

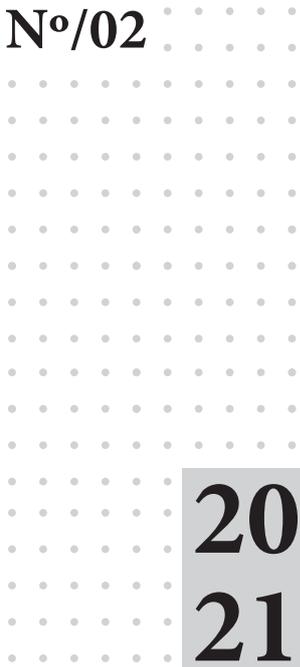


Revista
**SISTEMA
PENAL
CRÍTICO**

20

21

Nº/02



20

21

Revista

**SISTEMA
PENAL
CRÍTICO**



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

REVISTA SISTEMA PENAL CRÍTICO 2021
Universidad de Salamanca
Área de Derecho penal

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

Año: 2021

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)

NIEVES SANZ MULAS
Catedrática de Derecho penal (Universidad de Salamanca)

MÍRIAM RUIZ ARIAS
Profesora ayudante doctora (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 BAUCCELLS LLADÓS
Profesor titular de Derecho penal (Universidad Autónoma de Barcelona)

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

MANUEL CANCIO MELIÁ
Catedrático de Derecho penal (Universidad Autónoma de Madrid)

MIRIAM CUGAT MAURI
Profesora titular de Derecho Penal y Directora del Servicio de Estudios y Dictámenes Jurídicos de la Universidad Autónoma de Barcelona

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)

CÁNDIDO CONDE
Pumpido Tourón (magistrado del Tribunal Constitucional)

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
Profesora titular (U. 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)

PAULA ANDREA RAMÍREZ BARBOSA
Profesora de Derecho penal (Universidades Externado y Católica de Colombia)

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)

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

- Reflexiones político- criminales sobre aporofobia y plutofilia en Derecho Penal 9
JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ
- La incidencia de la capacidad económica del defraudador tributario
en la graduación de la responsabilidad penal por delitos fiscales..... 25
SERGIO DE LA HERRÁN RUIZ-MATEOS
- El control penal de la inmigración irregular a través del delito de tráfico
ilícito de inmigrantes..... 45
MANUEL CABEZAS VICENTE
- Las razones socioeconómicas en la actuación del sujeto activo como agravante
genérica de la responsabilidad criminal 73
NÉSTOR OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS
- ¿Deben ir los pobres a la cárcel por el impago de una pena de multa? 85
REGINA HELENA FONSECA FORTES-FURTADO
- Aporofobia y ejecución penitenciaria. Análisis de la realidad española
y latinoamericana 97
Julio Fernández GARCÍA
- Marginación y peligrosidad social en la legislación histórica española 121
CRISTIAN SÁNCHEZ BENÍTEZ

COMENTARIOS

- Dudas que plantea el proyecto de ley orgánica de garantía integral de la libertad
sexual respecto de la agencia de las mujeres y el valor del consentimiento 137
MARÍA CONCEPCIÓN GORJÓN BARRANCO
- Valoración de los aspectos penales del proyecto de ley orgánica de medidas
de protección integral de la libertad sexual de 26 de julio 2021 155
MARÍA ACALE SÁNCHEZ
- La aporofobia como agravante penal: una revisión del proceso de tipificación 181
MARÍA ALBERTO GUERRERO
- El derecho penal frente a los ataques económicos contra las mujeres:
violencia económica y doble discriminación 197
ABRAHAM DEVIS MATAMOROS
- El delito de fraude de prestaciones sociales (art. 307 ter CP): una manifestación
del derecho penal aporófobo 215
ADRIÁN VIEJO MAÑANES

Revista
SISTEMA PENAL CRÍTICO

**REFLEXIONES POLÍTICO- CRIMINALES SOBRE APOROFOBIA
Y PLUTOFILIA EN DERECHO PENAL¹**

**CRIMINAL-POLICY REFLECTIONS ABOUT APOROPHOBIA
AND PLUTOFILIA IN CRIMINAL LAW**

Juan Carlos Ferré Olivé
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Huelva

¹ Artículo desarrollado en el marco del proyecto I+D+I «Hacia un modelo de justicia social: alternativas político-criminales» (Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades del Gobierno de España, ref. RTI2018-095155-A-C22, perteneciente al proyecto coordinado «Aporofobia y Derecho penal», ref. RTI2018-095155-B-C21)

RESUMEN:

Este artículo se dedica a la comparación de la máxima manifestación de la desigualdad en Derecho Penal, como es el tratamiento cruel del enemigo pobre y de la leve respuesta penal para el amigo rico. Se analizan distintas situaciones y se proponen reformas para neutralizar estas situaciones extremas.

ABSTRACT:

This article is dedicated to comparing the maximum manifestation of inequality in criminal law. The cruel treatment of the poor enemy and the slight criminal response for the rich friend is studied. Different situations are analyzed, and reforms are proposed to neutralize these extreme situations.

PALABRAS CLAVE:

Aporofobia. Plutofilia. Exclusión social. Política criminal.

KEYWORDS:

Aporophobia. Plutophilia. Social exclusion. Criminal Policy.

SUMARIO:

1. Aproximación. 2. La política criminal de la exclusión y de la amistad. 3. La aporofobia como ejemplo de un derecho penal de autor. 4. Situaciones puntuales. 5. La plutofilia. 6. El canibalismo plutofílico. 7. Mejoras urgentes en la regulación jurídica: los delitos de odio y la agravante de discriminación. 8. Conclusión. 9. Bibliografía.

1. APROXIMACIÓN

La importante monografía sobre la *deriva jánica* de la política criminal contemporánea, concretamente sobre *aporofobia* y *plutofilia* -entendidas como dos caras de la misma moneda-, escrita por Juan Terradillos Basoco² ha hecho despertar una sensación que muchos mantenemos aletargada en nuestros pensamientos, como es la discriminación y el desagrado hacia los pobres y en general hacia los *excluidos*, que se genera en la sociedad en la que vivimos. Los que no pueden acceder a las nuevas tecnologías, los que siempre llegan tarde al reparto promovido desde la justicia social, aquellos a quienes la oferta educativa se presenta lejana e inalcanzable, y que mansa y honestamente conviven con su pobreza sin decantarse abiertamente por las facilidades -y riesgos- del crimen, suelen resultar discriminados sin tener plena conciencia de ello, no por su actuar u omitir, sino por el mero hecho de ser pobres o excluidos³. Los relegados, que reciben el rechazo y deprecio social, pueden llegar a padecer distintas formas de violencia: desde las agresiones físicas o morales (homicidios, traumatismos, humillaciones, quemaduras), con sus consecuencias psicológicas, hasta una pérdida más generalizada de derechos y libertades⁴. Se trata de un particular capítulo de los *delitos de odio*, que exige, más allá de una reflexión filosófica, un toque de alerta en orden a la forma en que se encararan los planteamientos represivos.

Una política criminal insensible a estos problemas va en dirección opuesta a la que debe seguirse en un Estado social y democrático de Derecho como el consagrado en el art. 1.1. de nuestro texto Constitucional, que propugna “como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”. Y más aún, en contra de lo dispuesto en la *cláusula de inclusión social* prevista en el art. 9.2 CE en cuanto establece que “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. En síntesis, una política criminal con deriva aporofóbica es, al menos en España, *completamente inmoral e inconstitucional*.

Pero no puede ignorarse que defender el desprecio y la criminalización de algunos grupos de excluidos puede ser beneficioso para quienes ejercitan el populismo punitivo que, como sostiene Vidaurri, se basa en una genética demagógica, alimentada por el “miedo y la inseguridad social”, “una política criminal más preocupada por cumplimentar los intereses electorales y las demandas mediáticas, antes que atender y resolver la problemática delictiva”. Desde esta perspectiva se asocian medidas represivas con las “demandas del pueblo”⁵. Se reemplaza el derecho penal mínimo defendido en las aulas universitarias por el *panpenalismo*, que no solo asumen los gobiernos autoritarios sino también muchos de tendencia “participativa y democrática”⁶.

2. LA POLÍTICA CRIMINAL DE LA EXCLUSIÓN Y DE LA AMISTAD

La Asamblea General de Naciones Unidas ha aprobado en septiembre de 2015 una resolución denominada “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible” cuyo primer objetivo es “Poner fin a la pobreza en todas sus formas y en todo el mundo”. Pese a esta declaración, parece evidente que la atención a la pobreza deberá recorrer aún un camino muy largo, al menos cuando se trata de la materia punitiva. Cada día se hace más palpable la existencia de una política criminal aporofóbica para excluidos y marginales, y otra plenamente compatibilizada y compaginada que tiende a la plutofilia, a la autodefensa del mundo de los negocios, y que posee sus propias reglas, pues solo se ensaña con aquel que dentro del mundo empresarial se haya comportado como *Mefistófeles*, como un ángel caído. Ambas tendencias confluyen en un único Código Penal pretendidamente *universal y democrático*.

² Cfr. Terradillos Basoco, J. (2020: *passim*)

³ Los excluidos o sin recursos son quienes no pueden integrarse en el sistema, son seres humanos marginales a quienes no se les respeta su dignidad, pues carecen incluso del *derecho a tener derechos*. Cfr. Vidaurri, M. (2020a:311).

⁴ Cfr. Olasolo, H. y Hernández Cortés, C.L. (2021:231).

⁵ Cfr. Vidaurri, M. (2020b:208 y sig.). El populismo apela al pueblo para construir su poder: busca votantes sin medir las consecuencias.

⁶ Cfr. Vidaurri, M. (2020b:215). Así, el Derecho penal deja de ser la *ultima ratio* y se convierte en la *prima* o única *ratio*, se afecta la actividad jurisdiccional con jueces influenciados por los medios de comunicación y las asociaciones de víctimas, se criminaliza selectivamente, se materializa un derecho penal simbólico y se entroniza, en síntesis, al derecho penal del enemigo.

La política criminal de la exclusión se basa en un derecho penal de autor y no del hecho. La historia negra del derecho penal de autor, modelo siempre muy potenciado por las grandes dictaduras, parece volver a renacer cuando la pena se aplica al sujeto por lo que es y no por lo que hizo⁷. Por el contrario, la política criminal de los negocios suele diferenciar transacciones criminales *reprobables* y *no reprobables*, aplicando toda su furia sobre las primeras (narcotráfico, contrabando, estafas, etc.) pero siendo, en buena medida, indulgente con las segundas (defraudación tributaria, corrupción pública y privada, etc.). Podemos colocar al tan polémico y de moda blanqueo de capitales a medio camino entre ambas corrientes.

