. 41-57.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. Las circunstancias agravantes de abuso de superioridad, disfraz y aprovechamiento de otras circunstancias. Un estudio jurisprudencial, *La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*. 2011, no. 83, pp. 87-94.
- FRAILE COLOMA, C. y JAVATO MARTÍN, M., 2015. “Artículo 171”. En Gómez Tomillo, M. (dir.). *Comentarios prácticos al Código penal. Tomo II*. Madrid: Aranzadi, pp. 337-360.
- GARCÍA DOMÍNGUEZ, I., 2020. *La aporofobia en el sistema penal español: especial referencia al colectivo de personas sin hogar*. Salamanca: Ratio Legis.
- GÓMEZ RIVERO, M.C., 2018. “Delitos contra la salud y la integridad corporal”. En Gómez Rivero, M.C. (coord.). *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte especial*. Madrid: Tecnos, pp. 83-120.
- GÓMEZ TOMILLO, M., 2015. “Artículo 180”. En Gómez Tomillo, M. (dir.). *Comentarios prácticos al Código penal. Tomo II*. Madrid: Aranzadi, 2015, pp. 493-502.
- GUTIÉRREZ-BERMEJO, B. y AMOR ANDRÉS, P.J., 2019. *Víctimas vulnerables*. Madrid: Editorial Síntesis.
- JIMÉNEZ RAMÍREZ, M., 2018. “Aproximación teórica de la exclusión social: complejidad e imprecisión del término. Consecuencias para el ámbito educativo”, *Estudios Pedagógicos XXXIV*, no. 1, pp. 173-186.
- LA FUENTE LECHUGA, M., FAURA MARTÍNEZ, U. y LOSA CARMONA, A., 2011. “Medidas y caracterización de la vulnerabilidad a la exclusión social de los hogares en España”, *Revista electrónica de Comunicaciones y Trabajos de ASEPUMA*, vol. 12, pp. 53-68.
- LÓPEZ WONG, R., 2019. “La vulnerabilidad de las víctimas de trata de personas”. En Pérez Alonso, E. y Pomares Cintas, E. (coords.). *La trata de seres humanos en el contexto penal iberoamericano*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 321-346.
- MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M.I., 2015. “Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal”. En Gómez Rivero, M.C. (dir.). *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte general*. Madrid: Tecnos, pp. 417-440.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., PATRÓ HERNÁNDEZ, R.M. y AGUILAR CÁRCELES, M.M., 2014. *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*. Madrid: Dykinson.
- MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., 2019. *Derecho penal. Parte general*. Valencia, Tirant lo Blanch.

- MUÑOZ CONDE, F., 2019. *Derecho penal. Parte especial*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., 2019. *Compendio de Derecho penal. Parte General*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- ORTS BERENGUER, E., 2016. “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I)”. En González Cussac, J.L. (coord.). *Derecho penal. Parte especial*. Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 199-215.
- PEÑARANDA RAMOS, E. “Homicidio”. En Molina Fernández, F. (coord.), 2018. *Memento práctico penal 2019*. Madrid: Francis Lefebvre, pp. 787-810.
- PUENTE SEGURA, L., 1997. *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*. Madrid: Colex.
- SIERRA LÓPEZ, M.V. 2009. La expresión persona especialmente vulnerable en el ámbito de la violencia de género, doméstica y asimilada. En Núñez Castaño, E. (dir.). *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*. Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 205-221.
- VARONA MARTÍNEZ, G., DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., MAYORDOMO RODRIGO, V. y PÉREZ MACHÍO, A.I., 2015. *Victimología: un acercamiento a través de sus conceptos fundamentales como herramienta de comprensión e intervención* [en línea]. [consulta: 14 octubre 2020]. Recuperado de: <https://ocw.ehu.eus/course/view.php?id=355>
- ZÚÑIGA-SANTAMARÍA, T. SOSA-ORTIZ, A.L., ALONSO-VILATELA, M.E., ACOSTA-CASTILLO, I. y CASAS-MARTÍNEZ, M.L., 2010. “Dependencia y maltrato en el anciano con demencia”, *Persona y bioética*, no. 14, pp. 56-66.

Revista **SISTEMA PENAL CRÍTICO**

LA APOROFOBIA COMO MÓVIL DISCRIMINATORIO: ¿DERECHO PENAL DE AUTOR?

APOROPHOBIA AS DISCRIMINATORY MOTIVE: ¿CRIMINAL LAW OF THE ACTOR?

Marta Pantaleón Díaz

*Contratada predoctoral (FPU). Universidad Autónoma de Madrid**

* Contratada predoctoral (FPU) del Área de Derecho Penal (marta.pantaleon@uam.es). Agradezco a los Profesores Enrique Peñaranda Ramos y Leopoldo Puente Rodríguez su atenta lectura del borrador de este trabajo, y sus interesantes sugerencias y aportaciones al respecto. Los errores restantes son solo míos.

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).

RESUMEN:

La reciente propuesta legislativa de incorporar las «razones de aporofobia o exclusión social» como uno más de los motivos discriminatorios a los que se refiere el art. 22.4.^a CP promete reabrir el debate sobre la compatibilidad con el principio del hecho de las circunstancias agravantes basadas en aspectos fuero interno del autor, concretamente, en la calidad de los motivos que lo llevan a delinquir. En el artículo, se defiende la conveniencia político-criminal de esta reforma, sobre la base de que la comisión del delito por motivos abyectos (en particular, de aporofobia) revela una mayor culpabilidad del autor por el hecho, impidiendo que este se interprete como algo distinto de una *negación frontal* por su parte del valor de los bienes que el Derecho penal considera dignos de protección.

ABSTRACT:

The recent legislative proposal to incorporate «aporophobia or social exclusion» to the discriminatory motives listed in art. 22.4.^a of the Spanish Penal Code promises to reopen the debate on whether aggravating circumstances based on the actor's internal sphere —more specifically, on the quality of the motives that led her to offend— are or not compatible with the harm principle. The article presents an argument in favour of such a reform, grounded on the contention that heinously motivated offences (and particularly, aporophobic ones) depict the actor's greater culpability for her deed, for this cannot be interpreted as anything but her frontal denial of the value of the interests that the criminal law deems worthy of protection.

PALABRAS CLAVE:

Aporofobia, motivos discriminatorios, principio del hecho, Derecho penal de autor, culpabilidad.

KEYWORDS:

Aporophobia, discriminatory motives, harm principle, criminal law of the actor, culpability.

Escribo el título de este pequeño artículo y una serpenteante línea rosa aparece bajo el término «apofobia». El diccionario de Microsoft Word parece ir, en este punto, un paso por detrás de la Real Academia Española —que lo admitió en el suyo en septiembre de 2017— y varios por detrás de la sociedad, que lo ha ido incorporando poco a poco a su léxico desde que en 1995 la filósofa Adela Cortina recurriera por primera vez a la unión de las palabras griegas *áporos* («pobre») y *fóbos* («miedo»), para referirse al rechazo hacia las personas económicamente desfavorecidas o en situación de exclusión social¹.

Acababa entonces de entrar en vigor el «Código Penal de la democracia», que incluía, en su art. 22.4.^a, una nueva agravante genérica de «motivación discriminatoria»², consistente en «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 u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca»; precepto que tiene su antecedente inmediato en la LO 4/1995, de 11 de mayo, por la que se introdujo en el art. 10 Código Penal entonces vigente un nuevo apartado 17, que contenía una agravante muy similar, aunque con un alcance más restringido. Desde entonces, el Código Penal de 1995 ha sido objeto de más de treinta reformas, dos de ellas con directa incidencia sobre el art. 22.4.^a CP: La LO 5/2010, de 22 de junio, introdujo la «identidad sexual» como posible motivo discriminatorio y sustituyó la expresión «la minusvalía que padezca» por «su discapacidad»; y la LO 1/2015, de 30 de marzo sumó a la lista las «razones de género». Sin embargo, la situación económica de la víctima como móvil discriminatorio sigue tan ausente de su articulado como del diccionario de Microsoft Word: como afirmó la Sala Segunda del Tribunal Supremo en su sentencia 1160/2006, de 9 de noviembre³, cualquier agravación de la pena con base en el art. 22.4.^a CP por haber actuado el autor del delito por razones de apofobia supondría una aplicación analógica del precepto en sentido desfavorable para el reo, prohibida por el principio de legalidad penal⁴. Y la misma llamativa ausencia se detecta en el catálogo de colectivos que pueden tener como objeto las diferentes modalidades del delito tipificado en el art. 510 CP.

Como han denunciado autores como Lorenzo Copello⁵, Hortal Ibarra⁶, Bustos Rubio⁷ o García Domínguez⁸ (2020, pp. 62-73, 97), la apofobia sigue siendo, hoy por hoy, en definitiva, una forma de discriminación penalmente invisible. Curiosamente, sin embargo, el Ministerio del Interior la incluye como una categoría autónoma en sus informes anuales sobre la evolución de los delitos de odio en España⁹. De acuerdo con los datos publicados, a ella pertenecieron 10 de los 1.272 incidentes regis-

¹ CORTINA, Adela, 2017. *Aporofobia, el rechazo al pobre*, Barcelona, Paidós, pp. 22-27.

² DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, 2004. «Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 57, p. 143.

³ LA LEY 150063/2006.

⁴ FD 32.º; en idéntico sentido, ABEL SOUTO, Miguel, 2010. «Política criminal de la diversidad cultural: la agravante de obrar por motivos discriminatorios», *Revista Penal*, núm. 2, p. 8; GARCÍA DOMÍNGUEZ, Isabel, 2020. *La apofobia en el sistema penal español: especial referencia al colectivo de personas sin hogar*, Salamanca, Ratio Legis, p. 64; BUSTOS RUBIO, Miguel, 2020b. *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22,4ª CP)*, Barcelona, Bosch, p. 146.

⁵ LAURENZO COPELLO, Patricia, 1996. «La discriminación en el Código Penal de 1995», *Estudios Penales y Criminológicos*, 19, p. 246.

⁶ HORTAL IBARRA, Juan Carlos, 2012. «La circunstancia agravante por motivos racistas o discriminatorios (art. 22.4ª CP): una propuesta restrictiva de interpretación», *Cuadernos de Política Criminal*, 108-3, pp. 64-66.

⁷ BUSTOS RUBIO, Miguel, 2020a. *Informe sobre la necesidad de incorporación de los motivos aporofobos como forma de odio discriminatorio en la circunstancia agravante del art. 22,4ª del Código Penal*, Universidad de Salamanca, pp. 2-5. Recuperado de: <<http://crimen.fundacionusal.es/bustos-m-informe-sobre-la-necesidad-de-incorporacion-de-los-motivos-aporofobos-como-forma-de-odio-discriminatorio-en-la-circunstancia-agravante-del-art-22-4-del-cp-2020/>> (última consulta: 1 de marzo de 2020); BUSTOS RUBIO, Miguel, 2020b. *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22,4ª CP)*, Op. Cit., *passim*, esp. pp. 241-246.

⁸ GARCÍA DOMÍNGUEZ, Isabel, 2020. *La apofobia en el sistema penal español: especial referencia al colectivo de personas sin hogar*, Op. Cit.

⁹ Disponibles en <<http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/delitos-de-odio/estadisticas>> (última consulta: 1 de marzo de 2020). Téngase en cuenta, sin embargo, que, como advierte el propio Ministerio en su *Plan de acción*

trados en 2016, 11 de los 1.419 registrados en 2017, y 14 de los 1.598 registrados en 2018; lo que — tras un notable descenso entre 2015 y 2016¹⁰— revela una tendencia constantemente creciente que, en el último año sobre el que hay información disponible, supera incluso la media del conjunto de episodios registrados. Un completo estudio estadístico de esta tipología criminal puede encontrarse en García Domínguez¹¹ y Bustos Rubio¹² cuyos análisis permiten, por lo demás, apreciar la existencia de una importante cifra negra en esta clase de delitos, como consecuencia de su infradenuncia.

Con estos datos en mente y calificando con razón este fenómeno como uno «tan extendido en la sociedad como invisibilizado», el Grupo Parlamentario Unidos Podemos (hoy, *Unidas Podemos*) en el Senado presentó el pasado 11 de julio de 2018 una Proposición de Ley para introducir las «razones de aporofobia o exclusión social» como uno más de los motivos discriminatorios a los que se refiere la agravante del art. 22.4.^a CP¹³; aunque, sorprendentemente, sin proponer una reforma paralela del art. 510 CP que extendiera la protección de este precepto al colectivo de personas económicamente desfavorecidas. Pese a que la toma en consideración de la Proposición fue aprobada con un solo voto en contra por el Pleno de la Cámara el 24 de octubre de 2018¹⁴, su tramitación parlamentaria continúa siendo, hasta donde alcanzo, una de las tareas pendientes de las Cortes Generales para la nueva legislatura.

Cabe esperar, sin embargo, que la reforma propuesta haya de hacer frente —si no en las Cortes, al menos en su valoración por parte de la doctrina— a las dudas de legitimidad que desde siempre han planteado las pretensiones de considerar en sede de determinación de la pena las *motivaciones* que llevan al autor a cometer el delito; ello al menos si, como es aquí el caso, se tienen en cuenta en sentido *desfavorable* para el reo. Creo que asiste toda la razón a autores como Alonso Álamo¹⁵, Díaz López¹⁶, García Domínguez¹⁷ o Bustos Rubio¹⁸ cuando afirman que esta es la interpretación más acorde con el tenor literal del art. 22.4.^a CP; un postulado que también asumen, aunque en sentido crítico, Laurenzo Copello¹⁹, Abel Souto²⁰, u Hortal Ibarra²¹. Y es que, como señala Díaz López²², siguiendo la clasificac-

de lucha contra los delitos de odio, «el marco de los “delitos de odio” no corresponde propiamente a unas categorías jurídicas concretas en nuestra legislación penal, sino que se refiere —bajo un elemento denominador, el odio, que, a su vez, provoca la discriminación y la aversión— a un conjunto de conductas que, en ocasiones, apuntan a un conjunto de acciones típicas nuevas, y en otras determinan la cualificación de conductas ya tipificadas en el Código Penal o en normas administrativas» (p. 4).

¹⁰ En 2015, de los 1.328 incidentes registrados, 17 fueron de aporofobia.

¹¹ GARCÍA DOMÍNGUEZ, Isabel, 2020. *La aporofobia en el sistema penal español: especial referencia al colectivo de personas sin hogar*, Op. Cit., pp. 49-56

¹² BUSTOS RUBIO, Miguel, 2020b. *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22,4^a CP)*, Op. Cit., pp. 67-113.

¹³ Proposición de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 2 de noviembre, del Código Penal (622/000025): BOCG, Senado, XII legislatura, núm. 270, 11 de septiembre de 2018, pp. 18-20.

¹⁴ Diario de Sesiones del Senado, XII legislatura, núm. 86, 24 de octubre de 2018, pp. 119-128.

¹⁵ ALONSO ÁLAMO, Mercedes, 2002. «La circunstancia agravante de discriminación», en Díez Ripollés, José Luis. (coord.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 538-539.

¹⁶ DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto, 2013. *El odio discriminatorio como agravante penal: sentido y alcance del artículo 22.4^a CP*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 131-133, 143-144, 208-219, 356-373.

¹⁷ GARCÍA DOMÍNGUEZ, Isabel, 2020. *La aporofobia en el sistema penal español: especial referencia al colectivo de personas sin hogar*, Op. Cit., pp. 66, 72.

¹⁸ BUSTOS RUBIO, Miguel, 2020b. *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22,4^a CP)*, Op. Cit., pp. 187-188, 193-199.

¹⁹ LAURENZO COPELLO, Patricia, 1996. «La discriminación en el Código Penal de 1995», Op. Cit., p. 274.

²⁰ ABEL SOUTO, Miguel, 2010. «Política criminal de la diversidad cultural: la agravante de obrar por motivos discriminatorios», Op. Cit., p. 6.

²¹ HORTAL IBARRA, Juan Carlos, 2012. «La circunstancia agravante por motivos racistas o discriminatorios (art. 22.4^a CP): una propuesta restrictiva de interpretación», Op. Cit., pp. 43-44.

²² DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto, 2013. *El odio discriminatorio como agravante penal: sentido y alcance del artículo 22.4^a CP*, Op. Cit., pp. 115-116.

ción de modelos legislativos de Lawrence²³, el legislador español parece haber optado claramente, en la configuración del art. 22.4.^a CP, por el «modelo de la animosidad» —*animus model* o, en la terminología de Fuentes Osorio²⁴ (*hostility model*—, centrado en la *motivación* del autor al cometer el hecho, en detrimento del «modelo de la selección discriminatoria», que pone el foco en los *efectos* que el delito dirigido contra un miembro de un colectivo discriminado tiene para la propia víctima o el colectivo en su conjunto.

Con ello no se pretende afirmar que el primero de los modelos legislativos sea *preferible* al segundo desde el punto de vista político-criminal, ni siquiera que el legislador español lo haya preferido *en todo caso*. Lo ha advertido con acierto Díaz López, destacando que «no parece ... necesario que toda nuestra normativa penal antidiscriminatoria revista idéntico fundamento»²⁵; vid., en sentido similar, García Domínguez²⁶. De hecho, creo que puede afirmarse, siguiendo al primero de estos autores, que el delito del art. 510 CP responde más bien al modelo de la selección discriminatoria²⁷. Y lo mismo cabe predicar, a mi juicio, en la línea apuntada por Bustos Rubio²⁸, de los delitos de violencia de género introducidos por la LO 1/2004, de 28 de diciembre (arts. 153.1, 171.4, 172.2 y 173.2 CP), sobre todo si se tiene en cuenta la interpretación de los segundos defendida por la Sala Segunda del Tribunal Supremo a partir de su sentencia 677/2018, de 20 de diciembre²⁹.

No terciaré aquí en el apasionante debate sobre la legitimidad de los preceptos citados. Mi único (y más modesto) objetivo es señalar es que esta no es, a mi juicio, la interpretación que ha de darse al art. 22.4.^a CP y a la reforma del precepto propuesta: lo que aquí se pretende tener en cuenta como circunstancia agravante es cometer el delito «*por razones* de aporofobia o exclusión social». Desde esta perspectiva, resulta irrelevante que el hecho se dirija efectivamente o no contra una persona económicamente desfavorecida, atentando especialmente contra su honor o su dignidad³⁰ y/o contribuyendo a consolidar la discriminación histórica del colectivo al que pertenece³¹.

Sentado, pues, que el art. 22.4.^a CP se centra en la *motivación* del autor al cometer el hecho, los intentos doctrinales de legitimación de una agravante de estas características han consistido, básicamente, en considerar el motivo discriminatorio del delito un elemento constitutivo o indicativo, bien de una mayor *ilicitud* del hecho, o bien de una mayor *culpabilidad* de su autor; siendo esta última, quizás, la

²³ LAWRENCE, Frederick M., 1999. *Punishing Hate: Bias Crimes under American Law*. Cambridge, (Massachusetts), Harvard University Press.

²⁴ FUENTES OSORIO, Juan Luis, 2017. «El odio como delito», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Op. Cit., p. 3.

²⁵ DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto, 2013. *El odio discriminatorio como agravante penal: sentido y alcance del artículo 22.4.^a CP*, Op. Cit., p. 370.

²⁶ GARCÍA DOMÍNGUEZ, Isabel, 2020. *La aporofobia en el sistema penal español: especial referencia al colectivo de personas sin hogar*, Op. Cit., pp. 66, 72.

²⁷ DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto, 2013. *El odio discriminatorio como agravante penal: sentido y alcance del artículo 22.4.^a CP*, Op. Cit., pp. 370-372. Cfr., no obstante, FUENTES OSORIO, Juan Luis, 2017. «El odio como delito», Op. Cit., p. 38.

²⁸ BUSTOS RUBIO, Miguel, 2020b. *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22.4.^a CP)*, Op. Cit., p. 173.

²⁹ LA LEY 182053/2018; FD 2.^o

³⁰ LAURENZO COPELLO, Patricia, 1996. «La discriminación en el Código Penal de 1995», Op. Cit., pp. 281-285; MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, 2001. *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Barcelona, J.M. Bosch, 2001, pp. 739-740; HORTAL IBARRA, Juan Carlos, 2012. «La circunstancia agravante por motivos racistas o discriminatorios (art. 22.4.^a CP): una propuesta restrictiva de interpretación», Op. Cit., p. 46.

³¹ LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena, 2001. *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal (A la vez una propuesta interpretativa de la «normativa antidiscriminatoria» del CP 1995 y un análisis crítico de la incipiente jurisprudencia*, Granada, Comares, pp. 188-194, 259-262; ALONSO ÁLAMO, Mercedes, 2002. «La circunstancia agravante de discriminación», Op. Cit.; DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, 2004. «Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena», Op. Cit., pp. 163-173; HORTAL IBARRA, Juan Carlos, 2012. «La circunstancia agravante por motivos racistas o discriminatorios (art. 22.4.^a CP): una propuesta restrictiva de interpretación», Op. Cit., pp. 46-48.

opción mayoritaria en la doctrina³². Ambas alternativas de fundamentación se enfrentan a una dificultad común: la de conciliar una agravación centrada en el examen del *fuero interno* de quien comete el delito, tan aparentemente característica del llamado «Derecho penal de autor», con el *principio del hecho* llamado limitar del *ius puniendi* en un Estado de Derecho mínimamente liberal. Pues bien, a mi juicio —por paradójico que pueda parecer—, solo una fundamentación de la agravante basada en la mayor *culpabilidad* del autor puede superar esta dificultad.

Si he calificado esta última afirmación como «paradójica» es porque la objeción a la que acabo de referirme se dirige con especial frecuencia precisamente contra quienes sostienen que una motivación reprobable denota una mayor culpabilidad del autor por el hecho. Se aduce, en este sentido, que, en un Derecho penal del hecho, la culpabilidad únicamente puede operar como un «filtro» de imputación personal que permite atribuir al autor en mayor o menor medida el hecho típicamente antijurídico como propio; premisa de la que se infiere la ilegitimidad de cualquier circunstancia agravante basada en una mayor culpabilidad del autor³³. Dopico Gómez-Aller lo ha expresado con particular brillantez:

Si se entiende que la *categoría dogmática* de la culpabilidad opera como un *filtro* que permite separar los supuestos en los que el hecho es subjetivamente imputable a su autor de aquéllos en los que no lo es, e independientemente de los criterios con los que se integre dicho filtro, nunca puede predicarse del agresor racista una *culpabilidad mayor, por el mismo hecho*, que la de un autor plenamente imputable que careciese de móviles racistas: ¿cómo se puede *filtrar* algo y obtenerlo incrementado?³⁴.

Desde este punto de vista, se ha llegado a considerar una circunstancia agravante así configurada como «una inconstitucional y paradójica resurrección del rechazable Derecho penal de autor nacionalsocialista»³⁵.

Como ha puesto de manifiesto Peñaranda Ramos³⁶, quizás lo más curioso de esta objeción sea que algunos de sus más eminentes partidarios la tengan por superada simplemente con «desplazar» la motivación al tipo (subjetivo) y fundamentar la agravación en una supuesta mayor ilicitud del hecho, dada la «negación» —en el plano comunicativo-simbólico— del principio constitucional de igualdad que dicha motivación supone³⁷. Si lo que preocupa a estos autores es el peligro de criminalización de la actitud interna, considerar esta última parte del *objeto* de la imputación personal debería, según creo, resultarles más problemático que tenerla en cuenta como *criterio* de imputación, ¡nunca menos! Y es que, cuando se afirma que la motivación reprochable es un elemento del injusto se está haciendo algo *mucho más parecido* a «prohibir pensamientos» que cuando se sostiene que un hecho típicamente

³² Así, por ejemplo, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, 2011. «La agravante por discriminación», en Díaz Maroto y Villarejo, Julio (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, Madrid, Civitas, p. 138.

³³ DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, 2004. «Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena», Op. Cit., pp. 149-154; PERALTA, José Milton, 2012. *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2012, pp. 193-195; DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto, 2013. *El odio discriminatorio como agravante penal: sentido y alcance del artículo 22.4ª CP*, Op. Cit., pp. 348-350; MIR PUIG, Santiago, 2016. *Derecho penal. Parte general*, 10.ª ed., Barcelona, Reppertor, pp. 648-649; FUENTES OSORIO, Juan Luis, 2017. «El odio como delito», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Op. Cit., p. 9; BUSTOS RUBIO, Miguel, 2020b. *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22,4ª CP)*, Op. Cit., pp. 225-227).

³⁴ DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, 2004. «Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena», Op. Cit., p. 153, énfasis en el original).

³⁵ ABEL SOUTO, Miguel, 2010. «Política criminal de la diversidad cultural: la agravante de obrar por motivos discriminatorios», Op. Cit., p. 9.

³⁶ PEÑARANDA RAMOS, Enrique, 2013. «Prólogo», en Díaz López, Juan Alberto, *El odio discriminatorio como agravante penal: sentido y alcance del artículo 22.4ª CP*, Cizur Menor, Aranzadi, p. 22; PEÑARANDA RAMOS, Enrique, 2014. *Estudios sobre el delito de asesinato*, Montevideo/ Buenos Aires, BdeF, pp. 273-274.

³⁷ MIR PUIG, Santiago, 2016. *Derecho penal. Parte general*, Op. Cit., pp. 649, 654-657. En sentido similar PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, 2020. «Prólogo», en Bustos Rubio, Miguel, *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22,4ª CP)*, Barcelona, Bosch, p. 17.

antijurídico *con independencia* del fuero interno de su autor (un homicidio, unas lesiones, etc.) le es *más atribuible* a este en virtud de los motivos que lo han llevado a cometerlo: solo en el primer caso la actitud interna forma parte del objeto de la prohibición³⁸. Esta vía de legitimación del art. 22.4.^a CP conduce, en definitiva, a un Derecho penal que, en abierta contradicción con el aforismo «*cogitationis poenam nemo patitur*», tan pronto dice «prohibido matar» como «prohibido *motivarse* por razones racistas, sexistas, de aporofobia, etc.».

Esta objeción no puede extenderse, sin embargo, al original planteamiento de Peralta³⁹, al que sigue Bustos Rubio⁴⁰ y, aunque sin decantarse definitivamente entre su postura y la que aquí se defenderá, Díaz López⁴¹. Para Peralta, los motivos reprochables no son, en sí mismos, constitutivos de una mayor ilicitud del hecho, sino que funcionan como heurístico —como «*proxy*», si se quiere— de la existencia de un contexto en el que aquel *no se encuentra justificado en absoluto*; en el que el injusto (objetivo) se da en su grado máximo. Los motivos operan, en otras palabras, como «causas de justificación a la inversa»⁴². Aunque se trata de una fundamentación mucho más convincente que la que acaba de criticarse, y en cuya valoración no puedo profundizar aquí, el autor no termina de explicar, a mi juicio, por qué el legislador recurre a esta extraña técnica para anudar consecuencias jurídicas a la existencia (*objetiva*) de un contexto de no-justificación: ¿por qué remitir para ello a un epifenómeno *subjetivo* y, en esta medida, más difícil de constatar?

Sea como fuere, lo cierto es que, frente a la alegación de la doctrina mayoritaria de que una fundamentación de la agravante basada en la culpabilidad es incompatible con el principio del hecho, no basta, evidentemente, con responder que la basada en el injusto lo es *todavía más*. Para responder a esta objeción es necesario, a mi juicio, reparar en que el razonamiento de estos autores se basa en un *doble malentendido*. Y es que, contra lo que pudiera parecer, (i) ni el principio del hecho prohíbe tener en cuenta el fuero interno para el castigo, (ii) ni una culpabilidad entendida como «filtro del injusto» se opone a la existencia de circunstancias agravantes basadas en la mayor imputación personal del hecho a su autor.

Comenzando por lo primero, suele atribuirse a Jakobs, en su famoso trabajo de 1987, «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico»⁴³, la defensa más cerrada de la tesis de que un Derecho penal del hecho es incompatible con la consideración *contra reo* del fuero interno⁴⁴. Esto, sin embargo, no es demasiado exacto: para Jakobs, el principio del hecho no prohíbe *cualquier* indagación en el fuero interno, sino solo la *no justificada* con base en el carácter *objetivamente perturbador* del comportamiento del autor⁴⁵. Una vez constatada la existencia de una conducta perturbadora, no hay problema en que su *imputación* al autor tome como *critérios* factores atinentes a su esfera privada, como es evidente que ocurre en relación con el dolo —al menos, en las configuraciones más usuales de este elemento— o con la capacidad personal de comportamiento conforme a la norma⁴⁶. En el ar-

³⁸ En sentido similar, ALONSO ÁLAMO, Mercedes, 2002. «La circunstancia agravante de discriminación», Op. Cit., p. 536; DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto, 2013. *El odio discriminatorio como agravante penal: sentido y alcance del artículo 22.4.^a CP*, Op. Cit., p. 355.

³⁹ PERALTA, José Milton, 2012. *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Op. Cit.

⁴⁰ BUSTOS RUBIO, Miguel, 2020b. *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22.4.^a CP)*, Op. Cit., pp. 235-239.

⁴¹ DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto, 2013. *El odio discriminatorio como agravante penal: sentido y alcance del artículo 22.4.^a CP*, Op. Cit., pp. 380-385.

⁴² PERALTA, José Milton, 2012. *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Op. Cit., pp. 199-212, 261-282, 311-312.

⁴³ JAKOBS, Günther, 1997. «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», Peñaranda Ramos, E. (trad.), en Jakobs, Günther, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, UAM Ediciones/Civitas, pp. 37-47.

⁴⁴ Así, por ejemplo, DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, 2004. «Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena», Op. Cit., p. 40.

⁴⁵ JAKOBS, Günther, 1997. «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», Op. Cit., pp. 199-302; 2017, pp. 37-41, 44-45, 47.

⁴⁶ DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto, 2013. *El odio discriminatorio como agravante penal: sentido y alcance del artículo 22.4.^a*

título citado, el propio Jakobs califica, en fin, como «de una corrección evidente» la afirmación de que un Derecho penal de la culpabilidad ni prescinde de hecho, ni puede prescindir, del examen del fuero interno⁴⁷; por mucho que, de acuerdo con el autor, no puedan extraerse de tal afirmación las críticas que normalmente se aducen contra planteamientos objetivistas como el suyo⁴⁸.

Respecto del segundo de los aspectos, la doctrina mayoritaria incurre aquí, a mi juicio, en un claro *non sequitur*. Es cierto que, en un Derecho penal liberal, la culpabilidad no puede pasar de ser un juicio de *imputación personal* al autor, en mayor o menor grado, de un hecho considerado materialmente antijurídico con base en su *objetiva lesividad* para los bienes jurídicos: un filtro que deja pasar más o menos contenido de injusto a la esfera del autor. Pero de ello no se deduce en absoluto que los factores que son relevantes en sede de culpabilidad —entre los que, como acaba de defenderse, pueden encontrarse elementos atinentes al fuero interno del autor— solo puedan tener efectos atenuantes sobre la pena. Los defensores del mantra de que sería ilegítima cualquier circunstancia agravante basada exclusivamente en una mayor culpabilidad del autor incurren aquí, según creo, en lo que podríamos denominar un «sesgo legalista», derivado de conceder demasiado peso a la decisión, *de pura técnica legislativa*, sobre si una circunstancia, *formalmente*, atenúa o agrava. Lo cierto es que, desde el punto de vista penológico, resulta completamente indiferente, *ceteris paribus*, ordenar que se imponga una pena *mayor* en caso de motivación discriminatoria que ordenar que se imponga una pena *menor* en caso de que dicha motivación no concurra. Con la configuración actual de la agravante, la *existencia* del móvil en cuestión conduce a la imposición de la pena en su mitad superior (art. 66.1.3.^a CP), algo que cualquier juez mínimamente atento a exigencias de proporcionalidad con el hecho en la determinación de la pena haría en cualquier caso, si se encontrara ante el mismo supuesto de hecho, pero la *inexistencia* de motivación discriminatoria se configurara como atenuante genérica, obligándolo a imponer la pena en su mitad inferior (art. 66.1.1.^a CP). Si el legislador ha optado por la primera de las técnicas, en lugar de por la segunda, ello se debe seguramente a la razonable pretensión de construir las llamadas «circunstancias modificativas» de la responsabilidad penal sobre la base de la excepción (el móvil discriminatorio) y no sobre la de la regla (su ausencia); pero debería parecer evidente que de ello no puede extraerse consecuencia *sustantiva* alguna en relación con el fundamento o la naturaleza jurídica del art. 22.4.^a CP⁴⁹.

Si se superan estos sesgos, la fundamentación de la agravante que se revela, a mi juicio, más convincente puede extraerse con claridad de los trabajos de Peñaranda Ramos sobre el delito de asesinato⁵⁰ y entronca, según creo, con las reflexiones en torno a la exculpación desarrolladas por autores como Dan-Cohen⁵¹ y el propio Jakobs⁵². Este planteamiento permite insertar sin fricción alguna la agravante de motivación discriminatoria en una *teoría general de la culpabilidad* como un juicio que permite situar el hecho típicamente antijurídico en algún punto del espectro entre aquello que se considera totalmente *ajeno* al autor —y, por tanto, no le es atribuible en absoluto (inimputabilidad, error invencible, miedo insuperable, etc.)— y aquello que, dada la imposibilidad de este último de *distanciarse* de su hecho⁵³, solo puede interpretarse como una *negación frontal* por su parte del carácter vinculante del Derecho penal y del valor de los bienes que este considera dignos de protección. Esto último es pre-

CP, Op. Cit., pp. 172-173.

⁴⁷ JAKOBS, Günther, 1997. «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», Op. Cit., pp. 299-300.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Al igual que, por ejemplo, sería incorrecto extraer consecuencias en relación con el fundamento de las circunstancias que convierten el homicidio en asesinato del hecho de que, en España —al contrario de lo que ocurre, por ejemplo, en los ordenamientos anglosajones— el segundo se configure como un tipo agravado del segundo (y no al revés); poco atinados, en este sentido, Pantaleón Díaz y Sobejano Nieto (2014, pp. 224, 226, 232).

⁵⁰ Vid., por todos, PEÑARANDA RAMOS, Enrique, 2014. *Estudios sobre el delito de asesinato*, Op. Cit., pp. 291-293.

⁵¹ DAN-COHEN, Meir, 1992. «Responsibility and the Boundaries of the Self», *Harvard Law Review*, 105-5, pp. 900.

⁵² JAKOBS, Günther, 1991. *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.^a ed., Berlín, Walter de Gruyter, pp. 497-499, 509-512.

⁵³ DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto, 2013. *El odio discriminatorio como agravante penal: sentido y alcance del artículo 22.4.^a CP*, Op. Cit., p. 380.

cisamente lo que, de acuerdo con Peñaranda Ramos, caracteriza a los hechos cometidos por motivos discriminatorios: cuando la única explicación que el autor de un delito puede ofrecer de su comportamiento es que lo cometió movido por el *desprecio* que le generaba la víctima *por su condición de* negra, mujer, homosexual, etc., el hecho típicamente antijurídico aparece como algo de lo que el autor *no puede distanciarse en absoluto*. Y de ahí que, en estos casos, esté justificada, *ceteris paribus*, la imposición de la pena en su mitad superior (art. 66.3.^a CP), al contrario de lo que ocurriría si tales motivos faltasen, al menos en supuestos de unidad delictiva⁵⁴. Aquí, el filtro de la culpabilidad deja pasar a la esfera del autor todo (o casi todo) el contenido de injusto del hecho⁵⁵.

Desde este punto de vista, no hay razón alguna para distinguir los motivos de aporofobia del resto de móviles discriminatorios enumerados en el art. 22.4.^a CP. Es cierto que, como señala Díaz López⁵⁶, existe una diferencia entre la aporofobia y los motivos discriminatorios actualmente contemplados en el art. 22.4.^a CP: la situación económica es una característica en mayor o menor medida coyuntural, frente a la vocación de permanencia de rasgos como la raza o el sexo. Sin embargo, incluso dando por buena la (dudosa) premisa de que esta nota de permanencia puede predicarse de todos factores enumerados en el precepto —¿la tienen, en una medida mayor que la pobreza, la ideología o las simples creencias, por ejemplo?⁵⁷—, no alcanzo a ver por qué el carácter más o menos duradero de las circunstancias en que se basan los motivos discriminatorios contemplados en el art. 22.4.^a habría de tener relevancia a para afirmar en relación con estos, y negar en relación con la aporofobia, la concurrencia del fundamento de la agravante: ni esta ni aquellos permiten al autor presentar su hecho como algo distinto de una directa oposición por su parte a todo lo que el Derecho valora y protege. Solo el principio de legalidad impide hoy, en definitiva, dar un tratamiento penológico igual a lo que sustantivamente lo es. Y solo en manos del legislador —pero por fin en manos del legislador— está acabar de una vez para siempre con esta injusticia, haciendo que el art. 22.4.^a CP deje de ser, en palabras de Bustos Rubio, «una manifestación más de aporofobia institucionalizada»⁵⁸.

⁵⁴ BASSO, Gonzalo J., 2019. *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, Madrid/ Barcelona, Marcial Pons, pp. 369-373.

⁵⁵ DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto, 2013. *El odio discriminatorio como agravante penal: sentido y alcance del artículo 22.4.^a CP*, Op. Cit., pp. 387-388; PEÑARANDA RAMOS, Enrique, 2014. *Estudios sobre el delito de asesinato*, Op. Cit., p. 292).

⁵⁶ DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto, 2013. *El odio discriminatorio como agravante penal: sentido y alcance del artículo 22.4.^a CP*, Op. Cit., pp. 223-227, 237-239.

⁵⁷ BUSTOS RUBIO, Miguel, 2020b. *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22,4.^a CP)*, Op. Cit., pp. 206-207.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 241.

BIBLIOGRAFÍA CITADA:

- ABEL SOUTO, Miguel, 2010. «Política criminal de la diversidad cultural: la agravante de obrar por motivos discriminatorios», *Revista Penal*, núm. 25, pp. 3-11.
- ALONSO ÁLAMO, Mercedes, 2002. «La circunstancia agravante de discriminación», en Díez Ripollés, José Luis. (coord.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 533-549.
- BASSO, Gonzalo J., 2019. *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, Madrid/ Barcelona, Marcial Pons (ISBN-13: □9788491236146).
- BUSTOS RUBIO, Miguel, 2020a. *Informe sobre la necesidad de incorporación de los motivos aporófobos como forma de odio discriminatorio en la circunstancia agravante del art. 22,4ª del Código Penal*, Universidad de Salamanca. Recuperado de: <<http://crimen.fundacionusal.es/bustos-m-informe-sobre-la-necesidad-de-incorporacion-de-los-motivos-aporofobos-como-forma-de-odio-discriminatorio-en-la-circunstancia-agravante-del-art-22-4-del-cp-2020/>> (última consulta: 1 de marzo de 2020).
- BUSTOS RUBIO, Miguel, 2020b. *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22,4ª CP)*, Barcelona, Bosch (ISBN-13: □9788412175158).
- CORTINA, Adela, 2017. *Aporofobia, el rechazo al pobre*, Barcelona, Paidós (ISBN-13: 9788449333385).
- DAN-COHEN, Meir, 1992. «Responsibility and the Boundaries of the Self», *Harvard Law Review*, 105-5, pp. 959-1003.
- DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto, 2013. *El odio discriminatorio como agravante penal: sentido y alcance del artículo 22.4ª CP*, Cizur Menor, Aranzadi (ISBN-13: 9788447043040).
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, 2011. «La agravante por discriminación», en Díaz Maroto y Villarejo, Julio (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, Madrid, Civitas, pp. 51-64.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, 2004. «Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 57, pp. 144-176.
- FUENTES OSORIO, JUAN LUIS, 2017. «El odio como delito», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-27.
- GARCÍA DOMÍNGUEZ, Isabel, 2020. *La aporofobia en el sistema penal español: especial referencia al colectivo de personas sin hogar*, Salamanca, Ratio Legis (ISBN-13: 9788417836115).
- HORTAL IBARRA, Juan Carlos, 2012. «La circunstancia agravante por motivos racistas o discriminatorios (art. 22.4ª CP): una propuesta restrictiva de interpretación», *Cuadernos de Política Criminal*, 108-3, pp. 31-66.
- JAKOBS, Günther, 1991. *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed., Berlín, Walter de Gruyter (ISBN 13: 9783110112146).
- JAKOBS, Günther, 1997. «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», Peñaranda Ramos, E. (trad.), en Jakobs, Günther, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, UAM Ediciones/Civitas, pp. 293-324.
- JAKOBS, Günther, 2017. «Der “Versuch” des Versuchs», en Safferling, Cristoph *et al.* (eds.), *Festschrift für Franz Streng zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, C.F. Müller, pp. 37-47.
- LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena, 2001. *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal (A la vez una propuesta interpretativa de la «normativa antidiscriminatoria» del CP 1995 y un análisis crítico de la incipiente jurisprudencia*, Granada, Comares (ISBN 13: 9788484442950).
- LAURENZO COPELLO, Patricia, 1996. «La discriminación en el Código Penal de 1995», *Estudios Penales y Criminológicos*, 19, pp. 219-288.
- LAWRENCE, Frederick M., 1999. *Punishing Hate: Bias Crimes under American Law*. Cambridge, (Massachusetts), Harvard University Press (ISBN-13: 9780674009721).
- MIR PUIG, Santiago, 2016. *Derecho penal. Parte general*, 10.ª ed., Barcelona, Reppertor (ISBN-13: 9788460815822).

- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, 2001. *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Barcelona, J.M. Bosch (ISBN-13: □9788476986114).
- PANTALEÓN DÍAZ, Marta/ SOBEJANO NIETO, Diego, 2014. «El asesinato para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra: la propuesta de dos nuevas modalidades de asesinato en el Código Penal español», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 29-1, pp. 213-237.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique, 2013. «Prólogo», en Díaz López, Juan Alberto, *El odio discriminatorio como agravante penal: sentido y alcance del artículo 22.4ª CP*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 15-24.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique, 2014. *Estudios sobre el delito de asesinato*, Montevideo/ Buenos Aires, BdeF (ISBN-13: □9789974708303).
- PERALTA, José Milton, 2012. *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Madrid/ Barcelona, Marcial Pons (ISBN-13: 9788497689366).
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, 2020. «Prólogo», en Bustos Rubio, Miguel, *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22,4ª CP)*, Barcelona, Bosch, pp. 17-19.

Revista
SISTEMA PENAL CRÍTICO

**INMIGRACIÓN Y DELINCUENCIA:
MEDIAS MENTIRAS FRENTE A MEDIAS VERDADES**

**IMMIGRATION AND DELINQUENCY:
HALF-LIES VERSUS HALF-TRUTHS**

Leopoldo Puente Rodríguez*

Profesor Ayudante (Universidad Autónoma de Madrid)

* Profesor Ayudante de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Madrid. Dirección de contacto: Leopoldo.puente@uam.es.

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).

RESUMEN:

Este trabajo tiene como objetivo principal defender que no es posible mantener que el “colectivo migrante” no delinque (porcentualmente) en mayor medida que el “colectivo nacional” y, de manera simultánea, otras tres premisas básicas y tradicionales de la política criminal progresista: que los seres humanos somos, en esencia, muy parecidos, que la exclusión social favorece enormemente el delito y que el “colectivo migrante” se halla especialmente excluido. En este contexto, no todo puede ser cierto a la vez. Además, defender la primera afirmación (que el migrante no delinque más; la empíricamente más débil) puede contribuir, de modo paradójico, a restar fuerza a algunos de los mensajes más importantes de la política criminal progresista actual. Por otra parte, tampoco puede extrañar que el “colectivo migrante” delinca más y de ese “dato bruto” (sin contexto ni interpretación) no se debe extraer consecuencia alguna.

ABSTRACT:

It is the main aim of this paper to argue that it is not possible to defend simultaneously that the migrant population does not commit more crimes than the domestic one and other three basic and traditional tenets of a progressive criminal policy: human beings are, in essence, very similar, social exclusion promotes crime, and migrants are especially excluded. In this context, not all these assertions can be true at the same time. Moreover, to defend the first statement (that migrants do not commit more crimes; the empirically weakest one) may paradoxically contribute to undermine some of the most important messages that a progressive criminal policy currently intends to put through. On the other hand, it cannot be surprising that migrants commit more crimes and no consequences should be drawn from this “raw datum” (without context or interpretation).

PALABRAS CLAVE:

inmigración, migración, delincuencia, exclusión social, pobreza.

KEYWORDS:

immigration, migration, delinquency, social exclusion, poverty.

SUMARIO:

1. Introducción; 2. Planteamiento; 3. Nudo; 4. Desenlace; 5. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

En este trabajo se pretende abordar un tema complejo: la criminalidad del colectivo inmigrante en España. Este objeto de estudio presenta infinidad de aristas y no es posible abordarlo sin dejar flancos abiertos. Tampoco es esa mi pretensión. Uno de los aspectos más difíciles de toda esta temática es el del tratamiento estadístico de datos de complicada recolección e interpretación. Quien esto escribe está lejos de ser un especialista en el manejo de metodologías cuantitativas. Por ello, estas breves páginas se dedicarán, tan solo, a algo más sencillo, pero que, con carácter general, es llamativamente obviado: la comprobación de la *consistencia racional* del discurso. Así, se someterá a crítica una afirmación muy extendida en determinados sectores según la cual no es cierto que los inmigrantes cometan (se entiende, porcentualmente) más delitos que los nacionales de un país.

Por ello, los datos que serán manejados a continuación serán empleados con cautela y desempeñarán solo un papel auxiliar. Lo verdaderamente importante para el planteamiento de este trabajo no será, entonces, la cuestión empírica, sino la argumentativa. Anticipando lo que se verá de inmediato, se puede dudar acerca de cuál es la “verdad” y debatir sobre ella, pero lo que no admite discusión es que dos afirmaciones no pueden ser contradictorias entre sí y ser ambas ciertas. El núcleo de este trabajo se dirige precisamente a confrontar dos pretendidas verdades que no son reconciliables entre sí: la exclusión social empuja al delito y los inmigrantes (excluidos en mayor medida que los “nativos”) delinquen menos que los nacionales.

2. PLANTEAMIENTO

Decir que los extranjeros delinquen más no es ninguna mentira. De hecho, es una verdad clamorosa¹. Lo que hace que sea una media mentira es, sin embargo, presentar ese dato de forma aislada (desconectado del contexto en el que se enmarca) para sugerir que el factor de la extranjería es suficiente por sí solo para explicar el dato de la delincuencia. Es una vía errada, entonces, aquella que se ha emprendido en el debate público por parte de quienes han querido hacer frente a esa media mentira negando la realidad que ese dato representa. Así, simplemente se rechaza lo único que tiene de cierto el mensaje de que los extranjeros delinquen más (que es que *efectivamente*, aunque no por el hecho de ser extranjeros, lo hacen). De tal forma, en lugar de objetar que correlación no es causalidad, se niega la estrecha relación entre ambos factores que de manera efectiva se manifiesta en nuestra sociedad.

¹ Los datos resultan claros empleando, incluso, la fuente de datos más favorable para la hipótesis contraria (aquella que sostendría que no es cierto que los extranjeros muestren una mayor propensión al delito): la población reclusa en nuestro país. Así, con datos de 2018 podemos aseverar que, de una población reclusa en España de 58.883 presos, 16.536 son extranjeros, esto es: un 28,1 %. Si tenemos en cuenta que en ese año la población extranjera suponía un 9,9% del total (4.663.726 de 46.733.038), la conclusión es que un 9,9% de la población es responsable del 28% de los delitos castigados con pena de prisión efectiva. Los datos de la población reclusa han sido extraídos del Anuario del Ministerio de Interior de 2018 y los relativos a la población inmigrante de la nota de prensa del Instituto Nacional de Estadística de fecha 13 de diciembre de 2018 (disponible en: https://www.ine.es/prensa/cp_j2018_p.pdf [acceso: 28 de septiembre de 2020]). Digo que es esta la fuente de información más favorable a la hipótesis contraria porque los posibles sesgos racistas de la intervención policial se verían paliados por la actividad judicial y porque no computaríamos “delitos posibles”, sino “delitos probados más allá de toda duda razonable”, descontando, además, aquellos casos en los que se hubiera procedido a la sustitución de la pena por la expulsión del territorio conforme al art. 89 CP (lo que, en cierto modo, podría compensar el probable hecho de que la suspensión de pena *ex art.* 80 CP se decreta seguramente con mayor frecuencia cuando el condenado sea nacional). Por ello, y aunque lo habitual en la investigación criminológica es emplear datos procedentes de fuentes policiales (en particular, estadísticas de detención), he descartado tal modo de proceder porque no es mi objetivo encontrar un dato preciso (esto requeriría una investigación metodológicamente mucho mejor fundamentada); no importa ahora el porcentaje concreto, sino constatar una tendencia significativamente incontestable. Es este, en definitiva, un trabajo político-criminal, no criminológico. Como muestra de que efectivamente los datos que aquí se manejan son especialmente cautelosos valga que de lo expuesto se extraería que un 0,1% de los españoles cometerían delitos, mientras que lo harían un 0,35% de los extranjeros. En el trabajo de referencia de la materia, con inequívoca intención antirracista, se sostiene, con base en fuentes de detención policiales que lo harían un 0,55% de los españoles, mientras la cifra de extranjeros que cometen delitos oscilaría entre un 1,9% y un 2,7% (GARCÍA ESPAÑA, Elisa, 2001. *Inmigración y delincuencia en España: análisis criminológico*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 304). Las diferencias entre uno y otro colectivo son menores en nuestro caso.

De este modo, se responde a una media mentira con una media verdad (que no es, a su vez, más que otra media mentira) y el debate se enquistaba reforzando a cada una de las partes en liza en sus respectivas posiciones². Aquel que crea (o quiera creer) que los extranjeros delinquen más lo hará pese a que haya quien le diga, como a veces se hace, que no es verdad porque la mayor parte de los presos son españoles. La trampa estadística que encierra esta última afirmación no se le escapa a nadie: son más los españoles presos como son más los españoles libres. Tampoco, por cierto, parece demasiado poderosa la trampa contraria: cuando se acota una realidad compleja para apuntar la simpleza de que los extranjeros delinquen más excluyendo cualquier otra información del mensaje, y en el entendido de que tal afirmación pretende explicar algo valioso, se está deliberadamente cerrando los ojos ante una multitud de factores que explican de manera más completa esta realidad³. De esta forma, ninguna de las dos posturas expuestas consigue identificar debidamente el problema y, parece evidente, el primer paso para solucionar un problema (sea este el que sea) es conocerlo.

Es cierto que, en ocasiones, es mejor que determinados debates no tengan lugar en el discurso público por el riesgo grave y real de que este sea distorsionado y produzca importantes daños: lo que caracteriza a una sociedad democrática es que en ella se *pueda* discutir de todo, pero ello no quiere decir que se *deba* discutir de todo o, en otros términos, que todo discurso permitido merezca una calificación moral neutra. En el caso que ahora nos ocupa este riesgo sería el de expandir concepciones racistas y xenófobas sobre inmigración y delincuencia.

Sin embargo, es igualmente cierto que la doctrina, la Academia, no tiene ninguna legitimidad democrática para decidir de qué se discute y de qué no en el marco del debate público. Es esta una falta de legitimidad que, aunque resulta obvia, parecen no tener en cuenta algunos autores. La Academia (fingiendo ahora un carácter monolítico del que, por supuesto, carece) podrá no sacar un determinado debate al foro público. Está en su derecho y libertad (y, a veces también, deber) de no hacerlo. Sin embargo, cuando alguien ubica en el centro del debate político la cuestión, es preciso que una dogmática responsable y políticamente comprometida se ensucie del barro del debate público en lugar de ignorar la disputa o tratar de resolverla con dos palabras en la creencia (casi megalómana) de que si ella no interviene el debate no será eficaz y se acallará solo o, parafraseando los célebres términos bíblicos, que una (sola) palabra suya bastará para sanear el debate.

Si es preciso intervenir y no es legítimo hacerlo con medias verdades (y estos son los dos presupuestos que articulan estas páginas), sería útil tratar de encontrar el camino que de verdad contribuya a reducir daños e incluso, pecando quizás un poco de exceso de optimismo, sirva para reforzar algunos de los mensajes que desde hace tiempo ha tratado de transmitir la doctrina políticamente más progresista.

3. NUDO

En lo que sigue se tratará de mostrar por qué es posible ofrecer una sencilla explicación de la mayor delincuencia de los colectivos migrantes que no suponga fortalecer los propósitos discriminatorios de algunos y que ponga de nuevo en el centro la (co)responsabilidad que la sociedad tiene en la génesis del delito. Un inevitable primer punto de partida pasa por reconocer la certeza y verdad del dato bruto.

² Es cierto que esto puede ser una verdad incómoda, pero es una verdad, al fin y al cabo. Por ello, no resultan adecuados planteamientos como el de GARCÍA ESPAÑA, Elisa, 2001. *Inmigración y delincuencia en España: análisis criminológico*, Op. Cit., p. 304) cuando, partiendo de la base de que el superior índice de delincuencia de inmigrantes (1,9%-2,7%) frente al de los autóctonos (0,55%) se explica por la “diversa composición estructural que tienen los dos colectivos que se comparan”, estima oportuno (con el declarado propósito de “hacerlos más homogéneos”) realizar la comparación entre los primeros y el índice de delincuencia de la población activa de los segundos (1,4%). Si lo perseguido es que las diferencias sean menores, se consigue. Si el propósito es encontrar datos ciertos a los que luego suministrar una explicación, se confunden aquí, creo, uno y otro plano, pues se configura el dato en atención a la explicación del mismo.

³ Topamos aquí con un problema epistemológico de primer orden. Más información no siempre es mejor para la valoración de la realidad. Como en tantos otros lugares, es la calidad de la información y no su cantidad lo que verdaderamente fortalece un razonamiento. La obtención de datos ciertos, pero sesgados, empaña los procesos argumentales. Demasiada información irrelevante conduce con frecuencia a peores juicios que aquellos otros que se fundamentan en pocos, pero relevantes y fidedignos, datos.

Decíamos antes (vid. nota 1) que en 2018 el porcentaje de inmigrantes en el total de la población española era el 9,9%, mientras que el porcentaje de inmigrantes reclusos constituía un 28% del total. Que este dato no sea completamente fiable no impide que tenga la validez suficiente como para ser considerado, al menos, ilustrativo. Es cierto que el número de presos inmigrantes podría no ser fielmente representativo de las relaciones entre inmigración y delito. De hecho, con certeza tienen razón quienes⁴ señalan que el dato estaría viciado por la distinta intensidad con la que se persigue a este concreto colectivo. La idea es tan sencilla como correcta: si buscamos más, encontramos más. Si decidimos buscar más delitos (invertir más recursos policiales) en relación con un concreto colectivo, lo extraordinario sería que eso no se viese reflejado en el número de delitos detectados. Parece claro que, en España, se dedican mayores esfuerzos policiales a la detección del delito en poblaciones migrantes⁵. Encontrar allí más delitos no debería resultar, entonces, sorprendente.

Este sesgo tiene, además, un importante y pernicioso efecto en términos estadísticos. Harcourt ha denominado a este fenómeno como el “efecto trinquete”⁶ (*ratchet effect*)⁷. La idea, de nuevo, es simple y convincente: si para adoptar decisiones de prevención de delitos tomamos como referencia la población penitenciaria y esta está sesgada, el sesgo se reproduce y multiplica. En definitiva, si la población inmigrante está sobrerrepresentada y se toma esta sobrerrepresentación como base para destinar recursos policiales a una mayor investigación de este colectivo, se incrementa la sobrerrepresentación que, después, volverá a ser tomada en consideración para decidir de nuevo cómo distribuir recursos. Nos encontramos ante un círculo vicioso que se retroalimenta eternamente.

Ahora bien, como ha señalado Greco, el sentido común es, “en general, la última instancia para la resolución de cuestiones empíricas”⁸. Que el dato no sea por completo fiable, que no deba ser tomado el porcentaje sin matización ulterior, no es obstáculo alguno para admitir que encierra “algo” de verdad. En primer lugar, porque una cosa es que, efectivamente, un sesgo exista y otra cosa distinta es que la existencia de un sesgo cualquiera haga *completamente* inútil un dato. Y, en segundo y más importante lugar, porque la afirmación de que los inmigrantes delinquen más encaja a la perfección con otras premisas que todos aceptamos como sólidamente fundadas.

Como ya he reiterado, las personas inmigrantes delinquen más y esto, por más vueltas que se le quiera dar, no admite, en verdad, discusión (cuestión distinta será, insisto, que la explicación no obedezca a su propia condición de inmigrantes, sino a otros factores)⁹. Pero esto no solo es evidente, sino que,

⁴ MARTÍNEZ GARAY, Lucía, 2019. “La relación entre culpabilidad y peligrosidad”. En Maraver Gómez, Mario y Pozuelo Pérez, Laura (Coords.). *La culpabilidad*. Montevideo/ Buenos Aires: BdeF. 2019, pp. 175 y ss., nota 86; y CASTRO LIÑARES, David, 2019. *Los instrumentos de valoración y gestión de riesgos en el modelo de penalidad español*. Zaragoza: Reus, pp. 98 y ss.).

⁵ Vid., al respecto, GARCÍA ESPAÑA, Elisa, 2001. *Inmigración y delincuencia en España: análisis criminológico*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 162 y ss.

⁶ HARCOURT, Bernard E., 2006. *Against prediction: profiling, policing, and punishing in an actuarial age*. Chicago: University of Chicago Press, p. 154.

⁷ El empleo aquí del término “trinquete” hace referencia a uno de los significados que le atribuye el Diccionario de la Real Academia Española: “garfio que resbala sobre los dientes de una rueda, para impedir que esta se vuelva hacia atrás”. Estaríamos hablando de un instrumento mecánico concebido para que la rueda no pueda ir nunca hacia atrás, sino solo avanzar. Se alude, entonces, con la expresión “efecto trinquete” a que cada paso hacia adelante supone un nuevo punto de no retorno.

⁸ GRECO, Luis, 2010. “Conveniencia y respeto: sobre lo hipotético y lo categórico en la fundamentación del Derecho penal”. InDret, N.º 4, p. 10.

⁹ Al extremo en la negación de este dato ha llegado GARCÍA ESPAÑA, Elisa, 2019. “Más inmigración, menos delincuencia”. *Revista Crítica Penal y Poder*, N.º 18, pp. 197 y ss.), que defiende que la inmigración se erige como factor protector de la delincuencia. Es decir, que ser inmigrante reduce la posibilidad de cometer delitos; afirmación que deriva del hecho de que, en determinados países y concretos periodos, hayan coincidido incrementos de población inmigrante con momentos de reducción del crimen. Aunque la propia autora alerta, con mucha razón, de que “[e]n tanto que la delincuencia es un fenómeno multi-causal, no sería riguroso establecer una relación directa entre el crecimiento de la inmigración, fenómeno global, y la reducción de las tasas de delincuencia, fenómeno poliédrico” (Ibidem, p. 199), señala poco después que “podemos decir sin temor a equivocarnos que la inmigración ha crecido en países donde se ha experimentado un descenso de la delincuencia conocida oficialmente. Y que, si bien la inmigración por sí sola no produce el descenso delictivo experimentado, sí es un fenómeno que contribuye a ello” (Ibidem); lo que

además, encaja perfectamente en lo que la doctrina progresista ha sostenido siempre. En esencia, podemos explicar fácilmente el fenómeno de la mayor delincuencia del migrante desde tres postulados que han sido de forma continua defendidos por la doctrina penal progresista: los seres humanos son *esencialmente* iguales (P1), la exclusión social y económica es una de las principales causas de la delincuencia (P2) y las personas inmigrantes son excluidas social y económicamente en mayor proporción de lo que lo son los nacionales de un país (P3).

La tesis central de este trabajo es que estos tres postulados son ciertos y que, en consecuencia, también ha de serlo necesariamente el de que las personas inmigrantes delinquen más (P4). Esto no es más que una aseveración acorde con la más elemental lógica formal. Tan sencillo es el mensaje que, por tanto, sostener que la última afirmación (P4) es falsa puede restar credibilidad a las tres anteriores. No es, en definitiva, posible decir: *los seres humanos son esencialmente iguales* (P1), *la precariedad provoca delitos* (P2) y *los inmigrantes, que están con más frecuencia en situación precaria* (P3), *delinquen con menos frecuencia* (frente a P4)¹⁰.

En lo que sigue, defenderé brevemente las tres primeras premisas y trataré de desdramatizar la inevitable conclusión de que los inmigrantes delincan con mayor frecuencia: ¡lo extraordinario sería lo contrario! De hecho, el que el carácter de inmigrante sea tremendamente dinámico (todos somos inmigrantes en cualquier parte del mundo salvo “nuestro” país) y el hecho de que exista en casi todos los países una mayor tasa de delincuencia extranjera evidencia que el “problema” no está en el propio extranjero, sino en el contexto en el que se enmarca¹¹. El hecho de que la afirmación de que “los

no parece ya, precisamente a la vista de la afirmación anterior, tan razonable. Al margen de ello, se debe señalar que en la argumentación de la autora se producen, en ocasiones, inadvertidos saltos del plano “macro” al plano “micro”. Así, se suministran datos de un sector concreto de la población (la población de inmigrantes en distintos países) para considerar luego de manera global la tasa de delitos sin distinguir los cometidos por nacionales o por inmigrantes, de manera que podría ser perfectamente posible que el número de delitos de nacionales se viera reducido y el de delitos de inmigrantes aumentado. No hay evidencia a este respecto. Por otra parte, factores (estos sí) considerados con carácter general como protectores de la criminalidad (por ejemplo, la distribución de la riqueza o la cantidad de consumo social de drogas “duras”) son por completo obviados en el análisis de la delincuencia de décadas enteras en algunos países.

¹⁰ Por ello no comparto un razonamiento como el de MIRÓ LLINARES, Fernando, 2008. “Política comunitaria de inmigración y política criminal de España. ¿Protección o ‘exclusión’ penal del inmigrante?”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N.º 10, p. 8) cuando señala que “no se puede afirmar que exista una relación directa entre inmigración y delincuencia [cursivas propias] sino que, más bien, los datos de múltiples investigaciones muestran que los inmigrantes casi siempre exhiben una tasa de delincuencia menor que la de los grupos nativos”, para decir inmediatamente después que “[e]l panorama que acabamos de dibujar de una situación social en la que la inmigración es cada vez mayor, los Estados cada vez son más débiles en el terreno fronterizo, la delincuencia organizada utiliza a los inmigrantes como objeto de delincuencia, *los ilegales quedan en la sociedad como excluidos sociales y sin arraigo y buscan en la delincuencia la subsistencia* [cursivas propias] y, por último, la sociedad interpreta mal el problema al considerar la inmigración un foco de criminalidad, puede explicar, que no justificar, cuáles han sido los ejes fundamentales de la política criminal de los gobiernos frente a la inmigración” (Ibidem, p. 9). En estos casos se confunde, en mi opinión, el propio “dato” con la “explicación del dato”. Así, el citado autor señala que la relación entre inmigración y delincuencia se vería puesta en cuestión cuando se realiza un análisis estadístico más fino que atienda a la franja de edad o recursos económicos (Ibidem, pp. 8 y ss.). No creo que así sea. Cuando se afirma que la población inmigrante delinque más se dice que la población inmigrante real, la que existe (con independencia de su concreta composición), delinque más y este dato no es controvertible. Distinto es que la población inmigrante delinca más *porque* sea más joven, pobre y masculina. Lo primero es un dato y lo segundo una explicación del dato (conformada a su vez, claro está, por otros datos). El dato, por cierto, no condiciona la respuesta política (y jurídica) que se deba suministrar. Los datos no demandan soluciones. Es la explicación a un dato que se pueda considerar preocupante lo que pone sobre la pista de las vías de su solución. Dicho de otro modo: que los inmigrantes delincan más es el *efecto* que tiene su *causa* en que la población inmigrante sea predominantemente masculina, pobre y joven. Actuar sobre los efectos, como es sabido, es cortoplacista y, en ocasiones, perjudicial. En su caso, es sobre las causas sobre lo que es preciso intervenir. Lo contrario sería tan absurdo como decir que el dato “los hombres delinquen más” puede ser rechazado solo porque no todos los hombres delincan más, sino porque lo hagan especialmente los jóvenes con adicciones a sustancias tóxicas. Tanto una cosa como otra es cierta, pero de cara a la intervención pública solo lo segundo sería, en principio, relevante. De igual modo sucede en las relaciones entre inmigración y delito.

¹¹ La mayor tasa de delincuencia por parte de personas migrantes es una constante. Así, por ejemplo, y tomando como referencia el año 2015, en Alemania la población migrante era un 12,5% del total y un 31,3% de la población penitenciaria, en Austria el colectivo inmigrante suponía un 17,2% del total y un 53,3% de la población reclusa, en

extranjeros delinquen más” sea aplicable a (casi) cualquier país evidencia, en otras palabras, su solidez. Pero pone de relieve también que, debido a que la composición de la población migrante en cada país puede variar enormemente, no hay nada de biológico o de natural en ella. ¡Los inmigrantes delinquen más con independencia de quienes sean, de donde vengan y adonde vayan! Luego, la condición de inmigrante correlaciona con mayor probabilidad delincuencia, pero esto no quiere decir que la explique.

Premisa 1: Todas las personas somos esencialmente iguales

En este punto apenas nos detendremos, pues poco sentido tiene dado el consenso que reina al respecto. Dejando al margen algunos supuestos próximos a lo patológico, lo que condiciona en enorme medida nuestras posibilidades de éxito o fracaso social no es tanto lo que biológicamente somos (o tenemos), sino el contexto social en el que nos enmarcamos. En términos sencillos: hay que ser muy necio para pensar que las cárceles están llenas de pobres porque los pobres sean más malos o más tontos. Es la precariedad económica la que empuja especialmente al delito.

De manera algo más técnica (y siguiendo ahora la terminología de Harcourt¹²), la clave reside en si todos tenemos una flexibilidad parecida ante nuestras condiciones sociales y frente a las políticas preventivas del delito. Esto es, si todos los colectivos (y, a la postre, individuos) reaccionamos de forma parecida a nuestro entorno. Lo cierto es que, dejando al margen aquellos delitos que puedan tener un componente especialmente cultural, parece que en términos generales la respuesta más sensata sería que, *ceteris paribus*, así es. No hay seres humanos que disfruten del hurto o del pequeño menudeo de drogas. De hecho, no es casual que, a estas actividades se dediquen de modo absolutamente mayoritario personas procedentes de los más bajos estratos sociales.

Premisa 2: La exclusión social y económica es una de las principales causas de la delincuencia

Sobre este punto, de nuevo, existe un consenso sólido y bien fundamentado. La evidencia empírica resulta demoledora¹³. Pero, datos al margen, una intuición mínimamente sensible percibe con claridad que la propensión propia al delito (la del autor de este texto y también la de cualquier lector que lo tenga ahora en sus manos) depende en esencia de las condiciones en las que se encuentre¹⁴. Si partimos

Suiza un 29,1% de la población era extranjera y esta suponía un 71% de la población penitenciaria, en Grecia el 11,7% del total de la población total era inmigrante y este colectivo suponía un 58,3% de la población reclusa, etc. Los datos del total de la población inmigrante de estos países han sido tomados del “Portal de datos mundiales sobre la migración” dependiente de Naciones Unidas (disponible en: https://migrationdataportal.org/es?i=stock_abs_&t=2019 [acceso: 28 de septiembre de 2020]). Los datos sobre población penitenciaria han sido obtenidos del informe del Consejo de Europa “Foreign Offenders in Prison and on Probation in Europe” (disponible en: <http://wp.unil.ch/space/files/2019/12/Foreign-Offenders-in-Prison-and-on-Probation-in-Europe.pdf> [acceso: 28 de septiembre de 2020]). Es cierto, con todo, que, como han señalado PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel y BENITO SÁNCHEZ, Demelsa, 2013. “Estudio de los instrumentos existentes para medir la delincuencia”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N.º 15, p. 28, es preciso ser cauto a la hora de analizar en el plano comparado la composición de las poblaciones penitenciarias de distintos países, pues son muchos los factores prácticos y normativos que pueden incidir de forma desigual en ellas. Pese a ello, como he apuntado ya, no es mi objetivo ofrecer datos concretos irrefutables, sino poner de manifiesto pautas generales. Lo primero es labor de la criminología, lo segundo es preciso para efectuar consideraciones de carácter político-criminal, que es lo que aquí se pretende.

¹² HARCOURT, Bernard E., 2006. *Against prediction: profiling, policing, and punishing in an actuarial age*, Op. Cit., p. 157.

¹³ Iluminadores en este punto resultan, sin duda, los resultados obtenidos por RÍOS MARTÍN, Julián Carlos y CABRERA CABRERA, Pedro José, 1998. *Mil voces presas*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas, pp. 21 y ss., cuando de una muestra representativa de la población reclusa pudieron comprobar su mayor propensión al bajo nivel de estudios y al desempeño de empleos poco remunerados. Así señalan, entre otros interesantísimos datos, que “[e]l componente clasista del sistema penitenciario emerge con toda su crudeza. Fundamentalmente las personas presas son gente que, desde el punto de vista ocupacional, pertenecen en sus 4/5 partes a la clase trabajadora (82%). Esto es, se trata de trabajadores asalariados por cuenta ajena con escasa o muy escasa cualificación. Estos estratos ocupacionales están sobrerrepresentados en las cárceles en unas 2,3 veces lo que suponen dentro del conjunto de la estructura de clases española (82% vs. 36%)” (Ibidem, p. 24).

¹⁴ Parece, sin embargo, que, en este caso por desgracia, tiene razón Díez Ripollés cuando señala que “ha desaparecido la actitud de comprensión hacia la criminalidad tradicional, en especial hacia la pequeña delincuencia, actitud muy

de que un 18,5% y un 40,1% de nuestros presos están condenados por delitos vinculados al tráfico de drogas o a ataques al patrimonio y el orden socioeconómico, respectivamente, y reconocemos que, en determinadas circunstancias nos podríamos ver abocados a cometer esta clase de delitos, entendemos perfectamente que la mayor parte de nuestra población reclusa podría no haber delinquido tan solo con un cambio de condiciones sociales, independientes de ella misma¹⁵.

Premisa 3: Las personas inmigrantes se encuentran socialmente excluidas con mayor frecuencia

Por último, tampoco parece que esta premisa admita mucha discusión. Dejando de lado ahora, pues no es el objeto de este trabajo, el grado de responsabilidad que en tal exclusión tengan las distintas partes implicadas o si sería deseable un modelo tendencialmente homogeneizador en lo cultural (debates en extremo complejos), lo cierto es que tampoco parecen existir dudas a este respecto: las personas inmigrantes se encuentran, de forma generalizada, excluidas en mayor proporción de los bienes y recursos básicos de los que disfruta la “sociedad normal”¹⁶. Parece claro que las mayores tasas de pobreza, la situación de ilegalidad o la existencia de una red débil de contactos sociales contribuyen a una mayor propensión al delito. De nuevo, que esto se encuentre sólidamente fundado en el plano empírico no empece a que, en verdad, tal constatación empírica no resulte de especial relevancia: cualquiera puede entender que la falta de apoyo y responsabilidades familiares, la pobreza y, en términos más genéricos, la exclusión conduzcan al delito. Tampoco se puede dudar mucho acerca de que la población de migrantes irregulares se encuentre de forma muy general en dicha situación, ni de que incluso los migrantes en situación regular dispongan de una red de apoyo social más limitada que aquella con la que cuentan (en términos, de nuevo, generales) quienes han hecho una vida en un mismo lugar y con la misma gente.

4. DESENLACE

Dicho cuanto antecede conviene reiterar que, si las tres premisas anteriores son ciertas, no puede serlo también la tesis que sostiene que las personas inmigrantes delinquen en menor medida (¡y menos aún aquella que considera la condición de inmigrante como un factor protector frente al delito!)¹⁷. Expresado de otro modo, y de forma en exceso sintética, de las afirmaciones “todos somos iguales”, “la pobreza conduce al delito”, “los inmigrantes son generalmente más pobres” y “los inmigrantes no delinquen más que los nacionales” solo podemos aceptar tres de ellas. En el plano lógico, una combinación de cualquiera de las tres resultaría admisible. Pero, por supuesto, la elección no es libre: no se trata de elegir aquellas que más “nos gusten”, sino aquellas que sean ciertas. Es posible, incluso, que exista evidencia empírica acerca de la veracidad de las cuatro hipótesis, pero, irremediamente, (al menos) una de ellas debe ser falsa. No pueden ser ciertas de forma simultánea una afirmación y su propia negación.

difundida en los años 70 y 80, y que se fundaba en una comprensión del delincuente como un ser socialmente desfavorecido y marginado al que la sociedad estaba obligada a prestar ayuda; ahora los delincuentes son vistos, sin que procedan distinciones según la gravedad o frecuencia de su comportamiento delictivo, como seres que persiguen sin escrúpulos y en pleno uso de su libre arbitrio intereses egoístas e inmorales, a costa de los legítimos intereses de los demás” (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, 2004. “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N.º 6, pp. 8 y ss.).

¹⁵ Los datos ofrecidos han sido extraídos del Anuario Estadístico del Ministerio Interior, 2018, disponible en: <http://www.interior.gob.es/documents/642317/1204854/Anuario+Estad%C3%ADstico+del+Ministerio+del+Interior+2018/5a35fad7-5386-44fb-83ae-9b14e678cc4a> [acceso: 28 de septiembre de 2020].

¹⁶ Para una aproximación a las diferencias sociales y económicas en muy distintas vertientes entre la población española y la extranjera en nuestro país resulta de sumo interés la lectura del “Informe 02/2019, La inmigración en España: efectos y oportunidades”, 86 y ss., elaborado por el Consejo Económico y Social y disponible en: <http://www.ces.es/documents/10180/5209150/Inf0219.pdf> (acceso: 28 de septiembre de 2020). De su lectura se desprende con facilidad cómo de forma sistemática la población inmigrante (y en especial las mujeres que de ella forman parte) se encuentra en una situación sustancialmente peor en la percepción de rentas por el trabajo, en el acceso al empleo, a la salud, a la educación, etc.

¹⁷ Vid., sobre la condición de inmigrante como factor protector, GARCÍA ESPAÑA, Elisa, 2019. “Más inmigración, menos delincuencia”, *Op. Cit., passim*.

En este contexto, parece que son las tres primeras afirmaciones aquellas que cuentan con un respaldo histórico, teórico y empírico más sólido. No es disparatado, por supuesto, tratar de defender la última de ellas¹⁸. Lo que es por completo inviable es hacerlo sin que ello tenga un efecto demoledor sobre las tres restantes, que pasan por ser algunas de las premisas básicas del pensamiento político-criminal progresista. Hemos, pues, de ser cautos, no vaya a ser que por solucionar un problema nos topemos de pronto con otro de todavía mayor envergadura.

5. CONCLUSIÓN

Los inmigrantes delinquen más porque, al margen de otras variables sociodemográficas de no menor importancia, como su mayor juventud o su género (son en mayor porcentaje varones jóvenes), se encuentran de forma generalizada excluidos de nuestra sociedad¹⁹. Pobreza y discriminación son, como *no podía ser de otra forma*, factores determinantes de la criminalidad. Los extranjeros son con mayor frecuencia más pobres y más discriminados, y *esto es lo que sí podría ser de otra manera*.

Es, por supuesto, una decisión política la de cómo intervenir aquí: si de forma reactiva o proactiva. Podemos, como sociedad, condenar a colectivos enteros a la criminalidad y luego perseguirlos penalmente, pero esta posición corre el riesgo, como mínimo, de ser moralmente arrogante²⁰. Podremos castigar, pero no tener la conciencia muy limpia. Por otra parte, podemos tratar de mejorar las condiciones en las que estos colectivos se encuentran. La vía fundamental para hacerlo, aunque no la única, se traduce en inversiones económicas. Hay quien podrá sostener, desde determinados posicionamientos políticos, que no resulta justo realizar aquí grandes desembolsos. Podrá legítimamente hacerlo, pero habrá de responsabilizarse luego del resultado de sus políticas. Hay quien podrá sostener, también, que lo que es preciso es reducir el número de personas migrantes en nuestro territorio para poder ofrecerles unas condiciones de vida razonables (postura, por cierto, banalizada y ridiculizada con excesiva ligereza). Pero una vez decidido, habrá que comprobar que ello en verdad mejore la situación. Solo dentro de lo posible es sensato hablar de lo debido y no está claro qué tan posible es, a nivel estatal, llevar a cabo una efectiva política de control de flujos migratorios. Seguramente una política migratoria limitada a “cerrar la puerta” redujera (poco) el número total de migrantes, pero incrementase en enorme medida sus condiciones de clandestinidad y marginación (y, en consecuencia, su propensión al delito)²¹. Mala política de prevención del crimen es aquella que fomenta sus circunstancias propiciadoras.

El drama reside, casi con certeza, en que poco (o prácticamente nada) se puede hacer para enmendar esta situación. Hemos de limitarnos a gestionarla de la manera más humana posible y, sobre todo, hemos de ser coherentes con las decisiones que tomemos. Se pueden tener distintas opciones acerca de cómo distribuir recursos escasos. No podía ser de otra forma. Pero las decisiones sobre cómo ello ha de hacerse no pueden pretender ser irresponsables de sus propias consecuencias.

El debate sobre inmigración y delito es sumamente complejo y sus consecuencias políticas y sociales son de gran importancia. La estrategia adoptada por buena parte de las corrientes políticas y académicas progresistas para evitar la lamentable repercusión social que un mensaje distorsionado puede tener ha

¹⁸ Así, recientemente, GARCÍA ESPAÑA, Elisa, 2019, *Ibidem, passim*.

¹⁹ En este sentido, Díez Ripollés, José Luis, 2004. “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, *Op. Cit.*, p. 15.

²⁰ Por eso no es preciso proceder como hace, por ejemplo, GARCÍA ESPAÑA, Elisa, 2019. “Más inmigración, menos delincuencia”, *Op. Cit.*, pp. 202 y ss.), que considera “el maltrato mediático, legal e institucional que reciben los menores extranjeros no acompañados en toda Europa” como “una de las consecuencias más nefastas del mantenimiento y fomento de ideas infundadas sobre la relación entre inmigración y delincuencia”. Defender una relación entre inmigración y delincuencia no *debe* conducir a ello. *Puede* hacerlo, y por ello es preciso ser cuidadosos y rigurosos en grado sumo, pero ello debe tratar de evitarse. Incluso aunque todos los menores extranjeros no acompañados cometieran delitos (lo que ¡evidentemente! no sucede), ello no debería llevar a olvidar su condición de menores especialmente vulnerables. Proceder de otro modo podría conducir a la confusa idea de que “no hay que tratar mal a estos menores, porque no son delincuentes”, como si, en el caso de que lo fueran, tal tratamiento se encontrase justificado.

²¹ Sobre los claros vínculos entre la situación de ilegalidad y la propensión al delito, vid. GARCÍA ESPAÑA, Elisa, 2001. *Inmigración y delincuencia en España: análisis criminológico*, pp. 490 y ss.

sido la de emitir otro mensaje igualmente distorsionado. Así solo se ha producido ruido y, en un mundo ruidoso, al final, cada cual acaba por escuchar lo que quiere.

No es esta, creo, la estrategia más responsable. Es preciso reducir el ruido e incrementar los argumentos. Reconocer un dato indiscutible es un primer paso. Explicarlo y contextualizarlo es el segundo. Tomar medidas que eviten el sufrimiento de los más débiles es el último y decisivo paso que hay que dar. Pero el correcto transitar por esta estrategia requiere, como se apuntaba antes, (re)conocer el problema. Solo una vez que hemos identificado correctamente un problema nos hallamos en disposición de darle una respuesta adecuada. En este trabajo se han intentado, de forma muy breve, dar los dos primeros pasos, pero es preciso que alguien con mayor conocimiento (y también con la legitimidad política para ello) se adentre en el tercero y definitivo. Solo así la Academia satisfará su auténtico cometido, que no es decidir de qué se habla, sino dotar de racionalidad a aquello de lo que se habla y proponer soluciones que la sociedad admita.

En definitiva, y como dijera Díez Ripollés mejor de lo que yo podría decirlo ahora, “la imagen de la academia jurídicopenal en los últimos tiempos roza en demasiadas ocasiones la irresponsabilidad. Nos resistimos a entrar en las cuestiones políticocriminales candentes, para evitar ser abrasados en ellas, y preferimos refugiarnos en el templado mundo de los conceptos jurídicos. Con ello renunciamos a desempeñar las tareas sociales que nos competen, incumplimiento que disimulamos torpemente mediante el empleo descalificante de un conjunto de lugares comunes”²². Es momento, pues, de abandonar esos lugares comunes y de hacer una defensa de una política criminal progresista en tiempos difíciles.

²² DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, 2004. “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, Op. Cit., p. 23.

REFERENCIAS

- CASTRO LIÑARES, David, 2019. *Los instrumentos de valoración y gestión de riesgos en el modelo de penalidad español*. Zaragoza: Reus.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, 2004. “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N.º 6, pp. 1-34.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, 2006. “Algunos rasgos de la delincuencia en España a comienzos del siglo XXI”. *Revista Española de Investigación Criminológica*, n.º 4, 1-19.
- GARCÍA ESPAÑA, Elisa, 2001. *Inmigración y delincuencia en España: análisis criminológico*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GARCÍA ESPAÑA, Elisa, 2019. “Más inmigración, menos delincuencia”. *Revista Crítica Penal y Poder*, N.º 18, pp. 194-205.
- GRECO, Luis, 2010. “Conveniencia y respeto: sobre lo hipotético y lo categórico en la fundamentación del Derecho penal”. *InDret*, N.º 4, pp. 1-36.
- HARCOURT, Bernard E., 2006. *Against prediction: profiling, policing, and punishing in an actuarial age*. Chicago: University of Chicago Press.
- MARTÍNEZ GARAY, Lucía, 2019. “La relación entre culpabilidad y peligrosidad”. En Maraver Gómez, Mario y Pozuelo Pérez, Laura (Coords.). *La culpabilidad*. Montevideo/ Buenos Aires: BdeF. 2019, pp. 115-199.
- MIRÓ LLINARES, Fernando, 2008. “Política comunitaria de inmigración y política criminal de España. ¿Protección o ‘exclusión’ penal del inmigrante?”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N.º 10, pp. 1-31.
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel y BENITO SÁNCHEZ, Demelsa, 2013. “Estudio de los instrumentos existentes para medir la delincuencia”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N.º 15, pp. 1-34.
- RÍOS MARTÍN, Julián Carlos y CABRERA CABRERA, Pedro José, 1998. *Mil voces presas*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas.

OTRA DOCUMENTACIÓN DE INTERÉS

Consejo de Europa (2019). *Foreign Offenders in Prison and on Probation in Europe*. Disponible en: <http://wp.unil.ch/space/files/2019/12/Foreign-Offenders-in-Prison-and-on-Probation-in-Europe.pdf> (acceso: 28 de septiembre de 2020).

Consejo Económico y Social de España (2019). *Informe 2/2019: La inmigración en España. Efectos y oportunidades*. Disponible en: <http://www.ces.es/documents/10180/5209150/Inf0219.pdf> (acceso: 28 de septiembre de 2020).

Ministerio del Interior (2019). *Anuario Estadístico del Ministerio del Interior, 2018*. Disponible en: <http://www.interior.gob.es/documents/642317/1204854/Anuario+Estad%C3%ADstico+del+Ministerio+del+Interior+2018/5a35fad7-5386-44fb-83ae-9b14e678cc4a> [acceso: 28 de septiembre de 2020].

**LA VIOLENCIA FILIO-PARENTAL Y LA VULNERABILIDAD
DE LAS MADRES DE FAMILIAS MONOPARENTALES
EN TIEMPOS DE PANDEMIA¹**

**CHILD-TO-PARENTAL VIOLENCE AND THE VULNERABILITY
OF MOTHERS EDUCATING ALONE AT PANDEMIC'S TIME.**

Alfredo Abadías Selma²

*Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal y Criminología
de la Universidad Internacional de La Rioja -UNIR-*

¹ Artículo realizado en el marco del proyecto «Hacia un modelo de justicia social: alternativas político-criminales», concedido por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades del Gobierno de España en la convocatoria 2018 de proyectos I+D+i «Retos investigación» para el período 2019-2021 (ref. RTI2018-095155-A-C22), perteneciente al proyecto coordinado «Aporofobia y Derecho penal» (ref. RTI2018-095155-B-C21).

Esta comunicación se incardina en el Proyecto: “Derechos y garantías de las personas vulnerables en el Estado del Bienestar” de la Universidad de Málaga UMA 18-FEDERJA-175. Investigadores principales: Dr. Octavio García Pérez y Dra. Carmen Sánchez Hernández.

² Profesor Contratado Doctor UNIR. Correo de contacto: alfredo.abadias@unir.net

RESUMEN:

Este trabajo tiene como objetivo principal poner de relieve a un colectivo que ya de por sí en condiciones socio sanitarias de normalidad sufre la violencia de una forma muy cruel y a la vez “silenciosa”; se trata de los padres y madres que sufren la violencia física y/o psicológica de forma continuada por parte de sus propios hijos e hijas. Pretendemos demostrar además, que dentro de las familias que sufren la violencia filio-parental, hay un colectivo que todavía es más vulnerable, y que es el de las madres de familias monoparentales, máxime cuando tienen una edad avanzada. Si a esta situación se le añade un contexto socio económico y sanitario de extrema gravedad, la vulnerabilidad se incrementa sobremanera, y las diferencias sociales se agudizan si los poderes públicos no toman medidas decididas para ayudar a estos colectivos que en la mayoría de ocasiones sufren la violencia y la escasez de medios económicos en la más estricta soledad, desconcierto, miedo y vergüenza.

ABSTRACT:

The main objective of this work is to serve as a spokesperson for a group that already in normal social healthy conditions suffers violence in a very cruel and at the same time “silent” way, it is about parents who suffer physical and / or psychological violence from their own sons and daughters. We also try to demonstrate that within the families that suffer child-to-parental violence, there is a risk group that is even more vulnerable, this is the collective of mothers who has to educate their children alone, especially when they are older. If an extremely serious socio-economic and healthy context is added to this situation, vulnerability is greatly increased, and social differences are exacerbated if the public powers don't take decisive measures to help these groups who in most cases suffer from violence and the scarcity of economic means in the strictest loneliness, bewilderment, fear and shame.

PALABRAS CLAVE:

violencia filio parental, COVID-19, violencia filio parental, monoparentalidad.

KEYWORDS:

parental violence, COVID-19, single parenthood.

SUMARIO:

1. Introducción; 2. Una aproximación al concepto de violencia filio-parental; 3. Las madres como principales víctimas de la VFP; 4. Casos de violencia filio-parental acaecidos en España durante el estado de alarma decretado por la pandemia de la COVID-19; 5. Principales problemáticas asociadas a la violencia filio-parental y a la vulnerabilidad económica en los tiempos de la COVID-19; 6. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

Durante los meses de marzo a junio de 2020, España sufrió los embates de la pandemia mundial de mayor gravedad acaecida en tiempos recientes. La COVID-19, de la que se tuvo conocimiento que había brotado en Wuhan (China) como algo que de alguna forma quedaba “muy lejano”, llegó a Europa a través de Italia, país que llegó a tener un pico de 6557 fallecidos en fecha 21 de marzo.

El primer caso de infección de España que fue diagnosticado como positivo de forma oficial, trascendió a la luz pública el 31 de enero de 2020, situándose en la isla de La Gomera, y el primer fallecimiento ocurrió el 13 de febrero en la ciudad de Valencia, conociéndose este luctuoso dato varias semanas después. La Organización Mundial de la Salud (OMS) declaraba la pandemia mundial, el 11 de marzo, y el Gobierno español, en el consejo de ministros extraordinario del sábado 14 de marzo de 2020, declaró el estado de alarma con una duración inicial de quince días y que se prorrogó hasta seis ocasiones con la autorización del Congreso de los Diputados en una situación de minoría parlamentaria con debates de máxima crispación política.

Esta declaración de excepcionalidad amparada por la Constitución Española en su artículo 116 conllevó como principal medida la imposición del llamado confinamiento domiciliario. Este estado, que entró en vigor a las 00:00 horas del domingo 15 de marzo, fue una de las medidas de extrema emergencia tomadas por el Gobierno de España para reducir el gravísimo contagio que parecía imparable. España en aquel momento ya tenía más de 4200 casos positivos y 120 fallecidos, siendo la Comunidad de Madrid la región con una mayor afectación, con más de la mitad de los casos positivos del país y 64 fallecidos.

La situación de rápida propagación de la COVID-19, que llegó al índice de 1 ciudadano infectado con posibilidad infectar a 8 más, y el encierro obligado, hacía que se tuviese que velar con urgencia por colectivos tan vulnerables como los ancianos, que han resultado ser las principales víctimas de la pandemia, llegando a ser el 70 % de los fallecidos.

Otro colectivo de extrema vulnerabilidad fueron las mujeres víctimas de la violencia de género, y así las cosas, el Gobierno de España impulsó en pleno estado de alarma el Real Decreto-ley 12/2020, de 31 de marzo, que trataba de garantizar el mantenimiento de los servicios de asistencia y protección de las víctimas de esta violencia, adaptándolos a las circunstancias excepcionales derivadas del estado de alarma por coronavirus, dado que la situación de aislamiento domiciliario convertía a estas personas en un colectivo de alto riesgo, al verse forzadas a convivir las 24 horas con su agresor.

Pero hay un colectivo muy vulnerable que a nuestro modo de entender es “el gran olvidado” en los tiempos de la COVID-19, nos referimos a las familias víctimas de las agresiones de los hijos violentos, las víctimas de la violencia filio-parental, y más concretamente queremos recordar a las madres que se han encontrado educando y conviviendo solas con sus hijos en tiempos de confinamiento en viviendas las más de las veces en situación de hacinamiento y con precariedad económica además provocada por la imposibilidad de trabajar, y la proliferación de los tristemente ya “populares” ERTE³. En septiembre de 2020 ya se habían presentado al menos 450.000 ERTEs en España, según los datos publicados por las consejerías autonómicas de empleo, que afectaban a más de 2,7 millones de trabajadores. En octubre de 2020, España tenía más de 3.300.000 parados y la situación socioeconómica se complicaba con la temida “segunda ola” de la pandemia.

En este trabajo vamos a mostrar qué ha sucedido en España con el fenómeno de la violencia filio-parental durante los duros meses de estricto confinamiento, que el tiempo y la investigación podrán revelar que no se han vivido de igual forma en el seno de familias monoparentales en las que las madres se han quedado solas conviviendo con sus hijos, y que además han sufrido situaciones de precariedad económica.

³ ERTE significa Expediente de Regulación de Empleo Temporal y es aquella medida tomada por las empresas cuando, por motivos justificados (económicos, técnicos, organizativos, producción, o por causas de fuerza mayor), decide suspender o reducir temporalmente los contratos de sus trabajadores. Esto quiere decir que los empleados, de manera temporal, o dejan de trabajar o trabajan menos horas. Vid. Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo. BOE de 30 de septiembre de 2020.

2. UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE VIOLENCIA FILIO-PARENTAL

Una de las primeras denominaciones que recogía el maltrato de los hijos hacia sus ascendientes⁴ es el denominado "Síndrome de los padres maltratados" que expusieron Sears, Maccoby & Levin⁵, intentando abordar el análisis de esta manifestación de la violencia. Un año después, Robinson, Davidson & Drebot⁶, también se interesaron por esta problemática e hicieron sus aportaciones científicas perfilando todavía más los contornos de esta peculiar manifestación de la violencia.