3. LA APOROFOBIA COMO EJEMPLO DE UN DERECHO PENAL DE AUTOR

El también llamado *Derecho penal del indigente*⁸ atrae hoy por hoy muchas miradas, pero no siempre con ojos críticos o compasivos. En algunos países se ha potenciado históricamente la llamada *limpieza social*, a cargo de organizaciones gubernamentales o no gubernamentales, y es -lamentablemente- una tendencia también actual. La aporofobia se construye sobre la estigmatización y el discurso del odio, que carga contra la marginación, la exclusión y la indigencia. Las medidas sociales se reemplazan por soluciones penales, pues se pasa de ser un marginado social a actor principal dentro del circuito punitivo⁹. El tradicional desprecio al indigente convivió con otra humillación histórica, la de los discapacitados psíquicos que, en un entorno social de progresismo darwiniano, vieron potenciadas y vivieron en carne propia las políticas de exterminio. Así, por servirnos de un ejemplo muy llamativo, en octubre de 1921, el gran penalista patrio Jiménez de Asúa publicó un artículo en la Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Complutense de Madrid, posteriormente desaparecida, que lleva por título «La autorización para exterminar a los seres humanos desprovistos de valor vital», elogiando estas tesis¹⁰. Eran sus observaciones sobre las teorías defendidas por los profesores Karl Binding y Alfred Hoche, que proponían la eugenesia, el exterminio de los discapacitados psíquicos. Las ideas de Binding quedaron reflejadas en un libro póstumo (1920), que escribió junto al psiquiatra Alfred Hoche, *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens*¹¹ (La autorización del exterminio de vidas sin valor vital, o de vidas indignas de ser vividas). En él proponían autorizar la eliminación de distintos tipos de sujetos. Por una parte, se encuentra la eutanasia de los enfermos terminales que lo solicitan. Pero también la *eugenesia* de los incapaces y enfermos mentales irrecurables, siendo irrelevante su consentimiento. Con relación a estos sujetos, el exterminio no se debía considerar algo negativo sino un acto de liberación para ellos, sus familias y la sociedad. Al acuñar el terrible concepto de “*vidas sin valor vital*” se abrió el camino para que los nazis llevaran a la práctica, entre 1939 y 1941, el exterminio sistemático de más de 100.000 discapacitados físicos o psíquicos (Programa conocido como “Aktion T4”), iniciativa que se detuvo al advertir que el exterminio estaba llegando a familiares directos de los propios jefes nazis.

También existió un darwinismo específico, el *darwinismo social*, defendido por Herbert Spencer y Francis Galton, del que derivan sin duda muestras muy sólidas de aporofobia. Los asociales o *extraños a la comunidad* (alcohólicos crónicos, vagabundos, *perezosos*) formaron parte de los enemigos internos durante el régimen nacionalsocialista, por lo que se intentó también contra ellos una purga racial¹². Franz von Liszt ya indicaba, unos años antes y bajo la influencia del positivismo criminológico de la época, que los mendigos y vagabundos, acompañados de alcohólicos, prostituidos y otras gentes del submundo conformaban un ejército de “enemigos principales del orden social”¹³. Pero el peor momento se vivió durante el nacionalsocialismo, pues los excluidos, marginales y asociales, incluso siendo de raza aria y en cuanto personas de menor valor, debían ser separados de la comunidad. Como señala Muñoz Conde, el procedimiento pasaba por privarles de derechos (excluirles de la comunidad), luego privarles de la libertad (confinarlos en campos de concentración) y finalmente privarles de la vida (política de exterminio)¹⁴. El Proyecto de Ley sobre el tratamiento de extraños a la comunidad de 1944, redactado con la intervención directa de los consagrados penalistas Mezger y Exner, delimitaba el concepto de extraños a la comunidad que abarcaba, entre otros, a quienes rechazaran el trabajo, llevaran una vida desordenada o disoluta molestando a otros, practicaran la mendicidad o el vagabundaje, fueran alcohólicos,

⁷ Cfr. Vidaurri, M. (2020a:307).

⁸ Cfr. Terradillos Basoco, J. (2020:80).

⁹ Cfr. Terradillos Basoco, J. (2020:80).

¹⁰ Cfr. Jiménez de Asúa, L. (1921: 474).

¹¹ Leipzig, 1920.

¹² Cfr. Berster, L (2021:25 y sig.). Algo similar aconteció durante la vida de la República Democrática Alemana, en la que los caracterizados como parásitos sociales eran regularmente condenados a trabajos forzados.

¹³ Cfr. ampliamente el análisis de Muñoz Conde, F. (2003:170 y sig.).

¹⁴ Cfr. Muñoz Conde, F. (2003:177).

asociales o pendencieros, cometieran delitos leves, etc. (§ 1). Se les debía vigilar estrechamente por la policía (§ 2). Serían internados en centros especiales sufragando ellos mismos sus gastos (§ 3 y 4), llegando a establecerse que “el delincuente enemigo de la comunidad será condenado a la pena de muerte, si así lo requiere la protección de la comunidad del pueblo o la necesidad de una expiación justa” (§ 6-2). Se preveía también la castración (§ 10) y la esterilización de estos excluidos sociales (§ 11)¹⁵.

También existen importantes ejemplos aporofóbicos en nuestra legislación nacional. La Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933 (Gaceta de Madrid nº 217, de 5 de agosto), aprobada por la II República y redactada por Luis Jiménez de Asúa y su discípulo Mariano Ruiz-Funes se aplicaba a los *estados peligrosos*, entre ellos a los vagos habituales, los rufianes y proxenetas, “los que no justifiquen, cuando legítimamente fueren requeridos para ello por las autoridades y sus agentes, la posesión o procedencia del dinero o efectos que se hallaren en su poder o que hubieren entregado a otros para su inversión o custodia”, mendigos profesionales, ebrios y toxicómanos habituales, a los que observen conducta reveladora de inclinación al delito, etc. Durante el franquismo se añadirían los homosexuales. A estos sujetos peligrosos se les aplicaban diferentes medidas de seguridad predelictuales, como el “internado en establecimiento de custodia por tiempo indeterminado no inferior a un año y que no podrá exceder de cinco años”.

Esta ley fue derogada por la Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre peligrosidad y rehabilitación social. Esta última norma consideraba estados peligrosos, entre otros, la vagancia o mendicidad habituales, la realización de actos de homosexualidad, la ebriedad habitual, la toxicomanía, e incluso entraban en esta categoría de peligrosidad los “menores de veintiún años abandonados por la familia o rebeldes a ella, que se hallaren moralmente pervertidos”. A todos ellos se les aplicaban medidas de seguridad, como por ejemplo el internamiento en un establecimiento de custodia o trabajo por tiempo no inferior a cuatro meses ni superior a tres años, consagrándose así un auténtico *derecho penal de autor*. Este infame marco normativo se mantuvo vivo -aunque poco aplicado- durante muchos años de vida democrática, ya que fue tardíamente derogado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, con efectos reales a partir del 24 de mayo de 1996.

El Siglo XXI no está desilusionando demasiado a los defensores de los planteamientos aporofóbicos. Sigue existiendo el inmigrante sin papeles, mano de obra barata y vulnerable, por su pobreza y condición¹⁶. Y también muchos otros pobres y marginales, destinatarios directos de múltiples penas. El funcionalismo radical, defensor de un Derecho penal del enemigo, incluye en esta categoría a los sujetos excluidos, como serían los jóvenes desempleados que, según Günther Jakobs, “a falta de deber, no son persona”. Pero también incorpora a otras “no-personas” ya que, “aquel al que no se necesita se le excluye de la obra común”¹⁷. Así, resultan calificados como sujetos potencialmente peligrosos los marginales y menesterosos, y se les aplican penas con independencia del grado de lesión a bienes jurídicos (delitos de bagatela), con el fundamento exclusivo de la necesidad de confirmar la vigencia de la norma. Se pretende *combatir* la pobreza con la criminalización¹⁸.

4. SITUACIONES PUNTUALES

Existen innumerables ámbitos en los que se aprecia un tratamiento diferenciado del pobre, con consecuencias penales negativas hacia su persona. Algunos supuestos están universalizados, otros se circunscriben a países concretos. Entre estos últimos señalamos, por ejemplo, la lesión contra los trabajadores que se manifiesta en Italia con la explotación de la mano de obra en la agricultura, ya que las víctimas son inmigrantes muy pobres y en el país transalpino no existe una circunstancia agravante genérica que contemple estas situaciones¹⁹. También en Italia, como otro dato negativo, cabe apuntar la *criminalización de la mendicidad* prevista en el art. 669 bis CP desde 2018, ya que aquel “que ejercite la mendicidad en una modalidad vejatoria o simulando deformidades o enfermedades o recurriendo a medios fraudulentos para despertar la piedad ajena, es castigado con la pena del arresto de tres a seis meses y con multa de 3000 a 6000 euros”. También existe una circunstancia agravante, por cometer un delito encontrándose “ilegalmente en territorio nacional”- art. 61.11 CP-²⁰. La mendicidad también es sancionada en Venezuela con penas de arresto de hasta seis meses²¹. En España, entre muchas

¹⁵ Cfr. ampliamente Muñoz Conde, F. (2003:193 y sig.).

¹⁶ La situación de indefensión se magnifica si se trata de mujeres inmigrantes, mucho más vulnerables. Cfr. al respecto Acale Sánchez, M. (2021: 5 y sig.).

¹⁷ Cfr. Jakobs, G. (2000:348).

¹⁸ Cfr. Terradillos Basoco, J. (2020: 43 y 82).

¹⁹ Cfr. Messori, L. (2021:306).

²⁰ Cfr. Messori, L. (2021:308).

²¹ Cfr. Rincón Rincón, J.E. (2021:332). Dispone el Código Penal de Venezuela: “De la Mendicidad”. “Artículo 502. El que, siendo apto para el trabajo, fuere hallado mendigando será penado con arresto hasta por seis días; y en el caso

otras manifestaciones de aporofobia, es cuestionada la criminalización de la ocupación de inmuebles por personas excluidas, sin violencia o intimidación²².