Encontramos que las definiciones que aparecieron en primer lugar son más generales, pero no menos relevantes, y podemos ver como la que se considera como primera definición de la violencia filio-parental (en adelante VFP), indicaba según Harbin & Madden⁷ que se trata de ataques físicos o amenazas verbales y no verbales o daño físico. Otro investigador, Straus⁸ amplió de forma considerable el concepto de este tipo de violencia, indicando que se trata de concretos comportamientos violentos como: morder, golpear, arañar, lanzar objetos, empujar, maltrato verbal u otras amenazas.

Más tarde, se llevaron a cabo varias investigaciones en fundamentalmente dos direcciones, por una parte, se intentaron cuantificar las tasas de violencia ejercidas por los hijos hacia sus padres con investigadores como: Agnew & Huguley⁹; Browne & Hamilton¹⁰; Cornell & Gelles¹¹; Kratcoski¹²; Peek, Fischer & Kidwell¹³ y por otra parte, la investigación se orientó hacia el análisis del origen del fenómeno, entre especialistas como: Browne & Hamilton¹⁴; Paulson, Coombs & Landsverk¹⁵.

Uno de los elementos que creemos que delimitan mejor la VFP y que recogen las definiciones más recientes, es la reiteración de actos violentos en el tiempo, como ya indicaron Laurent & Derry¹⁶, que añadían que se trata de un tipo de maltrato físico que perdura en el tiempo. Este factor de reiteración lo recoge también Wilson¹⁷.

⁴ En el actual concepto de violencia filio-parental la mayoría de la doctrina entiende por ascendientes: padre, madre, o cualquiera de los abuelos o bisabuelos, de quien desciende una persona. El concepto de maltrato familiar ascendente ha sido superado en la actualidad por el de violencia filio-parental.

⁵ SEARS, R., MACCOBY, E. & LEVIN, H, 1957. *Patterns of child rearing*. Atheneum, New York.

⁶ ROBINSON, PW., DAVIDSON, L.J. & DREBOT, M.E, 1958, "Parent abuse on the rise: a historical review". *American Association of Behavioral Social Science Online Journal*, pp. 58-67.

⁷ HARBIN, H. & MADDEN, D, 1979. "Battered parents: a new syndrome". *American Journal of Psychiatry*. 136. (10) 1, pp. 1288-1291.

⁸ STRAUS, M.A, 1979. "Measuring intrafamily conflict and violence: The conflict tactics scales' (CTS)". *Journal of Marriage and the Family*. 41, (1), pp. 75-88.

⁹ AGNEW, R. & HUGULEY, S, 1989. "Adolescent violence toward parents". *Journal of Marriage and the Family*, p. 5.

¹⁰ BROWNE, K. & HAMILTON, C, 1998. "Physical Violence between young adults and their parents: associations with a history of child maltreatment". *Journal of Family Violence*. nº. 13 (1), pp. 59-79.

¹¹ CORNELL, C. & GELLES, R, 1982. "Adolescent to parent violence". *Urban Social change Review*. 15. (1), pp. 699-711.

¹² KRATCOSKI, P, 1985. "Youth violence directed toward significant others". *Journal of Adolescence*, 8, pp. 145-157, Disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0140197185800439>, (acceso: 30 de junio de 2020).

¹³ PEEK, C.W., FISCHER, J.L. & KIDWELL, J.S, 1985. "Teenage violence toward parents: a neglected dimension of Family violence". *Journal of Marriage and the Family*, 47 (4), pp. 1051-1058.

¹⁴ BROWNE, K. & HAMILTON, C, 1998. "Physical Violence between young adults and their parents: associations with a history of child maltreatment". *Journal of Family Violence*. nº. 13 (1), pp. 59-79.

¹⁵ PAULSON, M., COOMBS, R.H. & LANDSVERK, J, 1990. "Youth who physically assault their parents". *Journal of Family Violence*, 5. (2) 1, pp. 121-133.

¹⁶ LAURENT, A. & DERRY, A, 1999. "Violence of French adolescent toward their parents", *Journal of Adolescent Health*, 25 (1), pp. 21-26, Disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S1054139X98001347>, (acceso: 30 de junio de 2020).

¹⁷ WILSON, J, 1996. "Physical abuse of parents by adolescent children", D.M. Busby (Ed.), *The impact of violence on the family: Treatment approaches for therapists and other professionals*, Allyn & Bacon: Massachusetts, pp. 101-123.

Por otra parte, una de las investigadoras más reconocidas que han estudiado la violencia filio-parental es Cottrell,¹⁸ que tiene una de las definiciones que más han sido tomadas como punto de referencia obligada por la inmensa mayoría de la comunidad científica internacional, indicando que la VFP está constituida por cualquier acto de los hijos que provoque miedo en los padres para obtener poder y control, y que tenga como objetivo causar daño físico, psicológico o financiero a los mismos. Asimismo, Cottrell¹⁹ realiza una distinción entre los tipos de VFP, distinguiendo: maltrato físico, psicológico, emocional y financiero entre otros.

Paterson, Luntz, Perlesz & Cotton²⁰ añadieron que para que el comportamiento de un miembro de la familia sea considerado como VFP, otros en la familia han de sentirse amenazados, intimidados y controlados, y ello está recogido también por Ibabe²¹.

Y por su parte, Cottrell, & Monk²² abordaron la tarea de aportar una explicación a la etiología del fenómeno desde el llamado Modelo ecológico anidado.

El criminólogo Garrido Genovés²³ denominó a los menores violentos como quienes padecen el llamado “Síndrome del emperador” para referirse a menores con ausencia de conciencia, totalmente faltos de empatía hacia sus víctimas. Según este autor los menores que protagonizan VFP padecen una psicopatía en la mayoría de casos.

Uno de los expertos más reconocidos entre la comunidad científica mundial es Pereira Tercero²⁴, que hacía referencia a la VFP como aquellas conductas reiteradas de violencia física (agresiones, golpes, empujones, arrojar objetos...), verbal (gestos amenazadores, ruptura de objetos preciados) dirigida a los padres o adultos que ocupen su lugar.

El ex Defensor del menor de la Comunidad de Madrid, Urra Portillo²⁵ se refiere a los menores agresores como “Pequeños dictadores”, e incide en que la principal causa de esta forma de comportamiento es un patrón educativo equivocado.

En 2017, un grupo de expertos dirigido por Pereira Tercero²⁶, consensuó la siguiente definición en relación a la VFP, con la finalidad de aunar criterios entre diversos especialistas:

¹⁸ COTTRELL, B, 2001. “Parent abuse: the abuse of parents by their teenage children”. *The family Violence Prevention Unit Health*, Canada, p. 94.

¹⁹ *Ídem*.

²⁰ PATERSON, R., LUNTZ, H., PERLESZ, A. & COTTON, S, 2002. “Adolescent violence towards parents: Maintaining family connections when the going gets tough”, *Australian and New Zealand Journal of Family Therapy*, 23, pp. 90-100.

²¹ IBABE EROSTARBE, I, 2007. *Perfil de los hijos adolescentes que agreden a sus padres*. Investigación realizada en la CAV. Vitoria-Gasteiz: Universidad del País Vasco.

²² COTTRELL, B. & MONK, P, 2004. “Adolescent to Parent Abuse. A Qualitative Overview of Common Themes”. *Journal of Family issues*, XXV, 8. p. 1072-1095.

²³ GARRIDO GENOVÉS, V, 2005. *Los hijos tiranos: el síndrome del emperador*. Ariel: Barcelona.

²⁴ PEREIRA TERCERO, R, 2006. “Violencia filio-parental: un fenómeno emergente”. *Mosaico, Revista de la Federación Española de Asociaciones de Terapia Familiar*, 36, Disponible en: https://www.bienestaryproteccioninfantil.es/imagenes/tablaContenidos03SubSec/VFP_un_fenmeno_emergente._Pereira_R.pdf, (acceso: 9 de junio de 2020).

²⁵ URRÁ PORTILLO, J, 2006. *El pequeño dictador. Cuando los padres son las víctimas*. Madrid: La esfera de los libros.

²⁶ PEREIRA TERCERO, R.; LOINAZ CALVO, I; DEL HOYO BILBAO, J.; ARROSPIDE ERKOREKA, J.; BERTINO MENNA, L.; CALVO ÁLVAREZ, A. MONTES, y GUTIÉRREZ, Mª M, 2017. «Propuesta de definición de violencia filio-parental: consenso de la Sociedad Española para el Estudio de la Violencia filio-parental (SEVIFIP)», en *Papeles del Psicólogo*, 38 (3), pp. 216 - 223. <https://doi.org/10.23923/pap.psicol2017.2839>, disponible en: <http://www.papelesdelpsicologo.es/pdf/2839.pdf>. (acceso: 9 de junio de 2020).

«Conductas reiteradas de violencia física, psicológica (verbal o no verbal) o económica, dirigida a las y los progenitores, o a aquellas personas que ocupen su lugar. Se excluyen las agresiones puntuales, las que se producen en un estado de disminución de la conciencia que desaparecen cuando esta se recupera (intoxicaciones, síndromes de abstinencia, estados delirantes o alucinaciones), las causadas por alteraciones psicológicas (transitorias o estables) (el autismo o la deficiencia mental severa) y el parricidio sin historia de agresiones previas».

No existe un tipo penal que tipifique de forma específica la violencia filio-parental, sin embargo, pueden incluirse estas conductas en el artículo 173.2 del Código Penal, que castiga el maltrato familiar habitual. Pese a la importancia de la habitualidad, para que pueda apreciarse el delito del art. 173.2 CP, en el Código Penal español no hay una referencia exacta de lo que ha de entenderse como tal. Se trata de un concepto que destaca por su vaguedad e imprecisión y que ha tenido que ser perfilado a través de la jurisprudencia Falcón y Polaino²⁷. Serrano Gómez y Serrano Maíllo²⁸ aclaran sobre la habitualidad que basta con un solo acto si es de suficiente gravedad: «Otra cuestión que se plantea es si es suficiente con un acto de trato degradante, o se precisa una conducta reiterada. Será suficiente un acto si es suficientemente grave...». Los criterios que han de tenerse en cuenta a la hora de apreciar la habitualidad, según Pérez Rivas²⁹ son: el número de actos de violencia que resulten acreditados, la proximidad temporal entre los actos violentos, la variedad de sujetos pasivos del delito y la independencia de que los actos se hayan ejercido sobre la misma persona o cualquier otra de las comprendidas en el párrafo primero del precepto, y asimismo la independencia del enjuiciamiento o no de las conductas anteriores.

Podemos afirmar sin lugar a dudas, que España es un referente de máximo prestigio a nivel mundial en el estudio de la violencia filio-parental, y clara muestra de ello es que se creó en nuestro país en 2013 la Sociedad Española para el Estudio de la Violencia filio-parental (SEVIFIP) con el objetivo de aunar a los mejores especialistas y fomentar la investigación interdisciplinar. Esta sociedad dedicada a la investigación y a la difusión de la misma, ya ha celebrado dos congresos internacionales, uno en el Hospital San Carlos de Madrid en 2015 y otro en la Universidad de Deusto en 2017. Ambos congresos tuvieron la participación de ponentes de máxima relevancia nacionales e internacionales, como Abeijón Merchán, Boris Cyrulnik y Haim Omer. En 2020 se tenía que celebrar el tercer congreso, pero debido al estallido y propagación de la pandemia del COVID-19 se ha postergado hasta 2021.

3. LAS MADRES COMO PRINCIPALES VÍCTIMAS DE LA VFP

La principal víctima de la violencia filio-parental, a la luz de los resultados de la mayoría de investigaciones, es la madre, según Bobic³⁰, Brezina³¹ y Gallagher³² *ad exemplum*.

Siguiendo a Gallagher³³, se explica que las madres sean las principales víctimas de la VFP porque: a) suelen ser físicamente menos fuertes que los padres, y tienden por tanto a no devolver los golpes. b) Es más frecuente que los/las adolescentes convivan con madres solteras que con padres solteros. Hay una significativa proporción mayor de madres solteras, separadas o divorciadas que aparecen en la

²⁷ FALCÓN CARO, M.^a C. y POLAINO NAVARRETE, M. 2001. *Malos tratos habituales a la mujer*. Barcelona: J.M. Bosch.

²⁸ SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A. 2011. *Derecho penal parte especial*, Madrid: Dykinson.

²⁹ PÉREZ RIVAS, N. 2016. «La determinación de la habitualidad en el delito de maltrato habitual (artículo 173.3 Código Penal Español)», en *Revista Opinión Jurídica*, Vol. 15, n.o. 30, pp. 169-182. (Disponible en: <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/2024/1792> (Fecha de última consulta: 29 de junio de 2020).

³⁰ BOBIC, N. 2002. *Adolescent violence towards parents: Myths and realities*. Rosemount Youth and Family Services, Marrickville.

³¹ BREZINA, T. 1999. *Teenage violence towards parents as an adaptation to family strain. Evidence from a National Survey of Male Adolescents*. *Youth and Society*, Vol. XXX, 4., pp. 416-444.

³² GALLAGHER, E. 2004. "Parents victimized by their children". *Australian and New Zeland journal of family therapy*. 25 (1), pp. 1-12.

³³ *Ídem*.

mayoría de los estudios. Por ende, es más probable que se encuentren solas educando a sus hijos/as, y ello las hace más vulnerables a sufrir este tipo de violencia. c) Las mujeres suelen pasar más tiempo con los/las hijos/as cumpliendo las funciones de cuidadoras. d) Las mujeres tienden a haber sufrido en su pasado más situaciones de abuso que los hombres. e) Existen más prejuicios sociales en relación a la superioridad del hombre sobre la mujer. f) Las mujeres suelen tomar mayor responsabilidad en la educación de sus hijos/as y con frecuencia se sienten culpables de las malas conductas de éstos/as; quedando atrapadas en la relación. g) El ataque de las hijas a sus madres podría darse como intento de distanciar la imagen de vulnerabilidad de sus madres en las que se ven reflejadas. h) Actualmente sigue recayendo en las mujeres el peso de la crianza de sus hijos/as encontrando dificultades para conciliar la vida laboral y familiar que afectan al vínculo que establecen con sus hijos/as.

Romero Blasco *et al.*³⁴ reflejan un porcentaje del 87,8% y Rechea Alberola *et al.*³⁵ del 89,8% de madres victimizadas por la VFP.

Es muy revelador que ya en 2007 la Diputación foral de Vizcaya, conjuntamente con la Escuela Vasco Navarra de Terapia Familiar, publicase la *Guía de recomendaciones prácticas para profesionales para Madres agredidas por sus hijos/as* de García de Galdeano Ruiz y González López³⁶. En esta guía se especifica de forma muy estructurada aspectos sobre detección y diagnóstico de la problemática, aporta una guía para realizar una entrevista para la diagnosis, se explican pautas de intervención, se indican pautas sobre factores de protección, dándose también una serie de indicaciones para la prevención y formación.

En la misma guía se concreta que en el año 2005 hubo un aumento del maltrato en España, tanto psíquico como físico, de hijos/as a padres y madres, señalándose que según datos del Ministerio del Interior ese año se multiplicaron por ocho las denuncias de padres y madres contra sus hijos/as en relación a los cuatro años anteriores. De forma específica se señala en la guía que de entre los progenitores, las madres de familias monoparentales son las que más sufren la VFP.

Del estudio de González-Álvarez *et al.*³⁷, se desprende que las madres son las víctimas más frecuentes de agresiones por parte de los menores, con una prevalencia del (41,5%).

En relación al estudio de 227 expedientes judiciales estudiados de la Fiscalía de Menores de Málaga llevado a cabo por García Aranda y Cerezo Domínguez³⁸ podemos extraer que las madres suelen ser más frecuentemente violentadas por sus hijos representando un 53,7 % de los casos judicializados.

Herrador Carabantes *et al.*³⁹ publicaron el estudio *Factores de vulnerabilidad en madres víctimas de violencia filio-parental. Por un futuro de tratamiento con las familias*, del que se desprende que cada

³⁴ ROMERO BLASCO, F., MELERO MERINO, A., CÀNOVAS AMENÓS, C. y ANTOLÍN MARTÍNEZ, M. 2005. *La violencia de los jóvenes en la familia: Una aproximación a los menores denunciados por sus padres*. Àmbit social i criminològic. Generalitat de Catalunya, Disponible en: Departament de Justícia, https://www.recercat.cat/bitstream/handle/2072/200254/doc_28636973_1.pdf?sequence=1, (acceso: 28 de junio de 2020).

³⁵ RECHEA ALBEROLA, C., FERNÁNDEZ MOLINA, E., y CUERVO GARCÍA, A.L., 2008. *Menores agresores en el ámbito familiar*. Centro de Investigación en Criminología, Informe núm. 15 Universidad de Castilla-La Mancha. Disponible en: <http://www.uclm.es/criminologia/pdf/15-2008.pdf>. (acceso: 28 de junio de 2020).

³⁶ GARCÍA DE GALDEANO RUIZ, P. y GONZÁLEZ LÓPEZ, M. 2007. *Madres agredidas por sus hijos/as: Guía de recomendaciones prácticas para profesionales*. Vizcaya: Diputación Foral de Bizkaia.

³⁷ GONZÁLEZ ÁLVAREZ, M., GESTEIRA SANTOS, C., FERNÁNDEZ ARIAS, I. y GARCÍA VERA, M.P, 2010. "Adolescentes que agreden a sus padres. Un análisis descriptivo de los menores agresores". *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, Vol. 10, pp. 37-53.

³⁸ GARCÍA ARANDA, R. y CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I, 2017. "La respuesta del sistema de justicia juvenil al fenómeno de la violencia filio-parental en la provincia de Málaga entre los años 2011 y 2014". *Boletín criminológico*, Instituto Interuniversitario de Criminología (sección Málaga), octubre- noviembre, nº. 173. Disponible en: <http://www.boletincriminologico.uma.es/boletines/173.pdf>, (acceso: 9 de junio de 2020).

³⁹ HERRADOR CARABANTES, A., CANO MARTÍN, A., REY LEDE, M^a. MAR. y NGUYEN Vo, T, 2017. *Factores de vulnerabilidad en madres víctimas de violencia filio-parental. Por un futuro de tratamiento con las familias*, Barcelona: Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Generalitat de Catalunya, Disponible en: <https://cutt.ly/WiGWdGS>, (acceso: 28 de junio de 2020).

vez son más frecuentes los casos de agresiones físicas y otros tipos de violencia de los hijos hacia sus progenitores. En este estudio se indica que en la mayoría de ocasiones, son las madres, las víctimas de esta lacra y, bajo esta premisa, la asociación Raíces presentó las conclusiones de este trabajo de investigación que comenzó en 2015. El estudio, que recibió una beca del Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, fue liderado por la presidenta de la asociación Raíces, Arantxa Herrador, con la colaboración del psicólogo de Medio Abierto, Toni Cano. La investigación comparó dos grupos de 35 madres que vivían en entornos sociodemográficos similares. Unas fueron víctimas y denunciaron a sus hijos por violencia, y las otras no. El estudio pretendió averiguar cuáles son los factores que hacen más vulnerables a las madres.

Las madres del grupo de estudio obtuvieron un porcentaje más elevado en los apartados de situación económica insuficiente y situación económica alta (con un 17,1% y un 20%, respectivamente). Respecto al educador principal del menor, se encontró que, en el caso de las madres del grupo control, en un 74,1% de los casos ambos progenitores se habían encargado de la educación por igual, a diferencia del grupo de estudio en el que la madre era la única educadora principal del menor en el 62,9% de los casos, volviendo a ponerse en relieve la monoparentalidad como factor de vulnerabilidad. La mayoría de madres del grupo de estudio eran mujeres separadas. De la misma forma, y coincidiendo con los resultados y las hipótesis de Cuervo García⁴⁰ y del Centro de Investigación Criminológica de Castilla la Mancha, se corroboró que el hecho de que la madre sea la persona del núcleo familiar que pasa más tiempo con el hijo, hace que sea la principal víctima de este tipo de violencia.

Jiménez Arroyo⁴¹ indica que la mayor victimización de las madres está relacionada con pautas de género desiguales en el seno familiar que delimitan los roles y funciones de los miembros de la familia, las relaciones y dinámicas familiares, su identidad, percepciones, expectativas y fracasos de sus miembros.

Cuervo García⁴² señala que las familias monoparentales representan un porcentaje elevado (35%), siendo la convivencia con la madre la modalidad que se da en casi la totalidad de los casos, y entendemos por ello que este hecho constituye un factor de riesgo de victimización relevante.

Una de cada cuatro víctimas de violencia filio-parental es una madre que vive con sus hijos en familias monoparentales, tal y como señala Fundación Amigó⁴³, que es una de las entidades con más experiencia en el estudio y abordaje de la VFP en España.

Liderada por Fernández Baz, *et al.*⁴⁴ podemos ver una investigación oficial de Fundación Atenea financiada por el Ministerio de Sanidad, Servicios sociales e Igualdad, titulada *En la sombra: El fenómeno de la violencia filio-parental desde una perspectiva género*. En esta investigación se pone de manifiesto que, en un 92% de los casos la madre aparece como víctima, seguido en un 44% por el padre, y en unos porcentajes mucho más pequeños por otros miembros del hogar.

Es realmente preocupante e inquietante que los/as autores/as del estudio hayan encontrado evidencias de que la violencia de los hijos hacia las madres sea una violencia estructural que reproduce los patrones de la violencia de género, indicando al respecto lo siguiente.

⁴⁰ CUERVO GARCÍA, A.L., 2018. *Menores maltratadores en el hogar: un estudio del fenómeno de violencia filio-parental*, Barcelona: J.M. Bosch.

⁴¹ JIMÉNEZ ARROYO, S., 2017. "Madres victimizadas. Análisis jurídico de la violencia filio-parental como un tipo de violencia hacia la mujer", en *Anales de Derecho. Universidad de Granada*, Disponible en: <https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/289231/216471>, (acceso: 25 de junio de 2020).

⁴² CUERVO GARCÍA, A.L., 2018. *Menores maltratadores en el hogar: un estudio del fenómeno de violencia filio-parental*, Barcelona: J.M. Bosch. *Op. cit.*

⁴³ FUNDACIÓN AMIGÓ. 2018. *La violencia filio-parental en España*, Disponible en: <https://www.fundacionamigo.org/wp-content/uploads/2018/02/vfp2018.pdf>, (acceso: 28 de junio de 2020).

⁴⁴ FERNÁNDEZ BAZ, O., CANTOS VICENT, R., MOLINA SÁNCHEZ, C. y NIEVES MARTÍN, Y. (FUNDACIÓN ATENEA), 2018. *El fenómeno de la violencia filio-parental desde una perspectiva de género*, Disponible en: https://www.observatoriodelainfancia.es/~cherosoia/documentos/5911_d_Informe-VFP-genero.pdf (acceso: 9 de junio de 2020).

«El patrón de violencia madre e hijo reproduce una violencia estructural presente en nuestra sociedad cuya forma más elemental o básica, si se quiere, es la violencia de género - en sus distintas formas y concepciones, espacios y tiempos - ejercida por el hombre sobre la mujer y soportada o basada en un sistema androcéntrico, jerárquico y desigual, donde los roles, valores, espacios y actividades atribuidos a las mujeres han estado y siguen estando minusvalorados y no reconocidos frente a los asignados cultural y socialmente a los hombres».

Hay que tener muy en cuenta la monoparentalidad en familias en las que las madres se encuentran solas educando a sus hijos, y en esta investigación se demuestra que hay una mayor victimización en familias formadas por un único progenitor más los hijos, y las reconstituidas mayoritariamente formadas por las madres, entre otros motivos, por la mayor frecuencia de custodias otorgadas en exclusiva a ellas. De los 37 casos de este tipo de familias de la muestra, 33 de ellas (89,2%) estaban formadas por las madres y 4 de ellas (10,8%) por los padres.

Agustina Sanllehí y Abadías Selma⁴⁵ señalan que, entre las causas de esta prevalencia de la madre como principal víctima, se encuentra: a) el hecho de que la madre esté siempre presente en el núcleo de convivencia; b) que siga recayendo en ella una mayor responsabilidad en la educación de los hijos; c) el hecho de que la mujer sea más vulnerable frente a una agresión; d) así como el que vivamos todavía en un entorno cultural impregnado de importantes componentes machistas. Asimismo, es la madre la que, en la mayoría de los casos, da el paso de poner la denuncia.

4. CASOS DE VIOLENCIA FILIO-PARENTAL ACAECIDOS EN ESPAÑA DURANTE EL ESTADO DE ALARMA DECRETADO POR LA PANDEMIA DE LA COVID-19

Durante el periodo de confinamiento salieron a la luz una serie de noticias relativas a casos de VFP, que seguidamente vamos a relacionar siguiendo un orden cronológico. Es necesario recurrir a las noticias que han ido apareciendo en los medios de comunicación para podernos hacer la idea del alcance de lo que ha sido y es la violencia filio-parental en estos tiempos de pandemia y hasta que no existan estudios criminológicos solventes que tengan una perspectiva temporal. En estos momentos se impone por lo tanto aunar la doctrina científica con las noticias de los diferentes medios de comunicación más solventes.

El 1 de abril, ya en plena pandemia y estado de alarma, aparecía la siguiente noticia en *Crónica Global*: «Aumentan las llamadas por violencia de hijos a padres durante el confinamiento». Este rotativo informaba que los Mossos d'Esquadra pedían a los vecinos que fuesen un "radar" para detectar el maltrato durante la cuarentena por la Covid-19⁴⁶.

Este incremento de las llamadas lo detalló la presidenta del Institut Català de les Dones (ICD), Laura Martínez, tras detectar un aumento de las llamadas, tanto al 112 como al 900 900 120, relatando lo siguiente:

«Los hijos que ya venían ejerciendo violencia contra sus padres ahora están encima más nerviosos y los padres en una situación más vulnerable, más aislados y con menos recursos para pedir ayuda», ha lamentado Martínez, quien ha mostrado su preocupación porque las agresiones durante la cuarentena «están invisibilizadas» y «es imposible saber todo lo que ocurre realmente» dentro de las casas».

Vemos que en esta noticia ya se destaca la mayor vulnerabilidad de los padres y madres que estuvieron en situación de aislamiento y con menos recursos para hacer frente a los embates de la violencia de los hijos, destacándose también el hecho de la invisibilización. Hemos de pensar que durante los meses de confinamiento decretado por el estado de alarma, la inmensa mayoría de terapias psicológicas y/o

⁴⁵ AGUSTINA SANLLEHÍ, J.R. y ABADÍAS SELMA, A, 2019, "¿Hijos tiranos o padres indolentes? Claves ante la violencia filio-parental", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. ISSN 1695-0194 RECPC 21-12. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/21/recpc21-12.pdf>, (acceso: 23 de junio de 2020), p. 16.

⁴⁶ REDACCIÓN. «Aumentan las llamadas por violencia de hijos a padres durante el confinamiento: Los Mossos piden a los vecinos que sean un radar para detectar el maltrato durante la cuarentena por el Covid-19, en *Crónica Global*, 1 de abril de 2020, disponible en: <https://cutt.ly/Shx5thE>, (acceso: 23 de junio de 2020).

psiquiátricas que realizaban los menores con problemas de conducta fueron suspendidas, y con ello la peligrosidad aumentaba, máxime si las familias habitaban en domicilios de dimensiones reducidas. Esta situación de vulnerabilidad extrema e invisible entendemos que debe ser abordada por las autoridades de forma decidida en el sentido de adoptar medidas como la asistencia a domicilio, terapias *on line*, control de las medicaciones prescritas a los menores violentos, dotación de recursos para la orden de alejamiento entre otras.

El día 5 de abril de 2020, la agencia EFE⁴⁷ informaba que una chica había agredido a su madre en la ciudad de Murcia propinando patadas y estirones de pelo, porque ésta no la dejaba ir a pasear con su novio. La madre la recriminó por querer saltarse la orden de confinamiento. La agresión acabó cuando el compañero sentimental de la madre consiguió retener a la chica hasta la llegada de la Policía y su puesta a disposición de la fiscalía de menores. Momentos antes de los hechos la misma policía había devuelto a la chica a la vivienda al observar que iba por la calle con su novio sin cumplir las restricciones de movilidad que establecía el estado de alarma decretado por el Gobierno de España.

Dos días después, el 7 de abril de 2020 aparecía en el periódico ABC⁴⁸ un titular muy significativo, que rezaba así: «¿Cómo superar la violencia filio-parental durante el confinamiento?». En esta noticia se informaba de que los conflictos en días de confinamiento por la COVID-19 se podían potenciar, especialmente, en los casos en los que ya había habido algún episodio. Y es que los casos que salieron a la luz como posibles de violencia filio-parental en su gran mayoría no eran episodios aislados, sino que eran casos en los que ya subyacía un cuadro de maltrato habitual.

En la misma noticia del rotativo ABC⁴⁹ se hacía referencia al Proyecto Conviviendo de la Fundación Amigó, y se indicaba que esta organización lanzó una serie de pautas para hacer la convivencia más llevadera y vivirla como un aprendizaje. Los consejos se agruparon en una guía, con el nombre de *Guía práctica emergencia Covid-19 ¿Cómo adaptarnos a la nueva situación y gestionar nuestro día a día?* Fundación Amigó⁵⁰.

En el mismo día 7 de abril de 2020 aparecía el titular: «El juez decreta el internamiento de un menor de Salou por maltratar a sus padres» en Diari de Tarragona (JUANPERE, 2020). La Fiscalía lo consideró autor de cuatro delitos de maltrato en el ámbito doméstico y solicitó la adopción de la medida de internamiento, atendiendo a la naturaleza de los hechos y a las circunstancias personales, familiares y sociales del menor.

El Magistrado juez recalcó que la situación de VFP se había agravado con la cuarentena, «pues se le hace difícil salir para conseguir la marihuana y también la convivencia en el hogar, donde no respeta la normativa, de forma que no tiene contención alguna». El joven está diagnosticado de TDA y de conducta negativista desafiante, además de tener problemas con el consumo de marihuana.

Se trata de un caso claro de violencia filio-parental que se vio agravado por la gran limitación de movimientos que derivaba del confinamiento asociándose ello con la dificultad de obtener tóxicos para el autoconsumo y trastornos psiquiátricos.

El 11 de abril de 2020 apareció un artículo en *La Razón*⁵¹, titulado «Tensiones familiares ante el coronavirus: el Ayuntamiento (de Madrid) atiende más de 3.400 casos», en el que la Asociación Bienestar y Desarrollo (ABD) indicaba que, durante el confinamiento, se había detectado una escalada de episodios de violencia filio-parental, y que la mayoría de ocasiones eran de naturaleza verbal, pero que a veces se trascendía a lo físico. En la misma noticia se destacaba que algunas situaciones eran derivadas de la falta de un espacio propio para los menores en muchos hogares.

⁴⁷ EFE. «Golpea a su madre para exigirle que cumpla el confinamiento y no pasee con la pareja», en *Més Digital*, Disponible en: <https://cutt.ly/ZuWdcpA>, (acceso: 17 de junio de 2020).

⁴⁸ EFE. «Cómo superar la violencia filio-parental durante el confinamiento?», en *ABC*, Disponible en: <https://cutt.ly/7u0lvB1>, (acceso: 23 de junio de 2020).

⁴⁹ *Ídem*.

⁵⁰ FUNDACIÓN AMIGÓ. 2018. *La violencia filio-parental en España*, Disponible en: <https://www.fundacionamigo.org/wp-content/uploads/2018/02/vfp2018.pdf>, (acceso: 28 de junio de 2020).

⁵¹ ECHAGÜE, J. «Tensiones familiares ante el coronavirus: el Ayuntamiento atiende más de 3.400 casos», en *LA RAZÓN*. Disponible en: <https://cutt.ly/quzLX5h>, (acceso: 15 de junio de 2020).

Laura Piñeiro, directora de la asociación en Madrid, explicaba a La Razón que, dependiendo del distrito, tenían que trabajar con «familias más vulnerables que se encontraban en una situación económica desfavorable, bien porque tenían que afrontar un ERTE, bien porque trabajaban en economía sumergida».

Y en esta noticia destaca que ya en el primer mes de confinamiento se disparaban los casos de agresiones de hijos hacia sus ascendientes haciéndose especial inciso en las familias con una situación económica precaria.

5. PRINCIPALES PROBLEMÁTICAS ASOCIADAS A LA VIOLENCIA FILIO-PARENTAL Y A LA VULNERABILIDAD ECONÓMICA EN LOS TIEMPOS DE LA COVID-19

La pandemia de la COVID-19 ha desencadenado la mayor crisis sanitaria, económica y social que podríamos afirmar que no se vivía desde la Guerra civil española y el periodo de postguerra.

La economía española entró en recesión técnica en el segundo trimestre del año 2020 tras registrar un desplome del PIB del 18,5% entre abril y junio, su mayor caída trimestral en la serie histórica que maneja el Instituto Nacional de Estadística (INE) y que parte desde 1970. El número total de parados en España se situó en 3.802.814 personas en el mes de agosto de 2020, cifra que no se había alcanzado desde los momentos más críticos de la crisis económica de 2008.

Las autoridades europeas, por su parte, tuvieron que movilizar fondos económicos a gran escala para los países más damnificados, como España. Se calcula que estos fondos alcanzarán un montante de siete veces el Plan Marshall que se implementó después de la Segunda guerra mundial para reconstruir Europa. De estos fondos europeos España recibirá unos 140.000 millones de euros del Fondo de recuperación europeo, un 11 % de su Producto Interior Bruto (PIB), de los que 72.700 millones se darán en ayudas directas.

Y en este contexto de debacle económica es muy previsible que la pobreza se cebe con los colectivos más vulnerables, y entre ellos se encuentran las familias que sufren la violencia filio-parental.

En este contexto, la violencia protagonizada por los menores que agreden a sus ascendientes es un fenómeno que está al alza, y ello lo podemos corroborar con las memorias de la Fiscalía General del Estado. Concretamente en la Memoria de 2020, con datos de 2019, se habla de 5055 casos frente a los 4833 casos del año anterior (2018), 4.665 de 2017 y los 4.355 de 2016. Pero lo que es más grave de este tipo de violencia es que desde la Fiscalía General del Estado se señala de forma clara que los casos siguen creciendo año tras año, y que esta problemática ya se ha enquistado desde que en 2005 se dispararon las alarmas pasándose ya de una generación a otra con unos modelos educativos fracasados, así Memoria FGE⁵²:

«Es un problema delictivo enquistado en el tejido social desde que comienzan a dispararse sus cifras a partir del año 2005, aproximadamente...».

Como ya venía haciendo la FGE en años anteriores, señala que el problema fundamental es la educación equivocada que se está dispensando a los menores:

«La explicación de que el problema no cese es que perviven en el tiempo los mismos patrones educativos fracasados y defectuosos».

Ello constituye una problemática que no tiene una repercusión mediática relevante, todo y que ya se han producido incluso homicidios:

«Ya se ha dicho que estos delitos, sorprendentemente, carecen de la repercusión mediática de otros fenómenos delictivos de menor gravedad objetiva. No obstante, en algunos casos se han producido homicidios consumados de las progenitoras (Lugo, Girona), o de una hermana (Barcelona)».

Podemos ver en el siguiente gráfico la evolución de la VFP en España con los datos de las memorias de la Fiscalía General del Estado, siempre teniendo en cuenta que estas cifras son solo de casos que han llegado a instancias judiciales, siendo según la mayoría de expertos solo el 10% de los casos.

⁵² FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: *Memoria 2020*. Disponible en: <https://www.fiscal.es/>, (acceso: 11 de octubre de 2020), pp 938-939.



Fuente: elaboración propia a partir de los datos de las memorias de la FGE

Y como hemos indicado, dentro de estas familias existe un colectivo que todavía es más vulnerable si cabe, y es el de las madres víctimas de la VFP que se han quedado educando solas por causas como las rupturas de pareja y/o matrimoniales y que además son de edad avanzada. Son diversos los estudios que demuestran que la VFP tiene una especial incidencia en este tipo de familias, así Fernández Baz⁵³.

Al respecto, Agustina Sanllehí y Abadías Selma⁵⁴ sobre la exposición de la madre a la VFP aseveran que el debilitamiento de la figura paterna y, sobre todo, materna, por cuanto es la madre la que está más expuesta a la violencia filio-parental, explica en parte, que hayamos pasado de una situación en la que el maltrato o abuso de los padres hacia los hijos era el fenómeno habitual, a un escenario donde se pueden producir con mayor facilidad episodios a la inversa.

En estos momentos tan críticos de la historia de España hay que recordar y realzar más que nunca los principios que preceptúan la Constitución Española en relación a la protección de la familia, que en su artículo 39 reza:

- «1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.
2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil...».

Así las cosas, es de absoluta necesidad que el Gobierno de España destine buena parte de los recursos económicos que hemos comentado a paliar los daños que están sufriendo las familias víctimas de la violencia que ejercen sus hijos, y que en la mayoría de ocasiones, se materializa en un contexto de impenetrabilidad y silencio por temores y vergüenzas las más de las veces infundados.

Las diferencias sociales en un momento de máxima incertidumbre y vulnerabilidad social, económica y sanitaria se vuelven más acentuadas que nunca, y ello puede producir una “brecha social” que puede tardar años en repararse.

Ante un panorama de confinamiento obligado y de precariedad económica que ha afectado a toda la sociedad, las familias que son víctimas de la VFP se encuentran en una situación muy compleja, pues nada tiene que ver una familia que tenga un hogar amplio y espacioso, con una que tenga que convivir en un piso de reducidas dimensiones. En momentos como los que estamos viviendo las diferencias sociales se acentúan y se tornan crueles sin entender de clases.

⁵³ FERNÁNDEZ BAZ, O., CANTOS VICENT, R., MOLINA SÁNCHEZ, C. y NIEVES MARTÍN, Y, (FUNDACIÓN ATENEA). 2018. *El fenómeno de la violencia filio-parental desde una perspectiva de género*, Disponible en: https://www.observatoriodelainfancia.es/~cherosoia/documentos/5911_d_Informe-VFP-genero.pdf (acceso: 9 de junio de 2020). *Op. cit.*

⁵⁴ AGUSTINA SANLLEHÍ, J.R. y ABADÍAS SELMA, A, 2019, “¿Hijos tiranos o padres indolentes? Claves ante la violencia filio-parental”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. ISSN 1695-0194 RECPC 21-12. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/21/recpc21-12.pdf>, (acceso: 23 de junio de 2020), *Op. cit.*

Vivimos un momento histórico en el que los poderes públicos han de apoyar ahora más que nunca a las familias víctimas de la VFP, y que además están viviendo en situación económica de máxima incertidumbre, precariedad, soledad e incompreensión.

La violencia y la pobreza son elementos que cuando penetran en las familias y éstas no tienen una protección decidida de los poderes públicos, socavan los cimientos de nuestro estado social y democrático de derecho y dañan a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) sobre todo de los más vulnerables tan exhortados por Terradillos Basoco⁵⁵ en su actual, imprescindible y candente obra: *Aporofobia y plutofilia: la deriva jánica de la política criminal contemporánea*.

⁵⁵ TERRADILLOS BASOCO, J.M^a, 2020. *Aporofobia y plutofilia: la deriva jánica de la política criminal contemporánea*. Barcelona: J.M. Bosch.

BIBLIOGRAFIA

- ABC, “Cómo superar la violencia filio-parental durante el confinamiento?”, Disponible en: <https://cutt.ly/7u0lvB1>, (acceso: 23 de junio de 2020).
- AGNEW, R. & HUGULEY, S, 1989. “Adolescent violence toward parents”. *Journal of Marriage and the Family*, p. 5.
- AGUSTINA SANLLEHÍ, J.R. y ABADÍAS SELMA, A, 2019, “¿Hijos tiranos o padres indolentes? Claves ante la violencia filio-parental”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. ISSN 1695-0194 RECPC 21-12. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/21/recpc21-12.pdf>, (acceso: 23 de junio de 2020), p. 16.
- BOBIC, N, 2002. *Adolescent violence towards parents: Myths and realities*. Rosemount Youth and Family Services, Marrickville.
- BREZINA, T, 1999. *Teenage violence towards parents as an adaptation to family strain. Evidence from a National Survey of Male Adolescents*. *Youth and Society*, Vol. XXX, 4., pp. 416–444.
- BROWNE, K. & HAMILTON, C, 1998. “Physical Violence between young adults and their parents: associations with a history of child maltreatment”. *Journal of Family Violence*. n.º. 13 (1), pp. 59–79.
- CORNELL, C. & GELLES, R, 1982. “Adolescent to parent violence”. *Urban Social Change Review*. 15. (1), pp. 699-711.
- COTTRELL, B, 2001. “Parent abuse: the abuse of parents by their teenage children”. *The Family Violence Prevention Unit Health*, Canada, p. 94.
- COTTRELL, B. & MONK, P, 2004. “Adolescent to Parent Abuse. A Qualitative Overview of Common Themes”. *Journal of Family Issues*, XXV, 8. p. 1072-1095.
- ECHAGÜE, J. «Tensiones familiares ante el coronavirus: el Ayuntamiento atiende más de 3.400 casos», en *LA RAZÓN*. Disponible en: <https://cutt.ly/quzLX5h>, (acceso: 15 de junio de 2020).
- REDACCIÓN. «Aumentan las llamadas por violencia de hijos a padres durante el confinamiento: Los Mossos piden a los vecinos que sean un radar para detectar el maltrato durante la cuarentena por el Covid-19, en *Crónica Global*, 1 de abril de 2020, disponible en: <https://cutt.ly/Shx5thE>, (acceso: 23 de junio de 2020).
- CUERVO GARCÍA, A.L, 2018. *Menores maltratadores en el hogar: un estudio del fenómeno de violencia filio-parental*, Barcelona: J.M. Bosch.
- DIARI De TARRAGONA. “El juez decreta el internamiento de un menor de Salou por maltratar a sus padres”, Disponible en: <https://cutt.ly/Au0RTQb>, (acceso: 23 de junio de 2020).
- EFE. “Golpea a su madre para exigirle que cumpla el confinamiento y no pasee con la pareja”. *Més Digital*, Disponible en: <https://cutt.ly/ZuWdcpA>, (acceso: 17 de junio de 2020).
- FALCÓN CARO, M.ª C. y POLAINO NAVARRETE, M. 2001. *Malos tratos habituales a la mujer*. Barcelona: J.M. Bosch.
- FERNÁNDEZ BAZ, O., CANTOS VICENT, R., MOLINA SÁNCHEZ, C. y NIEVES MARTÍN, Y, (FUNDACIÓN ATENEA). 2018. *El fenómeno de la violencia filio-parental desde una perspectiva de género*, Disponible en: https://www.observatoriodelainfancia.es/~cherosoia/documentos/5911_d_Informe-VFP-genero.pdf (acceso: 9 de junio de 2020).
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: *Memoria 2020*. Disponible en: <https://www.fiscal.es/>, (acceso: 11 de octubre de 2020).
- FUNDACIÓN AMIGÓ. 2018. *La violencia filio-parental en España*, Disponible en: <https://www.fundacionamigo.org/wp-content/uploads/2018/02/vfp2018.pdf>, (acceso: 28 de junio de 2020).
- GALLAGHER, E, 2004. “Parents victimized by their children”. *Australian and New Zealand journal of family therapy*. 25 (1), pp. 1-12.
- GARCÍA ARANDA, R. y CERESO DOMÍNGUEZ, A.I, 2017. “La respuesta del sistema de justicia juvenil al fenómeno de la violencia filio-parental en la provincia de Málaga entre los años 2011 y 2014”. *Boletín criminológico, Instituto Interuniversitario de Criminología* (sección Málaga), octubre-noviembre, n.º. 173. Disponible

en: <http://www.boletincriminologico.uma.es/boletines/173.pdf>, (acceso: 9 de junio de 2020).

GARCÍA DE GALDEANO RUIZ, P. GONZÁLEZ LÓPEZ, M, 2007. *Madres agredidas por sus hijos/as: Guía de recomendaciones prácticas para profesionales*, Diputación foral de Vizcaya, Disponible en: <https://cutt.ly/AivQvTo>, (acceso: 26 de junio de 2020).

GARRIDO GENOVÉS, V, 2005. *Los hijos tiranos: el síndrome del emperador*. Ariel: Barcelona.

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, M., GESTEIRA SANTOS, C., FERNÁNDEZ ARIAS, I. y GARCÍA VERA, M.P, 2010. “Adolescentes que agreden a sus padres. Un análisis descriptivo de los menores agresores”. *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, Vol. 10, pp. 37-53.

HARBIN, H. & MADDEN, D, 1979. “Battered parents: a new syndrome”. *American Journal of Psychiatry*. 136. (10) 1, pp. 1288-1291.

HERRADOR CARABANTES, A., CANO MARTÍN, A., REY LEDE, M^a. MAR. y NGUYEN Vo, T, 2017. *Factores de vulnerabilidad en madres víctimas de violencia filio-parental. Por un futuro de tratamiento con las familias*, Barcelona: Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Generalitat de Catalunya, Disponible en: <https://cutt.ly/WiGWDGS>, (acceso: 28 de junio de 2020).

IBABE EROSTARBE, I, 2007. *Perfil de los hijos adolescentes que agreden a sus padres*. Investigación realizada en la CAV. Vitoria-Gasteiz: Universidad del País Vasco.

JIMÉNEZ ARROYO, S, 2017. “Madres victimizadas. Análisis jurídico de la violencia filio-parental como un tipo de violencia hacia la mujer”, en *Anales de Derecho. Universidad de Granada*, Disponible en: <https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/289231/216471>, (acceso: 25 de junio de 2020).

JUANPERE, A. «El juez decreta el internamiento de un menor de Salou por maltratar a sus padres», en *DIARI De TARRAGONA*. Disponible en: <https://cutt.ly/Au0RTQb>, (acceso: 23 de junio de 2020).

KRATCOSKI, P, 1985. “Youth violence directed toward significant others”. *Journal of Adolescence*, 8, pp. 145-157, Disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0140197185800439>, (acceso: 30 de junio de 2020).

LA RAZÓN. “Tensiones familiares ante el coronavirus: el Ayuntamiento atiende más de 3.400 casos”. Disponible en: <https://cutt.ly/quzLX5h>, (acceso: 15 de junio de 2020).

LAURENT, A. & DERRY, A, 1999. “Violence of French adolescent toward their parents”, *Journal of Adolescent Health*, 25 (1), pp. 21-26, Disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S1054139X98001347>, (acceso: 30 de junio de 2020).

PATERSON, R., LUNTZ, H., PERLESZ, A. & COTTON, S, 2002. “Adolescent violence towards parents: Maintaining family connections when the going gets tough”, *Australian and New Zealand Journal of Family Therapy*, 23, pp. 90-100.

PAULSON, M., COOMBS, R.H. & LANDSVERK, J, 1990. “Youth who physically assault their parents”. *Journal of Family Violence*, 5. (2) 1, pp. 121-133.

PEEK, C.W., FISCHER, J.L. & KIDWELL, J.S, 1985. “Teenage violence toward parents: a neglected dimension of Family violence”. *Journal of Marriage and the Family*, 47 (4), pp. 1051-1058.

PEREIRA TERCERO, R, 2006. “Violencia filio-parental: un fenómeno emergente”. *Mosaico, Revista de la Federación Española de Asociaciones de Terapia Familiar*, 36, Disponible en: https://www.bienestaryproteccioninfantil.es/imagenes/tablaContenidos03SubSec/VFP_un_fenmeno_emergente._Pereira_R.pdf, (acceso: 9 de junio de 2020).

PEREIRA TERCERO, R.; LOINAZ CALVO., I; DEL HOYO BILBAO, J.; ARROSPIDE ERKOREKA, J.; BERTINO MENNA, L.; CALVO ÁLVAREZ, A. MONTES, y GUTIÉRREZ, M^a M, 2017. «Propuesta de definición de violencia filio-parental: consenso de la Sociedad Española para el Estudio de la Violencia filio-parental (SE-VIFIP)», en *Papeles del Psicólogo*, 38 (3), pp. 216-223. <https://doi.org/10.23923/pap.psicol2017.2839>, disponible en: <http://www.papelesdelpsicologo.es/pdf/2839.pdf>. (acceso: 9 de junio de 2020).

RECHEA ALBEROLA, C., FERNÁNDEZ MOLINA, E., y CUERVO GARCÍA, A.L, 2008. *Menores agresores en el ámbito familiar*. Centro de Investigación en Criminología, Informe núm. 15 Universidad de Castilla-La

- Mancha. Disponible en: <http://www.uclm.es/criminologia/pdf/15-2008.pdf>. (acceso: 28 de junio de 2020).
- ROBINSON, P.W., DAVIDSON, L.J. & DREBOT, M.E, 1958, "Parent abuse on the rise: a historical review", *American Association of Behavioral Social Science Online Journal*, 58-67.
- ROMERO BLASCO, F., MELERO MERINO, A., CÀNOVAS AMENÓS, C. y ANTOLÍN MARTÍNEZ, M. 2005. *La violencia de los jóvenes en la familia: Una aproximación a los menores denunciados por sus padres*. Àmbit social i criminològic. Generalitat de Catalunya, Disponible en: Departament de Justícia, https://www.recercat.cat/bitstream/handle/2072/200254/doc_28636973_1.pdf?sequence=1, (acceso: 28 de junio de 2020).
- SEARS, R., MACCOBY, E. & LEVIN, H, 1957. *Patterns of child rearing*. Atheneum, New York.
- STRAUS, M.A, 1979. "Measuring intrafamily conflict and violence: The conflict tactics scales' (CTS)". *Journal of Marriage and the Family*. 41, (1), pp. 75-88.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M^a, 2020. *Aporofobia y plutofilia: la deriva jánica de la política criminal contemporánea*. Barcelona: J.M. Bosch.
- URRA PORTILLO, J, 2006. *El pequeño dictador. Cuando los padres son las víctimas*. Madrid: La esfera de los libros.
- WILSON, J, 1996. "Physical abuse of parents by adolescent children", D.M. Busby (Ed.), *The impact of violence on the family: Treatment approaches for therapists and other professionals*, Allyn & Bacon: Massachusetts, pp. 101-123.

Revista SISTEMA PENAL CRÍTICO

HACIA UNA APLICACIÓN ANTIAPOROFÓBICA DEL ACUERDO DE NO PERSECUCIÓN PENAL EN LA LEGISLACIÓN BRASILEÑA¹

POR UMA APLICAÇÃO ANTIAPOROFÓBICA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Leonardo Schmitt de Bem

Doctor en Derecho penal por la Università degli Studi di Milano. Doctor en Derechos Fundamentales y Libertades Públicas por la Universidad de Castilla-La Mancha (Albacete). Maestro en Derecho penal por la Universidad de Coimbra. Profesor de la Universidad Estadual do Mato Grosso do Sul (Brasil).

Rodrigo Fuziger

Doctor en Gobernanza Global y Estado de Derecho por la Universidad de Salamanca. Doctor en Derecho penal por la Universidad de São Paulo. Maestro en Derecho por la Universidad de São Paulo. Profesor de posgrado de la Universidad Presbiteriana Mackenzie (São Paulo – Brasil).

¹ Artículo realizado en el marco del proyecto «Hacia un modelo de justicia social: alternativas político-criminales», concedido por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades del Gobierno de España en la convocatoria 2018 de proyectos I+D+i «Retos investigación» para el período 2019-2021 (ref. RTI2018-095155-A-C22), perteneciente al proyecto coordinado «Aporofobia y Derecho penal» (ref. RTI2018-095155-B-C21).

Artículo elaborado por miembro del proyecto de cooperación internacional de investigación “Hacia un modelo de justicia social: alternativas político-criminales”. Referencia: RTI2018-095155-A-C22. IP. Demelsa Benito Sánchez. Universidad de Deusto.

RESUMEN:

Este artículo tiene como objetivo demostrar que la retroactividad de la aplicación del acuerdo penal de no persecución penal antes de la vigencia de la «*Lei Anticrime*» (“Ley Anticrimen») es una medida para combatir la selectividad criminal y el hiperencarcelamiento, convirtiéndose en un instrumento de contención de recrudecimiento criminal, un fenómeno potenciado por los cambios derivados de la «*Lei Anticrime*» (13.469/ 2019), que trae una serie de predicciones que contribuyen a un modelo aporofóbico de Derecho penal.

ABSTRACT:

This paper aims to demonstrate that the retroactivity of the application of the “criminal non-prosecution agreement» to crimes committed before the “Anti-Crime Law” is an important measure to combat criminal selectivity and mass imprisonment, making it an exceptional measure to contain the criminal harshness, a phenomenon that is increased by the modifications from the “Anti-crime Law” (Law 13.469/2019), which brings within it a series of rules that contribute to an aporophobic model of Criminal law.

PALABRAS CLAVE:

aporofobia; justicia consensuada; selectividad criminal; encarcelamiento masivo

KEYWORDS:

aprophobia; consensual justice; criminal selectivity; mass imprisonment

SUMARIO:

1. Introducción; 2. Algunas observaciones sobre el escenario carcelario brasileño; 3. El Acuerdo de no persecución penal (Art. 28-A del Código procesal penal brasileño); 4. Una propuesta de aplicación antiaporofóbica del Acuerdo de no persecución brasileño; 5. Conclusiones; 6. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

*Hay muchas maneras de matar.
Pueden meterte un cuchillo en el vientre.
Quitarte el pan.
No curarte de una enfermedad.
Meterte en una mala vivienda.
Empujarte hasta el suicidio.
Torturarte hasta la muerte por medio del trabajo.
Llevarte a la guerra, etc...
Sólo pocas de estas cosas están prohibidas en nuestro Estado.*
Bertolt Brecht²

La expresión «aporofobia» es un neologismo con raíces en las palabras griegas *á-poros* (pobre, indefenso) y *fobos* (miedo, aversión). El término fue creado en la década de 1990 por la filósofa y profesora de ética de la Universidad de Valencia, la española Adela CORTINA, para justificar la existencia de una «rechazo a los pobres»³. A finales de 2017, el término fue incorporado al Diccionario por la Real Academia Española y, menos de diez días después, fue elegido la palabra del año⁴, superando a competidores como *fake news*, *uber* y *bitcoin*.

No es incorrecto afirmar, y los datos estadísticos son la prueba, de que todas las instituciones criminales - policiales, judiciales y penitenciarias - en Brasil tienen muchos rasgos de aporofobia, ya que la selectividad criminal dirigida a las clases marginadas es una característica estructural del Estado brasileño, con procesos de criminalización primaria y secundaria que demuestran esta dinámica. Considerando que el mantenimiento del orden de las clases sociales se camufla en un intento de mantener el orden público⁵, los más vulnerables económicamente, pertenecientes a los estratos populares y víctimas de sus estereotipos particulares, constituyen la población habitual del sistema penitenciario brasileño.

En Brasil, también en 2017, el mismo año en que el término «aporofobia» se registró en el Diccionario de la Real Academia Española, el Consejo Nacional de la Fiscalía de la República – a través de la Resolución n° 181, capítulo VII – reguló en términos administrativos “acuerdo de no persecución penal”, por el cual la Fiscalía podría no proponer una acusación contra un investigado que formal y detalladamente confesase la práctica de un delito sin violencia o amenaza grave contra personas y con una pena mínima menor que cuatro años.

Dicha propuesta tenía como objetivo central asegurar un mayor dinamismo al sistema penal brasileño, incorporando un instituto de justicia consensual, con características propias de los institutos de *Common law*. Así que, por lo tanto, que la propuesta de la Fiscalía brasileña no tenía el objetivo central de combatir la selectividad criminal en Brasil y, consecuentemente, la aporofobia del sistema penal brasileño.

Sin embargo, si el neologismo es capaz de transformar la realidad social, como lo afirma Adela CORTINA, el acuerdo de no persecución penal, aunque involuntariamente, es capaz de transformar la realidad criminal brasileña, dado que, en un sistema penal extremadamente selectivo, surge una posibilidad de reducir los efectos sociales nocivos de la pena, especialmente la privación de libertad, aliviando las cárceles.

² BRECHT, Bertolt. *Poemas y canciones*. Traducción de Jesús López Pacheco e Vicente Romano. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 16.

³ CORTINA ORTS, Adela. *Aporofobia, el rechazo al pobre: un desafío para la democracia*. Barcelona: Paidós, 2017. Sobre el tema, en Brasil, véase: FUZIGER, Rodrigo. *Aporofobia e Sistema Penal: nominando a ignomínia*. *Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal*, 2(4), 2019, pp. 11-12.

⁴ Por la Fundación del español urgente (Fundéu BBVA).

⁵ WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Zahar Editor, 2001, p. 9.

2. ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE EL ESCENARIO CARCELARIO BRASILEÑO

No es novedad que la Criminología (en una mirada del *labeling approach*) describe la estigmatización de clases subalternas – que advienen de un sistema penal que busca la perpetuación del *status quo*, por medio del manejo de los marginados y de la tutela al patrimonio individual – en que se ocurre un proceso de etiquetamiento de ciertas parcelas de la población como delincuente o potencialmente delincuente, a partir de criterios arbitrarios (aunque, cuidadosamente estipulados).⁶

Esencial notar que la marginación es un fenómeno central en la formación social establecida, por medio de la exclusión de los procesos de reproducción y de los sistemas socio-culturales. Pero, no se trata de una exclusión total. En ese contexto, surge la necesidad de agencias de control social formal que hagan el manejo de esos individuos marginados, siendo que el instrumento más contundente que se hace disponible a tales agencias es justamente el Derecho penal, lo cual, por tanto, no actúa exclusivamente a partir del hecho delincuente incidiendo sobre su autor, pero sí, sobre una inmensa parcela social estigmatizada como delincuentes en potencia.⁷

Ana Isabel PÉREZ CEPEDA también alerta sobre la utilización del Derecho penal como instrumento de control de las consecuencias del modelo de sociedad acentuadamente desigual. En ese sentido, la autora observa que el incremento de las poblaciones penitenciarias parece responder más a los modos de gestión del deterioro de la situación social que a un incremento de la criminalidad.⁸

Observa Eugenio Raúl ZAFFARONI que la selectividad criminal se da en virtud de estereotipos y recae sobre lo que el autor denomina de “criminalidad grosera”⁹ (o aún por comportamiento grosero o trágico), practicada por personas de clases subalternas, sin instrucción para la práctica de delitos más sofisticados, estos que son muy menos susceptibles de caer en las tramas del Derecho penal.

En la misma línea, de acuerdo con Hernán HORMAZÁBAL MALARÉE, la teoría del delito constituye un sistema de filtros reductores de la criminalización secundaria en sí misma selectiva ya que está dirigida a los delitos gruesos (obras toscas de la criminalidad cuya detección es más fácil) ya personas con menor capacidad de acceso al poder político y económico o a los medios de comunicación. Tal selección vulnera el principio de igualdad, pudiéndose constatar grados de peligrosidad del sistema penal, más incisivos en lo que concierne a sujetos en estado de vulnerabilidad.¹⁰

Las observaciones de los párrafos anteriores son especies de verdades universales sobre la dinámica de la creación y aplicación del Derecho penal, cualquiera que sea el momento o lugar analizado. Sin embargo, estas conclusiones son aún más relevantes en países con: altos niveles de violencia criminal; enormes diferencias económicas entre clases sociales; falta de provisión de derechos sociales en cantidad y calidad mínimamente adecuadas.

⁶ Los procesos de etiquetamiento ocurren a partir del uso de recursos nominalistas, con la atribución de adjetivos que adhieren y condicionan la percepción del sujeto sobre sí, así como la percepción de la sociedad sobre él. La definición de tales estigmas adviene de una relación entre saber y poder, aún que los saberes que fundamentan las decisiones potestativas sean oriundos de perspectivas anacrónicas, reduccionistas y lastradas en paradigmas etiológicos. Por tal razón, se puede hablar en una “arbitrariedad estipulada” en la deliberación y atribución del etiquetado. Metafóricamente Bruno LEONI relata una anécdota que bien demuestra como la definición del saber queda condicionada a relaciones de poder y viceversa: “Eso acuerda la inteligencia de la respuesta dada por un antiguo pedagogo confuciano a su discípulo divino, un imperador muy joven, cuyo profesor le había preguntado el nombre de algunos animales que habían visto durante un paseo en el campo. El joven imperador contestó: ‘Son carneros’, ‘El hijo de los Cielos está perfectamente correcto’, dijo el pedagogo, educadamente. ‘Apenas debo añadir que ese tipo de carnero se llama normalmente cerdo.’ LEONI, Bruno. *Liberdade e a lei*. Traducción de Diana Nogueira e Rosélis Maria Pereira. Porto Alegre: Ortiz, 1993, p. 45.

⁷ Cf. FUZIGER, Rodrigo. *Del libre albedrío a la autodeterminación: hacia una nueva fundamentación de la responsabilidad jurídico-penal*. Salamanca: Ratio Legis, 2020, pp. 326-327.

⁸ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: Lustel, 2007, p. 38.

⁹ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidad por vulnerabilidad. In: *Nueva Doctrina Penal*, 2003/A, Buenos Aires, Del Puerto, pp. 325-340, 2003.

¹⁰ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Una necesaria revisión del concepto de culpabilidad. In: *Revista de derecho (Valdivia)*, v. 18, n. 2, p. 167-185, 2005, p. 177 y ss.

En Brasil, se combinan todos estos elementos, lo que sumado a un intrincado y amplio número de otras variables genera un escenario de hipercarcelamiento que, no solo no logra reducir la violencia criminal, sino que, por el contrario, sirve como motor impulsor de nuevos arreglos criminales, por ejemplo, con el crecimiento de facciones criminales que han surgido en la cárcel y cooptan nuevos miembros dentro de las prisiones.

En los primeros seis meses de 2019, el número total de personas en el sistema penitenciario brasileño era de 758,676¹¹. Teniendo en cuenta los requisitos necesarios para la aplicación del acuerdo de no persecución penal (los cuales se expondrá más adelante), es posible estimar, con datos más detallados del INFOPEN 2017¹², que más de 120 mil segregados podrían beneficiarse.

Sobre este número de 120 mil segregados – que corresponde a aproximadamente el 15% de la población encarcelada en Brasil – es necesario una observación, ya que algunos tipos criminales que componen el porcentaje no son cometidos rutinariamente por personas que carecen de recursos. Si la desigualdad social no genera delincuencia (pensando aquí en el fenómeno criminal desde una perspectiva multifactorial, en lugar de reducirlo a un prisma etiológico de la pobreza como factor criminógeno), sin duda es un factor que aumenta la criminalidad. En este sentido, considerando solo un delito característico de clases marginadas – el delito de hurto (Art. 155 del Código penal brasileño) – cuyo público típico está compuesto por aquellos que sufren “de déficits socioeconómicos en la era del capitalismo de barbarie”¹³, al menos 60,000 prisioneros serían potenciales beneficiarios por acuerdos de no persecución penal.

3. EL ACUERDO DE NO PERSECUCIÓN PENAL (ART. 28-A DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL BRASILEÑO)

En 2019, con el surgimiento de la llamada «Ley anticrimen» (13.964/2019), se insertó la posibilidad de un acuerdo de enjuiciamiento no penal en el sistema legal brasileño.¹⁴

Se reitera que, como pasó con la publicación de la norma administrativa por parte de la Fiscalía en 2017, la principal razón para la inserción del acuerdo de no persecución penal en la ley procesal penal brasileña no es reducir el encarcelamiento, sino dar un mayor dinamismo al sistema penal (o sea, enfocar los esfuerzos en delitos considerado más graves). Sin embargo, independientemente de la *mens legis* que motivó la ley que alberga el instituto, surge una ventana de oportunidad para la reducción de la población carcelaria, con la consecuente disminución del carácter selectivo del sistema penal.

El artículo 28-A del Código procesal penal brasileño establece requisitos objetivos y subjetivos para la celebración del acuerdo. Una vez satisfechos estos requisitos objetivos, aún le correspondería a la Fiscalía evaluar (subjetivamente) la necesidad y la suficiencia del acuerdo para reprobar y prevenir el delito y (objetivamente) si el agente es reincidente o, aunque no lo sea, si existen elementos probatorios que indiquen conducta delictiva habitual, repetida o profesional (art. 28-A, § 2º, II del Código procesal penal brasileño)¹⁵. Un análisis positivo y negativo de los respectivos requisitos daría lugar así a la

¹¹ Véase el LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS. Org. MOURA, Marcos Vinicius. Brasília: Ministério da Justiça e da Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2019.

¹² El INFOPEN es una encuesta con datos del sistema penitenciario brasileño. Cf. INFOPEN. Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN. Brasília (DF): Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2017.

¹³ BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 22.

¹⁴ La Resolución 181/2017 de la Fiscalía brasileña no tenía un status de ley, sino de norma administrativa.

¹⁵ La reincidencia es un elemento objetivo que, por regla general, prohíbe el acuerdo de no persecución penal. Tal disposición ofende la idea de individualización de la reprimenda del individuo, que también se entiende aquí bajo otro sesgo: la posibilidad o no de aplicar el acuerdo de no persecución como medida de desencarcelamiento. Así, la reincidencia estaría mejor situada dentro del análisis subjetivo de la aplicación del instituto en casos concretos. Excepcionalmente, la ley establece que, incluso si el agente reincide, si “el delito anterior es insignificante”, el acuerdo puede ser ofrecido al agente. Se desconoce el significado de la construcción anterior en comillas, lo que es una clara violación del principio de legalidad. Además de la crítica, interpretando dicha expresión a través de la analogía *in*

propuesta del Acuerdo, al prever condiciones que, de cumplirse, conduzcan a la extinción de la sanción del agente.

Véase lo que dispone el Artículo 28-A del Código procesal penal brasileño:

Art. 28-A. No siendo un caso de sobreseimiento y habiendo el investigado formal y circunstancialmente confesando la práctica del delito sin violencia ni amenaza grave y con una pena mínima menor de 4 (cuatro) años, la Fiscalía podrá proponer un acuerdo de no persecución, siempre que sea necesario y suficiente para reprimir y prevenir delitos, sujeto a las siguientes condiciones ajustadas de forma acumulativa y alternativa:

I - reparar el daño o devolver la cosa a la víctima, salvo en la imposibilidad de hacerlo;

II - Renunciar voluntariamente a bienes y derechos señalados por la Fiscalía como instrumentos, producto o ventajas del delito;

III - Realizar servicios comunales o a entidades públicas por un período correspondiente a la pena mínima impuesta al delito reducida en uno a dos tercios, en lugar que indique el juzgado de ejecución, en forma del art. 46 del Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de diciembre de 1940 (Código Penal);

IV - pagar prestación pecuniaria, que se estipulará en los términos del art. 45 del Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de diciembre de 1940 (Código Penal), a entidad de interés público o social, que será designada por el juzgado de ejecución, cuya función preferente es proteger bienes jurídicos iguales o similares a los aparentemente lesionados por el delito; o

V - Cumplir, por un período determinado, con otra condición que indique la Fiscalía, que sea proporcional y compatible con la infracción penal imputada.

4. UNA PROPUESTA DE APLICACIÓN ANTIAPOROFÓBICA DEL ACUERDO DE NO PERSECUCIÓN BRASILEÑO

Una pregunta tormentosa se destaca desde el punto de vista de la comparación entre la aplicación del acuerdo de no persecución penal y la realidad del sistema criminal brasileño: la posibilidad de que dicho instituto se aplique de manera retroactiva, beneficiando a un gran contingente de personas que ya están en el sistema penitenciario, sea como prisioneros provisionales (ya denunciados) o como condenado sin sentencia firme. Según las instrucciones de la Fiscalía brasileña¹⁶, dicho acuerdo solo se aplicará a los futuros agentes, excluyendo todos los que ya han sido denunciados por delitos cometidos antes de la vigencia de la Ley 13.964/2019. Tal interpretación impide el mecanismo retroactivo, que es legítimo ya que se trata de una nueva ley más beneficiosa (pues, aunque sea una norma en un código procesal, ella contiene elementos de derecho penal material, por lo tanto, es una ley de contenido mixto, sujeta a retroactividad¹⁷).

Por lo tanto, según la interpretación equivocada de la Fiscalía brasileña¹⁸, solo a los detenidos en prisión preventiva y sin denuncias recibidas se les podría revisar su situación, reduciendo, así, considerablemente el número de personas que serían contempladas por el excepcional efecto

bonam partem, véase: MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schmitt. *Direito penal: lições fundamentais*, parte geral. 5ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, p. 1255-1256.

¹⁶ «Es válido el acuerdo de no persecución penal por hechos ocurridos antes de la Ley N° 13.964/2019, siempre que no se haya recibido la denuncia» (Recomendación N° 20 de CNPG y GNCCRIM).

¹⁷ Sobre la retroactividad del acuerdo de no persecución penal, véase: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo Orsini. O respeito à Constituição Federal na Aplicação retroativa do ANPP. En: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Acordo de não persecução penal*. 2ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, p. 127-144.

¹⁸ Sin embargo, tal interpretación restrictiva (que prohíbe la retroactividad del instituto) no debe ser recibida con sorpresa, ya que los institutos despenalizadores son usados en Brasil con gran precaución o, incluso, con desprecio deliberado. En este sentido y, por ejemplo, con respecto al hurto, se ofrecen varias denuncias contra los acusados (o recursos ministeriales cuando el juicio rechaza la denuncia) por la práctica de delitos insignificantes. En un caso reciente, la Corte Suprema Federal reconoció la atipicidad material en un intento de robar chocolates valorados en menos de veinte euros. HC nº 178191/SP, rel. Min. Celso de Mello, DJe 019 PÚBLICO 02/03/2020. Y hay aún más casos, como casos de intento de hurto de piezas de salami (valoradas en menos de diez Euros) y una botella de champú (con un valor de menos de 5 Euros).

beneficioso de esta disposición normativa, insertada dentro de un conjunto de cambios legales (la “Ley anticrimen”) que tiene por marca, un aumento notable en el rigor del sistema penal brasileño.¹⁹

Es necesario analizar si el contenido del Acuerdo de no persecución penal, que está en un código procesal, contiene elementos de derecho penal material y, por lo tanto, estaría albergado por el principio de retroactividad, según el Art. 5º, XL, de la Constitución Federal de Brasil («La ley penal no retroactuará, salvo en beneficio del imputado.») y del Art. 2, párrafo único, del Código Penal brasileño que dispone: «La ley posterior, que de alguna manera favorezca al mandatario, se aplica a los hechos anteriores, aunque decididos mediante sentencia definitiva».

La idea de retroactividad de la ley penal más benigna tiene una posición central en el sistema legal brasileño (así como en los Estados democráticos de Derecho). Esto se debe a que otorga un trato igualitario entre quienes cometen delitos bajo la nueva norma y quienes cometieron delitos antes de que estas reglas estuvieran vigentes. De esta manera, la retroactividad de la norma penal más benigna está en consonancia con el principio de igualdad, previsto en el Art. 5º, I de la Constitución Federal de Brasil (“hombres y mujeres son iguales en derechos y obligaciones bajo esta Constitución;”).

Por otro lado, sobre la irretroactividad de la norma penal más rigurosa (casos de *novatio criminis* o *novatio legis in pejus*), Manuel JAÉN VALLEJO observa que la irretroactividad de la ley penal más severa se basa en la seguridad jurídica necesaria para que las personas conduzcan su conducta social sin ser sorprendidos por el poder-deber punitivo del Estado. La irretroactividad del derecho penal es un brazo operativo del principio de reserva legal, encaminado a orientar a cada persona hacia lo que puede y no puede hacer, así como a saber qué pasa si hace lo que no puede hacer.²⁰

Sin embargo, según lo prescrito en el Art. 2, párrafo único, del Código penal brasileño, la irretroactividad tiene excepciones, en hipótesis de *abolitio criminis* o de *novatio legis in melius*. En esta segunda hipótesis, es posible que las reglas procesales (que siguen la regla del *tempus regit actum*) pueden retroagir, si hay alguno elemento de derecho penal material en el contenido de la norma.

En los casos de “normas procesales penales mixtas” o “normas penales con contenido material”, la ley procesal tiene retroactividad en beneficio del imputado. Rodrigo Régner Chemim GUIMARÃES y Fábio André GUARAGNI dan ejemplos de estas especies normativas:

- a) Normas mixtas, que afectan al derecho procesal y al derecho penal: el art. 366, del Código procesal penal brasileño, impide el desarrollo del proceso ante un imputado citado mediante notificación, ausente y sin abogado constituido, coronando el principio de contradicción, al establecer la necesidad conocimiento del contenido de la acusación que es hecho. *Pari passu*, genera efectos criminales, al suspender la fluidez de la prescripción mientras se suspende el desarrollo del evento;
- b) Normas procesales penales con contenido material: aquellas que son procesales, pero que tocan la libertad y otros derechos materiales del imputado, afligidos por el poder punitivo (derecho penal material) directamente, en lugar de reflexiva o indirectamente, por la expansión o restricción de garantías, como ocurre con las normas procesales penales puras. Las normas procesales penales con contenido material terminan limitando o ampliando directamente derechos fundamentales, de carácter material: b.1) la posibilidad de deambulación, afectada por la pena privativa de libertad, así como por las penas restrictivas del derecho a concurrir a lugares o conducir vehículos ; b.2) la disponibilidad de bienes, afectada por multas, beneficios pecuniarios, pérdida de bienes y derechos y b.3) libertad de trabajo, restringida por la prestación de servicios comunales y prohibición temporal del derecho a ejercer cargos públicos y profesión regulada.²¹

¹⁹ Parece inequívoco que tales modificaciones están menos vinculadas a una preocupación por reducir la violencia criminal y más centradas en satisfacer las preocupaciones de la población vinculadas a la lucha contra el crimen (basado en la antigua y falsa fórmula simbólica del derecho penal: aumentar el rigor para reducir los delitos). Sobre el tema, Cf. FUZIGER, Rodrigo. *Direito penal simbólico*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 115 e ss.

²⁰ JAÉN VALLEJO, Manuel. *Principios constitucionales y derecho penal moderno*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999, p. 24.

²¹ GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim; GUARAGNI, Fábio André. Acordo de não persecução penal e sucessão

Siguen los autores, clasificando la norma del Art. 28-A do Código procesal penal brasileño, que trata del Acuerdo de persecución no penal:

Teniendo en cuenta que – una vez cumplido el Acuerdo de no persecución penal – el investigado tendrá declarada extinguida su pena, a pesar de que la norma es de carácter procesal penal, queda claro que su contenido también toca el derecho penal material. Eso porque permite discutir la posibilidad o no de sancionar al sujeto, operando, en su contenido, bajo la clave “punible-no punible”, característica de las normas de carácter material penal. Y, en este paso, amplía el campo de la libertad del acusado. Así, se trata de una norma procesal con contenido material y, en esa medida, debe interpretarse como si se tratara solo de una norma de derecho penal material.²²

Este entendimiento es compartido aquí. El Acuerdo de no persecución penal es una norma procesal con contenido material y, por lo tanto, está sujeta a retroactividad.

El debate sobre la retroactividad del Acuerdo de no persecución no penal ya llegó a la jurisprudencia de Brasil. En este sentido, existen entendimientos plurales de los tribunales brasileños.

Posición minoritaria de Magistrados considera que el Acuerdo de no persecución penal es una norma puramente procesal y, como tal, de aplicación inmediata y sin efecto retroactivo.²³

Otra posición, que es mayoritaria, informa que se trata de una norma procesal con contenido material y, por tanto, con efecto retroactivo. Se justifica por el hecho de que el reglamento del Acuerdo de no persecución penal, aunque formalmente insertado en el Código procesal penal brasileño, también se presenta con contenido de derecho material, ya que interfiere directamente con la pretensión punitiva del Estado.²⁴

La solución de retroactividad del Acuerdo de no persecución penal involucra diferentes extensiones en las decisiones jurisprudenciales brasileñas. La posición más restrictiva permite retroactivar el beneficio solo para situaciones pasadas en las que aún no se ha recibido la denuncia criminal²⁵. Por otro lado, aún existe una solución más amplia, que permite la aplicación del acuerdo de persecución no penal incluso antes de la sentencia²⁶.

Todavía, existe la posibilidad de una comprensión aún más amplia de la retroactividad del acuerdo de no persecución penal. Es lo que se defiende en este artículo, como una interpretación antiaporofóbica del acuerdo de no persecución penal, bajo el aspecto de una paridad sustancial de trato entre individuos, con una posición para ampliar el alcance de la retroactividad del Acuerdo de no persecución penal, una vez que no sería racional ofrecer el acuerdo a quien es investigado y negar a quien fue denunciado, condenado, o definitivamente ha sido sentenciado. En este sentido, exponen Leonardo Schmitt DE BEM y João Paulo Orsini MARTINELLI:

Viola la isonomía insistir en la ejecución penal de un determinado agente, especialmente cuando alguien, aún investigado, que ha cometido la misma infracción y se presenta con las mismas

temporal de normas processuais penais. En: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo Orsini. 2ª ed. *Acordo de não persecução penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, pp. 168-169.

²² GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim; GUARAGNI, Fábio André. Acordo de não persecução penal e sucessão temporal de normas processuais penais, *op. cit.*, p. 170.

²³ Aunque minoritaria, tal posición está acreditada por declaraciones recientes de Ministros del Superior Tribunal de Justicia (STJ). Véase, por ejemplo, las decisiones del Ministro Félix Fischer (HC n. 575324/SP, DJ 06/06/2020), del Ministro Reynaldo Soares da Fonseca (REsp 1843809/SC, DJ 24/06/2020) y del Ministro Ribeiro Dantas (HC n. 577934/SP, DJ 25/06/2020). Para ellos, el Art. 28-A del Código procesal penal brasileño estaría dotado de aplicación inmediata, sin ninguna hipótesis retroactiva. En estos términos, utilizan la regla del arte. 2º del mismo Código procesal penal, para apoyar el principio de *tempus regit actum*. Cf. DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo. O respeito à Constituição Federal na aplicação retroativa do ANPP, *ob. cit.*, p. 128.

²⁴ “La no persecución, ciertamente, es más benigna que una posible condena penal” (TRF-4 - ACR: 5004135-89.2018.4.04.7016, Rel. João Pedro Gebran Neto, octava clase, DJ 13/05/2020).

²⁵ (TJ-SC - APR: 0005280-60.2015.8.24.0008, Rel. Carlos Civinski, 1ª Câmara Criminal, DJ 23/04/2020).

²⁶ (TJ-SC - APR: 0900040-36.2018.8.24.0016, Rel. Luiz Zanini Fornerolli, 4ª Câmara Criminal, DJ 12/03/2020; TJ-PR - APL: 0003311-21.2017.8.16.0183, Rel. Celso Jair Mainardi, 4ª Câmara Criminal, DJ 21/04/2020; TJ-SP - APR: 1526083-13.2019.8.26.0228, Rel. Laerte Marrone, 14ª Câmara de Direito Criminal, DJ 08/05/2020).

características personales, puede gozar de las condiciones pactadas con la Fiscalía. No hay ninguna razón para crear una barrera infranqueable no prevista por el constituyente. Está claro el contenido del artículo XL del art. 5 de la Carta Magna: «La ley penal no retroactuará, salvo en beneficio del imputado». Si prevalece el contenido del derecho sustantivo de la norma procesal, no se puede desvincular de la norma la retroactividad prevista en el propio Código Penal, en el sentido de que ni siquiera la sentencia firme impide la aplicación retroactiva de una ley posterior favorable (art. 2º, párrafo único del Código penal brasileño). Bajo el prisma de ambos artículos, no tiene sentido aplicar el Acuerdo de no persecución penal solo a los procesos en curso, y el Estado también debe brindar el beneficio a los ya condenados definitivamente.²⁷

Así, independientemente de la etapa en la que se encuentre el proceso, incluso con una decisión final e inapelable, la retroactividad del Acuerdo de no persecución penal es perfectamente posible y, más que eso, una necesidad ante un sistema penitenciario saturado que promueve las facciones criminales y la reincidencia criminal. Sin dudas, un panorama prisional pernicioso, que contiene a miles de ciudadanos que tienen derecho al Acuerdo de no persecución penal, si aplicado en su correcta dimensión, desde una perspectiva técnica y teleológica.

5. CONCLUSIONES

“La ley es como un cuchillo/no ofende a quien lo maneja”²⁸. Esos versos toman parte del poema épico argentino intitulado *Martín Fierro* y expresan líricamente el uso del Derecho como instrumento de dominación de clases subalternas e inmunización de las elites, permitiendo el ya mencionado mantenimiento del *status quo*.

Si hay una inequívoca utilización deturpada del Derecho – no como instrumento de consecución de la Justicia (en una visión abstracta y, quizás, ingenua), pero como instrumento de poder y opresión – se puede afirmar que, en específico, el Derecho penal, “es el Derecho desigual por excelencia”.²⁹

George RUSCHE y Otto KIRCHHEIMER observan una histórica selectividad en las modalidades de punición, con registros de sociedades que castigaban con multas los más abastados mientras que a los más pobres se les aplicaban penas privativas de libertad y corporales.³⁰

Así, el Derecho penal, como regla y más allá de una mirada romántica e ingenua, es un instrumento de potenciación de la aporofobia. De esa forma, es imperioso pensar en mecanismos para combatir una tendencia aporofóbica interna al Derecho penal.

Negar la amplitud del alcance de la retroactividad al acuerdo de no persecución corresponde, sin ningún rubor, a seguir la línea perene de exclusión, confirmando que una masa de prisioneros pobres no es socialmente deseada, potenciando los procesos de (re)marginación y, por lo tanto, elevando el coro de la aporofobia.

Debe aclararse que no solo es irrelevante, sino también nocivo, el argumento de que la retroactividad negativa también afectará al prisionero “no pobre”. Con la aplicación del acuerdo de enjuiciamiento no penal, habrá una reducción global en el encarcelamiento (también contemplando, por ejemplo, corruptos y corruptores, y otros criminosos relacionados a la macrocriminalidad). Si el acuerdo termina beneficiando a la impunidad de personas poderosas, esto ocurrirá de manera residual³¹. Tal afirmación

²⁷ DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo Orsini. O respeito à Constituição Federal na aplicação retroativa do ANPP, *ob. cit.*, pp. 135-136.

²⁸ HERNÁNDEZ, José. *Martín Fierro*. Albany: New York University Press, 1967, p. 464.

²⁹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e crítica do Direito penal: Introdução à sociologia do direito penal*. 3ª ed. Traducción de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 162.

³⁰ KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. *Punição e estrutura social*. Traducción de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 112.

³¹ Didácticamente, en detrimento de la precisión científica, se puede decir con facilidad que por cada sujeto rico que se beneficie del acuerdo de no persecución, también lo serán cientos de sujetos marginados. Pensando en el derecho penal desde principios como la proporcionalidad y la subsidiariedad, la relación descrita anteriormente entre beneficiarios ricos y pobres parece ser más que bienvenida.

es constatable bajo una mirada al perfil del sistema penitenciario brasileño: su abrumadora mayoría está compuesta por personas pobres³².

Incluso desde la perspectiva del argumento utilitario y pragmático bajo el cual se concibió el dispositivo, es beneficioso aceptar la retroactividad del acuerdo de no persecución, ya que la ejecución de los acuerdos no solo traerá la posibilidad de que la Fiscalía priorice sus recursos humanos a los delitos más graves, así como promoviendo una economía de gastos, con menos procesos judiciales y menos encarcelamientos.³³

Así, en un panorama (casi utópico) de un sistema penal racional y justo, la lógica de todo lo que fue expuesto sería absolutamente simple: no se puede mantener segregado a alguien que realizó una conducta insignificante o al borde de la insignificancia porque este sujeto es considerado socialmente insignificante. Por lo tanto, fundamental que um mínimo de esa utopía se materialice, con la aplicación retroactiva del acuerdo de enjuiciamiento no penal, alcanzando así a los marginados (de un sistema selectivo y perverso) de ayer, hoy y mañana.

³² «Los raros arrestos de personas con alto estatus social no alteran la realidad de que los pobres sean los típicos huéspedes de la prisión y se encuentran, en diversas situaciones, provisoriamente detenidos por la práctica de conductas penalmente insignificantes». MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schmitt. *Direito penal: lições fundamentais*, parte geral. 5ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, p. 55-56.

³³ Es esencial mencionar que el instituto del acuerdo de no persecución penal puede ser criticado desde varios aspectos. Por ejemplo, bajo la grave previsión de que él será manipulado para forzar acuerdos incluso en casos de inocencia de los sujetos. Sin embargo, a pesar de la relevancia de las críticas, el objetivo de este artículo es pensar exclusivamente en los mecanismos que hacen que dicho instituto sea más inclusivo y apropiado para el sistema penal brasileño.

BIBLIOGRAFÍA

- BARATTA, Alessandro. 3ª ed. *Criminologia Crítica e crítica do Direito penal: Introdução à sociologia do direito penal*. Traducción de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002. ISBN 9788571061231.
- BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 22. ISBN 9788571064201.
- BRECHT, Bertolt. *Poemas y canciones*. Traducción de Jesús López Pacheco e Vicente Romano. Madrid: Alianza Editorial, 1996. ISBN 9788420611037.
- COMISSÃO ESPECIAL – GNCCRIM. *Enunciados interpretativos da Lei nº 13.964: Lei Anticrime*. 2020.
- CORTINA, Adela. *Aporofobia, el rechazo al pobre: un desafío para la democracia*. Barcelona: Paidós, 2017. ISBN 9788449333385.
- DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo Orsini. 5ª ed. *Direito penal: lições fundamentais, parte geral*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. ISBN 9786550590901.
- O respeito à Constituição Federal na aplicação retroativa do ANPP. En: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo Orsini. 2ª ed. *Acordo de não persecução penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. ISBN 786555890921.
- FUZIGER, Rodrigo. Aporofobia e Sistema Penal: nominando a ignomínia. En: *Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal*, 2(4), 2019. ISSN 26753189.
- Del libre albedrío a la autodeterminación: hacia una nueva fundamentación de la responsabilidad jurídico-penal*. Salamanca: Ratio Legis, 2020. ISBN 9788417836153.
- Direito penal simbólico*. Curitiba: Juruá, 2015. ISBN 9788536254807.
- GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim; GUARAGNI, Fábio André. Acordo de não persecução penal e sucessão temporal de normas processuais penais. En: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo Orsini. 2ª ed. *Acordo de não persecução penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. ISBN 786555890921.
- HERNÁNDEZ, José. *Martín Fierro*. Albany: New York University Press, 1967. ISBN 9780873950268.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Una necesaria revisión del concepto de culpabilidad. In: *Revista de derecho (Valdivia)*, v. 18, n. 2, p. 167-185, 2005. ISSN 07180950.
- JAÉN VALLEJO, Manuel. *Principios constitucionales y derecho penal moderno*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999. ISBN 9508942061.
- KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. *Punição e estrutura social*. Traducción de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004. ISBN 9788571063075.
- LEONI, Bruno. *Liberdade e a lei*. Traducción de Diana Nogueira e Rosélis Maria Pereira. Porto Alegre: Ortiz, 1993. ISBN 9780865970960.
- LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS. Org. MOURA, Marcos Vinicius. Brasília: Ministério da Justiça e da Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2019.
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: Iustel, 2007. ISBN 9788496717411.
- WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Zahar Editor, 2001. ISBN 8535302182.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidad por vulnerabilidad. In: *Nueva Doctrina Penal*, 2003/A, Buenos Aires, Del Puerto, pp. 325-340, 2003. ISSN 18509118.

Revista SISTEMA PENAL CRÍTICO

LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA COCULPABILIDAD COMO INSTRUMENTO DE UNA POLÍTICA CRIMINAL INCLUSIVA

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE COMO INSTRUMENTO DE UMA POLÍTICA CRIMINAL INCLUSIVA

Marilize da Silva Bentes

Doctoranda por el Programa “Estado de Derecho y Gobernanza Global” de la Universidad de Salamanca – USAL. Máster en Derecho Penal – USAL. Posee grado en Derecho – UNIPE (Brasil) y grado en Historia – UFPB (Brasil). Abogada penalista.

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).

RESUMEN:

El presente trabajo tiene como objetivo proponer la utilización del principio de la culpabilidad como herramienta para consecución de una Política Criminal de inclusión en el Estado social e democrático de Derecho, en países como Brasil y los demás de América Latina. Una política criminal inclusiva solamente es posible cuando hace parte de un programa de políticas sociales. Así, el Derecho Penal dejaría de ser aporóforo, dejando de ser utilizado como instrumento de dominación y segregación.

ABSTRACT:

The objective of this work is to propose the use of the principle of co-culpability as a tool to achieve a Criminal Policy of inclusion in the social and democratic State of Law, in countries such as Brazil and the rest of Latin America. An inclusive criminal policy is only possible when it is part of a social policy program. In this way Criminal Law can cease to be aporophobic, no longer being used as an instrument of domination and segregation.

PALABRAS-CLAVE:

aporofobia, culpabilidad, política criminal, política social

KEYWORDS:

aporophobia, co-culpability, criminal policy, social policy

SUMARIO:

1. Introducción; 2. Aplicación del principio de culpabilidad como herramienta ante una política criminal de exclusión; 3. El principio de culpabilidad y su necesaria aplicación en el ordenamiento jurídico brasileño; 4. La política criminal como integrante de la política social: 4.1 La realidad carcelaria e histórico-social de Brasil marcada por una Política Criminal excluyente; 4.2 Política Criminal del Estado social de Derecho; 4.3 El papel protagonista del principio de la culpabilidad en la Política Criminal; 5. Políticas educativas como propuestas de la política social: 5.1 La educación como instrumento de igualdad de oportunidades; 5.2 La función socializadora de la educación; 5.3 El sistema educativo como aparato de selección de la sociedad; 6. Conclusiones; 7. Referencias

1. INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene como premisa plantear una relación del nuevo concepto de Aporofobia con la realidad del sistema penal brasileño. Como magistralmente lo bien identificó y conceptuó Adela Cortina, “aporofobia” representa el odio y rechazo al pobre, por el único hecho de serlo¹. El estudio del nuevo término posibilita su aplicación en varias ramas del conocimiento como, por ejemplo, el Derecho Penal y la criminología.

Conviene destacar la importancia de la creación del término, toda vez que su existencia posibilita la denuncia de una “patología social” cuyo estudio fomenta la lucha por desvendarla, llevarla a conocimiento con el fin de erradicarla para que se logre el respeto a la dignidad de la persona².

La autora añade la importancia de dar nombre a las realidades sociales para que tengamos conocimiento de su existencia y, desde luego, tomar posiciones ante ellas. De lo contrario, si tales realidades siguen anónimas, pueden llegar a actuar con la fuerza y formato de una ideología silenciosa, utilizada por la clase dominante para perpetuar sus privilegios. Una ideología cuanto más oculta más peligrosa y efectiva es, toda vez que no se puede denunciarla³.

Así que, resulta comprobada la urgencia y necesidad de conocer, traducir y denunciar la aporofobia que es, sin espacio para dudas, muy presente en nuestra realidad social. En su obra, la referida autora menciona los posibles delitos de odio cometidos hacia los menos privilegiados, hacia aquellos excluidos y marginalizados de la sociedad por el hecho de no ofrecer nada a cambio, en una sociedad que prevalece el cambio de intereses, sobre todo materiales.