También en España, dos reformas legislativas han incrementado sensiblemente la criminalización de marginales. Por una parte, la Ley Orgánica 15/2003, de 23 de noviembre, deshizo el avance que representaba el haber eliminado del Código Penal las poco resocializadoras penas de prisión de corta duración. Hasta entonces, la pena mínima de prisión era de seis meses, y se redujo a tres. Para que no surjan dudas, dice la Exposición de Motivos de la mencionada ley que “La duración mínima de la pena de prisión pasa de seis a tres meses, con el fin de que la pena de privación de libertad de corta duración pueda cumplir su función de prevención general adecuada respecto de los delitos de escasa importancia”. Una reforma posterior, incardinada a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, suprimió el Libro III regulador de las faltas, pero esta decisión político-criminal no ha supuesto una descriminalización real, porque según reza el Preámbulo de la Ley “algunas de ellas se incorporan al Libro II del Código reguladas como delitos leves”.

a) Hurtos de escasa entidad

La nueva regulación española de los *delitos leves* lleva, por ejemplo, a castigar como delito de hurto (arts. 234.2 y 235 CP) las sustracciones cuyo objeto material represente un valor o una cuantía mínima, supuesto que antes se sancionaba como falta y que, por regla general, conforma la infracción más frecuentemente imputada a marginales y excluidos²³. El mismo *fraude de etiquetas* se aprecia si existe una “defraudación utilizando energía eléctrica, gas, agua, telecomunicaciones u otro elemento, energía o fluido ajenos” que, en caso de no superar la cuantía de 400 euros, ha pasado de falta a delito leve (art. 255.2 CP). Tratándose de bienes que tienen origen en un *delito* previo (y no en una falta), puede aventurarse también la aplicación oportuna -y jurídicamente posible- de un delito de blanqueo de capitales (art. 301.1 CP), amenazado con una pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes. El panorama es similar a nivel mundial. Así, en Brasil, un delito que cometen los más marginales como es el hurto de energía eléctrica tiene prevista una pena de uno a cuatro años de prisión y multa²⁴. En cambio, en otros países como Costa Rica, los hurtos famélicos reciben una pena muy inferior a la del hurto simple, sin perjuicio de ser viable la apreciación del estado de necesidad²⁵.

b) Los llamados top manta y las personas sin hogar

La venta callejera de productos, popularmente conocidos como *top manta*, conforma el modo de vida de muchos extranjeros irregulares y, por lo tanto, pobres. Dado que los productos que comercializan violan los derechos de propiedad intelectual o industrial, se prevé que “la distribución o comercialización ambulante o meramente ocasional se castigará con una pena de prisión de seis meses a dos años” (arts. 270.4 CP, similar art. 274.3 CP). Aunque la ley contempla una reducción de pena si se obtiene un beneficio reducido, y en atención a las características del sujeto. Estas previsiones han sido calificadas con acierto como de un punitivismo exacerbado²⁶.

Por otra parte, es cada vez más preocupante la situación de los llamados “habitantes de la calle” (homeless). Estos sujetos conforman un colectivo muy vulnerable y por lo tanto necesitado de protección. Son personas que no tienen asegurados los mínimos vitales por carecer de un hogar estable, sobre quienes no existen datos precisos sobre su número o situación²⁷. En Alemania, los delitos contra las personas sin hogar aumentan cada año²⁸.

de reincidencia en la misma infracción, el arresto podrá imponerse hasta por quince días. Al que no siendo apto para el trabajo, mendigue sin sujetarse a las ordenanzas locales del caso, se le aplicarán las mismas penas. La contravención no deja de serlo por mendigar el culpable so pretexto o apariencia de hacer a otro un servicio o de vender algunos objetos”. “Artículo 503. El que mendigue en actitud amenazadora, vejatoria o repugnante por circunstancias de tiempo, de lugar, de medios o de personas, será penado con arresto hasta por un mes, y de uno a seis meses, en caso de reincidencia en la misma infracción”.

²² Cfr. Pérez Cepeda, A. (2021: *passim*).

²³ Cfr. Terradillos Basoco, J. (2020:82).

²⁴ Cfr. Couto de Brito, A. y Moraes, J. (2021:295).

²⁵ Cfr. Arce Acuña, A. (2021:296).

²⁶ Cfr. Benito Sánchez, D. (2021a:303, y 2021b: *passim*); Terradillos Basoco, J. (2020: 82).

²⁷ Cfr. Olasolo, H. y Hernández Cortés, C.L. (2021:230). Según estos autores existen distintas categorías de personas sin hogar: las que habitan la calle, los que duermen en albergues, etc. y conocer su número real se hace muy dificultoso.

²⁸ Cfr. Rulands, E. (2021:284)

e) Los extranjeros y su expulsión judicial

Existen distintas clases de extranjeros. El turista es bienvenido y halagado. El trabajador foráneo más o menos cualificado, que beneficia la economía, es bien recibido mientras sea necesario (según mercado). Por último, el inmigrante infortunado -masivo, pobre, necesitado- se convierte en *amenaza* y, por lo tanto, es normalmente rechazado. En ocasiones, también resulta criminalizado²⁹.

El ordenamiento jurídico español prevé, a través de la ley de extranjería (art. 57 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero), la sanción administrativa de expulsión de extranjeros *no comunitarios*, que cuenta también con un régimen de excepciones³⁰. Por su parte, establece el art. 89.1 CP como regla general que “Las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español”. Como destaca Navarro Cardoso, se trata formalmente de un sustitutivo penal ya que, aunque restrinja derechos de circulación y residencia, no es una pena en sentido estricto sino una alternativa al cumplimiento de la pena de prisión³¹. En este contexto y aproximándonos a los sujetos excluidos, los extranjeros que se expulsan suelen reunir la doble condición de foráneos y pobres³². Existen millones de extranjeros bienvenidos en España: los turistas con dinero, que según los medios de comunicación conforman el motor de nuestra economía y de nuestro bienestar. También se distinguen migrantes buenos y malos, según entren regularmente por los controles migratorios de fronteras o lo hagan irregularmente sin pasar dichos controles³³. También se vincula la extranjería con delincuencia, distinguiendo de manera burda y artificial a “inmigrantes trabajadores” y a “extranjeros delincuentes”. ¿Quiénes son finalmente sometidos a expulsión?: “los desgraciados”³⁴.

5. LA PLUTOFILIA.

También llamado “derecho penal de clase” o “derecho penal del amigo”, es la vertiente que no discrimina al excluido, sino que es tolerante con lo funcional. El Derecho penal contemporáneo aporta innumerables ejemplos de tratamiento suave hacia los delitos cometidos por quienes dirigen los negocios, la economía y la distribución de la riqueza, que se manifiesta desde el ámbito de la corrupción, la tributación e incluso de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que ha generado la figura del *criminal compliance* para facilitar, entre otros objetivos, la impunidad³⁵,

a) La corrupción pública

Es *el lodo* de la política, de los partidos y de las personas, de *todos* los partidos y de muchas personas dentro de ellos, en España y en el resto del mundo. La casuística nacional e internacional en esta materia es muy amplia. Para luchar contra el amiguismo en la corrupción del sector público, debe profundizarse en la transparencia, en la educación y mantener, simultáneamente, una política criminal sin fisuras³⁶. La corrupción pública ha sido calificada como la “compañera simbiótica de la gran delincuencia económica”³⁷. Y no existe mejor

²⁹ Terradillos Basoco, J. (2020: 84). Con relación al trabajador extranjero cualificado, reflexiona Terradillos acerca de la situación de emergencia generada por la pandemia Covid, que llevó a reclutar sanitarios extranjeros homologando sus títulos en tiempo record, haciendo desaparecer mágicamente una insufrible burocracia histórica. Seguramente, cuando pase la pandemia no se les renovará el contrato y se les invitará a marchar.

³⁰ Cfr. ampliamente Navarro Cardoso, F. (2021: 197 y sig.). Cabe destacar que los extranjeros comunitarios solo pueden ser expulsados si poseen el derecho de residencia en España, por motivos graves de orden o seguridad públicos (Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero).

³¹ Cfr. Navarro Cardoso, F. (2021: 201 y sig.), quien destaca que la expulsión “no se vincula a fin resocializador alguno”, pudiendo favorecer el efecto contrario de la *desocialización*.

³² Cfr. Navarro Cardoso, F. (2021: 218), quien destaca que estos son los migrantes que los medios de comunicación hacen más visibles.

³³ Sobre el cierre generalizado de fronteras en Europa como síntoma del capitalismo avanzado, cfr. Terradillos, J. (2020:84 y sig.). El extranjero irregular está condenado a la marginalidad y a la economía sumergida.

³⁴ Cfr. Navarro Cardoso, F. (2021: 218 y sig.), quien destaca el “artificial binomio” inmigración- delincuencia, que da mucho juego a los medios de comunicación y que se aplica a los excluidos y “sin papeles”, personas sin recursos que no tienen arraigo laboral, el “peligroso inmigrante pobre”.

³⁵ Cfr. Terradillos Basoco, J. (2020:71 y sig.).

³⁶ Cfr. García Sánchez, B. (2021: 72 y sig.). En España, los famosísimos casos Malaya y ERE en Andalucía, Gürtel en Madrid, ITV's en Cataluña, etc. son ejemplos significativos de este tipo de corrupción.

³⁷ Cfr. Terradillos Basoco, J. (2020:32).

ejemplo para hablar de plutofilia que el caso Odebrecht, monumental ejemplo de corrupción internacional en América Latina, que ha implicado con sobornos a presidentes y gobiernos de innumerables países³⁸. En todos los países y regiones es imprescindible la regeneración política, que se asienta fundamentalmente en el pilar de la lucha contra la corrupción³⁹.

b) Los delitos tributarios y contra la Seguridad Social

Podría interpretarse que la inclusión de cuantías relevantes, como condiciones objetivas de punibilidad, que se prevé para los delitos de defraudación tributaria (120.000 euros, art. 305.1 CP) o el fraude de subvenciones (100.000 euros, art. 308 CP) tiene como finalidad favorecer la criminalización exclusiva de un grupo limitado de defraudadores, condonando a los demás. Siempre he entendido que se trata de una decisión conciliadora entre la política criminal y la política tributaria -imprescindible en estas materias-, y una exteriorización del principio de última *ratio*, que reserva la vía penal para las infracciones más graves y dedica la infracción administrativa -con sanciones también contundentes- a las infracciones menores⁴⁰. Siempre moviéndonos en el ámbito de la punibilidad, el delito de defraudación tributaria consagra otra institución polémica. Se trata de la regularización tributaria, presente en nuestro sistema penal desde la Ley Orgánica 6/1995, de 29 de junio, que exige de responsabilidad criminal, no solo del delito fiscal sino de las falsedades instrumentales, si el sujeto materializa *espontáneamente* el completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria. Se trata de un delito ya consumado, y aunque se fundamenta en la defensa de una política criminal coherente con las instituciones que proceden del Derecho tributario, supone un tratamiento desigual respecto a quienes cometan cualquier otro delito, quienes no gozan de una vía de escape similar hacia la impunidad postdelictiva⁴¹.

En los delitos contra la Seguridad Social, el diferente tratamiento entre amigos y enemigos es más que evidente. La modalidad defraudatoria, normalmente dirigida a los empresarios, requiere superar determinadas cuantías económicas, concretamente 50.000 o 120.000 euros (art. 307 y 307 bis CP). En cambio, el fraude de prestaciones de la Seguridad Social, susceptible de ser realizado por cualquier ciudadano trabajador, no impone cuantía mínima para habilitar una pena de prisión de seis meses a tres años. (art. 307 ter CP)⁴².

c) La responsabilidad penal de las personas jurídicas

No hay tema de más actualidad entre los modernos penalistas que el de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y su derivación hacia el *criminal compliance*. Aunque aparentemente se estaría consagrando la *plutofobia*, para controlar criminalmente los desmanes económicos empresariales y su estela de corrupción, la realidad es muy distinta, porque esta responsabilidad y este *compliance* exteriorizan por regla general la *plutofilia* y también, al mismo tiempo, un gran negocio. Como se ha expuesto reiteradamente, el punto de partida de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y fundamentalmente del *criminal compliance* es el de una “*autorregulación regulada*”. El *criminal compliance* se presenta como un auténtico plan de prevención de riesgos penales, premiando con una exoneración o atenuación de la pena que pudiera corresponder a la persona jurídica. Sin embargo, se ha generalizado entre muchos autores la idea de que el *compliance* se convierte en una plena delegación regulatoria a las empresas que asumen códigos disciplinarios internos. Se habla, por ello, de una “*autorregulación regulada*” o “*enforced self-regulation*”⁴³, caracterizada por Sieber como “una fórmula mixta o intermedia entre la autorregulación y la regulación estatal, que se caracteriza por conceder un margen de discrecionalidad a aquellos que deben concretar el programa y por las fórmulas que emplea para estimular o presionar para su adopción”⁴⁴. Este concepto debe entenderse como la concesión de libertad a las empresas para

³⁸ Cfr. Terradillos Basoco, J. (2020:33). Ramírez Barbosa, P.A. (2018:18 y sig.) describe la metodología de la empresa Odebrecht, que pagó a través de su “División de Operaciones Estructuradas” casi 800 millones de dólares en sobornos a agentes, partidos políticos, candidatos y presidentes para obtener más de 100 proyectos en países como Angola, Argentina, Brasil, Colombia, República Dominicana, Ecuador, Guatemala, México, Mozambique, Panamá, Perú, Venezuela, y más.