Pero, la aporofobia también puede ser percibida bajo una óptica distinta, sin que eso se aleje de su real significado, de lo contrario, expande su comprensión en las demás esferas del conocimiento y práctica. Veamos, cuando tenemos la consagración de un Estado social y democrático de derecho (con el marco de la redemocratización de Brasil y la promulgación de la Constitución Federal de 1988), o sea, un Estado esencialmente Constitucionalista, con el principio de la dignidad de la persona como principio clave, cuya ideología orienta todas las ramas de derechos de la constitución, y nos deparamos con una realidad social donde la miseria y la desigualdad crecen día tras día, donde el respeto a la dignidad de la persona está restringido a una pequeña parcela de la población, no podemos decir que ese Estado cumple con la ideología y principios que lo erigieron.

No tenemos en nuestra realidad, lo que sería un genuino Estado social y democrático que, como señala Mir Puig, sería aquel donde hay una intervención significativa en la vida social y que quedaría al servicio de los ciudadanos. Al tener la naturaleza de Estado social, tiene por obligación inherente crear condiciones sociales que mejore la vida del individuo y de las comunidades. Sin embargo, para lograr el control, ejecutado por el ciudadano, de estas condiciones, es necesaria la existencia de un Estado democrático de derecho. No es posible concebir al Estado social de Derecho, sin la dimensión democrática, debido a la necesidad de tutelar la libertad real de toda la sociedad, y no sólo limitado a proteger cuestiones sociales de grupos específicos.

En lo concerniente a la responsabilidad del Estado ante la criminalidad, sabemos que, con el surgimiento del Estado social, el Estado se encuentra en una posición irrenunciable de intervenir en la vida social. De acuerdo con Sanz Mulas, el Estado tiene la obligación de cumplir, entre otras varias, las funciones de lucha contra la criminalidad y de reinserción del delincuente en la vida social. Pasa a tener el compromiso de participar en la conformación de la sociedad, no aceptando ni permitiendo que ésta continúe como estaba, logrando así poner en práctica el valor de justicia, propio de su configuración⁴. Así que, el Estado deja su actuación de mero espectador y pasa a actuar directamente en la configuración, y diseño, de la sociedad, siempre manteniendo la realización de la justicia social como valor, u objetivo, prioritario.

¹ CORTINA ORTS, Adela, 2017. *Aporofobia, el rechazo al pobre: un desafío para la democracia*. Barcelona: Paidós.

² Ibid., p. 14.

³ Ibid., p. 18.

⁴ SANZ MULAS, Nieves, 2000. *Alternativas a la pena privativa de libertad*. Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana. Madrid: Editorial Colex.

2. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE COCULPABILIDAD COMO HERRAMIENTA ANTE UNA POLÍTICA CRIMINAL DE EXCLUSIÓN

Siguiendo lo planteado por Cortina acerca de la aporofobia, tenemos reflejados en nuestra sociedad, la omisión del Estado social y democrático, como también la presencia de una Política Criminal excluyente, materializada en la práctica de un Derecho Penal extremadamente punitivo y segregador. Basta observar la realidad del sistema penitenciario de Brasil y de varios países de América Latina, que se constata, sin hacer mucho esfuerzo, la preponderancia de una población carcelaria vulnerable socialmente, la mayoría sin acceso a educación de calidad y el mínimo de una vida digna.

Estamos hablando de un Estado omiso y, a su vez, aporófobo (se puede hablar por analogía) cuando no cumple con su función primordial de garante y no realiza la tutela de los derechos fundamentales de la mayor parte de la población. Además, cuando no le importa la realidad de los que son marginados, de los que no pueden fornecer nada a cambio y son dejados a su propia suerte, teniendo que competir por medios de supervivencia de forma tan injusta en una sociedad abismalmente desigual donde no existe justicia social.

Dentro de esa línea de pensamiento, constatamos, también, la presencia de un Derecho Penal aporófobo (así tomado, también, por analogía), cuando este es empleado con tanta violencia, generando lo que sería llamado de *injusto jushumanista* que continuamente afecta América Latina. Zaffaroni destaca la importancia de la existencia de principios que direccionan al legislador penal, para que implemente un sistema penal orientado a los Derechos Humanos, con base en un Derecho Penal que intervenga mínimamente y que sea sobre todo garantista. Se puede decir que, en la actualidad, no existe un Estado democrático que al menos no asuma su carácter garantista, obedeciendo a los principios que están para limitar el *jus puniendi*, aunque sea letra de ley con un abismo muy profundo entre la realidad⁵.

De acuerdo con lo que señala Berdugo Gómez De La Torre, la actuación del Estado se caracteriza por tener el poder originario del pueblo, y, una vez al ser esto vigente, muy remotamente se puede conferir a la reacción punitiva otro objetivo que no sea armonizar la convivencia social⁶. El reflejo del Estado social y democrático de Derecho en el Derecho penal crea un conflicto constante entre la efectividad y protección de los intereses sociales y la protección de los derechos de los sujetos que cometen los delitos⁷.

El autor citado alega que, la actuación de Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho debe inclinarse por la protección de intereses inherentes a los hombres y sus dinámicas en un sistema social personalista, los bienes jurídicos. Y cuando se habla de bien jurídico y su clasificación, esta debe ser hecha bajo los preceptos democráticos del Estado.

Se propugna en esta comunicación, un análisis involucrando los conceptos de aporofobia y de un principio constitucional penal decurrente del principio de la dignidad de la persona, de necesaria aplicación en el ordenamiento jurídico brasileño y algunos países de América Latina. Se trata del principio de la coculpabilidad, y se defiende su aplicación en un primer momento para que el Estado reconozca su corresponsabilidad ante la existencia y crecimiento de la criminalidad, pero sobre todo hacer con que ese mismo Estado se comprometa a implementar políticas sociales con el fin de disminuir la miseria y erradicar las desigualdades sociales.

En medio a los antídotos mencionados por Cortina para sanar la patología social en estudio, la autora siempre apunta el empoderamiento de los pobres, y eso sería a través de la educación formal e informal, aparte la creación e instituciones políticas con el fin de erradicar las desigualdades sociales⁸. La presente investigación presenta el principio de la coculpabilidad como un principio que tiene la función de limitar el *jus puniendi* del Estado, mitigando la responsabilidad penal del individuo que pertenezca a una situación de vulnerabilidad social (el *aporo*), pero también se propugna la implementación de

⁵ ZAFFARONI, Raúl Eugenio, 1999. *Manual de Direito Penal Brasileiro*: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais.

⁶ BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio, 2012. *Viejo y nuevo derecho penal*. Principios y desafíos del derecho penal de hoy. Madrid: Iustel.

⁸ CORTINA ORTS, Adela. *Aporofobia, el rechazo al pobre: un desafío para la democracia*. Op. Cit., pp. 25-26.

una Política Criminal comprometida con su función de comprender el fenómeno de la criminalidad objetivando erradicarla. Para eso, sería necesaria la creación de políticas sociales, pues se sabe que “una buena política criminal es una buena política social”.

Así que, la aplicación del principio de la coculpabilidad y la implementación de las políticas sociales serían también considerados antídotos contra la aporofobia presente en la actual política criminal de exclusión y marginalización paradójicamente permitida por el actual Estado social y democrático de derecho brasileño.

Es una realidad incontestable que la sociedad y el Estado no se manifiestan con el intuito de comprender y solucionar los problemas sociales que les rodean. Cierran los ojos para lo que les causa repulsión, y con eso dejan de crear mecanismos para erradicar lo que tanto les causan miedo y aversión. Entretanto, esa inercia y abstención resultan en la fuerza propulsora del aumento de la criminalidad como se dio desde hace mucho.

3. EL PRINCIPIO DE LA COCULPABILIDAD Y SU NECESARIA APLICACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO BRASILEÑO

No tan distante de nuestra realidad, pero hace algunos siglos, un médico y crítico social, de nombre Jean Paul Marat, revolucionó a frente de su tiempo y de pensadores contemporáneos cuando dio vez y voz aquellos que eran estigmatizados de la sociedad. Estamos hablando de una revolución peculiar que se pasaba en los bastidores de la gloriosa Revolución Francesa en los idos del siglo XVIII. Marat era adepto de la tesis contractualista, la que preponderaba en su época, alegando que los hombres se reunían en la sociedad con el propósito de garantizar sus derechos, renunciando a sus libertades individuales de cara al interés de la colectividad. La igualdad social, en su conceptualización antigua, fue rota debido a la naturaleza y violencia mostrada en la relación del individuo, o grupos, con otros individuos⁹.

En sus escritos, constantemente evidenciaba que, de generación a generación, no se lograron establecer frenos, o controles, para impedir el rumbo que desencadenaba todavía más las desigualdades sociales. La creciente concentración de la riqueza en las manos de una minoría, donde los que quedaban atrás eran oprimidos y explotados, provocó que las vidas de este último grupo se volvieran indigentes, ocupando tierras ajenas.

Así que, el autor se cuestionaba constantemente si, en una situación de miseria y desigualdad, los individuos excluidos por, y de la sociedad que les oprimía, estaban obligados a obedecer las leyes; aquellas mismas leyes que conferían el derecho y título de propiedad a unos pocos en perjuicio de otros. O sea, las mismas leyes que apenas formalmente garantizaban la igualdad entre los hombres, al no mostrar interés, en ningún momento, en una verdadera justicia social¹⁰.

En lo tocante a obediencia de los individuos a las leyes, el autor afirma que aquellos que se encuentran en el margen de la sociedad, los cuales no tienen el mínimo de derechos fundamentales garantizados o de una vida digna, no tienen la obligación de cumplir las leyes. El afirma que “en una tierra que toda es posesión del otro y en la cual no se pueden apropiarse nada; quedan reducidos a morir de hambre. Entonces, no conociendo la sociedad más que por sus desventajas, ¿están obligados a respetar las leyes? No, sin género de duda; si la sociedad los abandona, vuelven al estado natural, y cuando reclaman por la fuerza derechos de que no pudieron prescindir sino para proporcionarse mayores ventajas, toda autoridad que se oponga a ello es tiránica, y el juez que los condene a muerte, no es más que vil asesino”¹¹.

Marat elaboró, entonces, un “Plan de Legislación Criminal”, dividido en cuatro partes, donde la primera se dedicaba a hablar de una legislación penal más justa. De sus ideas revolucionarias, toda vez que es considerado el padre de la Teoría de la Culpabilidad”, tuvimos una repercusión en la esfera

⁹ ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *Manual de Direito Penal Brasileiro*: parte geral. Op. Cit., p. 268.

¹⁰ MARAT, Jean Paul, 2000. *Plan de Legislación Criminal*, Traducido por A. E. L. Colección Criminalistas Perenes, Vol. 3. Buenos Aires: Hammurabi.

¹¹ Ibid., p. 65.

penal aplicada por algunos doctrinarios a ejemplo de Zaffaroni¹², Greco¹³, Rodrigues¹⁴ que defienden la aplicación de la citada teoría en forma de principio constitucional penal en el ordenamiento jurídico brasileño y en los demás países de América Latina, lugares que son fuertemente afectados por la desigualdad social.

Es imprescindible destacar también al profesor Nilo Batista, en cuanto a su concepción acerca de la coculpabilidad. El citado autor expone que la “coculpabilidad, en cierta medida, hace sentar en el banco de los reos, al lado de los mismos reos, la sociedad que le produjo”¹⁵. En cuanto al juicio de reproche, tenido como presupuesto de la culpabilidad, la dinámica social de los reos, la ausencia de oportunidades y poca asistencia por parte del Estado, hace que éste tenga una corresponsabilidad con los individuos. La coculpabilidad puede, entonces, ser entendida como un juicio de reprobación hecho hacia al Estado ante su negligencia en relación a los ciudadanos, mitigando la culpabilidad del sujeto.

La doctrina brasileña que defiende la aplicación de la teoría en estudio, visualiza la tesis o principio de la coculpabilidad en el ordenamiento jurídico brasileño, a través de aspectos supra legales en la fijación de la pena, en consonancia con lo que dispone el Art. 66 del Código Penal¹⁶, lo cual instituye una *circunstancia atenuante genérica*, a través de la cual, analizando el caso concreto, el juez puede reducir la pena a ser aplicada de la cantidad que le convenga. De acuerdo con este artículo, la pena podrá ser todavía atenuada en razón de circunstancias relevantes, anteriores o posteriores al crimen, aunque no esté expresamente prevista en ley. Hay la posibilidad de aplicación del principio de la coculpabilidad por parte del juez que, en el momento de hacer el docimetría de la pena, debe analizar el caso concreto, el delito cometido y, sobre todo, el encuadramiento social del sujeto que lo ha cometido (por si este es socialmente vulnerable), y optar por reducir su condena, atenuando su pena.

El enfoque de aplicación del principio es direccionado directamente al autor del delito de forma inmediata; y de forma mediata para el delito cometido. A partir de entonces, se debe observar si el crimen fue cometido por un individuo inserto en un estado social de vulnerabilidad y si el delito por él cometido tiene relación con su condición actual¹⁷. Además, se debe hacer un análisis del caso específico buscando detectar si ocurrió una reducción en la libertad de actuación del individuo – el *aporo* - mediante sus fragilidades económicas.

En la esfera del Derecho Penal, toda vez que este debería ser un derecho penal social y democrático, bajo la Constitución, enfatizamos la importancia de los principios que están para limitar el *jus puniendi* del Estado. Éstos están para direccionar al legislador penal para que implemente un sistema penal orientado a los Derechos Humanos, con base en un Derecho penal de culpabilidad, con intervención mínima, y, sobre todo, garantista. Se puede decir que, en los días actuales, no existe un Estado democrático que al menos no asuma su carácter garantista, obedeciendo a los principios de legalidad, lesividad, intervención mínima, culpabilidad y resocialización¹⁸

Del Principio de Dignidad de la persona, surgen varios sub-principios limitadores del *ius puniendi* del Estado. Algunos de los cuales están expresamente en el texto constitucional, o desarrollados de manera implícita. Uno de tales principios es el “principio de la coculpabilidad del Estado”, cuya aplicabilidad radica en la esfera penal, al tratarse de un principio constitucional penal

¹² ZAFFARONI, Raúl Eugenio, 1983. *Tratado de Derecho Penal: parte general*. Vol. 5. Buenos Aires: Ediar.

¹³ GRECO, Rogério, 2005. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Vol. 1, 5ª edição. Niterói: Impetus.

¹⁴ RODRIGUES, Cristiano, 2010. *Teorias da Coculpabilidade e teoria do erro*. 3ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense.

¹⁵ BATISTA, Nilo, 2011. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan.

¹⁶ BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, 7 de dezembro de 1940. Código Penal Brasileiro. Art. 66 “Art. 66 – “A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”.

¹⁷ FUZIGER, Rodrigo José, 2018. *Ao arbítrio de Ananke: por uma revisão do conceito de autodeterminação no direito penal*. Directora: Ana Elisa Libertatori Silva Bechara. Tese de doutorado, Universidade de São Paulo.

¹⁸ GARCÍA RIVAS, Nicolás, 1996. *El poder punitivo en el estado democrático*. Cuenca: Edic. de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Aunque sea comprobada la importancia del principio en estudio, su aplicación no ocurre a menudo, algunos doctrinarios no lo mencionan, y cuando lo hacen, se resumen a decir que no existe aplicabilidad plausible y no está positivado en nuestro ordenamiento jurídico. En las pocas ocasiones que fue suscitado en los Tribunales, fue casi siempre rechazado. Sin embargo, contrariando una gama de doctrinarios que se omiten, hay unos pocos jueces que lo aplican de oficio, a ejemplo del Juez Rosivaldo Toscano Júnior en la fundamentación de sus sentencias. Veamos un ejemplo:

Andamio Procesal n. 0102912-84.2016.8.20.0001 - Acción Penal -procedimiento Ordinario - Robo *Majorado* - 06/07/2016 do TJRN Tribunal de Justicia del Rio Grande do Norte

De la coculpabilidad social. La parte acusada era usuaria de drogas a la época de la infracción, y transborda su rudeza, decurrente, infelizmente, de nuestro sistema abisalmente desigual e injusto, donde la equidad es un mito, y solamente no detectan eso los ingenuos. Así, justificase el reconocimiento de la atenuante innominada (o genérica) en favor del acusado, en razón de la coculpabilidad social en la participación del delito, pues es notorio que la situación de dependencia química contribuye significativamente para estimular la práctica de crímenes contra el patrimonio con el intuito de cumplir los valores de una sociedad capitalista, en que pese la falta de medios institucionales de atigrir tales metas mantener la dependencia química. Tal hecho vuelve el acusado en un ser más vulnerable al cometimiento de crímenes y propenso a la selección hecha por el sistema penal, en su tamiz ya tan denunciada por Honoré de Balzac cuando señalaba que las “leyes son telas de arañas, donde las moscas grandes pasan y las pequeñas quedan presas¹⁹.”

Como se puede observar, el pensamiento del juez está en consonancia con lo que señaló Marat acerca de la coculpabilidad. Se trata de una situación aislada, sin embargo, estas circunstancias ocurren muy a menudo en Brasil, donde un sujeto, víctima de la exclusión social, y, sobre todo, acometido por una enfermedad, o sea, la dependencia química, que le conduce a los medios más inciertos de conseguir mantener su vicio. Es, además, un gran problema de salud pública no tratado por el Estado de la manera que debería ser tratado. En el caso en comentario, el joven hizo uso de una herramienta ilegal, pero su actitud es fruto de la desigualdad social, saliendo este de la esfera de autor de un delito para la categoría de víctima social.

Otro punto de extrema importancia señalado por Jean Paul Marat es la relación existente entre la criminalidad y la falta de oportunidades e instrucción de las cuales padece una parte de la población. El mismo nos invita a reflexionar acerca de este punto diciendo: “Examinad aquellos cuya vida es más criminal y veréis que casi siempre son hombres que no han recibido ninguna educación. ¡Cuántos que se abandonan a los vicios se hubieran distinguido por sus virtudes si los hubiesen alimentado con las lecciones de la sabiduría!”²⁰

Es fundamental y de extrema importancia la relación que el teórico hace entre la educación y la reducción de la criminalidad. La educación es, sin duda, una de las herramientas más importantes para la erradicación de la criminalidad. Es posible hacer un símil entre la sociedad según Marat y la situación actual en Brasil. Si observamos el perfil de los individuos hacinados en las cárceles de Brasil, la mayoría de ellos poseen ninguno, o casi ningún grado de instrucción formal. Lo que se quiere subrayar es que, una vez el individuo adquiere conocimientos y cultura, la probabilidad de participar en ciertos tipos de crímenes es mínima o escasa.

Teniendo en cuenta que la función social principal del Derecho, la de promover la justicia e igualdad entre los ciudadanos, existe una diferencia muy significativa entre esta función y la realidad actual sobre todo si se trata del Estado social y democrático. La verdad es que una parte significativa de la población permanece marginada, y la relación entre vulnerabilidad social y la criminalidad se transparentiza cuando tenemos un 75% de la población penitenciaria de Brasil sin acceso ni al instituto, y, menos de 1% de los presos tiene nivel de graduado²¹. Se confirma así que el Estado brasileño prefiere enviar sus ciudadanos a la cárcel en vez de conferirles acceso a la educación, e inclusión social.

¹⁹ Sentencia nº 0071/2016. Andamio Procesal n. 0102912-84.2016.8.20.0001 - Acción Penal -procedimiento Ordinario - Robo *Majorado* - 06/07/2016 do TJRN Tribunal de Justicia del Rio Grande do Norte

²⁰ MARAT, Jean Paul. *Plan de Legislación Criminal*. Op. Cit., p. 74.

²¹ LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS. Org. MOURA, Marcos Vinicius. Brasília: Ministério da Justiça e da Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2019.

4. LA POLÍTICA CRIMINAL COMO INTEGRANTE DE LA POLÍTICA SOCIAL

Como se mencionó anteriormente la corresponsabilidad que el Estado tiene, en su categoría de social y democrático, se propone algo más allá de mitigar la responsabilidad penal del sujeto *aporo* que cometió delito, o sea, no se trata apenas de una medida reparadora, sino preventiva en lo que concierne a erradicar la criminalidad. Así que se advierte al Estado para que cumpla su papel de garante de los derechos fundamentales y sociales de los individuos. Es urgente que se comprometa con las cuestiones sociales, con las necesidades de los que son excluidos. Limitarse a degradarles, quitarles la dignidad enviándoles a cárceles superpobladas que son verdaderos infiernos en la tierra no va a resolver el problema aquí expuesto.

Así que, no hemos encontrado otro camino que no fuera buscar la solución en la imprescindible implementación de las políticas sociales, partiendo de la premisa de que la política criminal configura parte de aquellas. Teniendo la criminalidad como problema social, su erradicación es de competencia de los gobiernos de un Estado social y democrático de derecho, correlacionándose con la administración pública de la asistencia social, que deben promover y crear un sistema de servicios de cada Estado, buscando, tendiente a minimizar el caos social, por consiguiente, la criminalidad²².

El concepto de política social es muy bien desarrollado por Montagut, cuando señala que: “Política social es la intervención pública que incide en el bienestar de las personas, ya sea cambiando, manteniendo o facilitando sus condiciones de vida. Trata de mejorar el bien estar humano a través de la cobertura de necesidades de los ciudadanos en aspectos como la educación, la salud, la vivienda y la protección social en general” Así que, lo que establece el concepto de política social es, de inequívoca obligación por parte del Estado social, garantizar tales elementos a sus ciudadanos²³.

Siguiendo sus puntualizaciones tenemos que, la solución para las cuestiones mencionadas está directamente ligada al contexto histórico que posea cada Estado. Pese a las variaciones y peculiaridades de las necesidades humanas, la autora defiende la existencia de satisfacer *unas necesidades de naturaleza universal*. Apunta como un conjunto de necesidades básicas de todos los ciudadanos, la subsistencia, la supervivencia física y la autonomía personal, todas esas como elementos que materializan la consecución de los demás objetivos individuales y sociales²⁴.

Con todo, en la realidad, el Estado social no viene cumpliendo su papel intrínseco y la realidad que tenemos en la sociedad brasileña, en las calles y en las cárceles, nos revelan la omisión estatal para con sus ciudadanos y la clara ausencia de adecuadas, y efectivas, políticas sociales.

4.1 La realidad carcelaria e histórico social de Brasil marcada por una Política Criminal excluyente

El Estado brasileño muestra una realidad histórica peculiar, resultante de una sociedad caracterizada, desde su formación, por un sistema oligarca, esclavista y patrimonialista, derivando en un escenario fuertemente marcado por la desigualdad social. Un Estado resultante de una colonización, caracterizada por la explotación y la subordinación, que dejó marcas indelebles hasta los días actuales.

Brasil, infelizmente, posee una pequeña élite - que ya fue denominada “la élite del atraso” por sociólogos e científicos sociales a ejemplo de Jessé Souza - que quiere mantener sus privilegios a cualquier coste perpetrando la exclusión y la segregación que imperaba desde el inicio de la colonización. El autor es enfático al afirmar que “el odio al pobre hoy en día es continuación del odio devotado al esclavo de antes”²⁵, lo que corrobora aún más esa proyección dañosa que tuvo la esclavitud en nuestra historia.

En lo que concierne a realidad carcelaria, tenemos, según el levantamiento hecho por el Infopen, en junio de 2016, el total de personas encarceladas llegó a 726.354. En diciembre de 2014, la cantidad era de 622.202²⁶. Hubo un crecimiento de más de 104 mil personas. Cerca de 40% son presos preven-

²² ZUÑIGA RODRÍGUEZ, 2001. Laura. *Política Criminal*. Madrid: Colex.

²³ MONTAGUT, Teresa, 2008. *Política social, una introducción*, Barcelona: Ariel.

²⁴ *Ibid.*, p. 23.

²⁵ SOUZA, Jessé, 2019. *A elite do atraso: da escravidão a Bolsonaro*. Rio de Janeiro: Estação Brasil.

²⁶ LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS. Org. MOURA, Marcos Vinicius. Bra-

tivos, o sea, todavía no poseen condena judicial. Más de la mitad de esa población consiste en jóvenes entre 18 y 29 años y 63,6% son personas de la raza negra y parda. Tenemos, por lo tanto, un reflejo de las *senzalas*²⁷ en las cárceles, donde predomina el negro *aporo*, que enfrenta una serie de obstáculos para conseguir ascender el mínimo en la sociedad que le oprime.

Ante al hecho de la gran mayoría de la población carcelaria y penitenciaria de Brasil la componen personas de raza negra se puede hacer una comparación, como lo señala Wacquant al analizar la región sur de Estados Unidos, la que al igual a Brasil tuvo una economía esclavista que ha derivado en un *Estado racial*. *Un Estado racial con una sociedad racista* con estructuras públicas internas extremadamente inflexibles en el sentido de imponer diferencias en el trato de blancos, por un lado y de negros, por el otro. Es una herencia caracterizada por la segregación racial desde la época de la esclavitud, perpetuada en los días actuales²⁸.

En una sociedad donde en las esferas más pobres (y en las cárceles y penitenciarias) predomina el negro, que sigue siendo segregado, detectase la omnipresencia y la fuerza de esa manera negada de etnicidad que el autor denomina *raza*, configurando un principio de visión social y división, basado en el sistema de castas, que genera una contradicción con la ideología democrática, consustanciada en la doctrina de los derechos naturales del individuo. Tal hecho es clave para comprender la innegable negligencia del Estado social y la forma con que emerge el Estado penal sobre tal situación²⁹.

Cuando se abolió la esclavitud en Brasil, no hubo políticas públicas direccionadas al negro recién libertado, que se quedó marginado y sin empleo, porque solo se pretendía pagar sueldos a los inmigrantes europeos blancos advenidos de Alemania y Italia para poner en práctica el proceso de “emblanqueamiento” de la población brasileña aquietado por el actual Estado y la élite hegemónica³⁰. Lo que había eran legislaciones punitivas, como la “Ley de vagancia” concediendo poder a la policía para llevar los negros a la cárcel por el único hecho de estar en el “ocio”. Criminalizada por el art. 295 del Código Criminal del Imperio. Lo que tal dispositivo de ley objetivaba era que los esclavizados libertos pasasen de la tutela de sus señores para la del Estado.

Posteriormente, tenemos los reflejos de la ley citada anteriormente en el art. 59 de la Ley de Contravención Penal de 1941, que impone una “pena de prisión simples de 15 días hacia 3 meses a quien entregarse habitualmente a ociosidad, siendo válido para el trabajo, sin tener renta que le asegure medios de subsistencia, o lograr la propia subsistencia mediante ocupación ilícita”³¹. Una ley aplicada sobre todo a los pobres y negros, que encarcela al *aporo*, al olvidado y marginado, que no tiene donde vivir, que no tiene el aparato estatal ni social. Es incuestionable la existencia de una Política Criminal que excluye y no propone medios eficaces para solucionar el problema de la criminalidad, sino criminalizando a los desasistidos. En ese contexto, Terradillos señala que las Políticas Criminales más comunes optan por estrategias de exclusión. En una sociedad estructuralmente desigual y discriminante una política solamente es eficiente si refuerza la preexistente exclusión de sectores de ciudadanos, hayan entrado o no en contacto efectivo con los aparatos del control penal.

El autor también defiende que el rechazo al pobre se materializa a través de la negación de sus derechos fundamentales, cuando no son ofertadas posibilidades para que sean logrados. Un sistema penal aporóforo es aquel aplicado conforme la ideología neoliberal en la exclusión directa del pobre y en la negación de sus derechos humanos³².

síla: Ministério da Justiça e da Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2019.

²⁷ Palabra de origen africana que significa “casa” o “vivienda” de esclavos. En la Historia brasileña, las *senzalas* representaban el local donde vivían los esclavos en los tiempos de la colonización. Vivían aglutinados, sin el mínimo de vida digna.

²⁸ WACQUANT, Loic, 2009. *Castigar a los pobres: el gobierno neoliberal de la inseguridad social*. Barcelona: Gedisa.

²⁹ *Ibid.*, pág. 87.

³⁰ FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro, 2006. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado Brasileiro*. Directora: Ela Wiecko Volkmer de Castilho. Trabajo de Fin de Máster. Brasília.

³¹ BRASIL. Decreto-lei nº 3.688, 3 de octubre de 1941. Lei das Contravenções penais. Art. 59. “Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita. Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses.

³² TERRADILLOS BASOCO, Juan M. “Un sistema penal para la aporofobia”. En: PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Un juez para la democracia*. Libro en homenaje a perfecto Andrés

4.2 Política Criminal del Estado social de derecho

Von Liszt, como bien señala la profesora Zuñiga³³, fue el teórico que mejor trazó la concepción de delito y delincuente en el marco de un Estado social de Derecho. En sus escritos, el teórico en estudio señala que, no es suficiente la observación hacia la norma jurídica para determinar el fin del Derecho penal, toda vez que es imprescindible que el Estado se decida a mirar las cuestiones de la realidad social, con el propósito de comprenderla. Con ello, sería posible constatar si la norma está logrando los efectos para los cuales fue creada.

Las ideas de Von Liszt fueron fundamentales para provocar un cambio en la criminología y en la ciencia penal alemana, que, en aquellos tiempos, se limitaba a estudiar la norma penal. Él innovó en el sentido de proporcionar una nueva forma de percibir la norma, analizando previamente a la realidad social, subyacente y explicativa de tal norma. Sus pensamientos fueron propulsores de los ideales iluministas por imponer límites a la intervención penal realizada por el Estado³⁴.

Los pensamientos de Von Liszt representan claramente el papel de un Estado que interviene en la esfera social, priorizando a la *defensa social*, sobre todo, la prevención de la delincuencia desencadenada a través de las desigualdades sociales engendradas por el Estado Liberal. De acuerdo con lo que señaló, se hizo evidente la finalidad de Derecho penal, y que la crítica y aplicación de ese derecho debe ser condición de tal finalidad.

Desde esta perspectiva la Política Criminal está directamente vinculada a la Política Social de cada Estado, toda vez que es competencia del Estado social es erradicar la delincuencia. Así que es su deber implementar políticas sociales eficaces y dirigidas al logro del objetivo de contener los motivos que propicien el acometimiento de los delitos³⁵.

El derecho penal es aplicado de forma discriminatoria a sujetos que presentan su condición de pobres. Cambiar esa situación requiere la implementación de estrategias político-criminales direccionadas por la idea de igualdad e de inclusión. Se impone, también, derogar los preceptos que transforman el Derecho Penal en instrumento de situaciones discriminatorias resultantes de la exclusión social³⁶.

4.3 El papel protagonista del principio de la coculpabilidad en la Política Criminal

La inevitable desigualdad social que impera en el mundo no es algo apenas detectado en el ámbito interno o nacional, sino que también se globaliza en el reparto internacional de roles y trabajo entre las más variadas sociedades o comunidades internacionales.

Zaffaroni afirma que existe una *desigualdad internacional*, cuya dinámica hace que las sociedades no industrializadas desarrollen desigualdades internas, resultante de la sacralización del sistema productivo a nivel nacional. Tal situación engendra, inevitablemente, situaciones de intolerable injusticia interna, reproducida por el desprecio al valor humano del trabajo, o incluso situaciones más injustas que hieren la dignidad de la persona. Aparte de eso, el avance industrial y tecnológico de los países desarrollados provoca en estos la necesidad de exportar su *malestar social* a los países subdesarrollados y eso propicia el fenómeno de internalización del fenómeno de la desigualdad³⁷.

Para el autor, el principio en estudio viene a ejercer un papel de protagonismo en la Política Criminal, sobre todo, por el hecho de asumir una dimensión internacional, ante al riesgo que el Derecho penal esté configurado como un instrumento de dominación y de represión interna, es decir, consolidando las injusticias individuales y sociales. La coculpabilidad representa una *vacuna* bastante eficaz contra tal riesgo.

Ibáñez. Madrid: Dykinson. 2019, pp. 353-355.

³³ ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Política Criminal*. Op. Cit., p. 85

³⁴ Ibid., pág. 87.

³⁵ Ibid. pág. 88.

³⁶ TERRADILLOS BASOCO, Juan. M. “Un sistema penal para la aporofobia”. Op. Cit., p. 362.

³⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, 1982. *Política Criminal latinoamericana*. Perspectivas. Disyuntivas. Buenos Aires: Hammurabi.

A medida que la sociedad reconozca las desigualdades de oportunidades internas y retire del sujeto la culpabilidad que no le corresponde, asumiéndola a su cargo, el Derecho penal dejará de ser un instrumento de dominación³⁸.

5. POLÍTICAS EDUCATIVAS COMO PROPUESTAS DE LA POLÍTICA SOCIAL

Considerando la relevancia impuesta por Marat - en su plan de legislación criminal, otrora estudiado en este trabajo - a la educación, el seguimiento de este trabajo pide que este tópico sea desarrollado. El autor, cuando se refería al individuo marginado que deviene en autor, o partícipe, de delitos, alegaba que tal individuo, muy probablemente, fue desprovisto de educación en su vida. Marat veía en la educación una herramienta de indudable eficacia para conseguir desviar el individuo de los caminos de la criminalidad.

Adela Cortina apunta como antídoto eficaz ante la aporofobia, el respecto activo a la dignidad de las personas, siendo imposible mantener ese respecto sin empoderar moralmente a los ciudadanos. Sumado a la educación formal, informal y creación de instituciones que posibiliten tal hecho, en la esfera social, propugnase por una política criminal inclusiva y la garantía eficaz de los derechos fundamentales de todo y cualquier ciudadano³⁹.

La profesora Zúñiga, nos ejemplifica en su obra una gama de *medios de controles informales*, considerados como medios fundamentales en el proceso de busca de socialización del individuo. Como uno de ellos, apunta a la Educación y lo considera un *mecanismo de socialización y pacificación social*⁴⁰.

Según Cuenca⁴¹, Estado y educación expresan una interrelación bipartita que, paulatinamente, se solidificó y se tornó indisoluble. La educación representa la manera como el Estado desarrolla un proyecto político y cultural, además de configurar el vínculo más inmediato de comunicación entre el Estado y sus ciudadanos.

5.1 La educación como instrumento de igualdad de oportunidades

Cuenca nos lleva a mirar la educación bajo un prisma de igualdad de oportunidades que pueden ser conferidas a los ciudadanos. La igualdad de oportunidad configura uno de los elementos más eficaces en la búsqueda de la justicia social. El punto clave reside en la posibilidad que todos pueden tener oportunidades para ascender en la pirámide social. Por lo tanto, el Estado habría de propiciar la igualdad de oportunidades, y posibilitar de forma directa el ideal de igualdad de la modernidad, o sea, el uso de la razón⁴².

En sus comentarios acerca del derecho de acceso a la educación, el autor señala que, el universo de los derechos es un sistema normativo consistente con la democracia liberal, estableciendo, sobre todo, que la dignidad de la persona configura el mayor objetivo de las sociedades actuales, y para asegurar la efectucción de tal principio, se hace necesaria la creación de instituciones que cumpla esta función. Por lo tanto, una de tales instituciones, y mecanismos, es, sin espacio para dudas, la educación⁴³.

5.2 La función socializadora de la educación

Al analizar las tendencias criminales y al hacer derivaciones del término “resocialización”, llama la atención como la propuesta que se hace es de resocializar el individuo que cometió un delito y se encuentra cumpliendo una condena. Esta condena tiene un fin resocializador, o sea, reinsertar al sujeto en la vida en sociedad. Pero, si lo pensamos con serenidad, ¿Cómo es posible “resocializar” a alguien

³⁸ Ibid. p. 172.

³⁹ CORTINA, Adela. *Aporofobia, el rechazo al pobre: un desafío para la democracia*. Op. cit., p. 56.

⁴⁰ ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Política Criminal*, Op. Cit. p. 211.

⁴¹ CUENCA, Ricardo. *La educación en tiempos de desigualdades*. Políticas sociales y reformas educativas en América Latina. Publicado en: Educación y Políticas Sociales: Sinergias para la inclusión, Coordinadoras: María del Carmen Feijoó, Margarita Poggi, Unesco, Buenos Aires, 2006, p. 259.

⁴² Ibid., p. 266.

⁴³ Ibid., p. 275.

que nunca fue socializado? ¿Alguien que jamás conoció el mejor lado de la vida, alguien que no tuvo similares oportunidades de conocimiento, cultura e instrucción a otros miembros de tal sociedad?

Como bien señala la profesora Zuñiga, “*la idea de educar es consustancial al proceso de socialización*”⁴⁴. Y, en consonancia con lo que afirma la autora, comprendemos que, si el Estado se preocupara, de antemano, en educar y concientizar a sus ciudadanos, o sea, socializarlos, no sería necesario el mucho más costoso trabajo de resocializarlos, paradójicamente en las cárceles y penitenciarias. Pero, se hace necesario resaltar que la educación no es la única forma de socialización del individuo, dado que existe una serie de otras herramientas, como también, la falta de educación no es el único factor que lleva el sujeto a delinquir. La observación hecha fue con aras a enfatizar la importancia que tal institución tiene, y hacerla destacar en los esfuerzos de consecución del proceso de socialización del individuo.

Dentro de la función socializadora que tiene la educación, la autora en comentario, apunta a la Universidad como “*otra instancia educativa fundamental de la sociedad*”⁴⁵ Esta comporta un ambiente de producción de conocimientos, estudio de los problemas sociales, y, consecuentemente, sus eventuales soluciones. El objetivo de la universidad es que sus egresados sean verdaderos protagonistas sociales, aptos para comprender la dinámica de la sociedad que les rodea, buscando siempre la innovación y soluciones eficaces. Desde esta institución, salen personas capaces de influenciar vidas y personas, y es ésta la característica transformadora e impactante que la educación tiene en la sociedad.

Resulta de especial importancia destacar la función que tiene el medio académico en el logro de los cambios necesarios en la sociedad. Allí están concentrados los científicos sociales, que están continuamente buscando soluciones para las más diversas problemáticas sociales. Es de ese ambiente que salen, también, los analistas y operadores del Derecho, y los cambios tienden a venir de estudios e innovaciones propuestos por ellos. Así que, en lo relativo a esta institución tan importante, lo que se impone, también, es la democratización del conocimiento. Es decir, las propuestas creadas en el medio académico no pueden seguir inaccesibles a la gran parte de la sociedad. Es necesario democratizar el conocimiento con programas de divulgación y, sobretudo, la búsqueda de nuevas propuestas. La concentración del saber y su encierro dentro de los muros de las instituciones carecen de sentido.

5.3 El sistema educativo como aparato de selección en la sociedad

Se hace necesario, con todo, centrarnos en la realidad que nos rodea, sobre todo en los países emergentes, como Brasil y los demás de América Latina. Baratta⁴⁶ nos alerta acerca del hecho que las funciones sociales, ejercidas por el sistema educacional y el penal son medios de conservación de la realidad social. Tal realidad es materializada por la distribución injusta de los recursos y de oportunidades concomitante a una estratificación, donde la sociedad capitalista crea zonas muy rígidas marcadas por el subdesarrollo y marginación. El autor señala que: “*El sistema escolar, en el complejo que va de la instrucción elemental a la media y a la superior, refleja la estructura vertical de la sociedad y contribuye a crearla y a conservarla a través de mecanismos de selección, discriminación y marginación*”.

El autor añade que, aunque se trate de sociedades capitalistas más desarrolladas, las *sanciones positivas*, o sea, el acceso a los puestos más elevados de instrucción escolar no está en consonancia con la proporción de los estratos sociales; mientras que, las *sanciones negativas*, o sea, repetición de año, desplazamientos y deserción escolar, crecen en medida desproporcional cuando se trata de las clases inferiores. Esta es una clara diferencia social existente en las escuelas y colegios de la sociedad capitalista.

Así que, en una sociedad capitalista, la educación de calidad también configura producto de mercado, y no todos tienen acceso a tal educación. Es una situación compleja, donde, concibiendo la educación

⁴⁴ ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política Criminal*. Op. Cit. p. 212.

⁴⁵ Ibid., p. 212.

⁴⁶ BARATTA, Alessandro, 1986. *Criminología crítica y crítica del derecho penal*: introducción a la sociología jurídico-penal. Madrid: Siglo Veintiuno Editores.

como medio de socialización del individuo, se hace necesario democratizarla, o sea, asegurar educación de calidad para todos. Entra aquí el papel del Estado, en no solo garantizar la educación para todos, pero que sea una educación de calidad, en todos los niveles.

CONCLUSIONES

Como uno de los elementos que fomentan la criminalidad, la desigualdad social es un problema que alcanza a todo el mundo. La criminalidad y la desigualdad van de la mano, y la realidad nos confirma ese factor a diario.

Brasil constituye un Estado social y democrático de Derecho, regido por una Constitución, que incluye el principio de la dignidad de la persona como básico y dirigido en todas las esferas. El Derecho penal de un Estado social y democrático, cuya regulación es, inicialmente, hecha por la Constitución, debe ser un Derecho Penal Constitucional, obediente, sobre todo, al Principio de la Dignidad de la persona. Considerando el carácter extremadamente violento, caracterizado por la máxima intervención penal en América Latina, lo que se propone es la búsqueda de un Derecho penal de *ultima ratio*. Además, un Derecho penal que cumpla su doble función: la garantista respetuosa de la dignidad, incluso de las personas que cometen delitos y la de mantener el orden social, evitando los excesos entre los ciudadanos.

Cuando se propone la aplicación del principio de la culpabilidad, se busca una intervención mínima del Derecho penal, y el reconocimiento de la parcela de culpa que tiene la sociedad y el Estado ante a la conducta delictiva del individuo, y la decisión de mitigar su responsabilidad y de atenuar su pena. Considerando la ineficacia comprobada de la pena privativa de libertad en el sistema penitenciario brasileño, evitar que el sujeto va a cárcel o disminuir su tiempo en tales instalaciones, significaría un gran avance. Se tiene comprobado que la cárcel animaliza el hombre, quita su dignidad y que criminaliza todavía más.

En medio a la adopción de la Política Criminal excluyente que impera en América Latina, resultante de la sumisión a la ideología neoliberal, propugnase la utilización de instrumentos que posibiliten la aplicación de una Política Criminal de inclusión, ésta, sin espacio para dudas, sería inserta en el programa de las políticas sociales. Así, el Derecho Penal dejaría de ser un instrumento de dominación, utilizado por las clases dominantes para perpetuar sus privilegios.

Como propuesta de aplicación de la Política Social, tenemos la educación como instrumento socializador. Hay varias maneras de hacer una revolución, y una de las más grandes es mediante la educación. Presentamos el respecto activo, la educación y el empoderamiento de las minorías como herramientas claves para la consecución de la disminución de la pobreza y de las desigualdades sociales. Solamente así tendríamos materializada la igualdad de oportunidad entre los sujetos y el respecto a la dignidad de las personas.

Se destaca, también, el papel importantísimo que tiene la Universidad, al darse en su interior el desarrollo de ideas innovadoras y que los científicos sociales se comprometen en analizar la dinámica social con el propósito de cambiar la realidad. Con todo, se hace necesario que el conocimiento desarrollado en las universidades se democratice y se torne en accesible. Como también, se hace necesario que las ideas allí construidas se materialicen, desborden sus muros, tomando forma y aplicabilidad en la sociedad.

Mientras lo propuesto no sea puesto en práctica, conviviremos con aquello que denunció Suassuna⁴⁷, “que es muy difícil vencer la injusticia secular, que dilacera Brasil en dos países distintos: el país de los privilegiados y el país de los desposeídos”. Sin embargo, el autor nos instiga a tener esperanza y acrecienta: “Yo digo siempre que, de las tres llamadas virtudes teologales, soy débil en la fe y en la caridad, solo me resta la esperanza. Yo soy el hombre de la esperanza.”

⁴⁷ SUASSUNA, Ariano. En: “Entrevista com Ariano Suassuna. O autor de O auto da compadecida e romance d’a Pedra do Reino”. Conversa com o Jornal O Globo. Disponible en: <http://g1.globo.com/jornaldaglobo/0,,MUL879161-16021,00-ENTREVISTA+COM+ARIANO+SUASSUNA.html#:~:text=%22O%20que%20%C3%A9%20muito%20dif%C3%ADcil,sou%20o%20homem%20da%20esperan%C3%A7a%22>. Fecha de consulta: 10, oct, 2020.

REFERENCIAS

- BARATTA, Alessandro, 1986. *Criminología crítica y crítica del derecho penal*: introducción a la sociología jurídico-penal. Madrid: Siglo Veintiuno Editores.
- BATISTA, Nilo, 2011. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan.
- BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, 7 de dezembro de 1940. Código Penal Brasileño.
- BRASIL. Decreto-lei nº 3.688, 3 de octubre de 1941. Lei das Contravenções penais
- BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio, 2012. *Viejo y nuevo derecho penal*. Principios y desafíos del derecho penal de hoy. Madrid: Iustel.
- CORTINA ORTS, Adela, 2017. *Aporofobia, el rechazo al pobre*: un desafío para la democracia. Barcelona: Paidós.
- CUENCA, Ricardo, 2006. *La educación en tiempos de desigualdades*. Políticas sociales y reformas educativas en América Latina. Publicado en: Educación y Políticas Sociales: Sinergias para la inclusión, Coordinadoras: María del Carmen Feijó, Margarita Poggi, Unesco, Buenos Aires.
- FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro, 2006. *Corpo negro caído no chão*: o sistema penal e o projeto genocida do Estado Brasileiro. Directora: Ela Wiecko Volkmer de Castilho. Trabajo de Fin de Máster. Brasília.
- FUZIGER, Rodrigo José, 2018. *Ao arbítrio de Ananke*: por uma revisão do conceito de autodeterminação no direito penal. Directora: Ana Elisa Libertatori Silva Bechara. Tese de doutorado, Universidade de São Paulo.
- GARCÍA RIVAS, Nicolás, 1996. *El poder punitivo en el estado democrático*. Cuenca: Edic. de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- GRECO, Rogério, 2005. *Curso de Direito Penal*: parte geral. Vol. 1, 5ª edição. Niterói: Impetus.
- LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS, 2019. Org. MOURA, Marcos Vinicius. Brasília: Ministério da Justiça e da Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional.
- MARAT, Jean Paul, 2000. *Plan de Legislación Criminal*, Traducido por A. E. L. Colección Criminalistas Perenes, Vol. 3. Buenos Aires: Hammurabi.
- MONTAGUT, Teresa, 2008. *Política social, una introducción*, Barcelona: Ariel.
- RODRIGUES, Cristiano, 2010. *Teorias da Cocolpabilidade e teoria do erro*. 3ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense.
- SANZ MULAS, Nieves, 2000. *Alternativas a la pena privativa de libertad*. Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana. Madrid: Editorial Colex, 2000.
- SOUZA, Jessé, 2019. *A elite do atraso*: da escravidão a Bolsonaro. Rio de Janeiro: Estação Brasil.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan M, 2019. “Un sistema penal para la aporofobia”. En: PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Un juez para la democracia*. Libro en homenaje a perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Dykinson, pp. 353-355.
- WACQUANT, Loic, 2009. *Castigar a los pobres*: el gobierno neoliberal de la inseguridad social. Barcelona: Gedisa.
- ZAFFARONI, Raúl Eugenio, 1999. *Manual de Direito Penal Brasileiro*: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, 2001. *Política Criminal*. Madrid: Colex.