³⁹ Cfr. ampliamente Terradillos Basoco, J. (2020:110 y sig.).

⁴⁰ Cfr. Ferré Olivé, J. C. (2018:284); Terradillos Basoco, J. (2020:149).

⁴¹ Cfr. Ferré Olivé, J. C. (2018:290 y sig.).

⁴² Cfr. Ferré Olivé, J. C. (2018:840 y sig.); Terradillos Basoco, J. (2020:153 y sig.).

⁴³ Cfr. Braithwaite, J. (1982: 1466 y sig.).

⁴⁴ Así, Sieber, U. (2013: 77). Vid también Nieto Martín, A. (2008: 231 y sig.), Gómez Martín, V. (2013: 126), Cigüela Sola, J. (2015:344 y sig.); Aguilera Gordillo, R. (2017: 105 y sig.); Coca Vila, I. (2013:51 y sig.). Gómez- Jara

regularse, pero a la vez esa libertad que se otorga no es plena, sino sometida a controles públicos obligatorios. Se trata de actividades riesgosas de todo tipo (sector económico- financiero, industria de alimentos, de medicamentos, etc.) que están sometidas a importantes controles administrativos que no pueden obviarse por el hecho de contar con un buen marco organizativo de prevención delictiva. Sin embargo, la expansión internacional de las empresas exige soluciones de control multirregionales, a partir de la mutación del régimen de intervención del poder público, consagrándose por ello un sistema de *gobernanza multinivel* en el marco del Derecho Administrativo⁴⁵.

La autorregulación en materia penal no es más que la exclusión del Derecho penal para resolver los posibles conflictos. Como acertadamente apunta González Cussac, todo se gesta en los Estados Unidos donde se ha ido logrando primeramente la desregulación administrativa y de derecho privado, eliminando controles del Estado. Pero ante los increíbles escándalos financieros generados por grandes empresas debía recurrirse a la legislación penal: “aceptaban la regulación (la posibilidad de castigo a la empresa), pero a cambio impusieron los programas de cumplimiento y prevención de delitos, una remozada traslación de los códigos de conducta al derecho penal (el incentivo)”⁴⁶. El modelo se expandió posteriormente por todo el mundo occidental y más recientemente por el oriental.

En este mecanismo de criminal compliance, estructurado en torno a la autorregulación y a la vigilancia interna, el control del cumplimiento normativo (no violar la ley en general) que debería ejercitar permanentemente el Estado se traslada a la propia empresa. El ahorro de costes públicos en vigilancia y una mejora de resultados preventivos deberían resultar evidentes. Al hablar de autorregulación se advierte que existe previamente otro elemento equilibrante, pero mucho más oneroso desde la perspectiva del gasto público, como es el de la regulación por parte del Estado. La regulación marca las áreas de intervención pública prioritaria, aquellas que requieren un control más intenso. Dentro de estas áreas sensibles encontramos situaciones muy conflictivas, pues en determinados sectores es frecuente apreciar la *captura regulatoria*, que se da cuando el regulador público interviene favoreciendo intereses privados específicos o deja de intervenir y controlar, mermando la protección del interés general, manifestación evidente de *plutofilia*⁴⁷. Puede hacerlo porque algún representante ha recibido sobornos, por presiones políticas directas o indirectas (grupos de presión en el parlamento), porque el político o responsable espera ser colocado en ese sector empresarial cuando abandone la función pública (las llamadas *puertas giratorias*), o por otras múltiples causas. Los recientes escándalos financieros internacionales (Arthur Andersen, Enron, Lehman Brothers, Siemens AG, Parmalat, los que afectan a fabricantes de automóviles, aviones, a la industria farmacéutica, etc.) están muy relacionados con el *capitalismo de amigos*, es decir, con la captura regulatoria, que se caracteriza por ceder espacios al regulado, una falta de control de la que suelen derivar auténticas catástrofes. Tal vez con estos precedentes podría afirmarse la ventaja de la autorregulación (*compliance*) frente al control estatal directo. Así se defiende doctrinalmente por Bermejo y Palermo, quienes sostienen que los ámbitos de autorregulación empresarial pueden “tener mejor en cuenta las diversas técnicas y especializaciones de la economía moderna que las regulaciones administrativas o jurídico- penales”. Basan su tesis en los “conocimientos especiales de las empresas”, en “sus posibilidades de intervención global (no siempre disponibles para el Estado o los organismos internacionales)” así como en “su dominio de medios de control centrales para la prevención del delito, las competencias jerárquicas para dictar instrucciones y la disponibilidad del sistema de información”⁴⁸. Se plantea, en definitiva, la difícil opción entre control estatal y autorregulación, aunque no puede ignorarse que la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el sistema autorregulatorio que consagra el compliance conforman hasta cierto punto una forma de *privatizar* el control del delito en el seno de las empresas⁴⁹. En definitiva, la autorregulación no difiere demasiado de la captura regulatoria en cuanto que el regulador deja de intervenir y controlar, con lo que las ya mentadas empresas o sus competidores tendrán plena libertad para desarrollar o no una lucha preventiva de los escándalos económicos previamente descritos.

(2018:224) la denomina “heterorregulación de la autorregulación”, concepto de difícil manejo verbal.

⁴⁵ Ampliamente Aguilera Gordillo, R. (2017:106 y sig.).

⁴⁶ Cfr. González Cussac, J.L. (2018: 98).

⁴⁷ Sobre esta problemática, cfr. Rose- Ackerman, S. y Palifka, B (2016: *passim*), y en particular Dal Bo, E. (2006: 203 y sig.).

⁴⁸ Así los consideran Bermejo, M. y Palermo, O. (2013: 176).

⁴⁹ Cfr. Sieber, U. (2013: 63 y sig.); Nieto Martín, A. (2013: 201). Así también Montiel, J.P. (2013:224). Caro Coria D.C. (2018: 112) habla de la creación de un *sistema policial interno* que impida la comisión de delitos.

No puede dejar de preocuparnos la idea que se está difundiendo con gran reiteración en medios científicos, en el sentido que el Estado no puede controlar los avances técnicos y los riesgos que de ellos derivan y, consecuentemente, ante la carencia de suficiente formación, información y competencias, el Estado puede y debe retirarse de cualquier responsabilidad, confiando plenamente en la autorresponsabilidad empresarial. Consecuentemente se habla de teoría de los sistemas, de *policentrismo*, de unas empresas que se han convertido en las mayores generadoras de riesgo y conocimientos, y de todo ello deriva la obligación de una sustancial transformación del Estado y del Derecho⁵⁰. El Estado se habría convertido en un *ente incapaz*, y abandonando posiciones intervencionistas, procedería a derivar el control de riesgos y exigir mayor responsabilidad a las empresas, adoptando el mero papel de supervisor⁵¹. Otros autores matizan estas ideas asignando al Estado un simple cambio de rumbo en su estrategia y no el reconocimiento de su fracaso. Con la asunción de un papel supervisor el Estado no estaría en retirada, sino que tomaría el timón de la nave, logrando mejores resultados en la tarea de disciplinar la actividad empresarial⁵².

Existen otros planteamientos que acrecientan la perplejidad de cualquier observador racional cuando se postula la cesión a la empresa del *ius puniendi* sobre sus propios trabajadores, concediéndole facultades penales en relación con todos los delitos cometidos en su seno, generando importantes ahorros al Estado en la persecución, prueba y sanción de los hechos delictivos, planteamientos a los que no resta importancia un sector doctrinal en España⁵³. Evidentemente, no pueden concederse a las normas autorregulatorias del sector privado los mismos efectos que reciben las normas que pertenecen en exclusiva a los poderes públicos⁵⁴. Si se produjera una cesión del *ius puniendi* estatal a las empresas se estarían conculcando estrepitosamente las bases del Estado de Derecho.

Por último, no puedo dejar de mencionar el enorme negocio empresarial y formativo que se ha tejido en torno al criminal compliance, por lo que se puede hablar de un auténtico *mercado de certificaciones*⁵⁵.

6. EL CANIBALISMO PLUTOFÍLICO

Este concepto tan malsonante, hace referencia a una realidad evidente: los peces grandes también se comen entre sí. Las pruebas son tan obvias que solo hace falta leer las noticias. Cada día en España un banco muy rentable se come a otro muy rentable, algunos millonarios caen en desgracia mientras otros multiplican su fortuna, los directivos o CEO's en todo caso se autoindemnizan con millones de euros, mientras miles de trabajadores van a la calle. Muchos de ellos sobrevivirán económicamente, otros entrarán en la espiral de la pobreza e incluso algunos de ellos caerán en los desahucios y otros pocos, tal vez, en el suicidio. ¿A alguien le importa? Terradillos Basoco afirma con acierto que a los mercados no les importa la lucha contra la delincuencia, sino sólo la rentabilidad, es decir, una política criminal que les garantice la maximización de beneficios⁵⁶. Mirado desde esta óptica, existen ámbitos concretos en los mercados en los que los grandes poderes GAFI y OCDE propugnan una lucha sectorial contra la delincuencia, la que permite a sus afines maximizar beneficios.

Esta situación es fruto directo de la globalización, en la que el llamado Estado regulatorio recurre a una delegación de sus propios poderes estatales hacia agencias independientes, que adquieren un poder ilimitado en algunas materias. Así, indica Silva Sánchez que son los técnicos los que deciden sobre qué y cómo sancionar⁵⁷. En este contexto, como señala Varela, de forma inmediata se somete a los mercados y de forma mediata, a los propios Estados⁵⁸. Como apunta Terradillos Basoco, “a la inhibición reguladora pública se corresponde el empoderamiento de los mecanismos mercantiles de autorregulación. Y las dos caras del fenómeno generan su paralelo en el plano político- criminal”⁵⁹.

⁵⁰ La tesis es enunciada por Günther Heine, y descrita y defendida en Gómez- Jara Díez, C. (2018: 215 y sig.).

⁵¹ Cfr. Gómez- Jara Díez, C. (2018: 220 y sig.); Goena Vives, B (2017: 208 y sig.).

⁵² Cfr. Coca Vila, I. (2013:46 y sig.).

⁵³ Cfr. Gómez- Jara Díez, C. (2018:225 y sig.).

⁵⁴ Cfr. Coca Vila, I. (2013: 53).

⁵⁵ Cfr. Terradillos Basoco, J. (2020:79). Se certifica a la empresa la existencia del programa, conforme a normas ISO o AENOR, se dictan cursos y certifica la formación de los compliance officers, se genera, en síntesis, un fabuloso negocio.

⁵⁶ Cfr. Terradillos Basoco, J. (2020:28).

⁵⁷ Cfr. Silva Sánchez, J.M. (2015: 1).

⁵⁸ Cfr. Varela, L. (2019:292).

Voy a hacer referencia, a título de ejemplo, al delito de blanqueo de capitales, en el que son los organismos financieros internacionales, que representan a las economías mundialmente más poderosas (GAFI) las que se ensañan contra los que utilizan el propio sistema financiero para blanquear capitales o financiar al terrorismo, es decir, a los propios banqueros, empresarios y profesionales *sin escrúpulos*. Pero ¿quién tiene escrúpulos en el mundo de los negocios? ¿quién arrojará la primera piedra? El derecho penal se expande, crece, y lo hace amenazando con penas de prisión conductas de raíz administrativa con la exclusiva finalidad de repartirse mejor los mercados y enviar una señal de primacía ética que no se corresponde con sus inspiradores ni con sus orígenes. A nivel mundial todos los países han instaurado sus unidades de inteligencia financiera, sus mecanismos para recabar datos de infinitas operaciones económicas (de eso se trata, si hablamos de *inteligencia*), de operar como un *resorte selectivo* ante la fiscalía, de materializar así algunas respuestas punitivas y lograr una imponente posición de supremacía y de *poder político*.

El delito de blanqueo de capitales tiene múltiples caras, seguramente por ser una creación artificial y universal, aparecida a finales del Siglo XX. Por ello puede pasar rápidamente de la plutofilia a la plutofobia. Se puede poner como ejemplo la situación vivida en la República Oriental del Uruguay. Este país ha funcionado históricamente como un *paraíso fiscal* basado en el secreto tributario y bancario. En 2017, a partir del dictado de la Ley 19.754 o Ley integral de lucha contra el lavado de activos, la *Suiza de América* ha modificado sustancialmente su marco normativo aplicando las Recomendaciones del GAFI. De esta forma se ha pasado de la nada a ejercitar un control estricto contra el lavado de activos⁶⁰, lo que ha generado que miles de millones de dólares allí depositados se trasladen a Miami.

7. MEJORAS URGENTES EN LA REGULACIÓN JURÍDICA: LOS DELITOS DE ODIO Y LA AGRAVANTE DE DISCRIMINACIÓN

La preocupación por la aporofobia parece haber calado finalmente en los legisladores de muchos países. Existen propuestas legislativas para crear delitos particulares e incluso incrementar las penas en países como Alemania⁶¹ o Argentina⁶², aunque en muchos otros no se contempla esta posibilidad⁶³. España también se encontraba inmersa en dicho proceso, al menos en el plano científico. Desde esta perspectiva, se entendía que la aporofobia debía ser tratada como una modalidad dentro de los delitos de odio regulados por el art. 510 y sig. CP, considerando que la pobreza y la exclusión social están comprendidas en este ámbito⁶⁴. También se propuso su inclusión como agravante genérica por discriminación socioeconómica, dentro de los supuestos contemplados en el art. 22.4 CP⁶⁵. La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia no se ha limitado a abordar el tema específico de los menores, sino que, como reza su exposición de motivos, “dentro del espíritu de protección que impulsa este texto legislativo, se ha aprovechado la reforma para incluir la aporofobia y la exclusión social dentro de estos tipos penales, que responde a un fenómeno social en el que en la actuación delictiva subyace el rechazo, aversión o desprecio a las personas pobres, siendo un motivo expresamente mencionado en el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”. En definitiva, y con excelente criterio, en nuestro Código Penal ya existe una circunstancia agravante genérica en el caso de que el sujeto cometa el delito por motivos de aporofobia o de exclusión social (art. 22.4 CP). Se contempla una modalidad delictiva de discriminación específica en el empleo público o privado, cuando se violen por motivos de aporofobia los derechos de los trabajadores (art. 314 CP). La aporofobia también está presente en los “delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución”, concretamente cuando se discrimine u hostigue a otro por motivos aporofóbicos (arts. 511, 512 y 515.4º CP).

⁵⁹ Cfr. Terradillos Basoco, J. (2020:30).

⁶⁰ Cfr. Galaín Palermo, P. (2020:74 y sig.).

⁶¹ Cfr. Rulands, E. (2021:284). En Alemania un estudio ha demostrado que un número significativo de delitos de odio se dirige contra personas pobres.

⁶² Cfr. Niño, L. (2021:290).

⁶³ No lo hacen Italia (cfr. Messori, L. 2021:306), Brasil (Couto de Brito, A. y Moraes, J. 2021:295), ni Polonia (Stefanska, B.J. 2021:323), entre otros.

⁶⁴ Cfr. Benito Sánchez, D. (2021a:301).

⁶⁵ Cfr. Bustos Rubio, M. (2020: 25 y sig.). Este autor contextualizaba el problema desde una perspectiva sociológica, con apoyo de datos empíricos y estadísticos, estudiando el procedimiento que se desarrolla ante los tribunales de justicia y formulando propuestas para mejorar la intervención penal en esta materia.

8. CONCLUSIÓN

Para superar toda manifestación del derecho penal de autor en su vertiente aporofóbica no existe otro camino que retomar conceptos muy elementales, que sirven de punto de partida para procurar neutralizar esta tendencia⁶⁶. A saber:

- La asunción real por parte de los poderes públicos de la *cláusula de inclusión social* del art. 9.2 de la Constitución.
- El respeto y vigencia de los Derechos fundamentales que emanan de la Constitución. En esencia, los principios de igualdad y dignidad de la persona, basados en valores que el Derecho penal debe proteger, pero que desde una perspectiva aporofóbica el sistema suele ignorar. Así, se deben establecer límites reales a los poderes públicos y privados, evitando que se practique la exclusión y el rechazo por la vía punitiva.
- Como subraya Terradillos Basoco, corresponde realizar una revisión crítica del modelo económico neoliberal, replanteando cómo se concreta la tutela penal de los Derechos económicos sociales y culturales (DESC), estrategia que debe estar presidida por los principios de igualdad e inclusión⁶⁷.
- Una aplicación real y efectiva de las reformas incorporadas en distintos artículos del Código Penal, cuando los delitos se cometan por razones de aporofobia o exclusión social.

9. BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, M. (2021) “Mujer inmigrante y pobre: una mina para el Derecho Penal”, *Revista Penal*, 47.
- AGUILERA GORDILLO, R. (2017) “Consideraciones para la fundamentación analítica de la responsabilidad penal de las corporaciones y los compliances” en AAVV *Compliances y responsabilidad penal corporativa*, Navarra.
- ARCE ACUÑA, A. (2021) “Costa Rica: aporofobia y Derecho Penal”, *Revista Penal*, 47.
- ARENAL LORA, L. (2019) “Crímenes económicos en Derecho Internacional: Propuesta de una nueva categoría de crímenes contra la Humanidad”, Aranzadi, Navarra.
- BENITO SÁNCHEZ, D. (2021a) “España: aporofobia y Derecho Penal”, *Revista Penal*, 47.
- BENITO SÁNCHEZ, D. (2021b) “Aporofobia y delito: la criminalización del top manta”, *Revista Penal*, 48.
- BERMEJO, M. y PALERMO, O. (2013) “La intervención delictiva del compliance officer”, en AAVV, *Compliance y teoría del derecho penal*, Madrid.
- BERSTER, L. (2021) “Criminalizing Lifestyles of “Asociality” in Germany. The Historical Experience and a Potential Grounding in the Doctrine of “Functionalism”. *Revista Penal*, 47.
- BRAITHWAITE, J. (1982) “Enforced Self-Regulation: A New Strategy for Corporate Crime Control” *Michigan Law Review* Vol. 80, No. 7, 1982.
- BUSTOS RUBIO, M. (2020). *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante*. JBBosch, Barcelona.
- CARO CORIA D.C. (2018) *Compliance y corrupción” en AAVV, “Responsabilidad penal de las empresas y compliance penal*. Santiago de Chile.
- CIGÜELA SOLA, J. (2015) *La culpabilidad colectiva en el Derecho Penal*. Madrid.
- COCA VILA, I. (2013) “¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?” en AAVV, *Criminalidad de empresa y compliance*. Barcelona.
- CORTINA ORTS, A. (2017) *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*. Barcelona.
- COUTO DE BRITO, A. y MORAES, J. (2021) “Brasil: aporofobia y Derecho Penal”, *Revista Penal*, 47.
- DAL Bo, E. (2006) “Regulatory capture: a Review”, *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 22, nº2.
- FERRÉ OLIVÉ, J.C. (2018) *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*. Tirant lo Blanch, Valencia.

⁶⁶ Sobre el Derecho penal constitucional como Derecho penal del hecho, cfr. Vidaurri, M. (2020a:306 y sig.)

⁶⁷ Cfr. Terradillos Basoco, J. (2020: *passim*, en particular 125 y sig.).