Revista
SISTEMA PENAL CRÍTICO

**APOROFOBIA Y DERECHO PENAL:
EL DELITO DE HURTO Y LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE
DE MULTIRREINCIDENCIA¹**

**APOROPHOBIA AND CRIMINAL LAW:
THE CRIME OF THEFT AND THE AGGRAVATING CIRCUMSTANCE
OF MULTIPLE RECIDIVISM**

Cristian Sánchez Benítez

*Doctor en Ciencias Sociales y Jurídicas (Derecho)
Investigador en la Universidad de Cádiz*

¹ 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).

RESUMEN:

en este trabajo se someten a examen algunos elementos relativos al delito de hurto en el Código penal español. Primeramente, se analiza la evolución que la regulación ha venido experimentando en los últimos años. En concreto, se estudian las modificaciones introducidas por las Leyes Orgánicas 11/2003, 15/2003, 5/2010 y 1/2015. Tras ello se analiza someramente la circunstancia agravante de multirreincidencia y su desarrollo jurisprudencial, circunstancia introducida por la Ley Orgánica 1/2015. El trabajo finaliza con unas conclusiones de carácter crítico en las que se plantea el abandono del endurecimiento punitivo que ha venido adoptándose progresivamente con cada reforma del Código penal y en su lugar se propone la adopción de otro tipo de respuestas que contribuyan de manera más eficaz a la prevención y a la no repetición de estas conductas.

ABSTRACT:

In this work, some elements related to the crime of theft in the Spanish Penal Code are examined. First, the evolution that the regulation has been experiencing in recent years is analyzed. Specifically, the modifications introduced by Organic Laws 11/2003, 15/2003, 5/2010 and 1/2015 are studied. After that, the aggravating circumstance of multiple recidivism and its jurisprudential development, a circumstance introduced by Organic Law 1/2015, is briefly studied. The work ends with some critical conclusions in which the abandonment of the punitive hardening that has been progressively adopted with each reform of the Penal Code and the adoption of other types of responses that contribute more effectively to prevention and non-repetition of these behaviors are proposed.

PALABRAS CLAVE:

hurto, multirreincidencia, aporofobia, Ley Orgánica 1/2015, Tribunal Supremo.

KEYWORDS:

theft, multiple recidivism, aporophobia, Organic Law 1/2015, Supreme Court.

SUMARIO:

1. Introducción: el hurto como paradigma de un Derecho penal aporofóbico. 2. El delito de hurto en el Código penal español. 2.1. El delito de hurto en el Código penal de 1995. 2.2. Las reformas de las Leyes Orgánicas 11/2003 y 15/2003. 2.3. La reforma de la Ley Orgánica 5/2010. 2.4. La reforma de la Ley Orgánica 1/2015. 3. A propósito de la circunstancia agravante de multirreincidencia (artículo 235.1.7ª del Código penal). 4. Algunas reflexiones finales. 5. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN: EL HURTO COMO PARADIGMA DE UN DERECHO PENAL APO-ROFÓBICO

Los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, regulados en el Título XIII del Libro segundo del Código penal, constituyen las principales tipologías delictivas en España en lo que respecta al número de condenados adultos, junto con los delitos contra la seguridad colectiva (principalmente los delitos contra la seguridad vial, que conforman el grueso de las condenas bajo esta categoría, con el 88,52% de condenados en 2019) y las lesiones². Así, según el Instituto Nacional de Estadística, en 2019 fueron condenadas en España 141.686 personas por delitos patrimoniales, frente a las 103.257 y 69.437 personas condenadas por delitos contra la seguridad colectiva y lesiones respectivamente. También conforme a los datos relativos a 2019 se observa que el hurto ostenta el mayor porcentaje de adultos condenados por delitos patrimoniales, con un 50,58% (71.671 condenados), seguido a mucha distancia del delito de defraudación, con un 17,02% (24.129 condenados) y del delito de robo, con un 16,94% (24.004 condenados)³.

No obstante, conviene aclarar que ese predominio cuantitativo del hurto en relación con otros delitos del mismo Título se debería en buena parte a la conversión de las faltas en delitos leves operada por la Ley Orgánica 1/2015, como se observa en la siguiente tabla. Así, mientras que la cifra de condenados por robo se ha mantenido estable, experimentando un leve pero paulatino descenso, las condenas por hurto comienzan a aumentar en 2015, coincidiendo con la entrada en vigor de la citada Ley el 1 de julio de ese año⁴.

Año	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Delito de hurto	10.751	11.606	20.611	55.282	63.721	70.102	71.671
Delito de robo	30.509	30.815	29.499	28.758	27.713	25.756	24.004

Figura 1: número de personas condenadas en España por delitos de hurto y por delitos de robo

Fuente: Instituto Nacional de Estadística⁵

Por tanto, en términos cuantitativos, se trata de una tipología relevante en la medida en que es una de las que cuentan con más condenas en España⁶, si bien desde un punto de vista cualitativo, las conductas de hurto, en las que no concurren ni violencia ni intimidación contra las personas ni fuerza en las cosas y que mayoritariamente constituyen delitos leves (antiguas faltas), no revisten una especial gravedad.

Pese a ello, el incremento de la punición de estas conductas ha centrado la atención del legislador en la mayor parte de las reformas del Código penal (2003, 2010 y 2015), introduciendo modificaciones relevantes que intensifican la respuesta penal en determinados supuestos, las cuales se estudiarán a continuación. Atención en parte promovida por la acción de los medios de comunicación y otros actores sociales de relevancia pública con capacidad de influencia que contribuyen al incremento de la alarma social y de la sensación de inseguridad generadas por la delincuencia patrimonial habitual, protagonizada en mayor medida por sujetos jóvenes, procedentes de entornos marginales, con una educación deficiente y con problemas de drogadicción⁷.

² Consúltese la información en el siguiente enlace (última consulta: 30 de septiembre de 2020): <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=25997#!tabs-tabla>

³ Consúltese la información en el siguiente enlace (última consulta: 30 de septiembre de 2020): <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=25997#!tabs-tabla>

⁴ JUANATEY DORADO, C., 2020. El delito de hurto propio: algunas cuestiones de dogmática y política criminal, con especial referencia a la multireincidencia. *Revista General de Derecho Penal*, vol. 33, p. 9.

⁵ Consúltese la información en el siguiente enlace (última consulta: 30 de septiembre de 2020): <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=25997#!tabs-tabla>

⁶ Contribuyendo así decisivamente a la sobrecarga de la administración de Justicia, como advierte SILVA SÁNCHEZ, J.M., 2004. Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 25, p. 334.

⁷ AGUADO LÓPEZ, S., 2008. *La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito: Problemas constitucionales y alternativas político-criminales*. 1ª. Madrid: Iustel. p. 147.

En este punto, contrasta el tratamiento contundente que reivindican determinados sectores políticos, grupos de poder y medios de comunicación de fenómenos disfuncionales socialmente que son protagonizados por sectores de población marginales y en situación de precariedad: inmigrantes, okupas, drogadictos, etc. (aporofobia), para los que se promueven planteamientos cercanos a un Derecho penal de autor –v.g. la circunstancia multirreincidencia del artículo 235.1.7^{as}–, con la indulgencia sostenida⁹ en lo que respecta a la criminalidad económica y política (plutofilia)¹⁰, la cual aún goza de un tratamiento penal privilegiado¹¹ que se manifiesta mediante institutos como la regularización de la deuda tributaria del artículo 305.4 del Código penal o las regularizaciones extraordinarias (conocidas comúnmente como amnistías fiscales) como la aprobada en 2012, entre otras figuras.

A este respecto, resulta de enorme interés el trabajo de DE LA HERRÁN RUIZ-MATEOS en el se que analiza el tratamiento de la circunstancia atenuante de reparación del daño en los delitos económicos. El autor, dado el daño irreparable e incuantificable en algunos supuestos y la elevada capacidad económica de los sujetos activos, considera que solo debe apreciarse la circunstancia atenuante únicamente en su extensión parcial o disminuida, ya que en ningún caso es posible retornar al mismo estado las cosas existentes con anterioridad a la comisión del delito por su afectación a múltiples aspectos económicos y sociales. Sin embargo, las sentencias que analiza (entre ellas la de la Audiencia Provincial de Barcelona de 5 de julio de 2016, que condenó a un jugador de fútbol argentino del F.C. Barcelona a 21 meses de prisión y la de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de enero de 2019, por la que se condenó a un jugador de fútbol portugués del Real Madrid, C.F. a 23 meses de prisión) aprecian la atenuante muy cualificada porque el montante a reparar asciende a cantidades muy elevadas. Por ello, entiende el autor que existe un tratamiento jurisprudencial privilegiado para quienes mantienen una situación económica que les permite restituir grandes sumas y eludir así la entrada en prisión. Concluye que se trata de un sistema jurisprudencial proclive a la impunidad de los grandes delincuentes económicos¹².

2. EL DELITO DE HURTO EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

2.1 El delito de hurto en el Código penal de 1995

El Código penal de 1995 reguló el tipo básico del hurto en el artículo 234, en el Título XIII relativo a los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, cuyo bien jurídico directamente protegido es la propiedad proyectada sobre cosas muebles frente a la desposesión que implique un riesgo concreto de pérdida¹³, castigando al que, con ánimo de lucro¹⁴, tomare¹⁵ las cosas¹⁶ muebles¹⁷

⁸ Que en puridad castiga, superando la medida de la culpabilidad por el hecho, como se verá a continuación, una forma de vida dedicada al delito.

⁹ Por ejemplo, en todo lo relacionado con los casos de corrupción que vinculan a Juan Carlos de Borbón, rey emérito.

¹⁰ Sobre ello, TERRADILLOS BASOCO, J.M., 2020. Política criminal de exclusión: aporofobia y plutofilia. *Revista Penal*, vol. 46, p. 236.

¹¹ Se asume que tradicionalmente el Derecho penal se encargó de perseguir y castigar con contundencia los delitos contra la propiedad personal, cometidos por sujetos con pocos recursos económicos y provenientes de estratos marginales, y se ocupó poco de perseguir los delitos contra el orden socioeconómico, ejecutados por quienes ostentan posiciones de poder económico y político. También se añade que paulatinamente la situación cambió y que con la consolidación del Estado social y democrático de Derecho comenzaron a ser sancionadas, en algunos casos de manera rigurosa, determinadas conductas cometidas por los segundos. Así, BORJA JIMÉNEZ, E., 2019b. Lección XVIII. Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (I): Introducción general. En: J.L. GONZÁLEZ CUSSAC (ed.), *Derecho penal parte especial*. 6ª. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 337-338.

¹² DE LA HERRÁN RUIZ-MATEOS, S., 2020. Aspectos técnicos de la atenuante de reparación del daño en los delitos económicos o de cuello blanco. *Revista Penal*, vol. 45, pp. 15-32.

¹³ Así, BORJA JIMÉNEZ, E., 2019a. Lección XIX. Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (II): Cuestiones comunes a los delitos de apoderamiento. Hurtos. En: J.L. GONZÁLEZ CUSSAC (ed.), *Derecho penal parte especial*. 6ª. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 348. En el mismo sentido, TERRADILLOS BASOCO, J.M., 2016. Delitos contra el patrimonio (I). En: J.M. TERRADILLOS BASOCO (ed.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Tomo III. Derecho penal parte especial*. 2ª. Madrid: Iustel, p. 370.

¹⁴ Elemento subjetivo que existirá cuando el sujeto activo pretenda quedarse con el objeto sustraído de manera indefinida, donarlo, enajenarlo o venderlo, pero no cuando lo único que pretenda es hacer uso del mismo, como observa BORJA

ajenas¹⁸ sin la voluntad de su dueño¹⁹ con la pena de prisión de seis a dieciocho meses, si la cuantía de lo sustraído excedía de cincuenta mil pesetas. La regulación mantenía la misma estructura que la contenida en los Códigos penales históricos. El Código penal de 1848 castigaba en su artículo 437 como reo de hurto al que, con ánimo de lucrarse, y sin violencia o intimidación en las personas ni fuerza en las cosas, tomase cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño²⁰.

El artículo 235 incluía cuatro agravaciones específicas que castigaba con la pena de prisión de uno a tres años, relativas al valor del objeto sustraído (artículo 235.1), a su carácter de primera necesidad o destino a servicio público (artículo 235.2), a la especial gravedad, atendiendo al valor o a los perjuicios ocasionados (artículo 235.3) y a los perjuicios ocasionados a la víctima o cuando se hubiera realizado la conducta abusando de sus circunstancias (artículo 235.4).

Por su parte, el artículo 623.1 castigaba con arresto domiciliario de dos a seis fines de semana o multa de uno a dos meses el hurto cuando el valor de lo hurtado no excediera de cincuenta mil pesetas. Esta distinción entre falta (ahora delito leve) y delito menos grave en función del valor económico de lo sustraído/perjuicio está presente en la mayor parte de los delitos contra el patrimonio, no solo en el hurto²¹.

2.2 Las reformas de las Leyes Orgánicas 11/2003 y 15/2003

La Ley Orgánica 11/2003 no modificó el tipo básico, regulado en el artículo 234.1, si bien introdujo por el artículo 1.10 un nuevo párrafo que castigaba con la pena prevista en el párrafo primero, esto es, pena de prisión de seis a dieciocho meses, la acumulación de cuatro faltas de hurto del artículo 623.1 en el plazo de un año, cuando el montante acumulado fuese superior a 50.000 pesetas²².

Tómese en consideración que las faltas prescribían a los seis meses, por lo que cabía la posibilidad de que cuando se cometiese la cuarta falta, la primera ya hubiera prescrito, y ello dificultaba enormemente

JIMÉNEZ, E., 2019a. Lección XIX. Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (II): Cuestiones comunes a los delitos de apoderamiento. Hurtos. op. cit., p. 354. Por otra parte, la ventaja patrimonial puede ser tanto propia como ajena, esto es, es posible sustraer alguna cosa mueble ajena para que se incorpore al ámbito de disponibilidad de un tercero, como apunta LLOBET ANGLÍ, M., 2019. Capítulo 35. Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico. Sección 2. *Memento Práctico Francis Lefebvre Penal 2019*. Madrid: Francis Lefebvre, p. 1214.

¹⁵ Delito de apoderamiento, de acuerdo con el verbo típico empleado. Se consuma el delito cuando el sujeto activo disponga de la cosa. Esto es, *tomar* no implica solo establecer contacto con el objeto material. El sujeto activo ha de disponer de ella, aunque sea momentáneamente, por lo que si este se apodera sin disponibilidad (por ejemplo, no logra salir del establecimiento o no logra que sus perseguidores pierdan contacto visual en su huida), habrá de apreciarse tentativa. Sobre ello, LLOBET ANGLÍ, M., 2019. Capítulo 35. Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico. Sección 2. op. cit., p. 1213 y TERRADILLOS BASOCO, J.M., 2016. Delitos contra el patrimonio (I). op. cit., p. 372.

¹⁶ La Jurisprudencia acepta que objetos de ilícito comercio, como la droga, sean merecedores de protección mediante el hurto. LLOBET ANGLÍ, M., 2019. Capítulo 35. Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico. Sección 2. op. cit., p. 1212.

¹⁷ A diferencia de la modalidad prevista en el artículo 236, en el hurto regulado en el artículo 234 el objeto material sustraído no puede ser propiedad del sujeto activo. De modo que el sujeto activo podrá ser cualquiera excepto el dueño de la cosa sustraída.

¹⁸ Concepto a definir con criterios jurídico-civiles, como indica TERRADILLOS BASOCO, J.M., 2016. Delitos contra el patrimonio (I). op. cit., p. 371.

¹⁹ El sujeto pasivo del delito ha de ser el dueño de la cosa, lo que refuerza entender que el bien jurídico inmediatamente tutelado es la propiedad, como indica BORJA JIMÉNEZ, E., 2019a. Lección XIX. Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (II): Cuestiones comunes a los delitos de apoderamiento. Hurtos. op. cit., p. 348. También refuerza esta tesis el hecho de que el artículo 236 castigue el *furtum possessionis*, esto es, la sustracción por parte del dueño de cosa que otro disfruta legítimamente, como recuerda TERRADILLOS BASOCO, J.M., 2016. Delitos contra el patrimonio (I). op. cit., p. 370.

²⁰ La misma estructura típica se mantuvo en los Códigos penales de 1870, 1928, 1932, 1944 y 1973.

²¹ Artículos 236.2, 246.2, 247.2, 249, 252.2, 253.2, 254.2, 255.2 y 256.2 del Código penal.

²² El delito por acumulación de faltas ya se contemplaba en el Código penal de 1870 (artículo 531.5), por cuanto establecía su aplicación cuando el reo hubiera sido condenado anteriormente por delito de robo o hurto o dos veces por falta de hurto. Esta previsión se mantuvo en los Códigos penales de 1928, 1932 y 1944, como recuerda AGUADO LÓPEZ, S., 2008. *La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito: Problemas constitucionales y alternativas político-criminales*. op. cit., pp. 19-20.

la aplicación del precepto en numerosos supuestos. De esta manera, para aplicar el delito por acumulación no debían transcurrir más de seis meses entre la comisión de la primera y la cuarta falta²³. Otro problema añadido era que para poder aplicar el precepto, las cuatro faltas cometidas en un año no debían haber sido enjuiciadas y el procedimiento de juicio rápido de las faltas por lo general ha venido funcionando con cierta celeridad, enjuiciando y condenando a los responsables en pocos días. En este punto, ya en 2012 la doctrina criticaba la escasa incidencia práctica de la reforma penal de 2003 en relación con el delito de hurto habitual, denunciando un alto contenido simbólico de la reforma, orientada a responder frente a la sensación de inseguridad (fomentada en parte por los medios de comunicación) y a satisfacer las supuestas demandas sociales punitivistas²⁴.

Por su parte, la Ley Orgánica 15/2003 modificó el artículo 234 únicamente en lo relativo al valor monetario del objeto sustraído para adaptarlo a la nueva moneda de curso legal en España, reemplazando la referencia a «pesetas» por «euros» y aumentando el montante mínimo para determinar el delito en más de 400 euros frente a las 50.000 pesetas que preveía la regulación anterior, que equivalían a 300,50 euros.

En cuanto al resto de preceptos, ni la Ley Orgánica 11/2003 ni la Ley Orgánica 15/2003 incluyeron nuevas agravantes específicas y en lo que respecta a la falta de hurto, la Ley Orgánica 15/2003 se limitó a sustituir la pena de arresto domiciliario de dos a seis fines de semana por la pena de localización permanente de cuatro a doce días, manteniendo la pena de multa de uno a dos meses. El cambio se debió a que la Ley Orgánica 15/2003 suprimió del catálogo de penas la pena de arresto de fin de semana, «cuya aplicación práctica no ha sido satisfactoria», según se indica en la Exposición de Motivos²⁵.

2.3 La reforma de la Ley Orgánica 5/2010

La Ley Orgánica 5/2010 modificó el párrafo segundo del artículo 234 en el sentido de reducir el número de faltas exigidas, de cuatro a tres, para apreciar el delito de hurto por acumulación de faltas, modificación que «parecía pretender únicamente la aplicación de la pena de prisión prevista para el delito de hurto a los descuidados y carteristas habituales»²⁶, si bien como apuntó la doctrina, esa modificación no solventó ninguno de los problemas de interpretación y aplicación que se plantearon en 2003 a propósito de la introducción del delito de hurto por acumulación de faltas²⁷.

Por otra parte, para cubrir una laguna de punibilidad no cubierta ni por el delito continuado ni por la aplicación del delito de hurto por acumulación de faltas, esta Ley también incorporó un segundo párrafo en el artículo 623.1 a fin de establecer la imposición preceptiva de la pena de localización permanente en los supuestos de «perpetración reiterada de esta falta»²⁸, al tiempo que autorizaba al Juez a disponer en sentencia que la localización permanente se cumpliera en sábados, domingos y días festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado²⁹.

²³ En sentido contrario, CUGAT MAURI, M., AGUILAR ROMO, M., CUENCA GARCÍA, M.J., GUARDIOLA LAGO, M.J., NAVARRO BLASCO, E. y REBOLLO VARGAS, R., 2012. Objetivos y carencias de la política criminal contra la pequeña delincuencia. *Revista Catalana de Seguretat Pública*, vol. 25, p. 197. Estos autores entienden que «nos encontramos frente a un delito «habitual» de hurto, en el que la conducta típica se construye con la repetición de hechos, en concreto tres, definidos como falta de hurto, durante un año, entonces, con dicha repetición nace una «acción penal diferenciable» que tendrá el plazo de un año de prescripción, que es el plazo de comisión del delito. De modo que, transcurridos más de seis meses desde la ejecución de la acción contra la propiedad, ésta no podrá ser castigada como falta (habría prescrito) pero ello no impedirá integrarla en el supuesto de hecho del apartado segundo del art. 234 CP (que no ha prescrito)».

²⁴ CUGAT MAURI, M., AGUILAR ROMO, M., CUENCA GARCÍA, M.J., GUARDIOLA LAGO, M.J., NAVARRO BLASCO, E. y REBOLLO VARGAS, R., 2012. Objetivos y carencias de la política criminal contra la pequeña delincuencia. op. cit., p. 189.

²⁵ Apartado II de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 15/2003.

²⁶ FARALDO CABANA, P., 2016. *Los delitos leves. Causas y consecuencias de la desaparición de las faltas*. Valencia: Tirant lo Blanch. p. 144.

²⁷ CUGAT MAURI, M., AGUILAR ROMO, M., CUENCA GARCÍA, M.J., GUARDIOLA LAGO, M.J., NAVARRO BLASCO, E. y REBOLLO VARGAS, R., 2012. Objetivos y carencias de la política criminal contra la pequeña delincuencia. op. cit., p. 200.

²⁸ Ídem.

Asimismo, se añadía que para apreciar la reiteración, concepto indefinido y confuso, que no puede ser equiparado ni a reincidencia ni a habitualidad, se atenderá al número de infracciones cometidas³⁰, hayan sido o no enjuiciadas³¹, y a la proximidad temporal de las mismas³². Critica DEL CARPIO DELGADO que no se tuviese en cuenta que algunas de estas faltas podrían haber prescrito y que los antecedentes del autor podrían haber sido cancelados, generando así problemas de *non bis in idem*³³.

El precepto fue objeto de varias cuestiones de constitucionalidad por vulneración de los principios de presunción de inocencia, culpabilidad, taxatividad y legalidad, si bien el Tribunal Constitucional declaró su constitucionalidad, siempre que se entienda por acción cometida³⁴ aquella que así hubiera sido declarada en sentencia firme o probada en el proceso en el que se plantease la aplicación de la figura de la perpetración reiterada de faltas de hurto³⁵.

Por último, también se introdujo una nueva circunstancia agravante que castigaba con pena de prisión de uno a tres años los hurtos cuando se utilizase a menores de catorce años, con la que se pretendió hacer frente a un fenómeno de relevancia práctica, el de utilización de menores exentos de responsabilidad penal para perpetrar estos delitos por parte principalmente de sus progenitores, utilización con la que se perseguía eludir responsabilidades penales³⁶.

2.4 La reforma de la Ley Orgánica 1/2015

La Ley Orgánica 1/2015 introdujo modificaciones de calado en la regulación del hurto. Por un lado, el Libro III del Código penal fue suprimido y una buena parte de las faltas fueron transformadas en delitos leves³⁷, que prescriben al año, frente a los seis meses de plazo de prescripción de las faltas. La falta de hurto, contenida en el artículo 623, pasó a regularse como delito leve o tipo privilegiado en el apartado 2 del artículo 234. Entiende FARALDO CABANA que «un elemento fundamental a la hora de decidir la eliminación de las faltas ha sido la intención del legislador de agravar la respuesta penal frente a la pequeña delincuencia patrimonial no violenta, en especial la habitual y organizada»³⁸.

Además, la conversión de faltas en delitos leves vino acompañada de un cambio relevante en el ámbito

²⁹ Circunstancia que según se indica en la Exposición de Motivos (V) «permitirá aprovechar adecuadamente los recursos disponibles en el sistema penitenciario».

³⁰ Aunque no se establece un mínimo.

³¹ Si bien en la Exposición de Motivos (V) se indica expresamente que «la reiteración se hace depender del número de faltas cometidas, ya haya recaído condena por todas ellas en un solo proceso o en procesos distintos».

³² El precepto no concreta qué entender por proximidad temporal.

³³ DEL CARPIO DELGADO, J., 2013. Sobre la innecesaria reforma de los delitos de hurto. A propósito del anteproyecto de 2012 de reforma del Código Penal. *FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, vol. 16, no. 2, p. 108.

³⁴ Recuérdese que el artículo no aludía a cuatro faltas de hurto, sino que se refería a «cuatro veces la acción descrita en el artículo 623.1 de este Código».

³⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional 185/2014, de 6 de noviembre. Sobre el tema pueden consultarse JUANATEY DORADO, C., 2020. El delito de hurto propio: algunas cuestiones de dogmática y política criminal, con especial referencia a la multireincidencia. op. cit., p. 17 y CANO CUENCA, A., 2015. El delito de hurto (arts. 234 y ss. CP). En: J.L. GONZÁLEZ CUSSAC (ed.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 697.

³⁶ De acuerdo con FARALDO CABANA, P., 2011. Los delitos contra el patrimonio tras la reforma de 2010. *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, vol. 81, p. 3, el fundamento de esta circunstancia es doble: «por un lado, se pretende proteger el derecho al libre desarrollo de la personalidad del menor, evitando influencias corruptoras; por otro, se trata de castigar con mayor pena a quien, de esa forma, pretende burlar la ley encargando la ejecución del delito a menores que quedan al margen del Derecho penal si llegan a ser identificados». En sentido similar, LLOBET ANGLÍ, M., 2019. Capítulo 35. Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico. Sección 2. op. cit., p. 1222.

³⁷ Además, pese a que se indique en el Preámbulo (I) que la supresión viene orientada por el principio de intervención mínima, las faltas que se transformaron en delitos leves son las más numerosas y las más frecuentes, entre ellas, las lesiones y las faltas contra el patrimonio, como recuerda CUGAT MAURI, M., 2014. La discutible bondad de la supresión del Libro III. *Cuadernos de Política Criminal*, vol. 113, no. II, p. 171.

³⁸ FARALDO CABANA, P., 2016. *Los delitos leves. Causas y consecuencias de la desaparición de las faltas*. op. cit., p. 142.

de la penalidad consistente en la ampliación del ámbito de aplicación de las penas accesorias previstas en el artículo 48 del Código penal. Así, con anterioridad a la reforma de 2015, con respecto a las faltas, solo cabía imponer las prohibiciones del artículo 48 por la comisión de las reguladas en los artículos 617 y 620, conforme al artículo 57.3 del Código penal. Sin embargo, con la nueva redacción del precepto se permite al juez imponer una o varias prohibiciones por un tiempo que no excederá de seis meses por la comisión de delitos leves contra el patrimonio y el orden socioeconómico, entre otros³⁹.

De este modo, una persona condenada por la comisión de un delito leve contra el patrimonio podrá ser sancionada a la pena principal y a las penas accesorias de prohibición del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos⁴⁰; de prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal y de prohibición de comunicarse con aquellos.

Esta posibilidad implica por tanto una agravación penológica significativa, a lo que hay que añadir que la nueva regulación del hurto leve prescindió de la pena de localización permanente, subsistiendo la pena de multa como pena única, cuyo límite superior además fue elevado de dos a tres meses. Como sostiene DEL CARPIO DELGADO, «parece un sinsentido prever que sólo pueda castigarse con una pena pecuniaria a sujetos que, en la mayoría de casos, delinquen precisamente por sus escasos medios económicos»⁴¹. Ello podría provocar en algún caso la reiteración en el delito a fin de poder hacer frente al pago de la multa, esto es, se trataría de una pena criminógena, porque promovería la reincidencia.

Asimismo, se añadía una excepción a la aplicación de la pena prevista en el precepto cuando concurrese alguna circunstancia agravante del artículo 235, sin prever referencia alguna a la imposición de otra pena. De esta forma, la pena a imponer en los supuestos de hurto de cosas muebles cuya cuantía no exceda de 400 euros cuando concorra alguna circunstancia agravante del artículo 235 debiera ser la prevista en el apartado 1 del artículo 234, esto es, la pena de prisión de seis a dieciocho meses.

No obstante, si se atiende al Preámbulo de la Ley⁴², queda claro que la intención del legislador era aplicar en estos supuestos la pena prevista en el artículo 235.1 (1 a 3 años de prisión) –así lo entienden también TERRADILLOS BASOCO⁴³, CUGAT MAURI⁴⁴, FARALDO CABANA⁴⁵ y DEL CARPIO DELGADO⁴⁶–. Ello contraviene los principios de proporcionalidad, especialmente tratándose de delitos leves⁴⁷, e igualdad, en la medida en que cabría aplicar el mismo marco penal (pena de prisión de uno a tres años) al hurto con independencia de si la cuantía de lo sustraído excede o no de los 400 euros cuando concorra alguna circunstancia agravante de las previstas en el artículo 235.

³⁹ Delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico.

⁴⁰ Esta prohibición tiene sentido en los supuestos de habitualidad, por cuanto permite al juez prohibir al sujeto que acuda a ciertos lugares *criminógenos* en los que haya venido desempeñando su actividad delictiva. Por ejemplo, se podría prohibir a unos carteristas que acudan a una concreta calle en la que con anterioridad hubieran sustraído objetos de valor de manera reiterada.

⁴¹ DEL CARPIO DELGADO, J., 2015. La regulación de los delitos de hurto tras la reforma de 2015 del Código Penal. *Diario La Ley*, vol. nº 8642, p. 6.

⁴² El cual establece (XIV) que «los delincuentes habituales anteriormente eran condenados por meras faltas, pero con esta modificación podrán ser condenados como autores de un tipo agravado castigado con penas de uno a tres años de prisión».

⁴³ TERRADILLOS BASOCO, J.M., 2016. Delitos contra el patrimonio (I). op. cit., pp. 372-373.

⁴⁴ CUGAT MAURI, M., 2014. La discutible bondad de la supresión del Libro III. op. cit., p. 172.

⁴⁵ FARALDO CABANA, P., 2016. *Los delitos leves. Causas y consecuencias de la desaparición de las faltas*. op. cit., p. 146.

⁴⁶ DEL CARPIO DELGADO, J., 2015. La regulación de los delitos de hurto tras la reforma de 2015 del Código Penal. op. cit., p. 4.

⁴⁷ Así, NAVARRO BLASCO, E., 2015. Capítulo XXVI. Reforma de los delitos de hurto, robo y otros delitos patrimoniales. En: G. QUINTERO OLIVARES (ed.), *Comentario a la Reforma penal de 2015*. 1ª. Pamplona: Aranzadi, p. 473.

Por otro lado, se introduce un nuevo apartado 3 que castiga con la pena en su mitad superior las conductas de hurto previstas en los apartados 1 y 2 cuando en la comisión del hecho se hubieran neutralizado, eliminado o inutilizado, por cualquier medio, los dispositivos de alarma o seguridad instalados en las cosas sustraídas⁴⁸, precepto con el que se persigue castigar más duramente los hurtos en los establecimientos de comercio minorista, especialmente los que se cometen en las grandes superficies comerciales, que son las que en mayor medida incorporan estos dispositivos de alarma para dificultar el hurto de sus productos⁴⁹. Duda DEL CARPIO DELGADO de la aplicabilidad del precepto en los supuestos de utilización de bolsas o jaulas Faraday⁵⁰, modalidad de sustracción consistente en la introducción del objeto a sustraer en una bolsa o caja forrada en su interior de papel de aluminio que permite neutralizar los dispositivos de alarma instalados en aquel. El medio (bolsa o caja Faraday) neutraliza los dispositivos de alarma instalados en la cosa sustraída, por lo que, atendiendo a la conducta típica de esta agravación específica, sí cabe aplicar el precepto en estos supuestos.

Asimismo, se añaden nuevas circunstancias agravantes específicas y se modifican algunas de las ya previstas con anterioridad⁵¹. Al respecto, conviene destacar, por su relación con el objeto de estudio de este trabajo, la relativa al hurto de cableado, equipos o componentes de infraestructuras de suministros y otros servicios⁵²; la relativa a la multirreincidencia, que se analizará a continuación; la relativa al aumento de catorce a dieciséis años de edad en la utilización de menores para la comisión del delito (se trata de un supuesto específico de autoría mediata)⁵³ y la relativa a la membresía en organizaciones o grupos criminales dedicados a la comisión de delitos contra el patrimonio⁵⁴.

Por último, se incluye un apartado segundo que ordena la imposición de la pena prevista en el apartado primero en su mitad superior cuando concurren dos o más circunstancias agravantes de las contenidas en aquel.

⁴⁸ Precepto que difumina la barrera entre hurto y robo con fuerza en las cosas, ya que la regla quinta del artículo 238 establece como modalidad de robo con fuerza en las cosas la inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda. La diferencia entre la modalidad contenida en el artículo 238 referida a la inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda y esta agravante específica del hurto radica en que, en el robo, los dispositivos de alarma o guarda no se encuentran en la cosa, sino en el continente (establecimiento en el que se encuentra el teléfono móvil que se quiere tomar o el coche en el que se integra la radio que se pretende sustraer, por ejemplo), como aclara BORJA JIMÉNEZ, E., 2019a. Lección XIX. Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (II): Cuestiones comunes a los delitos de apoderamiento. Hurtos. op. cit., p. 360. También CANO CUENCA, A., 2015. El delito de hurto (arts. 234 y ss. CP). op. cit., p. 699.

⁴⁹ BORJA JIMÉNEZ, E., 2019a. Lección XIX. Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (II): Cuestiones comunes a los delitos de apoderamiento. Hurtos. op. cit., p. 347 y FARALDO CABANA, P., 2016. *Los delitos leves. Causas y consecuencias de la desaparición de las faltas*. op. cit., p. 146.

⁵⁰ DEL CARPIO DELGADO, J., 2015. La regulación de los delitos de hurto tras la reforma de 2015 del Código Penal. op. cit., p. 6.

⁵¹ Con penalidad propia, cuya apreciación no puede ser compensada con una o varias atenuantes genéricas, como recuerda BORJA JIMÉNEZ, E., 2019a. Lección XIX. Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (II): Cuestiones comunes a los delitos de apoderamiento. Hurtos. op. cit., p. 359.

⁵² Agravante introducida por el aumento notable del despojo de materiales como el cobre en cableados, según sostiene BORJA JIMÉNEZ, E., 2019a. Lección XIX. Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (II): Cuestiones comunes a los delitos de apoderamiento. Hurtos. op. cit., p. 347. No obstante, para DEL CARPIO DELGADO, la mención a los objetos es superflua, innecesaria para castigar la sustracción de estos objetos como hurto o robo. DEL CARPIO DELGADO, J., 2015. La regulación de los delitos de hurto tras la reforma de 2015 del Código Penal. op. cit., p. 9.

⁵³ Cuando los hechos estén protagonizados por menores de edad comprendidos en la franja 14-16 años y no concurren errores de prohibición o tipo o eximentes como el miedo insuperable, siendo por tanto su conducta plenamente sancionable conforme a la legislación penal de menores, no cabe aplicar la circunstancia agravante específica sobre los mayores de edad implicados en la sustracción, porque no cabe hablar de utilización de aquellos por parte de estos, esto es, porque no hay autoría mediata. Así, DEL CARPIO DELGADO, J., 2015. La regulación de los delitos de hurto tras la reforma de 2015 del Código Penal. op. cit., p.14.

⁵⁴ Señalaba DEL CARPIO DELGADO en 2013 que los Informes del Ministerio del Interior y de la Fiscalía General del Estado daban «cuenta que en los últimos años se viene apreciando un notable incremento del número de delitos contra el patrimonio cometidos por sujetos que actúan de forma organizada». DEL CARPIO DELGADO, J., 2013. Sobre la innecesaria reforma de los delitos de hurto. A propósito del anteproyecto de 2012 de reforma del Código Penal. op. cit., p. 119.

De este manera, a modo de recapitulación, si la cuantía de lo sustraído no excede de 400 euros, la pena a imponer será la de multa de uno a tres meses (artículo 234.2); si la cuantía no excede de 400 euros pero concurre alguna de las circunstancias previstas en el artículo 235, conforme a la interpretación que parece adoptar el legislador, se impondrá la pena del tipo agravado, esto es, la de prisión de uno a tres años (artículo 234.2); si en el hurto sin la concurrencia de agravantes la cuantía excede de 400 euros, la pena aplicable será la de prisión de seis a dieciocho meses (artículo 234.1); en los supuestos de neutralización, eliminación o inutilización de los dispositivos de alarma o seguridad instalados en los objetos distraídos, la pena a imponer será la de doce a dieciocho meses de prisión cuando la cuantía exceda de 400 euros y de dos a tres meses de multa si la cuantía de lo sustraído no excede de 400 euros (artículo 234.3); si en la modalidad menos grave del hurto (la contemplada en el artículo 234.1) concurre alguna de las circunstancias del artículo 235.1, la pena aplicable será la de prisión de uno a tres años (artículo 235.1) y si concurren dos o más circunstancias, la de prisión de dos a tres años (artículo 235.2).

Igualmente, como recuerda FARALDO CABANA, cabe expulsar a extranjeros intracomunitarios incluso habiendo residido en España durante los diez años anteriores por la comisión de varios hurtos leves en el seno de una organización o grupo criminal, conforme al artículo 89.4 del Código penal⁵⁵.

3. A PROPÓSITO DE LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE MULTIRREINCIDENCIA (ARTÍCULO 235.1.7ª DEL CÓDIGO PENAL)

El artículo 235.1 en su regla séptima establece como agravante específica del hurto (que castiga con pena de prisión de uno a tres años) la multirreincidencia, esto es, cuando al delinquir el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en este Título, siempre que sean de la misma naturaleza, si bien no se tendrán en cuenta antecedentes cancelados o que debieran serlo⁵⁶.

Esta circunstancia, innecesaria⁵⁷, implica un salto penológico importante que en los supuestos de reiteración de delitos leves vulnera claramente el principio de proporcionalidad, el cual «debe configurarse a partir de la importancia del bien jurídico protegido y no preferentemente por razones preventivas»⁵⁸. El tipo no distingue entre delito menos grave y delito leve en estos casos, ni en relación con el nuevo delito cometido, por cuanto el artículo 235.1 comienza indicando «El hurto será castigado (...)», comprendiendo así tanto la modalidad menos grave y como la leve; ni en relación con los delitos por los que hubiera sido condenado con anterioridad, puesto que la regla séptima hace referencia a «delitos comprendidos en este Título, siempre que sean de la misma naturaleza».

Por otra parte, también conculca el principio de legalidad, porque se establece preceptivamente una pena muy superior al delito cometido (especialmente, cuando se trate de un delito leve, castigado con

⁵⁵ FARALDO CABANA, P., 2016. Los delitos leves. Causas y consecuencias de la desaparición de las faltas. op cit., p. 150.

⁵⁶ Alude NAVARRO BLASCO a la intervención de determinados grupos de presión, empresarios turísticos, alcaldes y comerciantes y al fracaso efectivo de las reformas de 2003 y 2010 como causas de tal agravación. NAVARRO BLASCO, E., 2015. Capítulo XXVI. Reforma de los delitos de hurto, robo y otros delitos patrimoniales. op. cit., p. 477.

⁵⁷ En la medida en que resulta plenamente aplicable la circunstancia agravante de multirreincidencia del artículo 66.5ª, si bien de aplicación potestativa, a diferencia de esta agravación específica, de carácter preceptivo, como advierte DEL CARPIO DELGADO, J., 2015. La regulación de los delitos de hurto tras la reforma de 2015 del Código Penal. op. cit., pp. 12-13. También critica la innecesariedad de introducción de esta circunstancia CANO CUENCA, porque en los delitos de robo y hurto, generalmente son de persecución sencilla y rápida y con un grado de eficacia policial bastante notable, lo que implica un buen número de sentencias condenatorias. CANO CUENCA, A., 2015. El delito de hurto (arts. 234 y ss. CP). op. cit., p. 704.

⁵⁸ JUANATEY DORADO, C., 2020. El delito de hurto propio: algunas cuestiones de dogmática y política criminal, con especial referencia a la multirreincidencia. op. cit., p. 28.

pena de multa de uno a tres meses)⁵⁹ y supera la medida de la culpabilidad⁶⁰, por razones de prevención general⁶¹ y fundamentalmente de prevención especial (negativa).

En este sentido, el fundamento de la agravación es en buena medida la habitualidad⁶², esto es, una mayor peligrosidad criminal a la que el legislador pretende enfrentarse mediante un incremento punitivo que hasta el momento no se ha mostrado eficaz en términos de prevención. Indudablemente, en la delincuencia patrimonial habitual existen problemas de prevención especial, de peligrosidad del sujeto, pero aquella debe tratarse a través de otro tipo de políticas económicas y sociales transformadoras e iniciativas político-criminales en sentido estricto, así como mediante la intervención con programas de resocialización en el momento de la ejecución de la pena impuesta, pues como afirma AGUADO LÓPEZ, «la prevención especial cobra especial importancia en el momento de ejecución de la misma»⁶³.

Por otro lado, los delitos anteriores (tres) se toman en consideración para el castigo agravado del nuevo delito, lo que podría contravenir el principio *non bis in idem*, por cuanto un mismo hecho genera consecuencias penales más de una vez: implica una pena que castiga el primer, segundo o tercer delito cometido y la agravación de la pena correspondiente al cuarto delito⁶⁴. Es más, en puridad, no se está ante una mera agravación de la pena, sino que se trata de una pena nueva (1-3 años de prisión) y muy distinta de la pena prevista para el delito en concreto (1-3 meses de multa del tipo privilegiado o 6-18 meses de prisión del tipo básico).

De esta manera, si con anterioridad a la Ley Orgánica 1/2015 la acumulación de tres faltas (no enjuiciadas) de hurto cometidas en el plazo de un año se castigaba con la pena prevista en el tipo básico del artículo 234 (pena de prisión de seis a dieciocho meses)⁶⁵, tras la reforma de 2015, una persona condenada anteriormente por tres hurtos leves, aunque la cuantía de lo sustraído sea mínima, atendiendo a una interpretación literal del artículo, sería condenada por la comisión de un nuevo delito leve de hurto a una pena de prisión de entre uno y tres años, la pena prevista en el tipo agravado del artículo 235.

En definitiva, la regla séptima del artículo 235.1 reemplaza a la figura del delito de hurto por acumulación de faltas y agrava notoriamente el castigo que recibe la delincuencia patrimonial habitual no

⁵⁹ A diferencia de lo que sucede con la circunstancia agravante de reincidencia, que mantiene la pena en el marco establecido para el delito en concreto, en su mitad superior. La Sentencia del Tribunal Constitucional 150/1991, de 4 de julio, declaró la constitucionalidad de la reincidencia entre otros motivos por esta circunstancia, de lo que puede deducirse en sentido contrario que si la pena supera el marco penal concreto sí se vulnera el principio de legalidad, como plantea AGUADO LÓPEZ, que es lo que ocurre con la circunstancia séptima del artículo 235.1. AGUADO LÓPEZ, S., 2008. *La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito: Problemas constitucionales y alternativas político-criminales*. op. cit., p. 66.

⁶⁰ Si bien cabe plantear que hay una mayor culpabilidad e incluso un incremento del injusto porque la reiteración probaría un desprecio persistente hacia el Derecho, es un planteamiento cercano a las tesis del Derecho penal del enemigo y difícilmente compatible por tanto con un modelo penal respetuoso con los derechos y garantías de los ciudadanos.

⁶¹ Esto es, reducir la alarma social y del clima de inseguridad promovidos por la delincuencia patrimonial habitual. Así, LLOBET ANGLÍ, M., 2019. Capítulo 35. Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico. Sección 2. op. cit., p. 1220.

⁶² Habitualidad que no ha de confundirse con profesionalización en el delito, esto es, con el empleo del delito como actividad *laboral*. Así, en algunos casos concurrirán ambos caracteres, pero no siempre, puesto que la habitualidad también puede deberse a trastornos de cleptomanía u otras causas y no a la dedicación al delito como modo de vida.

⁶³ AGUADO LÓPEZ, S., 2008. *La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito: Problemas constitucionales y alternativas político-criminales*. op. cit., p. 133.

⁶⁴ En el delito de hurto por acumulación de faltas no se vulneraba el principio *non bis in idem*, porque las faltas a tomar en consideración para la conversión no debían estar juzgadas ni condenadas, como indica AGUADO LÓPEZ, S., 2008. *La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito: Problemas constitucionales y alternativas político-criminales*. op. cit., p. 79.