- FERRÉ OLIVÉ, J.C. (2019) “Reflexiones en torno al compliance penal y a la ética de la empresa”. *Revista Penal*, 44.
- GALAÍN PALERMO, P. (2020) “El delito de lavado de activos: ¿cómo y hasta dónde dirigir la política criminal internacional de lucha contra enemigos cuando se trata de los amigos?, en AAVV *El derecho penal económico en su dimensión global*, Montevideo.
- GALAIN, PALERMO, P y SCAGLIONE, R. (2021) “Uruguay: aporofobia y Derecho Penal”, *Revista Penal* 47.
- GARCÍA DOMÍNGUEZ, I. (2021) “Exclusión social y criminalidad: un análisis de las instituciones aporofobas a través de los delitos patrimoniales”. *Revista Penal*, 48.
- GARCÍA SÁNCHEZ, B. (2021) “Algunas manifestaciones de la política criminal de exclusión. Derecho penal “del amigo”: corrupción pública (la criminalidad de cuello blanco)”, *Revista Penal*, 47.
- GOENA VIVES, B. (2017) “Responsabilidad penal y atenuantes en las personas jurídicas”, Madrid.
- GÓMEZ- JARA DÍEZ, C. (2018) “La incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en AAVV, “Responsabilidad penal de las empresas y compliance penal”, Santiago de Chile.
- GÓMEZ MARTÍN, V. (2013) “Compliance y derechos de los trabajadores”, en AAVV, *Compliance y teoría del derecho penal*, Madrid.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (2018) “El plano político criminal en la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en AAVV *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, Valencia.
- HULKEVYCH, V. (2021) “Ucrania: aporofobia y Derecho Penal”, *Revista Penal*, 47.
- JAKOBS, G. (2000) “Sobre la génesis de la obligación jurídica”. *Doxa* 23.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (1921) «La autorización para exterminar a los seres humanos desprovistos de valor vital», en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* n° 16.
- KUNICKA- MICHALSKA, B (1994) “Pobreza, criminalidad y Derechos humanos en Polonia” *Eguzkiolore*, n° 8.
- MESSORI, L. (2021) “Italia: aporofobia y Derecho Penal”, *Revista Penal*, 47.
- MONTIEL, J.P. (2013) “Autolimpieza empresarial: compliance programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales” en AAVV, *Compliance y teoría del derecho penal*, Madrid.
- MUÑOZ ARANGO, C.E. (2021) “Panamá: aporofobia y Derecho Penal”, *Revista Penal* 47.
- MUÑOZ CONDE, F. (2003) *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo*, 4ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- NAVARRO CARDOSO, F. (2021) “Análisis del artículo 89 del Código Penal español, y unas reflexiones con perspectiva Aporofóbica” *Revista Penal*, 47.
- NIETO MARTÍN, A. (2008) “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo”, Madrid.
- NIETO MARTÍN, A. (2013) “La privatización de la lucha contra la corrupción” en AAVV “*El Derecho penal económico en la era del compliance*”, Valencia.
- NIÑO, L. (2021) “Argentina: aporofobia y Derecho Penal”, *Revista Penal*, 47.
- OLASOLO, H. y HERNÁNDEZ CORTÉS, C.L. (2021) “El tratamiento de la aporofobia en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: particular atención a las agresiones discriminatorias contra los habitantes de la calle”, *Revista Penal*, 47.
- PENA GONZÁLEZ, W. (2021) “El comunitarismo y el Derecho penal de aporofobia”, *Revista Penal*, 47.
- PÉREZ CEPEDA, A. (2021) “La ocupación de un inmueble sin violencia o intimidación: un delito innecesario”. *Revista Penal*, 48.
- PRADO SALDARRIAGA, V.R. (2021) “Perú: aporofobia y Derecho Penal”, *Revista Penal* 47.
- RAMÍREZ BARBOSA, P.A. (2018) “La ley contra prácticas corruptas en el extranjero”, en AAVV, *Desafíos del Derecho penal de la sociedad del Siglo XXI* (LH Ignacio Berdugo Gómez de la Torre). Bogotá.
- RAMÍREZ BARBOSA, P.A. y Ferré Olivé, J. C. (2019) *Compliance, Derecho penal corporativo y buena gobernanza empresarial*, Tirant lo Blanch, Bogotá.

- RINCÓN RINCÓN, J. E. (2021) “Venezuela: aporofobia y Derecho Penal”, *Revista Penal* 47.
- ROSE- ACKERMAN, S. y PALIFKA, B. (2016) “Corruption and Government”. 2ª ed. New York.
- RULANDS, E. (2021) “Alemania: aporofobia y Derecho Penal”, *Revista Penal* 47.
- SIEBER, U. (2013) “Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica” en AAVV *El Derecho penal económico en la era del compliance*, Valencia.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M. (2015) “¿Derecho penal regulatorio?”, *InDret*, 2015, nº 2.
- STEFANSKA, B.J. (2021) “Polonia: aporofobia y Derecho Penal”, *Revista Penal* 47.
- TERRADILLOS BASOCO, J. (2020) “Aporofobia y plutofilia. La deriva jánica de la política criminal contemporánea”, *JB Bosch*, Barcelona.
- TERRADILLOS BASOCO, J. (2020b) Política criminal de exclusión: aporofobia y plutofilia, *Revista Penal* 46.
- VARELA, L. (2018) “¿Expansión irrazonable del lavado de dinero?” en *Revista Penal México* nº 14/15.
- VIDAURRI ARÉCHIGA, M. (2020a) “El Derecho penal frente a la aporofobia”, *Criminalia*, diciembre 2020.
- VIDAURRI ARÉCHIGA, M. (2020b) *Indagaciones en torno al populismo penal en México*, ed. Tirant lo Blanch, México.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (2009) *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Navarra.

Revista
SISTEMA PENAL CRÍTICO

**LA INCIDENCIA DE LA CAPACIDAD ECONÓMICA DEL DEFRAUDADOR
TRIBUTARIO EN LA GRADUACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL
POR DELITOS FISCALES***

**THE INCIDENCE OF ECONOMIC CAPACITY OF THE TAX EVADER IN
THE GRADUATION OF CRIMINAL RESPONSIBILITY FOR TAX CRIMES**

Sergio de La Herrán Ruiz-Mateos

Investigador predoctoral FPU de Derecho Penal

Universidad de Cádiz

* El presente trabajo ha sido elaborado en el marco del Congreso Internacional “Aporofobia y Derecho Penal en el Estado Social” celebrado en la Universidad de Deusto los días 20, 21 y 22 de abril como parte del proyecto I+D+I «Hacia un modelo de justicia social: alternativas político-criminales» (Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades del Gobierno de España, ref. RTI2018-095155-A-C22, perteneciente al proyecto coordinado «Aporofobia y Derecho penal», ref. RTI2018-095155-B-C21) y financiado a cargo del Plan Estatal de Ayudas para la Formación del Profesorado Universitario del Ministerio de Universidades (FPU19/02286).

RESUMEN:

En el presente trabajo se analiza la incidencia que tiene la capacidad económica del defraudador tributario en la determinación del grado de responsabilidad penal. Capacidad económica que en el caso de ser elevada será la que habilite a los autores de estos delitos a la regularización, con la consiguiente renuncia a la punición, o a una importante atenuación en las penas por reparación; derivadas que no se compadecen con un correcto entendimiento del bien jurídico protegido en el delito fiscal. Se observará cómo la cuestión económica orbita sobre todo el diseño político-criminal hasta el punto de que de ella dependen en exclusiva las consecuencias jurídicas que derivan de las conductas evasivas.

ABSTRACT:

In this paper, the impact that the economic capacity of the tax evader has in the determining the degree of criminal responsibility is analyzed. Economic capacity, which in the case of being high, will be the one that enables the perpetrators of these crimes to regularize, with the consequent waiver of punishment, or a significant reduction in the penalties for reparation; derivatives that are not consistent with a correct understanding of the legal asset protected in the tax offense. It will be observed how the economic question orbits the entire political-criminal design to the point that the legal consequences derived from evasive behavior depend exclusively on it.

PALABRAS CLAVES:

Delito fiscal, bien jurídico, regularización, atenuantes, reparación del daño.

KEYWORDS:

Tax crime, legal asset, tax adjustment, mitigations, damage repair.

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN. 2. LA VARIABLE ECONÓMICA EN EL DELITO FISCAL. 2.1. Lo económico como frontera de punibilidad del delito fiscal. 2.2. Ofensividad y el carácter poliédrico del bien jurídico protegido en el delito fiscal. 3. ÁMBITOS DE INCIDENCIA DE LA CAPACIDAD ECONÓMICA DEL DEFRAUDADOR. 3.1. La regularización de la situación tributaria. 3.2. La regularización tardía: atenuantes específicas y genéricas de reparación del daño, responsabilidad civil derivada del delito y régimen de suspensión de penas. 4. CONCLUSIÓN: ¿ES EL DERECHO PENAL TRIBUTARIO PLUTOFÍLICO?

1. INTRODUCCIÓN

La identificación del Derecho penal tributario como un sistema connivente con el delincuente económico se justifica en el modelo político-criminal en el que se integra. Connivencia que se refleja en la articulación de unas alineaciones de intervención penal basadas en estrictos criterios de oportunidad económica y que hace de la situación financiera del defraudador el criterio más riguroso de la fluctuación del grado de responsabilidad penal. La renuncia a los principios más elementales sobre los que se edifica el instrumento penal —principios de lesividad y de igualdad— para dar entrada a manifestaciones de connivencia ideológica con el modelo económico llevan al retraimiento punitivo a favor del defraudador solvente¹ y a la cada vez más amplia criminalización por razón de las características del autor².

La consolidación de esta forma de abordar la política criminal junto con los incrementos en los índices de criminalidad económica —especialmente en lo relativo a los delitos contra la Hacienda pública como bien indica la Fiscalía General del Estado en su memoria de 2019³—, al mismo tiempo que se encrudece la criminalización de las conductas de bagatela⁴, han coadyuvado a generar conciencia social acerca de las ventajas y concesiones que disfrutaban algunos sectores poblacionales definidos por su procedencia socioeconómica o empresarial. Esto ha venido acompañado, además, de noticias que revelan cómo conocidas y reputadas personalidades del mundo institucional, mercantil, deportivo, etc.⁵, han logrado eludir la apertura de diligencias de investigación (MUÑOZ CONDE⁶) o, en otro orden de ideas, han alcanzado acuerdos de conformidad que han evitado el ingreso efectivo en prisión a cambio de la restitución *voluntaria* de la cuota defraudada (DOPICO GÓMEZ-ALLER⁷).

En efecto, la regulación de los delitos contra la Hacienda pública representa, sin miedo a equívocos, la cesión más infundada del poder punitivo del Estado —y con ello la difuminación de los fines de la pena— a los intereses del mercado, priorizando el tráfico mercantil, económico y financiero a través de mecanismos de sanción que delimitan la intervención penal a altas cotas de defraudación. A su vez, esta forma de hacer frente a la persecución de los delitos fiscales posibilita incluir el eventual descubrimiento de los delitos como un riesgo más de la actividad empresarial mediante habilitaciones legales de devolución que, en el mejor de los casos, impiden cualquier investigación e imputación, incluso tras haber quedado consumado el delito. A lo máximo que se expone el delincuente económico con solvencia financiera para restituir la cantidad defraudada es a ser condenado a una pena privativa de libertad de corta duración y que, en la mayoría de los supuestos, llevará aparejada su suspensión. Y a esto responde el principal objetivo de este trabajo, esto es, estudiar cómo el sistema de atribución de responsabilidad penal por delitos fiscales está diseñado de modo que, sinérgicamente, la satisfacción de lo defraudado lleva a un prolijo régimen de beneficios penológicos que está lejos del tratamiento que tradicionalmente ha recibido el delincuente marginal o disfuncional. No obstante, antes de diseccionar estos extremos,

¹ TERRADILLOS BASOCO, Juan María, “Conflictos ideológicos y Derecho penal”, en RUIZ RODRÍGUEZ, L.R., GONZÁLEZ AGUDELO, G., *Transiciones de la política penal ante la violencia. Realidades y respuestas específicas para Iberoamérica*, ed. Jurídica Continental, Costa Rica, 2018, pág. 110; TERRADILLOS BASOCO, Juan María, BOZA MARTÍNEZ, Diego, *El derecho penal aplicable a las relaciones laborales*, ed. Bomarzo, Albacete, 2017, págs. 168-175.

² TERRADILLOS BASOCO, Juan María, “Un sistema penal para la aporofobia”, en PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando (Dir.), *Un juez para la democracia. Libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*, ed. Dykinson, Madrid, 2019, pág. 357.

³ Fiscalía General del Estado, Memoria 2019, págs. 1073 y ss. Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2020/FISCALIA_SITE/index.html

⁴ BUSTOS RUBIO, Miguel, “Aporofobia institucionalizada: el Código penal como herramienta”, en PÉREZ ADROHER, Ana, HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Eva (ed.), *Derechos Humanos ante los nuevos desafíos de la globalización*, ed. Dykinson, Madrid, 2020, págs. 1467-1484; SÁNCHEZ BENÍTEZ, Cristian, “Aporofobia y Derecho penal: el delito de hurto y la circunstancia agravante”, en *Revista Sistema Penal Crítico*, 2020, núm. 1, págs. 225-239.

⁵ <https://www.expansion.com/economia/2018/01/11/5a575dc3e2704e492c8b45e2.html> <https://elpais.com/espana/2021-02-25/juan-carlos-i-paga-mas-de-cuatro-millones-al-fisco-en-una-segunda-regularizacion.html> https://www.lespanol.com/deportes/futbol/mundial/20180615/cristiano-ronaldo-paga-millones-acepta-anos-prision/315219044_0.html

⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 907-908.

⁷ “La compra de la impunidad” por DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, “La superatenuación por «regularización tardía» y la compra de la impunidad. Motivos para una derogación”, en DEMETRIO CRESPO, Eduardo, SANZ DÍAZ-PALACIOS, José Alberto, *El delito fiscal. Aspectos penales y tributarios*, ed. Atelier, Barcelona, 2019, págs. 43 y ss.

habrá que estudiar las reglas de legitimación penal en el ámbito de los delitos contra la Hacienda pública, lo que obliga a poner la atención precisamente en el principio más ignorado políticamente: el principio de ofensividad-lesividad y su relación con la teoría del bien jurídico protegido; aspecto especialmente discutido en esta clase de criminalidad y que, lejos de parecer un problema de teorización dogmática, conlleva importantes consecuencias prácticas.

En definitiva, asentar correctamente los lineamientos conceptuales y metodológicos de la argumentación permitirá proponer alternativas que, en efecto, incorporen un correcto equilibrio entre los intereses tutelados y las legítimas expectativas de defensa de los defraudadores tributarios de alta capacidad económica.

2. LA VARIABLE ECONÓMICA EN EL DELITO FISCAL

2.1. LO ECONÓMICO COMO FRONTERA DE PUNIBILIDAD DEL DELITO FISCAL

No debe sorprender, de aquí en adelante, que el modelo de represión penal previsto para la comisión de delitos contra la Hacienda pública esté ordenado a través de factores de cuantificación económica. En especial, cuando se observa que desde el primer momento se supedita la persecución penal por delitos fiscales, según el sector doctrinal, a condiciones objetivas de punibilidad o a elementos típicos basados en la cantidad defraudada. La sujeción de la intervención penal a un criterio estrictamente económico parece haber condicionado todo el diseño aplicativo de esta clase de delitos, elevando la posición económica del defraudador tributario al núcleo del injusto y desplazando la relevancia del componente defraudatorio o engañoso. En efecto, la configuración delictiva del fraude fiscal a partir de la frontera de los 120.000 euros limita cuantitativamente la intervención penal a un sector poblacional con una actividad económica y/o empresarial con rendimientos lo suficientemente relevantes como para representar una potencialidad criminal de interés. Así pues, habrá de ser lo bastante beneficiosa como para obtener ingresos que den lugar a la posibilidad de evadir tales cantidades o, en otros aspectos, para la obtención de devoluciones o el disfrute indebido de beneficios fiscales por la misma cuantía⁸. Solo a partir de la frontera de los 120.000 euros la defraudación a la Hacienda pública revestirá carácter delictivo.

No obstante, hay una histórica discusión acerca de la naturaleza jurídica de la cuantía. Así, para un sector doctrinal⁹ se trata de una condición objetiva de punibilidad. En cambio, para otro espacio de opinión la cuantía constituye un elemento típico —el resultado— a abarcar por el dolo¹⁰. Las diferencias entre ambas formas de concebir la constitución de lo injusto no presentan pocas aristas¹¹. En primer lugar, optar por la cuantía de los 120.000 euros como una condición objetiva de punibilidad hace que sea un hecho objetivo independiente de la voluntad del autor, por lo que ponen toda la atención en el aspecto defraudatorio o engañoso del desvalor de la acción. Para este sector las razones por las que se delimitan la intervención penal a la referida cuantía no son más que político-criminales de intervención mínima y fragmentariedad de los ámbitos de actuación del Derecho tributario sancionador y el Derecho penal. Para estos, la cuantía no fundamenta lo injusto y, por tanto, no incide

⁸ En el mismo sentido, MORILLAS CUEVAS, Lorenzo, «Delitos contra la Hacienda pública y contra la Seguridad Social», en MORILLAS CUEVAS, Lorenzo (Dir.), *Sistema penal de Derecho penal. Parte especial*, ed. Dykinson, Madrid, 2020, pág. 895.

⁹ TERRADILLOS BASOCO, Juan María, *Derecho penal de la empresa*, ed. Trotta, Madrid, 1995, pág. 223; el autor se reafirma años después en, “Mito igualitario frente a la plutofilia penal”, en *Jueces para la democracia: información y debate*, 99, 2020, pág. 63; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, cit., pág. 902; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, “Naturaleza jurídica y extensión del régimen de cuantías en Derecho Penal Tributario”, en DEMETRIO CRESPO, Eduardo, SANZ DÍAZ-PALACIOS, José Alberto, *El delito fiscal. Aspectos penales y tributarios*, ed. Atelier, Barcelona, 2019, pág. 88.

¹⁰ Así, MORALES PRATS, Fermín, “Título XIV. De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social”. en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), MORALES PRATS, Fermín (Coord.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, ed. Aranzadi, Navarra, 2016, págs. 1044-1052; DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., “Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social”, en DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, NIETO MARTÍN, Adán, *Derecho penal económico y de la empresa*, ed. Dykinson, Madrid, 2018, pág. 546; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 677.

¹¹ Aunque en opinión de MARTÍNEZ-BUJÁN esta discrepancia se ha reducido al aspecto nominal sin que haya tenido especial incidencia en la práctica (*Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 677).

en el ámbito de ofensividad de estas conductas, sino que reservan la *necesidad de pena* para aquellos supuestos más significativos de defraudación, pero no consideran menos “injusta” o lesiva la defraudación inferior a los 120.000 euros. Sin duda, esto condicionará la concepción que manejen acerca del contenido del bien jurídico protegido en el delito fiscal.

Por su parte, aquellos que consideran la cuantía como un elemento constitutivo del injusto, refuerzan la carga probatoria hacia el conocimiento del autor de que, además de llevar a cabo una actividad engañosa o de ocultación, defraudaba una cantidad superior a 120.000 euros¹², así como haría necesario, en términos de imputación objetiva, corroborar la existencia de una conexión causal. Esta tesis abre la puerta a innumerables situaciones de error, en la que el autor desconoce cuál es exactamente la cuantía que defrauda. Esto tiene una importante significación en aquellos casos en que, por ejemplo, son asesores fiscales los que llevan a cabo la gestión del tributo de sus clientes. No obstante, este criterio, que en principio pudiera resultar excesivamente exigente, se podría corregir dotando de especial significación a la capacidad económica del defraudador tributario, porque pese a desconocer cuál es la cantidad exacta objeto de defraudación el contribuyente conoce perfectamente su actividad económica o empresarial, su poder adquisitivo y, por tanto, las rentas que obtiene; razones que deberían hacerle saber que, con toda seguridad, superará la frontera de los 120.000 euros. Desde la óptica aportada por aquellos que se alinean con una concepción de la cuantía como elemento típico no parece exigible el conocimiento de la cuantía concreta a defraudar —lo que sería tanto como reservar este delito para aquellos con conocimientos tributarios suficientes para conocer la cantidad devengada y, correlativamente, la eludida—, sino que basta con corroborar el conocimiento y la voluntad de defraudar una cuantía superior a los 120.000 euros; aspecto para el que, en términos indiciarios o probatorios, es muy útil el criterio de la capacidad económica del defraudador tributario —por ejemplo, mediante la valoración de la situación patrimonial del imputado¹³—, como ya sucede en otros delitos de variable económica.

No obstante, esta posición debe ser criticada por dos razones fundamentales. La primera de ellas relativa al hecho de que dificulta el trabajo de las acusaciones a la hora de probar el delito fiscal y difumina el componente engañoso o de ocultación, elevando la capacidad económica del defraudador a elemento capital del juicio de tipicidad. La segunda, *de lege ferenda*, referida a la consecuencia de basar la justificación dogmática de un elemento tan maleable como es la cuantía en el injusto. Así, aportaría argumentos sólidos a aquellos que impusieran objeciones a la legitimidad constitucional de una eventual tipificación del fraude fiscal por la simple actividad engañosa o de ocultación con independencia de la cuantía en la medida en que para este sector eso sería tanto como criminalizar una conducta sin ratio de lesividad o materialidad antijurídica suficiente. En este sentido, FERRÉ OLIVÉ¹⁴ defiende que entender la cuantía como una condición objetiva de punibilidad explica más acertadamente los constantes cambios que sufren estos preceptos en relación con las cuantías y, se añade ahora, las disparidades legislativas que entre los distintos países existen en este ámbito¹⁵.

Si bien es cierto que la jurisprudencia ha plasmado en sus resoluciones judiciales el debate acerca de la naturaleza jurídica —y ha sido, en algunos puntos, contradictoria— de la cuota defraudada, se ha inclinado mayoritariamente por entender que es una condición objetiva de punibilidad¹⁶. Así lo ha vuelto a promulgar en la reciente STS, Sala 2º, 212/2021, de 10 de marzo, FJ. 5 “Elemento fundamental es que la cuota defraudada ex-

¹² Como bien señala GARCÍA DÍEZ “se equivocan aquellos que valoran la cuantía mediante la incorporación del acervo probatorio logrado en sede administrativa-tributaria, pues considerar la cantidad defraudada como un elemento del tipo del delito fiscal obliga a afrontar la prueba de la concurrencia objetiva y subjetiva de ese elemento conforme a los parámetros y reglas probatorias del proceso penal (“La prueba en el delito fiscal”, en DEMETRIO CRESPO, Eduardo, SANZ DÍAZ-PALACIOS, José Alberto, *El delito fiscal. Aspectos penales y tributarios*, ed. Atelier, Barcelona, 2019, págs. 144-146).

¹³ En extenso, *ibid.*, págs. 157 y ss.

¹⁴ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, “Naturaleza jurídica y extensión del régimen de cuantías en Derecho Penal Tributario”, en *ob. cit.*, pág. 88.