⁶⁵ Pena que «resulta más elevada que sancionar las cuatro faltas sumando simplemente las penas», como recuerda AGUADO LÓPEZ, S., 2008. *La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito: Problemas constitucionales y alternativas político-criminales*. op. cit., p. 37.

violenta, porque se elimina en el precepto el plazo relativo al año y porque el marco temporal de la pena de prisión se eleva de 6-18 meses a 1-3 años de prisión. Se promueve así que se traspase la frontera simbólica del delito leve.

Por ello, la sala segunda del Tribunal Supremo, en su Sentencia 481/2017, de 28 de junio, excluyó la aplicación de esta agravante específica cuando los delitos cometidos con anterioridad y el nuevo delito sean leves, doctrina confirmada en posteriores sentencias (STS 569/2017, de 17 de julio; STS 738/2018, de 5 de febrero; STS 176/2018, de 12 de abril; STS 500/2018, de 24 de octubre; STS 579/2018, de 21 de noviembre y STS 550/2019, de 12 de noviembre). En estos casos, la pena que corresponde no es la de prisión de uno a tres años, sino la pena del delito leve, esto es, la de multa de uno a tres meses.

ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

La toma ilegítima de lo ajeno no es una conducta exclusiva de quienes necesitan subsistir o cuentan con escasos recursos, pese a que tradicionalmente los poderes públicos hayan puesto el foco de atención en la criminalización de los delitos que atentan contra la propiedad personal⁶⁶ y hayan tratado de manera más indulgente la criminalidad de cuello blanco, cuyos autores aún conservan enormes espacios de impunidad, pese a la especial lesividad de sus conductas.

En España, en los últimos años, como ponen de manifiesto las reformas mencionadas supra, el endurecimiento punitivo de determinadas tipologías delictivas protagonizadas por sujetos con pocos recursos no ha cesado, que en el caso del hurto se manifiesta ya en las reformas de 2003 y más recientemente (2015) mediante la conversión de faltas en delitos leves, los aumentos penológicos y la introducción de nuevas circunstancias agravantes específicas, a destacar, la multirreincidencia, fundamentalmente⁶⁷.

Aunque algunas de las modificaciones en la regulación del hurto y de los delitos patrimoniales pueden estar justificadas, la mayor parte del contenido de las reformas en estos delitos, especialmente el de la reforma de 2015, obedece a una línea político-criminal dirigida a la represión de determinadas conductas protagonizadas en su mayoría por sujetos marginales y excluidos, todo ello en un contexto de crisis económica⁶⁸ que ha generado enormes tasas de desempleo y recortes presupuestarios en programas de asistencia y en servicios públicos.

⁶⁶ Indudablemente, los hurtos -también los leves, pese a su insignificante lesividad material-, cuestionan una norma central del orden social, afectan al núcleo de la identidad normativa de la sociedad y contribuyen notoriamente a la generación de sensación de inseguridad, precisando de este modo de una respuesta jurídico penal, como advierte SILVA SÁNCHEZ, J.M., 2004. Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión. op. cit., p. 339. No se propone en este trabajo la huida hacia el Derecho administrativo sancionador o civil con respecto a los hurtos leves. Lo que se cuestiona en este texto es la manera concreta de afrontar este fenómeno que ha llevado el legislador español, por su ineficacia en términos de prevención y por la contravención de determinados principios como el de legalidad y proporcionalidad en determinados supuestos de habitualidad.

⁶⁷ Hay una excepción a esta tendencia punitivista, aunque de carácter procesal, introducida por el apartado décimo de la Disposición final segunda de la Ley Orgánica 1/2015, en virtud de la cual se modifica el artículo 963 del Ley de Enjuiciamiento Criminal, que pasa a imponer al Juez el sobreseimiento del procedimiento y el archivo de las diligencias «cuando lo solicite el Ministerio Fiscal»; «el delito leve denunciado resulte de muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias, y las personales del autor», y «no exista un interés público relevante en la persecución del hecho». Además, se añade que «en los delitos leves patrimoniales, se entenderá que no existe interés público relevante en su persecución cuando se hubiere procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado». Se trata por tanto de una manifestación del principio de oportunidad -condicionado-, en términos similares al sobreseimiento por insignificancia regulado en el artículo 153 del StPO (Código procesal penal alemán), al que se refiere SILVA SÁNCHEZ, J.M., 2004. Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión. op. cit., p. 341. No obstante, las posibilidades de sobreseimiento quedan fuertemente condicionadas por la voluntad del perjudicado por el delito, que será quien paradójicamente determine la existencia o no del interés público, como critica CANO CUENCA, A., 2015. El delito de hurto (arts. 234 y ss. CP). op. cit., p. 696.

⁶⁸ En sentido similar, CANO CUENCA, A., 2015. El delito de hurto (arts. 234 y ss. CP). op. cit., p. 694.

Por esta razón debe abandonarse esta línea endurecedora de la reacción punitiva que ha venido afianzándose en los últimos años para el tratamiento de la pequeña delincuencia patrimonial (cabe extender el siguiente planteamiento a la generalidad del sistema penal español) y que apela a la responsabilidad individual del sujeto al tiempo que se condena a grandes bolsas de población a la marginalidad y a la precariedad⁶⁹. Un Estado que no es capaz de garantizar a sus ciudadanos las condiciones materiales mínimas para el desarrollo de una vida digna es en cierta medida corresponsable de la proliferación de conductas socialmente disfuncionales por parte de sectores excluidos.

Por ello, en lugar de las políticas adoptadas hasta el momento, deben promoverse iniciativas que reduzcan la desigualdad, que fomenten la integración y la erradicación de la marginalidad cultural, social y económica que padece buena parte de quienes cometen estos delitos. Igualmente, han de adoptarse estrategias de política criminal que fomenten alternativas a la prisión, la cual es más criminógena que otras opciones⁷⁰. Deben plantearse otro tipo de sanciones que generen un mayor éxito en la resocialización del delincuente, a la vista del fracaso de la única opción promovida hasta el momento: incremento de la respuesta punitiva a través de la pena de prisión agravada⁷¹ no acompañada de otro tipo de medidas de orientación resocializadora⁷².

En este último sentido, y como ya he planteado con anterioridad, aunque no para el caso de la delincuencia patrimonial habitual, conviene reforzar el tratamiento de la peligrosidad criminal durante la ejecución de la pena, no mediante medidas de seguridad de ejecución postpenitenciaria⁷³, porque como afirma AGUADO LÓPEZ, el tratamiento de la delincuencia habitual peligrosa en la fase de ejecución de la pena es más respetuoso con los principios constitucionales⁷⁴ que si se realiza mediante el uso de medidas profilácticas, las cuales por no estar sometidas al principio de culpabilidad pueden propiciar un control penal muy prolongado en un sentido inocuidador y por ende incompatible con un sistema de consecuencias jurídicas orientado hacia la resocialización.

Por otra parte, como plantea CAPITA REMEZAL, para hacer frente a la delincuencia habitual dedicada al hurto reiterado, teniendo en cuenta la escasa eficacia de la pena de multa, debiera preverse la pena alternativa de trabajos en beneficio de la comunidad, aparejada al seguimiento y aprovechamiento de programas formativos y de reeducación y reinserción y solo en última instancia, de forma subsidiaria, debería imponerse la pena de prisión, probada la ineficacia concreta del programa en el sujeto sometido a este⁷⁵.

⁶⁹ En los mismos términos se expresa SILVA SÁNCHEZ, J.M., 2004. Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión. op. cit., p. 355.

⁷⁰ Al respecto, CID MOLINÉ realizó un estudio comparativo sobre reincidencia entre dos grupos de condenados, los condenados a penas de prisión y los condenados a suspensión de la pena y concluye que condenar a alguien a prisión en vez de a suspensión de la pena aumenta significativamente la probabilidad de reincidencia. CID MOLINÉ, J., 2007. ¿Es la prisión criminógena?: un análisis comparativo de reincidencia entre la pena de prisión y la suspensión de la pena. *Revista de derecho penal y criminología*, vol. 19, no. 19, p. 450.

⁷¹ Afortunadamente, aunque existen planteamientos doctrinales favorables a la inclusión de medidas de seguridad de ejecución postpenitenciaria (como la medida de seguridad de libertad vigilada) para tratar la criminalidad patrimonial habitual, hasta el momento no han sido tomadas en consideración por el legislador, si bien no cabe descartar su inclusión en futuras reformas cuando se constate el fracaso de la única opción puesta en marcha hasta el momento (pena de prisión agravada) o surjan campañas mediáticas que impulsen un clima de alarma social que obligue al legislador a mover ficha, si se toman en consideración otros precedentes recientes. El Anteproyecto de 2012 establecía en su artículo 236 bis la medida de seguridad de libertad vigilada para los condenados por la comisión de uno o más delitos comprendidos en el Capítulo y, por tanto, para los condenados por hurto.

⁷² Si estas medidas tampoco funcionan, sostiene AGUADO LÓPEZ que la sociedad debe soportar el riesgo de reincidencia, pues en estos casos de criminalidad leve reincidente, si el Estado interviene de manera desproporcionada, el coste para la libertad será mayor que el peligro que se quiere evitar. AGUADO LÓPEZ, S., 2008. *La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito: Problemas constitucionales y alternativas político-criminales*. op. cit., p. 148.

⁷³ SÁNCHEZ BENÍTEZ, C., 2020. *Derecho penal del enemigo en España*. 1ª. Madrid: Reus. pp. 271-274.

⁷⁴ AGUADO LÓPEZ, S., 2008. *La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito: Problemas constitucionales y alternativas político-criminales*. op. cit., p. 133.

⁷⁵ CAPITA REMEZAL, M., 2018. La agravante de multirreincidencia en el delito de hurto. Una propuesta de regulación. *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, no. 132, p. 9.

También es conveniente el planteamiento de una pena de libertad vigilada que contemple no solo medidas de seguimiento y control de los movimientos del condenado, sino además, la obligación de sometimiento a programas de reinserción social⁷⁶. Asimismo, esta pena podría ofrecer en su seno medios muy provechosos en términos preventivos sobre la delincuencia patrimonial habitual: alejamientos o prohibiciones de acudir a determinados lugares criminógenos como estaciones de metro, determinados establecimientos comerciales, etc., si bien la imposición de estas prohibiciones deberá ser compatible con el derecho fundamental a la libertad de circulación, de manera que se restrinjan lugares muy concretos.

Por último, resultará imprescindible para la eficacia de esta pena que los criminólogos ostenten un carácter protagónico a fin de promover la resocialización de los condenados a aquella, en especial, para la delincuencia habitual y reincidente, que constituye uno de los grandes problemas a resolver en el ámbito de la criminalidad patrimonial y para la que las medidas punitivas como las adoptadas hasta ahora no han resultado eficaces, salvo que aquellas respondan a otros fines latentes relacionados con la «prolongación punitiva de los mecanismos de exclusión de la economía de mercado»⁷⁷.

⁷⁶ SÁNCHEZ BENÍTEZ, C., 2020. *Derecho penal del enemigo en España*. op. cit., pp. 276-277.

⁷⁷ TERRADILLOS BASOCO, J.M., 2020. *Política criminal de exclusión: aporofobia y plutofilia*. op. cit., p. 238.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUADO LÓPEZ, S., 2008. *La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito: Problemas constitucionales y alternativas político-criminales*. 1ª edición. Madrid: Iustel.
- BORJA JIMÉNEZ, E., 2019a. Lección XIX. Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (II): Cuestiones comunes a los delitos de apoderamiento. Hurtos. En: J.L. GONZÁLEZ CUSSAC (ed.), *Derecho penal parte especial*. 6ª. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 345-362.
- BORJA JIMÉNEZ, E., 2019b. Lección XVIII. Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (I): Introducción general. En: J.L. GONZÁLEZ CUSSAC (ed.), *Derecho penal parte especial*. 6ª. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 337-344.
- CANO CUENCA, A., 2015. El delito de hurto (arts. 234 y ss. CP). En: J.L. GONZÁLEZ CUSSAC (ed.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 693-710.
- CAPITA REMEZAL, M., 2018. La agravante de multirreincidencia en el delito de hurto. Una propuesta de regulación. *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, no. 132, pp. 1-13. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6486864>.
- CID MOLINÉ, J., 2007. ¿Es la prisión criminógena?: un análisis comparativo de reincidencia entre la pena de prisión y la suspensión de la pena. *Revista de derecho penal y criminología*, vol. 19, no. 19, pp. 427-456. ISSN 1132-9955.
- CUGAT MAURI, M., 2014. La discutible bondad de la supresión del Libro III. *Cuadernos de Política Criminal*, vol. 113, no. II, pp. 159-199. ISSN 2340-9290.
- CUGAT MAURI, M., AGUILAR ROMO, M., CUENCA GARCÍA, M.J., GUARDIOLA LAGO, M.J., NAVARRO BLASCO, E. y REBOLLO VARGAS, R., 2012. Objetivos y carencias de la política criminal contra la pequeña delincuencia. *Revista Catalana de Seguretat Pública*, vol. 25, pp. 181-231.
- DE LA HERRÁN RUIZ-MATEOS, S., 2020. Aspectos técnicos de la atenuante de reparación del daño en los delitos económicos o de cuello blanco. *Revista Penal*, vol. 45, pp. 15-32.
- DEL CARPIO DELGADO, J., 2013. Sobre la innecesaria reforma de los delitos de hurto. A propósito del anteproyecto de 2012 de reforma del Código Penal. *FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, vol. 16, no. 2, pp. 83-137. ISSN 1698-5583. DOI 10.5209/rev_foro.2013.v16.n2.43934.
- DEL CARPIO DELGADO, J., 2015. La regulación de los delitos de hurto tras la reforma de 2015 del Código Penal. *Diario La Ley*, vol. nº 8642, pp. 1-24. ISSN 1556-5068. DOI 10.2139/ssrn.3364823.
- FARALDO CABANA, P., 2011. Los delitos contra el patrimonio tras la reforma de 2010. *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, vol. 81, pp. 1-24.
- FARALDO CABANA, P., 2016. *Los delitos leves. Causas y consecuencias de la desaparición de las faltas*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- JUANATEY DORADO, C., 2020. El delito de hurto propio: algunas cuestiones de dogmática y política criminal, con especial referencia a la multireincidencia. *Revista General de Derecho Penal*, vol. 33, pp. 1-30. ISSN 1698-1189.
- LLOBET ANGLÍ, M., 2019. Capítulo 35. Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico. Sección 2. *Memento Práctico Francis Lefebvre Penal 2019*. Madrid: Francis Lefebvre, pp. 1209-1223.
- NAVARRO BLASCO, E., 2015. Capítulo XXVI. Reforma de los delitos de hurto, robo y otros delitos patrimoniales. En: G. QUINTERO OLIVARES (ed.), *Comentario a la Reforma penal de 2015*. 1ª. Pamplona: Aranzadi, pp. 469-486.
- SÁNCHEZ BENÍTEZ, C., 2020. *Derecho penal del enemigo en España*. 1ª. Madrid: Reus.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M., 2004. Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 25, pp. 331-360.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M., 2016. Delitos contra el patrimonio (I). En: J.M. TERRADILLOS BASOCO (ed.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Tomo III. Derecho penal parte especial*. 2ª. Madrid: Iustel, pp. 369-383.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M., 2020. Política criminal de exclusión: aporofobia y plutofilia. *Revista Penal*, vol. 46, pp. 230-244.

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 rituarial.

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”.

Revista
SISTEMA PENAL CRÍTICO

**LA AGRAVANTE DE MULTIRREINCIDENCIA
EN LOS DELITOS LEVES CONTRA EL PATRIMONIO¹**

**THE AGGRAVATING CIRCUMSTANCES OF MULTI-RECIDIVISM
IN MISDEMEANOR AGAINST PROPERTY**

Alfredo Liñán Lafuente

Prf. Contratado. Dr (int) Derecho Penal

Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid

¹ Artículo realizado en el marco del proyecto «Hacia un modelo de justicia social: alternativas político-criminales», concedido por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades del Gobierno de España en la convocatoria 2018 de proyectos I+D+i «Retos investigación» para el período 2019-2021 (ref. RTI2018-095155-A-C22), perteneciente al proyecto coordinado «Aporofobia y Derecho penal» (ref. RTI2018-095155-B-C21).

RESUMEN:

La reforma del Código Penal, operada por la LO 1/2015, aborda al fenómeno de la delincuencia habitual de los delitos de bagatela contra la propiedad y el patrimonio con un aumento desproporcionado de las penas en caso de reiteración delictiva, tomando para ello como único parámetro la multirreincidencia en el delito. Esta técnica legislativa provoca disfunciones que han llevado a la Sala Segunda del Tribunal Supremo a reinterpretar dicha agravante específica en el delito de hurto y en el delito de estafa para evitar que se pueda considerar que su aplicación vulnera el principio de culpabilidad por el hecho propio y el de la prohibición del *bis in idem*. Con esta interpretación hermenéutica el Tribunal Supremo ha conseguido, de momento, evitar la aplicación de la hiperagravación a los delitos patrimoniales leves producida, únicamente, por la existencia de antecedentes penales previos.

ABSTRACT:

The reform of the Criminal Code by Act 1/2015, fight against the phenomenon of habitual misdemeanors against property, punishing with a disproportionate increase penalty in the case of repeated offences, taking as the only parameter multi-recidivism in the crime. Nevertheless, the legislative technique suffers certain defects, which have led the Second Chamber of the Supreme Court to reinterpret that specific aggravating circumstance the crime of theft and the crime of fraud in order to avoid its application being considered as a break the principle of guilt for one's own actions and the prohibition non bis in idem. With this hermeneutic interpretation, the Supreme Court has managed, for the time being, avoid the hyper-aggravation of property misdemeanors solely the existence of previous criminal records.

PALABRAS CLAVE:

Delito leve, hurto, estafa, multirreincidencia, *bis in idem*.

KEYWORDS:

Misdemeanour, theft, fraud, multi-recidivism, bis in idem.

SUMARIO:

1. Planteamiento de la cuestión; 2. La reincidencia y la multirreincidencia; 3. Delito leve de hurto y multirreincidencia; 4. Delito leve de estafa y la agravante por multirreincidencia; 5. Conclusiones; 6. Bibliografía

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo de reforma del Código Penal, eliminó las faltas del texto legal por dos vías. La primera, fue suprimir la sanción penal de determinados comportamientos, fundamentando tal decisión en la Exposición de Motivos de la ley en la aplicación del principio de intervención mínima y para facilitar que asuntos de poca gravedad encontraran su respuesta a través del sistema de sanciones administrativas y civiles². La segunda fue reconvertir las conductas de las antiguas faltas en delitos leves, introduciéndolas por tanto en el régimen sancionador general del Código Penal, atenuando la pena debido a su escasa gravedad y la poca afectación al bien jurídico protegido. Estos tipos penales son identificados como delitos de bagatela por su insignificante afectación a los bienes jurídicos que, en ocasiones, ni siquiera comportan una lesividad que tenga relevancia a los fines de la tipicidad objetiva³.

Todas las faltas que castigaban conductas que atentaban contra la propiedad o el patrimonio se reconvirtieron en delitos leves, estableciéndose la frontera de los 400 € de perjuicio causado para elevar la categoría de leve a menos grave o grave. El problema surge porque si bien existe un límite máximo claro – más de 400 € - no existe un límite que concrete la lesividad mínima al bien jurídico protegido para que tal conducta pueda ser considerada delito, por lo que, en principio, cualquier apoderamiento de un bien mueble ajeno sin el consentimiento del titular que tenga un valor, aunque sea mínimo en el mercado (pensemos una manzana, un trozo de pan o un plátano), se podría calificar como una conducta típica de hurto. En la práctica, para intentar no castigar estos delitos de bagatela se acude al principio de oportunidad, siempre que pueda ser de aplicación el artículo 963. 1 LECr o a construcciones doctrinales tales como el principio de insignificancia.

No obstante, en este tipo de criminalidad patrimonial menor suelen ser habituales supuestos de multirreincidencia. Recientemente se ha planteado en la práctica la cuestión de si serían aplicables los fundamentos agravatorios generales para estos delitos leves. En muchas ocasiones los hurtos leves suelen estar asociado a un estado de pobreza en el que el autor encuentra la manera de subsistir por medio de este tipo de conductas. QUINTANO RIPOLLÉS⁴ ya advertía que : *En el aspecto estrictamente económico, la miseria provoca frecuentemente, como ya se dijo, hurtos o timos insignificantes, pero en poco o nada afecta a los robos a mano armada y grandes estafas, que más bien proliferan en climas de prosperidad y dispendio; flores del mal de las grandes ciudades tentaculares. El hambre, que incita a las raterías de escasa monta, rarísima vez lleva a sensacionales ataques contra la propiedad, cuyo motor es casi constantemente la apetencia al lujo.* BARBERO SANTOS acudía al concepto de estratificación social del delito en relación con acceso a los medios legítimos enunciándolo del modo siguiente⁵: *Los integrantes de estos grupos marginados están sometidos, pues, a presiones especialmente poderosas para utilizar medios ilegítimos – por no tener acceso a los legítimos- para conseguir el éxito que incita la sociedad de consumo: medios a los que en multitud de ocasiones se ha de acudir por razones de pura sobrevivencia.*

Así nos encontramos que la marginalidad social y la escasez de oportunidades para medrar sin infringir las normas provoca que la comisión de delitos contra la propiedad y el patrimonio, respecto de bienes de escaso valor, se convierta en un medio de vida para determinadas personas. Nos encontramos ante un proceso de “profesionalización” en el delito, ya que parte del trabajo diario de esas personas se cifra en conseguir bienes de suficiente valor para sobrevivir. Si a ello se le suma la realidad de que, en ocasiones, la marginalidad social ha llevado a la persona a ser adicto al consumo de drogas, la necesidad diaria de fondos se incrementa precisamente por la adicción que le aflige. La habitualidad en el delito tiene como consecuencia directa la multirreincidencia.

² Ley Orgánica 1/2015. Preámbulo I. Párrafo 3º.

³ ZAFFARONI, E. *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires. Ediar, 2000, pp. 471 y ss.

⁴ QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Tratado de la Parte especial del Derecho Penal*. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado. 1964.T.II.p.77

⁵ BARBERO SANTOS, M. “Los marginados ante la ley penal (la ley de peligrosidad y rehabilitación social de lege ferenda)”, en GIMBERNAT ORDEIG, E et al. (Dir). *Libro homenaje al Profesor José Antón Oneca*. Salamanca. Ediciones Universidad de Salamanca. 1982.

En el presente artículo se analizará si las agravantes de reincidencia y multirreincidencia, ya como agravantes genéricas o como tipo penales agravados respecto de determinados delitos patrimoniales, son aplicables a los delitos leves según la regulación actual del Código Penal y las últimas sentencias de la Sala 2ª del Tribunal Supremo.

2. LA REINCIDENCIA Y MULTIRREINCIDENCIA

El fundamento agravatorio de la reincidencia como elemento que eleva la pena ha sido objeto de estudio y crítica por parte de la doctrina⁶. A principios de la década de los 90 del pasado siglo, tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional se pronunciaron sobre la legalidad de la figura agravante, su constitucionalidad y su debida interpretación para que no vulnerase el principio de culpabilidad del hecho, y aunque parece que la polémica quedó zanjada – al menos jurisprudencialmente, que no doctrinalmente⁷ – la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015 ha provocado que su aplicación se vuelva a poner en duda respecto a los delitos leves contra el patrimonio.

En la STS de 6 de abril de 1990, al resolver un recurso de casación sobre la aplicación de la agravante de reincidencia, el Tribunal sale al paso de las críticas doctrinales que argumentaban que dicha agravante atentaba contra el principio de culpabilidad por el hecho propio planteando un modo de interpretarla sin vulnerar este principio. Así, establece que:

Los Tribunales sólo deberán agravar la pena por razón de la reincidencia hasta un límite que no supere la gravedad de la culpabilidad y sin atender al art. 61.2.º CP cuando la pena determinada por la reincidencia supere dicho límite.

[...] Dicho de otra manera: cuando la gravedad de la reprochabilidad por el hecho (establecida sin tomar en cuenta la conducta anterior del autor ni pronósticos de conducta desfavorables para el futuro) no alcance para justificar la aplicación del grado medio o máximo, el Tribunal no deberá agravar la pena fundándose en la reincidencia, por encima de la que resulte de la gravedad de dicha reprochabilidad.

Si se analiza pormenorizadamente esta sentencia, se puede apreciar que el tribunal plantea una interpretación restrictiva de la reincidencia para evitar que se aplique de manera automática el aumento de la penalidad, lo que en opinión de la Sala sí podría ser vulneradora del principio de culpabilidad⁸.

Básicamente lo que se propone en la citada sentencia es que la gravedad por la reprochabilidad del hecho se valore sin tener en cuenta los delitos previamente cometidos, ni el pronóstico de peligrosidad del sujeto en un futuro. El juzgador se habrá de fijar únicamente en el desvalor del hecho, y si este fuese lo suficientemente grave, se le podrá aplicar el aumento de la penalidad siempre dentro del marco punitivo abstracto del delito. Esta interpretación resulta obviamente acorde con el principio de culpabilidad del hecho, pero la pregunta que surge al analizarla es: si para aplicar la agravante de reincidencia no se han de tener en cuenta los hechos pasados, ¿Para qué sirve la misma? Si el juzgador puede decidir la imposición de la pena entre toda la extensión del marco penal abstracto y valorar la reprochabilidad del hecho de acuerdo a la gravedad de su culpabilidad, poco o nada aporta una circunstancia agravante que no pueda ser tenida en cuenta tal y como está redactada.

La citada STS de 6 de abril de 1990 se refiere únicamente a la agravante de reincidencia, no a la de multirreincidencia, ya que esta fue eliminada por la LO 8/1983, de 25 de junio⁹ y reincorporada al

⁶ Vid. entre otros, RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *Aspectos críticos de la elevación de penas en caso de multirreincidencia*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales. 1972; MIR PUIG, S. *La reincidencia en el Código Penal*. Barcelona. Bosch. 1974; MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona. Reppertor. 1998. 5ª. ed. p.654.

⁷ Vid. AGUADO LÓPEZ, S. *La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito*. Madrid. Iustel. 2008. Pp.63 y 107. Se exponen los criterios doctrinales que cuestionan la agravante respecto del principio de legalidad, culpabilidad, proporcionalidad, igualdad y presunción de inocencia.

⁸ Vid. aplicación de esta doctrina jurisprudencia en, STS de 5 de febrero de 1993 y 26 de diciembre de 1990.

⁹ Resulta interesante rescatar las razones expresadas en la Exposición de Motivos 8/1983 para eliminar la agravante de multirreincidencia: *Distintas son las razones que aconsejan esta importante reforma, pero se pueden condensar en las siguientes: La exasperación del castigo del delito futuro, de por sí contraria al principio non bis in idem, puesto que conduce a que un solo hecho genere consecuencias punitivas en más de una sola ocasión, se ha mostrado además*

Código Penal por la Ley Orgánica 11/2003¹⁰. Ello implica que en ese momento el canon de aumento de la pena por aplicación de una agravante se cifraba en la mitad superior de la pena, por lo que el aumento se encontraba siempre dentro del marco penal abstracto. El problema se agudiza cuando se comprueba que por aplicación del artículo 66.1.5 CP, la multirreincidencia puede llevar a elevar la pena al grado superior del delito cometido¹¹.

El Tribunal Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad de la agravante de reincidencia en su Sentencia 150/1991, de 4 de julio, al responder a una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de Instrucción de Daroca. En dicha sentencia el Tribunal deja clara la diferencia entre las posiciones doctrinales e interpretativas -ajenas a la *ratio decidendi* - de lo que se debe considerar la contradicción con la norma constitucional. En la sentencia se van descartando todas las contradicciones con la norma constitucional que había planteado el juez que elevó la cuestión de inconstitucionalidad, aunque el Tribunal no consigue construir una argumentación convincente del porqué la aplicación de la reincidencia no resulta contraria al principio de legalidad (art. 25 CE) en su variante de la prohibición del *ne bis in idem*. Afirma el TC que: *Es una opción legítima y no arbitraria del legislador el ordenar que, en los supuestos de reincidencia, la pena a imponer por el delito cometido lo sea en una extensión diferente para los supuestos de no reincidencia. Y si bien es indudable que la repetición de delitos propia de la reincidencia presupone, por necesidad lógica, una referencia al delito o delitos repetidos, ello no significa desde luego, que los hechos anteriores vuelvan a castigarse, sino tan solo que han sido tenidos en cuenta por el legislador penal para el segundo o posteriores delitos bien (según a perspectiva que se adopte) para valorar el contenido del injusto y su consiguiente, bien para fijar y determinar la extensión de la pena a imponer. La agravante de reincidencia, por tanto, queda fuera del círculo propio del principio non bis in idem.*

La pregunta que surge al analizar el transcrito Fundamento Jurídico Noveno es, ¿Cómo puede afirmarse que los hechos anteriores (delitos cometidos) han sido tenidos en cuenta por el legislador para fundamentar el aumento de la gravedad del hecho y al mismo tiempo decir que los hechos anteriores no se vuelven a castigar? Resulta obvio que si el parámetro de la agravación es la comisión pasada de delitos, un tanto del fundamento de la agravante radica en castigar por cometer un nuevo delito, habiendo cometido con anterioridad otro¹². A pesar de ello, esta doctrina constitucional se ha afianzado y se esgrime como salvaguarda de la constitucionalidad de la agravante de reincidencia¹³, sin tener en

como poco eficaz solución en el tratamiento de la profesionalidad o habitualidad delictiva; a ello se le une la intolerabilidad de mantener una regla que permite llevar la pena más allá del límite legal del castigo previsto para la concreta figura del delito, posibilidad que pugna con el cabal entendimiento del significado del principio de legalidad en un Estado de Derecho.

¹⁰ La Exposición de Motivos de la LO 11/2003 justifica la reintroducción de la circunstancia agravante en el Código Penal del modo siguiente: *Se introduce, por tanto, una nueva circunstancia agravante de reincidencia cuando se dé la cualificación de haber sido el imputado condenado ejecutoriamente por tres delitos, permitiéndose, en este caso, elevar la pena en grado. Dicha circunstancia de agravación es compatible con el principio de responsabilidad por el hecho, siendo el juzgador el que, ponderando la magnitud de pena impuesta en las condiciones precedentes y el número de éstas, así como la gravedad de la lesión o el peligro para el bien jurídico producido por el nuevo hecho, imponga, en su caso, la pena superior en grado.*

¹¹ Como advierte MELENDO PARDO, M, en GIL GIL, A/LACRUZ LÓPEZ, J.M/ MELENDO PARDOS, M/ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Madrid. Dykinson. 2011.p.686. *Por otro lado, si bien sus efectos penológicos pueden ser aceptables en el caso normal, devienen en insostenibles en el caso de la multirreincidencia. No deben admitirse agravantes que supongan la ruptura del límite superior del marco penal, y en este sentido que permitan la imposición de la pena superior en grado, en cuanto se está rompiendo con el principio de culpabilidad por el hecho, y por consiguiente con el de culpabilidad.*

¹² Sobre este particular y en el mismo sentido, Vid. AGUADO LÓPEZ, S. *La multirreincidencia...* op.cit. p. 76 y ss.

¹³ Tal y como recuerda la STS 481/2017 de 28 de junio al referirse a la comentada argumentación del non bis in idem de la Sentencia 150/1991: *Ciertamente, esta doctrina ha sido muy cuestionada por importantes sectores doctrinales al entender que no es fácil compatibilizar la advertencia de que los hechos de las condenas precedentes «no vuelven a castigarse» con la afirmación de que «tan sólo han sido tenidos en cuenta». Sin embargo, lo cierto e incuestionable es que la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional se ha consolidado en precedentes posteriores, quedando así excluida la tesis de que el hecho de que se tengan en cuenta las sentencias anteriores en la sentencia que aplica la reincidencia supone una infracción del principio non bis in idem.*

cuenta que el razonamiento no sería aplicable a la multirreincidencia¹⁴, pues esta lleva aparejada una pena superior en grado a la prevista para el marco típico del delito, quebrando de este modo el principio de proporcionalidad valorado en la STC 150/1991.

3. DELITO LEVE DE HURTO Y MULTIRREINCIDENCIA

La Ley Orgánica 11/2003 incluyó, junto con la reincidencia, la conversión de faltas en delito cuando estas se hubiesen cometido de manera reiterada (4 o más faltas) durante un periodo de tiempo (un año). La Exposición de Motivos de la citada ley justificaba su inclusión como medio para luchar contra la habitualidad en el delito. En el hurto, el antiguo artículo 234 CP, segundo párrafo, castigaba con la pena del tipo básico del delito de hurto al que en el plazo de un año hubiese cometido 4 faltas de hurto del artículo 623.1 CP y el montante acumulado superase la condición objetiva de punibilidad para poder considerarse delito. De este modo, aplicando una suerte de acumulación impropia – o falta continuada - se castigaba como delito la comisión de cuatro faltas de hurto en el mismo año¹⁵, siempre, eso sí, que las conductas no hubiesen sido ya juzgadas.

Por lo tanto, este tipo de conversión de falta en delito por acumulación de las primeras no puede ser considerado como una agravante de multirreincidencia, pues las faltas no debían haber sido juzgadas y condenadas para que fuese aplicable, sino como una medida naturaleza distinta – cercana a la continuidad delictiva - que pretendía castigar de manera más grave la habitualidad en las faltas cometidas en el plazo de un año y que no hubiesen sido castigadas.

La reforma del CP de 2015 acabó con las faltas y las transformó en delitos leves. Para analizar este proceso resulta interesante revisar el Proyecto de Reforma del Código Penal en relación con la modificación de los artículos 234 y 235 CP, pues se incluyó una agravante del delito de hurto que bebía del segundo párrafo del modificado artículo 234 CP e incluía en el Código Penal el peligroso concepto criminológico de la profesionalidad del delincuente. El artículo 235.1. 7º del Proyecto de Reforma establecía que se aplicaría la pena agravada del hurto: *Cuando el autor actúe con profesionalidad. Existe profesionalidad cuando el autor actúa con el ánimo de proveerse una fuente de ingresos no meramente ocasional.*

Esta circunstancia agravante fue eliminada en el último trámite de enmiendas¹⁶ al advertirse en ellas que el término profesionalidad evocaba el concepto de peligrosidad social, acercándose el texto al terreno del Derecho penal de autor, con las peligrosas consecuencias que ello podía acarrear.

El concepto de profesionalidad fue eliminado y en su lugar, el ordinal 7 del artículo 235.1 CP incorporó como circunstancia agravante la multirreincidencia –*cuando el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en este título, siempre que fueran de la misma naturaleza* -.

El apartado XIV del Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015 expone las razones del legislador para optar por esta interpretación, aclarando que: *La revisión de la regulación de los delitos contra la propiedad y el patrimonio tiene como objetivo esencial ofrecer respuesta a los problemas que plantea la multirreincidencia y la criminalidad grave.*

Con esta finalidad se suprime la falta de hurto, y se introduce un supuesto agravado aplicable a la delincuencia habitual. Los supuestos de menor gravedad, que anteriormente se sancionaban como falta, se regulan ahora como delitos leves; pero se excluye la consideración como leves de todos aquellos delitos en los que concurra alguna circunstancia de agravación –en particular, la comisión reiterada de delitos contra la propiedad y el patrimonio–. De este modo, se solucionan los problemas que planteaba la multirreincidencia: los delincuentes habituales anteriormente eran condenados por meras faltas, pero con esta modificación podrán ser condenados como autores de un tipo agravado castigado con penas de uno a tres años de prisión.

¹⁴ MUÑOZ CONDE, F/GARCÍA ARÁN, M. Derecho Penal. Parte General. Valencia. Tirant lo Blanch. 2019. 10ª ed. P. 470.

¹⁵ Que pasaron a ser tres faltas a partir de la LO 5/2010 de 22 de junio.

¹⁶ Congreso de los Diputados, Serie A, Num .66, Núm.exp. 121/000065. Enmiendas 206,298 y 624.

Resulta patente el error de enfoque del que parte en legislador para incorporar un tipo penal específico de multirreincidencia como figura agravada para combatir la delincuencia habitual menor – antiguas faltas – pues afirma que con anterioridad a esta reforma los autores de estos pequeños hurtos eran condenados por meras faltas, cuando el párrafo segundo del artículo 234 CP las convertía en delito en los supuestos analizados – comisión de cuatro (o tres tras la LO 5/2010) faltas en un año -. Quizás el problema que identifica el legislador, sin decirlo, fuese la dificultad probatoria que tenía la aplicación de este tipo penal – resultaba complicado identificar la comisión de tres faltas en un año que no hubiesen sido ya juzgadas -. Si ello fuese así, la vía de la reforma legislativa para simplificar y aumentar el castigo no resulta procedente, sino que la solución radica en incrementar la inversión en prevención, supervisión y vigilancia de las fuerzas de seguridad, algo que resulta más caro y complejo que modificar el Código Penal.

Más si cabe cuando la multirreincidencia ya se encontraba recogida como agravante genérica en el artículo 66. 5ª CP y la reincidencia en el artículo 22. 8ª CP, y ambas eran aplicables al artículo 234 CP.

La fórmula por la que optó el legislador para luchar contra la delincuencia de bagatela de los delitos de hurto fue incluir un salto cualitativo que pasa de castigar un delito leve de hurto con una pena de multa de uno a tres meses (art.234.2 CP) a una pena de uno a tres años de prisión por el delito agravado de hurto si el culpable hubiese sido condenado al menos tres veces por delitos comprendidos en el Título XIII CP (delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico). Nótese que con la antigua regulación la falta se transformaba en un delito de hurto del tipo básico, pero con la actual el delito leve se transforma en un delito agravado, saltándose directamente la aplicación del tipo básico.

Para valorar el efecto que tiene esta reforma en los delitos leves de hurto, interesa plantear el siguiente supuesto de hecho:

“Un sujeto X hurta una botella de ron de valor de 20 €. Poco tiempo después de salir de establecimiento es detenido por la policía. X había sido condenado por tres delitos leves de hurto en el último año”.

Ante esta situación, la pregunta que cabe hacerse es si la existencia de antecedentes penales convierte el hurto de la botella de ron en un delito que pueda ser castigado con una pena de hasta tres años. Parece que esa es la intención del legislador al leer el artículo 235 CP y la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, pero para resolver la pregunta el foco no ha de ponerse en este artículo, sino en la cuestión de si los antecedentes penales por delitos leves deben ser computables a efectos de transformar un delito leve en uno menos grave.

A esta cuestión se enfrentó la STS 481/2017 de 28 de junio (cuenta con un voto particular firmado por 6 magistrados) al resolver el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal frente a una sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona que no aplicaba el artículo 235.1. 7º CP a un supuesto de tentativa de hurto leve de un sujeto con varios antecedentes penales por hurtos leves. Al plantear la cuestión se ha de tener en cuenta que la agravante genérica del artículo 22.8 CP de reincidencia excluye del cómputo para aplicarla los antecedentes por delitos leves, por lo que parece que la idea del legislador es no aplicarlos a efectos de agravantes al tratarse delitos con poca significación penal. Cierto es también que el artículo 66.1. 5º CP contempla la agravante de multirreincidencia sin excluir los antecedentes de delitos leves, pero si se pone en común este artículo con el 66.2 CP, que excluye la aplicación de las normas de agravación a los delitos leves, ha de colegirse que los antecedentes por este tipo de delitos tampoco deben computarse.

El artículo 235.1. 7º C.P. no excluye los antecedentes por delitos leves. De hecho, el artículo 234.2 CP establece que se aplicará ese artículo siempre que no concurra alguna de las circunstancias agravantes del artículo 235 CP, por lo que la intención del legislador parece clara. La duda surge entonces si debería aplicarse esta agravante o se debería optar por interpretarla conforme a las normas de reincidencia genérica. La STS 481/2017 de 28 de junio, llega a la siguiente conclusión: *El hecho de que por tres condenas anteriores por delitos leves de hurto se pueda aplicar un tipo hiperagravado que permita convertir una multa máxima de tres meses en una pena de prisión que puede alcanzar hasta los tres años, con un suelo de un año, resulta sustancialmente desproporcionado. Podrían aportarse*

algunos ejemplos sobre las consecuencias que ello entraña en la práctica jurisdiccional, sin embargo, una de ellas puede resultar muy ilustrativa. Con ese sistema de punición tendrían asignado un mismo marco punitivo un hurto de un cuadro de un pintor clásico del máximo valor que la sustracción de cuatro carteras que no contuvieran más que, por ejemplo, 50 euros cada una.

Conviene recordar la STS de 6 de diciembre de 1990, donde el tribunal salvó la contradicción de la reincidencia con el principio de culpabilidad por el hecho propio incluyendo como canon de interpretación la máxima de que Tribunal no debería agravar la pena fundándose únicamente en la reincidencia, por encima de la que resulte de la gravedad de la reprochabilidad del hecho. La STS 481/2017 de 28 de junio¹⁷ recupera esa interpretación y concluye que dado que el propio legislador reconoce el escaso grado de ilicitud del delito leve de hurto, su agravación fundada únicamente en la previa comisión de otros delitos leves por los que haya sido condenado se sitúa en un terreno muy cercano a la infracción del principio de proporcionalidad y a la vulneración del *bis in idem*¹⁸. La sentencia concluye que no es de aplicación la agravante de multirreincidencia en supuestos donde existan antecedentes por delitos leves. Surge la duda de si este criterio también sería aplicable a supuestos donde se haya cometido un delito leve, pero los antecedentes sean por delitos menos graves o graves.

Uno de los argumentos más destacados de la sentencia para llegar a su interpretación restrictiva es que la agravante de reincidencia del artículo 22.8 CP no es aplicable a los delitos leves, lo que le lleva a concluir que: *... si ése es el concepto de reincidencia y en él se excluye el cómputo de los delitos leves para apreciarla, no parece razonable hablar de multirreincidencia excluyendo el concepto básico de la parte general del Código de lo que debe entenderse por reincidencia.* En el supuesto ahora planteado este razonamiento no podría aplicarse, pues los antecedentes serían por delitos graves o menos graves, aunque el delito fuese leve.

La cuestión habrá de centrarse en el modo en que las agravantes se aplican a los delitos leves y a la interpretación del art. 66.2 CP, que establece que en los delitos leves los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas agravatorias del artículo 66.1 CP, aunque bien es cierto que esta regulación se proyecta sobre agravantes genéricas y no sobre los tipos penales específico como el art. 235. 1.7 CP.

Si se analiza todo el hilo argumental de la sentencia se puede concluir que la interpretación restrictiva podría ser aplicables a supuestos donde se comete un delito leve y constan antecedentes por delitos graves o menos graves, pues el argumento de la escasa ilicitud que el legislador concede al delito leve tiene la misma validez en este supuesto, reforzándose tal interpretación con la excepción a la aplicación de las agravantes genéricas a los delitos leves ex artículo 66.2 CP. En el voto particular de la sentencia se concluye que, por coherencia con lo argumentado en esta, la solución al supuesto de la comisión de un delito leve de hurto con antecedentes por delitos menos graves debería ser la misma y no aplicar la agravante, lo que se esgrime como parte de la crítica a la decisión de la mayoría¹⁹.

¹⁷ La sentencia cuenta con un voto particular, redactado por LLARENA CONDE firmado por 5 magistrados, que critica la decisión de la mayoría de la Sala, pues el tipo penal que se reinterpreta es lo suficientemente claro y la sentencia implica un ejercicio de corrección punitiva que según el voto particular no se encuentra justificado. En este sentido advierte que: *Emulando la ejemplificación que también esgrime la Sentencia de la Sala, no puedo compartir una interpretación hermenéutica que, abiertamente se desamorra del redactado de la ley y de la interpretación auténtica que el legislador incorpora en su exposición de motivos, para dejar una realidad normativa incomprensible en términos de reproche penal. Mientras se admite que los hurtos que sobrepasan los 400 euros, verán graduadas sus penas entre los 6 meses y los 3 años de prisión, en función de las circunstancias concurrentes, se asume que si la actividad depredadora se limita a 400 euros, su autor sólo podrá ser sancionado con una multa máxima de 3 meses, por más que fueran superiores sus expectativas de enriquecimiento en cada uno de los hurtos perpetrados, o por más que reitere su conducta y acumule cantidades globales escandalosas, o pese a que se evidencie con cada condena, que la siempre idéntica pena que esta jurisprudencia le va a asignar, empíricamente carece de capacidad para reeducar al autor.*

¹⁸ Esta doctrina jurisprudencial ha sido corroborada por las STS 176/2018 de 18 de abril y STS 500/2018, de 24 de octubre.

¹⁹ En el punto 3, tercer párrafo, del Fundamento Jurídico SEGUNDO del voto particular se advierte que, *Aunque la sentencia no lo identifica abiertamente, su propia argumentación parece adelantar cuál sería el criterio jurisprudencial que complementaría el supuesto. En la eventualidad en que los tres delitos precedentes sí tuvieran la consideración de delitos menos graves, pero el delito sometido a enjuiciamiento fuera un delito leve, la argumentación de la Sala*

La Sala Segunda del Tribunal Supremo ha ejercido, en esta ocasión, su potestad para interpretar un artículo del Código Penal y modificar la manera de aplicar la agravante de multirreincidencia en casos de delitos leves, en contra de lo que claramente perseguía el legislador al reformar el Código Penal y los artículos 234.2 y 235.1. 7 CP, en un ejercicio de lo que algunos autores han denominado “activismo judicial”²⁰. El voto particular de la sentencia critica que la mayoría de la Sala se haya arrogado esta potestad cuando la tipificación en este supuesto es clara y no haya acudido al mecanismo establecido en el artículo 4.2 CP para instar la reforma legislativa.

En esta ocasión la interpretación de la Sala Segunda y el ejercicio de su labor hermenéutica resultan esenciales para evitar que la aplicación de los artículos 234.2 y 235.1.7 CP vulneren el principio de culpabilidad por el hecho propio y el del *non bis in idem*, y si bien podría haber optado por activar la vía del artículo 4.2 CP, ha elegido ejercer su potestad para evitar consecuencias injustas derivadas de la aplicación de legislación deficiente que, hasta que se hubiera reformado – si ello llega a ocurrir – hubiera vulnerado los derechos de los enjuiciados por estos delitos.

4. DELITO LEVE DE ESTAFA Y LA AGRAVANTE POR MULTIRREINCIDENCIA

El delito leve de estafa se tipifica en el segundo párrafo del artículo 249 CP, que contempla una pena de multa de uno a tres meses si la cuantía de lo defraudado no excediera de 400 €. El artículo 250 CP contempla las agravantes del delito de estafa, pudiendo llegar la pena máxima de prisión a 6 años y multa de 12 meses en caso de ser aplicadas. La agravante de multirreincidencia se introdujo por la Ley Orgánica 1/2015 y se ubica en el ordinal 8º del artículo 250 CP con una redacción similar a la que se incorporó al delito de hurto – *el culpable hubiere sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en este capítulo* -.

No obstante, existe una diferencia fundamental respecto a la regulación del supuesto de hurto, pues en el artículo 250 CP se contempla que “el delito de estafa será castigado...” sin especificar si se refiere al delito leve de estafa, que se regula en el segundo párrafo del artículo 249 CP.

Ante esta situación, interesa plantear el siguiente supuesto de hecho para analizar las consecuencias de optar por una interpretación u otra:

Un sujeto X llega a una gasolinera y llena el depósito de su ciclomotor con 15 € de gasolina sin plomo. En vez de pagar, se sube en su moto y se va del lugar. Poco después es detenido y acusado por un delito de estafa leve. X había sido previamente condenado tres veces por distintos delitos leves de estafa, hurto y apropiación indebida y no tiene los antecedentes cancelados.

La pregunta que surge ante este supuesto y este delito de bagatela es si le sería de aplicación la agravante del artículo 250 CP, ya que el Código Penal no hace distinción al referirse al delito de estafa y la pena podría aumentar de multa de uno a tres meses (delito leve de estafa) de prisión de uno a seis años (delito agravado de estafa).

Este supuesto es parcialmente distinto del anteriormente planteado, pues la duda no radica en valorar si se puede aplicar la agravante de multirreincidencia cuando los antecedentes son por delitos leves, ya que la conclusión de la sentencia STS 481/2017 de 28 de junio, así como la interpretación del 22. 8º y 65.6ª en relación con el 66.2 CP son perfectamente aplicables para rechazar su cómputo; sino si el tipo específico del artículo 250.1.8º CP se proyecta sobre los supuestos de estafas leves (anteriores faltas) o no, ya que el artículo 248 y 249 CP no hacen expresa referencia – como sí hace el 234.2 CP – a que un delito leve de estafa se transformará en grave si le resultase de aplicación alguna de las circunstancias agravantes del artículo 250 CP.

parece sustentar que tampoco resultaría de aplicación el artículo 235.1.7 del Código Penal ... Siguiendo su ejemplificación, quien sustrajera un paquete de caramelos que costara dos euros, habiendo sido ya condenado por tres delitos menos graves de hurto, merecería la misma pena que si hubiese sustraído esa obra de arte y, solo por su reiteración, vería que el legislador convierte su delito leve (art. 234.2), en un delito menos grave (art. 235.1.7).

²⁰ Sobre este concepto y sus distintas teorías, Vid. MACULAN, E. *Los crímenes internacionales en la jurisprudencia latinoamericana*. Barcelona. Marcial Pons. 2019. Pp.262-265.

La STS de 3 de febrero de 2019 se plantea la resolución de un caso similar al expuesto, separando la interpretación de lo acontecido tradicionalmente con la regulación del hurto y su multirreincidencia, dado que respecto de la estafa leve esta aplicación sería totalmente novedosa, al no existir antecedentes de interpretaciones similares. La duda radica en, si considerar que el artículo 250 CP al referirse a los delitos de estafa incluye ambas modalidades – tipo básico y tipo atenuado –, o si no lo incluye y su referencia genérica se debe a un olvido del legislador y una deficiente técnica legislativa.

La Sala se inclina por la siguiente interpretación pro reo: *La interpretación de la norma según su construcción gramatical puede hacer pensar que la genérica alusión al delito de estafa, extiende la operatividad de las agravaciones contenidas en el artículo 250.1 CP a todas sus modalidades, incluida la que el artículo 249.2 incorpora como delito leve, heredero de la desaparecida falta del artículo 623.4 CP.*

Sin embargo, tal aparente claridad deja abierta la puerta a diversas incógnitas que deben ser despejadas con perspectiva sistemática, porque la aplicación de las normas penales desde la garantía de tipicidad, veda una interpretación analógica y extensiva en perjuicio del reo. Y así, no puede considerarse baladí, desde una concepción integrada del texto penal, que, a diferencia de lo que ocurre en relación al delito leve de hurto del artículo 234.2, a tenor del cual «se impondrá una pena de multa de uno a tres meses si la cuantía de lo sustraído no excediese de 400 euros, salvo si concurriese alguna de las circunstancias del artículo 235», ninguna referencia a la aplicación del artículo 250 incluya el artículo 249.2 CP. Máxime cuando ambos preceptos fueron incorporados por la misma Ley, lo que, a contrario sensu, avala la exclusión del delito leve de estafa de la órbita agravatoria del artículo 250 CP.

Por lo tanto, a pesar de que el legislador no diferencia entre tipos de delitos de estafa, la Sala opta por no aplicar la analogía en perjuicio del reo y por una interpretación garantista de los principios orientadores del Derecho Penal. Junto a ello, la Sala recuerda que el salto agravatorio tan intenso que se produciría (de pena de multa de uno a tres meses a pena de prisión de 1 a 6 años) si se interpretase que, de manera analógica a la regulación del hurto, la estafa leve se incluye en el artículo 250 CP se vulneraría el principio de prohibición de la analogía en mala parte. La sentencia hace extensiva esa conclusión a todas las circunstancias agravantes del artículo 250 CP, aunque algunas por su propia naturaleza (perjuicio mayor de 50.000 €, etc) queden excluidas *per se*.

En este supuesto, la agravante de multirreincidencia no será aplicable en ningún caso cuando se esté valorando la comisión de un delito leve, incluso si los antecedentes son graves o menos graves, ya que el espectro típico del artículo 250 CP ha de considerarse que no abarca la versión leve del tipo delictivo.

Esta interpretación también se ha de aplicar a los delitos leves de apropiación indebida y de administración desleal, pues aunque su regulación sea un poco más clara que la de la estafa, ya que las versiones leves de ambos delitos se incluyen en apartados distintos – 252.2º y 253 .2º CP - y la remisión a la pena del artículo 249 y 250 CP se encuentra únicamente en los apartados primeros de los artículos 252 y 253 CP, la Circular de la FGE 1/2015, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015²¹ los incluye expresamente como delitos leves que sí pueden integrar ciertos subtipos agravados, *pues estos preceptos, que instituyen tipos penales especiales cualificados, no hacen distinción entre delitos leves y menos graves.* Interpretación que, por lo expuesto, habrá de ser rechazada por ser contraria a la prohibición de la aplicación del principio de analogía en mala parte.

²¹ Circular de la Fiscalía General de Estado 1/2015. Pp. 44 y 45

5. CONCLUSIÓN

La reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015 se enfrenta al fenómeno de la delincuencia habitual de los delitos de bagatela contra la propiedad y el patrimonio aumentando las penas en caso de reiteración delictiva²², tomando como único parámetro la multirreincidencia en el delito, sin tener en cuenta la afectación a los principios rectores del Derecho penal y la realidad criminológica de las personas a las que va dirigida la norma²³. Recupera por este medio la concepción preventivo general negativa de las penas y renuncia a aplicar medidas de seguridad para este tipo de delincuentes, en contra de lo solicitado de manera reiterada por la doctrina²⁴.

De aplicarse la agravante específica de reincidencia se produciría un incremento punitivo tan importante – ya que un delito leve se transforma en uno agravado sin pasar previamente por el escalón del tipo básico – que aumentaría exponencialmente la población carcelaria de este tipo de delincuentes (que ya de por sí es altísima). La opción elegida por el legislador respecto de los multirreincidentes en delitos leves supone una derrota de la función preventivo especial de la pena, pero esta no podrá sanarse con el aumento de la misma, pues la medida que ya fracasó una vez está llamada de nuevo a fracasar²⁵.

Parece claro que esta era la opción del legislador, sin tener en cuenta que la prisionización de este tipo de delincuentes habituales, que utilizan el ataque a los derechos propiedad de terceros de bienes de escaso valor como forma de vida, solo conduce a una espiral autodestructiva de los mismos, donde la resocialización del delincuente que proviene de ambientes sociales marginales resulta inalcanzable.

Por ello resulta importante que la judicatura, que está más pegada a la calle y a los problemas de los ciudadanos que el legislador, interprete las normas de un modo sistemático y en beneficio del reo, tal y como ha hecho la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Aplicando la jurisprudencia analizada se puede llegar a las siguientes conclusiones:

1º La agravante de multirreincidencia respecto al delito de leve de hurto no será aplicable si los antecedentes que han de computarse provienen de delitos leves.

2º A los delitos leves de estafa, apropiación indebida y administración desleal no les resulta aplicable la circunstancia agravante de multirreincidencia del artículo 250.1.8º CP, por lo que no se agravará la pena incluso cuando los antecedentes a computar provengan de la comisión de delitos graves o menos graves.

3º El Tribunal Supremo no se ha pronunciado aún sobre si sería aplicable a un delito leve de hurto la agravante específica de multirreincidencia si los antecedentes a computar proviniesen de delitos graves o menos graves, aunque la interpretación llevada a cabo en la STS 481/2017 de 28 de junio conduciría, en mi opinión, a la misma conclusión de inaplicabilidad de la agravante del artículo 235.1.7 CP en este supuesto.

²² DE VICENTE MARTÍNEZ, R. *Los delitos contra el patrimonio de apoderamiento tras la reforma penal de 2015*. Bosch. Barcelona. 2015.p.45. Esta autora califica esta manera de legislar y enfrentarse a la pequeña delincuencia del modo siguiente: *La obsesión casi enfermiza del legislador de resolver el tema de la pequeña delincuencia con grandes penas ...*

²³ Como advierte RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *Aspectos críticos...* op.cit. P.303. *Siempre que una regulación legal prescinda de las indicaciones criminológicas y desatiende los más elementales principios dogmáticos, el fracaso en cuanto a los objetivos político criminales está prácticamente asegurado.*

²⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *El delincuente habitual y el recidivismo*. El Criminalista, 2ª serie II. Buenos aires. 1958. pp. 259 y ss. Cit. por. RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *Aspectos críticos ...* op.cit.P.298.; RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *Aspectos críticos ...* op.cit.P.298.

²⁵ RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *Aspectos críticos ...* op.cit.P.304.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO LÓPEZ, S. *La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito*. Madrid. Iustel. 2008.
- BARBERO SANTOS, M. “Los marginados ante la ley penal (la ley de peligrosidad y rehabilitación social de lege ferenda)”, en GIMBERNAT ORDEIG, E et al. (Dir). *Libro homenaje al Profesor José Antón Oneca*. Salamanca. Ediciones Universidad de Salamanca. 1982.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R. *Los delitos contra el patrimonio de apoderamiento tras la reforma penal de 2015*. Bosch. Barcelona. 2015.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *El delincuente habitual y el recidivismo*. El Criminalista, 2ª serie II. Buenos aires. 1958.
- MACULÁN, E. *Los crímenes internacionales en la jurisprudencia latinoamericana*. Barcelona. Marcial Pons. 2019.
- MELENDO PARDO, M, en GIL, A/LACRUZ LÓPEZ, J.M/ MELENDO PARDOS, M/ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Madrid. Dykinson. 2011.
- MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona. Reppertor. 1998. 5ª. ed.
- MUÑOZ CONDE, F/GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General*. Valencia. Tirant lo Blanch. 2019. 10ª ed
- QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Tratado de la Parte especial del Derecho Penal*. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado. 1964. T.II.p.77
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *Aspectos críticos de la elevación de penas en caso de multirreincidencia*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales. 1972.
- ZAFFARONI, E. *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires. Ediar, 2000.

Revista
SISTEMA PENAL CRÍTICO

**LA CRIMINALIZACIÓN DEL NARCOMENUDEO
EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL**

**THE CRIMINALIZATION OF “NARCOMENUDEO”
IN THE SPANISH PENAL CODE**

Nicomedes Rodríguez Gutiérrez

*Juez sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.
Proyecto: “Aporofobia y Derecho Penal”*

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).

RESUMEN:

El presente trabajo se centra en el estudio del “narcomenudeo”, también conocido como “menudeo” en España. A pesar de ser un problema de índole internacional, ya que se da en todo el mundo, en cada zona se afronta con unas herramientas jurídicas diferentes. En nuestro país, a raíz de la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, se introduce un segundo párrafo en el artículo 368, el cual tiene su origen en el Pleno de la Sala Segunda de 25 de octubre de 2005 se acordó proponer al Gobierno la introducción del inciso segundo. De esta forma se introduce el subtipo atenuado que posibilita la suspensión ordinaria de la pena para los condenados por menudeo, además de la suspensión del artículo 80.5 para condenados que sean consumidores habituales. Pero el precepto arroja también conceptos indeterminados, como son la escasa entidad del hecho y las circunstancias personales del culpable, las cuales deberán ser determinadas atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada supuesto y teniendo como referencia la abundante jurisprudencia. También trataremos los problemas que surgen en la investigación y las diferentes formas en las que se manifiesta el menudeo. Por último, debemos citar los problemas concursales, con el blanqueo de capitales, debido a las importantes ganancias que se obtienen.

ABSTRACT:

The present essay focuses on the study of “drug dealing”, also known as “retail” in Spain. Despite being a problem of an international nature, since it occurs all over the world, in each area it is faced with different legal tools. In our country, as a result of the reform carried out by Organic Law 5/2010 of June 22, a second paragraph is introduced in article 368, which originated in the Plenary of the Second Chamber of October 25, 2005 It was agreed to propose to the Government the introduction of the second paragraph. In this way, the attenuated subtype is introduced that allows the ordinary suspension of the sentence for those convicted for retail, in addition to the suspension of article 80.5 for convicted persons who are habitual consumers. But the precept also throws indeterminate concepts, such as the scarce entity of the fact and the personal circumstances of the culprit, which must be determined according to the concurrent circumstances in each case and having as reference the abundant jurisprudence. We will also discuss the problems that arise in research and the different ways in which retail manifests itself. Finally, we must mention the bankruptcy problems, with money laundering, due to the significant profits that are obtained.

PALABRAS CLAVE:

Narcotráfico, menudeo, escasa entidad, salud pública, drogas.

KEYWORDS:

Drug trafficking, retail, small entity, public health, drugs.

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN. 2. EL “NARCOMENUDEO” O “MENUDEO” EN ESPAÑA. 3. REGULACIÓN LEGAL. 3.1 EL PROCESO DE INTRODUCCIÓN DEL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 368 DEL CP. 3.2 DELIMITACIÓN CON LAS CONDUCTAS ATÍPICAS. 3.3 LA ESCASA ENTIDAD DEL HECHO. 4. LOS PROBLEMAS EN LA INVESTIGACIÓN. 5. CONCLUSIONES 6. BIBLIOGRAFÍA. 7. JURISPRUDENCIA

1. INTRODUCCIÓN

El “narcomenudeo”, o también denominado como “comercio de drogas ilícitas en pequeña escala”¹ es una actividad de carácter ilícito la cual surge a raíz de la prohibición de las drogas e principios del siglo XX. La misma se corresponde con la “venta al por menor”, siendo el último eslabón en el tráfico de drogas².

Tal y como apunta ZAMUDIO ANGLÉS³, el control que se pretende sobre el tráfico ilícito de sustancias mediante las normas atiende a dos perspectivas, al económica, teniendo su origen en el obstáculo que suponen las drogas para la producción industrial y la médica, ya que el abuso de las sustancias es causa de graves enfermedades que deben prevenirse, a través de la promoción de la salud e higiene pública. Además, se apunta a como “piedra angular de este fenómeno” a la relación de mercado en la cual el vendedor oferta la mercancía y “es interpelado por un comprador que la consume”, siendo su variante el menudeo, en la que el comprador coincide con el consumidor final del producto, a diferencia del narcotráfico, en el cual el comprador es un intermediario de la mercancía. Por este motivo se considera al narcomenudeo el eslabón final de la cadena, asimilando a los vendedores como delincuentes y a los compradores, además como enfermos.

Aunque el término de “narcomenudeo” es utilizado principalmente en América Central y Sudamérica, el hecho en sí se extiende por todo el planeta, y en especial en España, denominado “menudeo”. Al respecto encontramos abundantes artículos, no obstante, el mismo podría ser objeto de portada en nuestro país en los medios de comunicación, a pesar de la poca publicidad que el mismo merece en España, centrándose los medios en grandes operaciones contra el tráfico de drogas.

El concepto que se acoja podrá ser más o menos certero, ya que hay multitud, pero las consecuencias del consumo de sustancias son devastadoras. Como indicaba MARCHAL ESCALONA⁴, haciendo una referencia directa a la droga como “ese joven destrozado, sin ilusiones, cuyo único objetivo es conseguir el *pico* a cualquier precio, aunque para ello tenga que robar a su propia madre”.

No obstante, y aunque parezca que carece de relevancia el menudeo, este tiene una enorme repercusión, ya que se trata de un eslabón esencial en el tráfico de estupefacientes, y por el que pasa la droga. Pero además es una fuente de captación de nuevos consumidores y la base sobre la que se asientan otros escalones. Por último, y aunque el menudeo trata con pequeñas cantidades, en el plano jurídico a los efectos de punibilidad, no debemos olvidar que la suma comporta importantes cantidades, ya que los vendedores que adquieren cantidades por debajo de los 25 gramos, pueden llegar a comercializar unos 100 gramos diarios, lo que alcanzaría los 30 kilogramos anuales⁵.

2. EL “NARCOMENUDEO” O “MENUDEO” EN ESPAÑA.

Tal y como apuntaban RAFFO LÓPEZ, L Y GÓMEZ CALDERÓN, D⁶:

El microtráfico es la máxima expresión de la relación drogas ilícitas/territorio, lo cual evidencia que las políticas de seguridad en el proceso de lucha contra los mercados de drogas ilícitas deben superar su focalización exclusiva en la oferta, ya que han tenido un bajo impacto en los negocios ilícitos y han potenciado la capacidad de inventiva de las redes de narcotráfico para apropiarse del territorio, expandir sus actividades hacia submercados criminales y, además, legitimar desde la territorialidad su quehacer productivo ilegal.

¹ ZAMUDIO ANGLÉS, CA. *¿Qué es el narcomenudeo? Un acercamiento etnológico*. Liberaddictus, nº. 103, 2008, p 3.

² CONDE VELÁZQUEZ, JL. *El tráfico de drogas en los poblados*. Incluido en el número monográfico sobre *Drogodependencia y Derecho* de Cuadernos de Derecho Judicial 8 -2003 (Dir IBAÑEZ SOLAZ, MF), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, p 2.

³ ZAMUDIO ANGLÉS, CA. *Op. Cit*, p 3.

⁴ ESCALONA, AN. *Drogas. Actuación policial. Problemas en la investigación*. Incluido en el número monográfico sobre *Drogodependencia y Derecho* de Cuadernos de Derecho Judicial 8 - 2003 (Directora: IBAÑEZ SOLAZ, MF). Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, p 3.

⁵ CONDE VELÁZQUEZ, JL *Op. Cit*, p 2.

⁶ RAFFO LÓPEZ, L / GÓMEZ CALDERÓN, D. *Redes criminales y corrupción en la era del microtráfico y el narcomenudeo*. Revista de Economía Institucional, vol. 19, n.º 37, segundo semestre 2017, pp 257 – 258.

La anterior referencia se aproxima a situaciones que se viven por los juzgados de instrucción de nuestro país a diario en las diligencias incoadas diariamente. Que no se reflejen en los medios de comunicación, no quiere decir que no existan, pese a que puntualmente conozcamos noticias puntuales, como cuando se trata de un gran número de detenidos⁷.

Pero el narcomenudeo, como “fenómeno multicausal”, tal y como apuntan CORTÉS VARGAS Y PARRA CELY⁸, se da más allá de los sujetos intervinientes, involucrando a los entornos de los puntos de venta de sustancias estupefacientes, lo cual lleva a “conflictividad social, violencia y criminalidad”, propiciándose alteraciones en la convivencia tanto individual como social. En concreto se apunta a que como fenómeno del narcotráfico propicia el desplazamiento interurbano, instrumentaliza la criminalidad entre los ciudadanos y principalmente entre los menores de edad, propicia extorsiones de poca cantidad de dinero, produce la usurpación de bienes inmuebles y la violencia escolar.

Sobre el menudeo encontramos numerosas resoluciones, en concreto el TS⁹ hace alusión a elementos variados, en relación a los múltiples tipos que coinciden en muchos supuestos. En concreto una red de distribución de droga, dedicada al “menudeo”, en el interior de pisos, los denominados “narcopisos”, los cuales, en su mayoría eran ocupados de forma ilegal y que se encontraban asentados en una determinada zona geográfica localizada.

La actividad que se suele desarrollar en los narcopisos cuentan con elementos coincidentes, como la modificación de los mismos que cuentan con barreras físicas para impedir el acceso por terceros y retardando las entradas y registros, para facilitar la eliminación de la sustancia o reducir al máximo la intervención de la misma. Son comunes los sistemas de desagüe directo a la cañería general para eliminar la sustancia de forma inmediata.¹⁰

Otra de las ubicaciones de venta de droga tradicionales en nuestro país son los “poblados”, los cuales se esquematizan, como define CONDE VELÁZQUEZ¹¹ en el menudeo, reponedor, pasador y el “gitano de fuera”. Se trata de la red que se monta con los diferentes puntos de paso. La estructura se caracteriza en que a pesar del corte de alguno de los “nudos”, como puede ser el suministrador, la red sigue con su actividad a través de otros proveedores, preestablecidos y que funcionan de forma simultánea. En concreto el menudeo, siendo este el objetivo del presente trabajo, lo estructura en un amplio número de personas que realizan las funciones de captación, vigilancia y despacho de drogas. Resalta las pequeñas cantidades que son objeto de tráfico, debido a que el perjuicio en caso de robo sería menor, la reposición es inmediata dentro del poblado y es más sencillo hacer desaparecer pequeñas cantidades en caso de registros, siendo además las pérdidas menores.

De lo expuesto debemos indicar, que pese a apreciar relación entre los delitos expuestos y tráfico de drogas, no se precisan estadísticas al respecto, por lo que impide un estudio en profundidad del problema, sin perjuicio de que contemos con la estadística oficial por tipología delictiva.

⁷ *Aragondigital* de 22 de agosto de 2020. Operación realizada en Zaragoza en la que se detuvieron a 37 personas. Consultado el 6/10/2020. Accesible en <https://www.aragondigital.es/2020/08/22/un-total-de-37-personas-han-sido-detenido-en-zaragoza-tras-el-confinamiento-por-menudeo-de-droga/>

⁸ CORTÉS VARGAS, YL/ PARRA CELY, R. *Narcomenudeo: un neologismo para describir la venta de estupefacientes*. Criminalidad, , pp 37 y 69.

⁹ STS 429/2020 de 28 de julio

¹⁰ ATS 384/2020 de 4 de junio de 2020

¹¹ CONDE VELÁZQUEZ, JL. *El tráfico de drogas en los poblados*. Incluido en el número monográfico sobre *Drogodependencia y Derecho* de Cuadernos de Derecho Judicial 8 -2003 (Dir IBAÑEZ SOLAZ, MF), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, p 13.

3. REGULACIÓN LEGAL.

El narcomenudeo se enmarca en nuestra regulación en el párrafo segundo del artículo 368 del CP.

3.1 El proceso de introducción del párrafo segundo del artículo 368 del cp:

Nuestro actual inciso segundo del artículo 368 parte, como apunta el Magistrado MAZA MARTÍN¹² de la polémica sobre la desproporción de las sanciones previstas en los artículos 368 y siguientes del CP, en ciertas conductas de menor entidad, pero que tenían cabida dentro del tipo penal, motivo por el que a raíz del Pleno de la Sala Segunda de 25 de octubre de 2005 se acordó proponer al Gobierno la introducción de un nuevo apartado en el artículo 368 del CP con el siguiente texto:

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del culpable.

Y al respecto se pronuncia el TS¹³, la cual tras aludir al principio de insignificancia de las conductas calificadas como de “entregas compasivas”, lo diferencia en el fundamento octavo a los supuestos de pequeño tráfico, es decir, menudeo, en el sentido de:

En estos casos la conducta, en sí misma, es plenamente típica aunque sean pequeñas las cantidades de droga transmitidas, pues en todo caso se está poniendo en peligro el bien jurídico protegido, la salud pública, ya que ni se controla el destinatario, ni se actúa por afán compasivo, ni se prescinde de toda contraprestación, sino que por el contrario se está contribuyendo de modo relevante a fomentar indiscriminada y lucrativamente el consumo de drogas. Estos casos son precisamente los contemplados por el Legislador al tipificar el delito de tráfico de drogas como delito de peligro abstracto, por lo que no puede efectuarse una interpretación material del tipo que los excluya, aun cuando las cantidades difundidas sean en cada caso concreto reducidas o limitadas.

No obstante, esta posición no ha sido pacífica, encontrando la STS 19 de enero de 2004, la cual consideraba que:

En el caso de los delitos graves, como son los delitos de tráfico de drogas, no cabe invocar, ni siquiera de *lege ferenda* un «principio de insignificancia» que podría excluir la tipicidad, cuando ésta, formalmente, ha sido constatada u opera como causa supralegal de justificación, o bien, en todo caso, excluir, de alguna manera la punibilidad. La necesidad preventiva de ratificación de la norma no desaparece, en los delitos graves, sólo por el reducido alcance de la acción. El legislador, por tanto, no ha establecido la posibilidad de renunciar a la punibilidad en casos de reducido daño social, toda vez, que, movido por la gravedad que le atribuye a estos hechos, ha considerado que el peligro abstracto es ya suficiente para justificar su intervención. Tampoco existen en las disposiciones aplicables puntos de apoyo para deducir de ellos que el legislador, implícitamente, ha querido excluir casos como éstos del ámbito de la punibilidad.

Nuestra actual regulación prevé en el artículo 368 los supuestos de “narcomenudeo”. El precepto fue modificado por el artículo único 104 de la Ley Orgánica 5/2010¹⁴. Actualmente establece que:

Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triple del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos.

¹² MAZA MARTÍN, JM. *Comentarios al apartado 2 del artículo 368 del Código Penal y su interpretación jurisprudencia*. Includo en el número monográfico sobre *Encuentro de la Sala Segunda del Tribunal Supremo con magistrados de lo penal* de Cuadernos Digitales de Formación 25 - 2013 (Director: DEL MORAL GARCÍA, A). Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2014, pp 9 – 10.

¹³ STS de 12 de marzo de 2004.

¹⁴ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, publicada en el BOE de 23 de junio de 2010, entrando en vigor el 23 de diciembre de 2010.

No obstante, lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370.

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del CP basa la reforma operada, en el expositivo XXIV indica que de conformidad con el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, de 25 de octubre de 2005, “en relación con la posibilidad de reducir la pena respecto de supuestos de escasa entidad, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias recogidas en los artículos 369 bis, 370 y siguientes.”

En concreto el Acuerdo de Pleno recoge que:

Aprueba la propuesta redactada por el Magistrado de esta Sala Don José Antonio Martín Pallín, al amparo del artículo 4.3 C.P., sobre la conveniencia de modificar la redacción del actual artículo 368 del mismo Texto legal, añadiendo que cuando se trate de cantidades módicas las penas deberían ser de seis meses a dos años, cuando se trate de sustancias que no causen grave daño a la salud, y de dos a cinco años si se trata de sustancias que sí causen grave daño.

Igualmente se aprueba como propuesta alternativa a la anterior, la formulada por el también Magistrado de esta Sala Don Andrés Martínez Arrieta, en el sentido de añadir un segundo párrafo al actual artículo 368 C.P. con el siguiente texto «no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los Tribunales podrán imponer la pena inferior en grado atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del culpable.

La STS de 19 de julio de 2011 profundiza en la evolución del precepto, realizando las puntualizaciones respecto a los elementos a tener presentes, en el sentido de que “examinada la historia legislativa del precepto, podemos concluir que el párrafo segundo del artículo 368 CP permite imponer la pena inferior en grado a las previstas en el párrafo primero, atendiendo a la escasa entidad del hecho -lo que nos coloca en el ámbito de la antijuridicidad- y a las circunstancias personales del autor -que nos conduce al área de la culpabilidad-. Se trata, además, de un ejercicio de discrecionalidad reglada, que debe ser fundamentadamente explicado en la propia resolución judicial, y que resulta controlable en casación, por la vía de la pura infracción de ley (art. 849-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).» Por tanto, para la aplicación del precepto, siguiendo la Sentencia antes aludida, se debe atender a:

La *escasa entidad del hecho* debe relacionarse con la menor gravedad del injusto típico, por su escasa afectación o capacidad de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, salud pública colectiva. Como se sugiere en la STS de 9.6.2010, en la que se invoca la «falta de antijuridicidad y de afectación al bien jurídico protegido», siendo la antijuridicidad formal la contradicción de la conducta con el ordenamiento jurídico representado por el precepto penal y la antijuridicidad material la lesión efectiva o puesta en peligro del bien jurídico protegido, la menor entidad o gravedad del delito debe relacionarse con la cantidad y calidad de droga poseídas por el autor y, en concreto, con la superación mínima o relevante de la llamada dosis mínima psicoactiva, de manera que cuanto menor sea la cantidad y calidad de la droga poseída con finalidad típica menor será la entidad o gravedad del hecho. Así, cantidades muy próximas a la dosis mínima psicoactiva o en cualquier caso de muy escasa relevancia cuantitativa y cualitativa se encontrarían en el radio de acción del subtipo por su escasa afectación al bien jurídico protegido.

En cuanto a la «menor culpabilidad, las circunstancias personales del autor, nos obligan a ponderar todas las circunstancias subjetivas del culpable que permitan limitar su reprochabilidad personal por haber cometido el hecho antijurídico, en el bien entendido supuesto de que, dada la prohibición de doble valoración o desvaloración del artículo 67 CP, las circunstancias que sean valoradas en el ámbito del subtipo atenuado no podrán contemplarse como circunstancias independientes.

También parece que las circunstancias personales del subtipo atenuado deben ser distintas de aquellas que se configuren como atenuantes o agravantes en el CP.

En el informe del CGPJ al Anteproyecto de 2006, que presentaba una redacción semejante al subtipo actual se llamaba la atención como prototípica a la situación subjetiva de quien siendo adicto vende al menudeo para sufragarse su adicción.

Ésta en efecto podía ser una circunstancia valorable en el ámbito del subtipo, como el hecho de que se tratase de la primera actuación delictiva sin poseer antecedentes por el delito contra la salud pública ni por cualquier otro y en general otras situaciones en que la exigibilidad del comportamiento de respeto a la ley fuese menos intensa, aunque no concurriesen propiamente los presupuestos de las causas de inimputabilidad o de inculpabilidad.

3.2 Delimitación con las conductas atípicas

Son numerosos los Acuerdos de Pleno No Jurisdiccional en relación al artículo 368 del CP, pero en concreto, y en relación con el menudeo, nos interesa destacar el Acuerdo no jurisdiccional de 3 de febrero de 2005, sobre el principio de los mínimos psico-activos en relación con el artículo 368 del CP, en virtud del cual se mantenía los criterios del Instituto Nacional de Toxicología, relativo a las dosis mínimas psico-activas. Por tanto, resulta esencial determinar el grado de pureza de la sustancia para determinar la tipicidad de la conducta, basado en la cantidad de sustancia base tras la reducción a pureza, o también denominado cantidad de principio activo¹⁵. En los mínimos, o en los límites de las cantidades de notoria importancia resulta determinante el realizar una segunda pericial, ya que hay supuestos en los que la sustancia no se encuentra mezclada de forma homogénea y pueden resultar diferencias determinantes a la hora de la penalidad. La prueba para poder determinar el grado de pureza es la correspondiente pericial analítica, sin perjuicio de poder probar el tráfico de drogas con la correspondiente testifical¹⁶, de la persona que la consumió, el cual tenía suficientes conocimientos de la sustancia. En caso contrario quedarían impunes muchos hechos, en los que se destruye la sustancia.

El bien jurídico protegido se encuentra en las condiciones establecidas por la autoridad sanitaria para conseguir una salud pública idónea, por lo que se requiere, en abstracto, que la sustancia sea dañina para la salud específica de una persona¹⁷.

De la lectura del precepto se deduce que los pequeños actos en los que se producen transmisiones gratuitas de drogas, en el ámbito del consumo, no se consideran delictivas¹⁸. Por lo que se deben diferenciar el consumo compartido, el cual será atípico, de la oferta criminalizada, como puede ser el narcomenudeo, la cual es típica.

3.3 La escasa entidad del hecho

En relación con la naturaleza de la menor entidad¹⁹ la STS 46/2015 de 10 de febrero, entiende que el párrafo segundo del artículo 368 del CP es un subtipo atenuado, teniendo carácter reglado la decisión sobre su aplicación, por lo que puede ser objeto de impugnación casacional. Y en este sentido alude a la posición jurisprudencial, encontrando en la posición contraria resoluciones anteriores como la STS de 12 de junio de 2012, la cual entiende que se trataría de un criterio para la determinación de las penas. La naturaleza es relevante ya que con el planteamiento adoptado es posible la revisión de la pena, que fuera más favorable para el reo, además de proceder a la rebaja penológica del inciso primero y del artículo 369 del CP, sobre la que obtener la pena a la que aplicar los criterios de determinación del artículo 66 del CP.

Los elementos esenciales que se deben tener presentes son la escasa entidad del hecho y las circuns-

¹⁵ ÁLVAREZ GARCÍA, F. *El delito de tráfico de drogas*. Tirant monografías 617, Valencia, 2008, p 151.

¹⁶ STS 1237/02 de 27 de junio.

¹⁷ STS 1627/03, de 2 de diciembre

¹⁸ ÁLVAREZ GARCÍA, F. *Op cit*, p. 65

¹⁹ CASADO LOPEZ, L. *Cuestiones frecuentes sobre el delito de tráfico de drogas*. Incluido en monográfico sobre *Encuentro entre magistrados de secciones penales de las Audiencias Provinciales con jueces y magistrados del orden penal de Cuadernos Digitales de Formación 47-2015* (Dir: RASILLO LÓPEZ, MP). Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2016, p 28.

tancias personales del culpable. Ambas circunstancias deberán ser valoradas de conformidad con las circunstancias concurrentes en el caso concreto, y sobre la que la jurisprudencia de abundante, en función de la casuística. En relación con las circunstancias personales, que pudieran ser las que mayor debate pudieran provocar, debemos relacionar con carácter general las circunstancias previstas en los artículos 21.1 y 2 en relación con el 20.2, la intoxicación plena del artículo 20.2 del CP, la eximente incompleta de drogadicción prevista en el artículo 20.2 y la atenuante ordinaria de drogadicción del artículo 21.2 del CP.²⁰

TENA ARAGÓN²¹ concluye que no es suficiente para apreciar la atenuación “el cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo” sino que debe atenderse, y de forma acumulativa, a la escasa entidad determinada en las circunstancias personales del sujeto y en segundo lugar aplicar tanto al tráfico de drogas para las sustancias que causan grave daño a la salud como para aquellas que no lo son, al no realizarse mención expresa alguna que excluya la posibilidad.

RODRÍGUEZ ARIAS²² apunta a la aplicación de la atenuación se fundamenta para los casos de menudeo que superen levemente los límites de las cantidades que han sido fijadas por la Jurisprudencia del TS como en el autoconsumo y para los casos que concurra la necesidad de traficar, como son los supuestos de venta para autoconsumo.

4. LOS PROBLEMAS EN LA INVESTIGACIÓN

La investigación de los delitos de tráfico de drogas, ya se trate de narcotráfico a mediana o gran escala o el menudeo, tiene unas características especiales que hacen que los investigadores se encuentren con problemas específicos a la hora de su investigación.

En primer lugar, y desde el punto de vista de la investigación criminal, y en concreto de las infracciones penales en relación al protocolo de investigación y de la adquisición de los objetos de prueba, tal y como nos recuerda MARCHAL ESCALONA²³, encontramos los delitos de tipo “A”, que son los que se investigan los hechos que ya han sucedido, y en el que el objeto de la investigación se centraría en la investigación de la prueba para identificar a los responsables del hecho y poder concluir la forma de comisión de los mismos. Y en segundo lugar encontraríamos los delitos de tipo “B”, ya que la intervención de pequeñas cantidades para el autoconsumo resulta atípica. Por tanto, en el tipo “B” la infracción criminal se pondría de manifiesto a través de la investigación policial, tras la sospecha de conductas que evidencien la comisión de infracciones penales. En este segundo tipo se enmarcaría los delitos de narcotráfico y de menudeo. Por tanto, de las propias características de los mismos se concluye que se trata de investigaciones de carácter “cerrado” las cuales se investigan sin que el objetivo tenga conocimiento del seguimiento, con el objeto de recopilar el mayor número de pruebas que acrediten la comisión de los hechos y la culpabilidad del o de los sujetos investigados. Aunque son numerosas las diligencias que se practican en estos tipos penales, como son la intervención telefónica, agente encubierto, la entrega vigilada de drogas o la entrada y registro en domicilios, debemos de partir siempre del respeto a los Derechos Fundamentales.

Otro de los problemas que suscita el tráfico de drogas es la gran capacidad que tiene de generar dinero en efectivo, con el consecuente problema de introducir el mismo en el mercado legal, siendo este el blanqueo de capitales y conocido como “lavado de dinero” o de “activos”. Aunque no sea objeto directo de estudio en el presente trabajo, no podemos dejar de hacer referencia a el mismo, debido a la

²⁰ TENA ARAGÓN, MF. *Delitos contra la salud pública. Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. Delitos contra la ordenación del territorio. Modificaciones de la LO 5/2010 de 22 de junio*. Incluido en el número monográfico sobre *La reforma penal* de Cuadernos Digitales de Formación 56 – 2010 (Dir: GIMENO JUBERO, M / LLARENA CONDE, P) Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2011, pp 9 – 10.

²¹ TENA ARAGÓN, MF. *Op cit*, p 7 -8.

²² RODRÍGUEZ ARIAS AM. *Novedades relevantes en los delitos de tráfico de drogas*. Incluido en el monográfico sobre *Problemas prácticos de la reforma del Código Penal* de Cuadernos Digitales de Formación 31 – 2011 (Dir RODRÍGUEZ-ARIAS, AM / SANCHEZ SISCART, JM), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2012, p 3.

²³ MARCHAL ESCALONA, AN. *Op cit*, p 4.

gran incidencia que tiene desde el punto de vista jurídico y de la investigación criminal. El mismo se encuentra tipificado en los artículos 301 a 304 del CP, con la expresa previsión del decomiso para estos supuestos, de conformidad con la nueva regulación prevista en el artículo 127 del Cp tras la reforma operada por la L.O. 1/2015. En concreto, desde el punto de vista criminal, el blanqueo de capitales²⁴ se dirige al “aprovechamiento de los beneficios obtenidos en la actividad delictiva o productos del delito”. En esta modalidad destaca JIMENEZ RAMOS²⁵, la presencia de un “lavador de dinero”, el cual la ejecuta a cambio de una comisión, para enmascarar el origen del dinero.

El blanqueo de capitales plantea problemas concursales con el tráfico de drogas, el cual fue resultado por el Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional²⁶, en el sentido de que “el artículo 301 Código Penal no excluye, en todo caso, el concurso real con el delito antecedente. Para el conocimiento de estos supuestos, la Sala Segunda se constituirá siempre con un mínimo de cinco magistrados”. Referido acuerdo puede plantear la vulneración del principio *non bis in ídem*, el cual ha sido modelado por nuestra jurisprudencia, y parte de la premisa de que un mismo hecho no puede ser sancionado en más de una ocasión por nuestro ordenamiento jurídico, si concurrieren los mismos elementos, es decir, identidad de sujeto, hecho y fundamento, tal y como refleja el TC²⁷. MUÑOZ COMPANY²⁸ defiende que no se vulnera referido principio, apoyándose en la consolidada jurisprudencia del TS.

CONCLUSIONES

El “narcomenudeo” o “menudeo”, en nuestra literatura jurídica es una práctica extendida y tipificada en nuestra regulación legal, artículo 368, párrafo segundo del CP, a raíz de la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio.

Encontramos varias cuestiones de interés y que suscitan problemas interpretativos, como puede ser la determinación de escasa entidad del hecho y las circunstancias personales del culpable, para lo que se debe atender a las circunstancias concurrentes del hecho en concreto y para lo que encontramos abundante jurisprudencia sobre la casuística.

El conocido como menudeo tiene diferentes formas de actuación y dependiendo de los grupos y zonas se van perfeccionando y profesionalizando. Pero también encontramos la otra cara de la moneda, en el último eslabón, el toxicómano que participa para procurarse una dosis, y que en muchas ocasiones es el detenido o incluso el autoinculpaado.

Nuestra actual regulación, al contemplar los supuestos de escasa entidad, como subtipo atenuado, otorga una posibilidad de suspensión de pena al condenado por menudeo, en virtud del artículo 80.1 del CP, además de contar con la suspensión del artículo 80.5 del CP para los supuestos de toxicómanos.

²⁴ JIMENEZ RAMOS, M. *El blanqueo de capitales y los delitos contra la salud pública*. Incluido en el número monográfico sobre *Delitos contra la salud pública. Novedades jurisprudenciales. Nuevos hábitos, nuevos consumos* de Manuales de Formación Continuada 37 - 2006 (Directora: CIMAS GIMÉNEZ, MC). Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p 8.

²⁵ JIMENEZ RAMOS, M. *Op cit*, p 8.

²⁶ Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2016

²⁷ STC 2/1981, de 30 de enero (BOE núm. 47, de 24 de febrero de 1981)

²⁸ MUÑOZ COMPANY, MJ. *Los Acuerdos del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo adoptados entre 2000 y 2018*. Estudio doctrinal y Jurisprudencial. SEPIN, Madrid, 2019, pp 228.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GARCÍA, F. *El delito de tráfico de drogas*. Tirant monografías 617, Valencia, 2008.
- CASADO LOPEZ, L. *Cuestiones frecuentes sobre el delito de tráfico de drogas*. Incluido en monográfico sobre *Encuentro entre magistrados de secciones penales de las Audiencias Provinciales con jueces y magistrados del orden penal* de Cuadernos Digitales de Formación 47-2015 (Dir: RASILLO LÓPEZ, MP). Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2016.
- CONDE VELÁZQUEZ, JL. *El tráfico de drogas en los poblados*. Incluido en el número monográfico sobre *Drogodependencia y Derecho* de Cuadernos de Derecho Judicial 8 -2003 (Dir IBAÑEZ SOLAZ, MF), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.
- CORTÉS VARGAS, YL Y PARRA CELY, R. *Narcomenudeo: un neologismo para describir la venta de estupefacientes*. Criminalidad, vol. 53, Nº. 2, 2011.
- JIMENEZ RAMOS, M. *El blanqueo de capitales y los delitos contra la salud pública*. Incluido en el número monográfico sobre *Delitos contra la salud pública. Novedades jurisprudenciales. Nuevos hábitos, nuevos consumos* de Manuales de Formación Continuada 37 - 2006 (Directora: CIMAS GIMÉNEZ, MC). Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.
- MARCHAL ESCALONA, AN. *Drogas. Actuación policial. Problemas en la investigación*. Incluido en el número monográfico sobre *Drogodependencia y Derecho* de Cuadernos de Derecho Judicial 8 - 2003 (Directora: IBÁÑEZ SOLAZ, MF). Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.
- MAZA MARTÍN, JM. *Comentarios al apartado 2 del artículo 368 del Código Penal y su interpretación jurisprudencia*. Incluido en el número monográfico sobre *Encuentro de la Sala Segunda del Tribunal Supremo con magistrados de lo penal* de Cuadernos Digitales de Formación 25 - 2013 (Director: DEL MORAL GARCÍA, A). Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2014.
- MUÑOZ COMPANY, MJ. *Los Acuerdos del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo adoptados entre 2000 y 2018*. Estudio doctrinal y Jurisprudencial. SEPIN, Madrid, 2019.
- RAFFO LÓPEZ, L Y GÓMEZ CALDERÓN, D. *Redes criminales y corrupción en la era del microtráfico y el narcomenudeo*. Revista de Economía Institucional, vol. 19, n.º 37, segundo semestre 2017.
- RODRÍGUEZ ARIAS AM. *Novedades relevantes en los delitos de tráfico de drogas*. Incluido en el monográfico sobre *Problemas prácticos de la reforma del Código Penal* de Cuadernos Digitales de Formación 31 – 2011 (Dir RODRIGUEZ-ARIAS, AM / SANCHEZ SISCART, JM), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2012.
- TENA ARAGÓN, MF. *Delitos contra la salud pública. Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. Delitos contra la ordenación del territorio. Modificaciones de la LO 5/2010 de 22 de junio*. Incluido en el número monográfico sobre *La reforma penal* de Cuadernos Digitales de Formación 56 – 2010 (Dir: GIMENO JUBERO, M / LLARENA CONDE, P) Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2011.
- ZAMUDIO ANGLÉS, CA. *¿Qué es el narcomenudeo? Un acercamiento etnológico*. Liberaddictus, nº. 103, 2008.