¹⁵ De modo distinto al español se castiga el fraude fiscal en países de nuestro entorno. Así, en Alemania el delito fiscal doloso se sanciona en cualquier cantidad, estableciendo tipos agravados a partir de los 25.000, 50.000 y 100.000 euros. Por su parte, el Código penal italiano sanciona la declaración fraudulenta con falsedades contables por cualquier cantidad, y la realizada por otros medios desde los 30.000 euros (*vid.*, DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, “La superate-nuación por «regularización tardía» y la compra de la impunidad. Motivos para una derogación”, *ob. cit.*, págs. 45-47).

¹⁶ No se coincide en este sentido con algunos autores, como GARCÍA DÍEZ, que aseguran “que la Sala Segunda del Tribunal Supremo siempre ha defendido que la cuota defraudada es un elemento del tipo penal y no una condición objetiva de punibilidad (“La prueba en el delito fiscal”, *ob. cit.*, pág. 146).

ceda, en la actualidad, de 120.000 euros. Se discute si estamos ante un elemento del tipo, que debería estar abarcado por el dolo del autor o bien ante una condición objetiva de punibilidad (STS nº 13/2006), calificación esta última por la que se inclina mayoritariamente la jurisprudencia, aunque la distinción pierda relevancia en tanto se admite que el dolo puede ser eventual. En cualquier caso, no existirá delito, o, al menos, no habrá punibilidad, si no se acredita debidamente que la cuota defraudada excede de la mencionada cifra, aspecto que cumple demostrar a la acusación”. Ya se había reiterado también en las sentencias 586/2020, de 5 de noviembre, FJ. 2, y 357/2020, de 30 de junio, FJ. 3.3.

Sea como condición objetiva de punibilidad o como elemento típico, puede ser sometido a crítica el que el legislador español no haya optado por implementar un modelo de responsabilidad penal por delitos fiscales más próximo al alemán o italiano que no hacen recaer el peso de la intervención punitiva en la cuantía a defraudar, sino en otros elementos como el engaño o la ocultación dolosa. Esto dice mucho del lugar acentuado por legislador español y explica el posterior régimen de exenciones/atenuaciones a la responsabilidad penal que diluye la cuantía como principio rector de la criminalización primaria de la conducta defraudatoria. Más difícil se le antojaría al legislador explicar este régimen de excepciones si en el centro del tipo de injusto se posicionaran elementos tan económicamente incuantificables como el engaño o la ocultación. Esta parece ser la razón de ser de la aseveración que se hacía *supra* de que “la sujeción de la intervención penal a un criterio estrictamente económico parece haber condicionado todo el diseño aplicativo de esta clase de delitos, elevando la posición económica del defraudador tributario al núcleo del injusto y desplazando la relevancia del componente defraudatorio o engañoso”. Este constituye, sin lugar a duda, un primer indicio de que el modelo legislativo y político-criminal de afrontar los delitos fiscales forma parte de un derecho penal del amigo.

2.2. OFENSIVIDAD Y EL CARÁCTER POLIÉDRICO DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO FISCAL

El estudio de los aspectos propuestos en el presente trabajo obliga a detenerse en el análisis de la ofensividad al bien jurídico protegido en el delito fiscal. Solo después de atender a los aspectos lesivos del fraude fiscal, con una correcta delimitación cuantitativa y cualitativa de sus ámbitos de afección y las consideraciones jurídicas que se deriven, se pueden formular objeciones y proponer alternativas al actual sistema de exoneración y/o atenuación por regularización de la situación tributaria, que, como se verá, hoy por hoy no puede ser tildada de otra forma que de connivente con el delincuente económico y de plutofílico.

En este orden de ideas, hay que comenzar reseñando que la principal característica que comparten los delitos contra el orden público económico (MUÑOZ CONDE¹⁷), contra el orden socioeconómico (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ¹⁸) o de empresa (TERRADILLOS BASOCO¹⁹) es que la protección del bien jurídico no se agota con los inmediatos de carácter más patrimonialista, sino que acogen la tutela de otros mediatos que, en una relación de subordinación, atiende a la colectividad (FERRÉ OLIVÉ²⁰; TERRADILLOS BASOCO²¹; ACALE-GONZÁLEZ²²). Esta consideración es extensible a los delitos contra la Hacienda pública desde el momento en que estos son expresión de la más amplia criminalidad económica o de empresa. Sin embargo, los delitos fiscales tienen la virtualidad de poner de manifiesto más nítidamente el carácter colectivo de los intereses tutelados contra los que se dirige el ataque. Dicho de otro modo, la defraudación tributaria es una modalidad de ataque que se perpetra contra el carácter colectivo del bien jurídico y, por tanto, de los derechos que con su lesión pueden resultar afectados. Y ello es así en la medida en que, como sostiene ALONSO ÁLAMO²³, los

¹⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, ob. cit., pág. 899.

¹⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, ob. cit., pág. 126-133.

¹⁹ TERRADILLOS BASOCO, Juan María, *Derecho penal de la empresa*, cit., pág. 45.

²⁰ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, “El bien jurídico protegido en los delitos tributarios”, en *Revista Justicia e Sistema Criminal*, vol. 6, núm. 11, 2014, pág. 21

²¹ TERRADILLOS BASOCO, Juan María, “Protección de los derechos económicos, sociales y culturales. Consideraciones político-criminales”, en DEMETRIO CRESPO, Eduardo (Dir.), DE LA CUERDA MARTÍN, Mónica, GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, Faustino (Coords.), *Derecho penal económico y teoría del delito*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 76.

²² ACALE SÁNCHEZ, María, GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria, “Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social”, en TERRADILLOS BASOCO, Juan María (Coord.), *Lecciones y Materiales para el estudio del Derecho penal. Tomo VI. Parte especial. Derecho penal económico*, ed. Iustel, Madrid, 2016, pág. 200.

bienes jurídicos colectivos se edifican sobre el criterio básico de la función o utilidad social del bien. Difícilmente sea predicable de los delitos fiscales una función distinta a esta, con independencia de la postura doctrinal patrimonialista, funcionalista o ecléctica acogida para la determinación del objeto jurídico tutelado en el delito fiscal.

No obstante, desde las posiciones patrimonialistas, aunque hay un sector que afirma el carácter supraindividual de ese patrimonio, se relaciona el referente material del bien jurídico con la naturaleza de los delitos patrimoniales y los bienes jurídicos de carácter individual, con la excepción de que en este caso su titular será la Hacienda pública. Esto es el resultado de confundir que el bien jurídico colectivo se conforma por la suma de bienes jurídicos individuales con que, en último término, su referente no pueda ser otro que un individuo que aquí se concreta en el contribuyente²⁴. Además, aceptar radicalmente las tesis patrimonialistas no es más que, como refiere FERRÉ OLIVÉ, “una reedición contemporánea de la prisión por deudas”²⁵.

Lo anterior tampoco lleva necesariamente a asumir las tesis funcionalistas que harían recaer todo el peso de la legitimación y la lesividad en la función a la que está llamado el tributo, con especial énfasis de los aspectos sociales de la política tributaria. Si bien se debe defender la existencia de bienes jurídicos colectivos y supraindividuales, estos, ciertamente, son difusos, abstractos y de difícil cuantificación económica. La combinación de ambas realidades ha conducido a la aceptación del carácter pluriofensivo del delito fiscal²⁶ y al reforzamiento de las ya mencionadas teorías eclécticas. En efecto, estas posiciones caracterizan dualmente el interés protegido: una esfera patrimonial, también considerada como bien jurídico inmediato constituido por un ámbito de afección económicamente cuantificable que parte la *cuota defraudada* como porción que integra el patrimonio de la Hacienda estatal en sentido amplio; y otros intereses de carácter mediato, que es el lugar donde residen las finalidades que se persiguen con el sistema de ingresos y gasto público en un Estado social y democrático de Derecho, como son las políticas públicas necesitadas de financiación como la sanidad, la educación, el propio armazón de competitividad de un país, etc.. En este sentido, FERRÉ OLIVÉ²⁷ y MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ²⁸ apuntan que los bienes jurídicos mediatos no pueden ser lesionados o puestos en peligro, es decir, que son estáticos a los efectos de la medición del grado de lesividad exigida por el desvalor de resultado del injusto tributario. Sin embargo, eso no los hace merecedores de una menor atención por los principios de lesividad —abstracta— y proporcionalidad, pues son estos los que principalmente dotan de legitimidad a la intervención penal. Y aunque sea difícilmente constatable en el caso concreto la producción de una lesión efectiva a los aspectos mediatos, no pueden desmerecerse en el posterior enjuiciamiento y valoración del hecho, lo que adquirirá especial relevancia a la hora de analizar y estudiar la articulación de la regularización de la situación tributaria, ya sea como eximente o atenuante.

Para afirmar la identificación de bienes jurídicos colectivos y reaccionar penalmente por la lesión de estos, es necesario, según TERRADILLOS BASOCO, verificar otros de carácter individual. De hecho, este autor considera a estos bienes jurídicos “el marco de referencia o un conjunto de condiciones que aseguran la viabilidad de los bienes jurídicos individuales”. Subraya además la complejidad de medir el respeto al principio de lesividad desde la óptica de los bienes jurídicos colectivos precisamente porque constituyen ataques difusos y abstractos difícilmente abarcados por el dolo del autor²⁹: abstracta ha de ser, pues, cualquier valoración de lesividad³⁰. Esta es la razón por la que TERRADILLOS BASOCO ha rechazado las tesis funcionales para asumir con mayor acomodo las posiciones eclécticas³¹. Para ALONSO ÁLAMO³², en cambio, los bienes jurí-

²³ ALONSO ÁLAMO, Mercedes, “Derecho Penal mínimo de los bienes jurídicos colectivos. (Derecho Penal mínimo máximo)”, en *Revista Penal*, núm. 34, julio 2013, pág. 30.

²⁴ Sobre la cuestión ALONSO ÁLAMO, Mercedes, “Derecho Penal mínimo de los bienes jurídicos colectivos. (Derecho Penal mínimo máximo)”, ob. cit., pág. 34 y ss.

²⁵ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, “El bien jurídico protegido en los delitos tributarios”, ob. cit., pág. 16.

²⁶ Expresamente TERRADILLOS BASOCO, Juan María, *Derecho penal de la empresa*, ob. cit., pág. 222; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, “El bien jurídico protegido en los delitos tributarios”, ob. cit., pág. 22.

²⁷ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, “El bien jurídico protegido en los delitos tributarios”, ob. cit., pág. 24.

²⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, ob. cit., pág. 126-133.

²⁹ TERRADILLOS BASOCO, Juan María, *Derecho penal de la empresa*, ob. cit., pág. 50.

³⁰ *Cfr.*, FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, “El bien jurídico protegido en los delitos tributarios”, ob. cit., pág. 21.

³¹ Pese a que TERRADILLOS defiende que el bien jurídico protegido en el delito fiscal es el patrimonio de la Hacienda

dicos colectivos son merecedores de tutela penal autónoma, sin que sea necesario identificar otros de carácter individual que legitimen la punición de las conductas potencialmente lesivas para aquellos. Para esta autora, los bienes jurídicos colectivos no son marco de referencia de ningún otro, mas al contrario, identifica un marco de referencia en el que los colectivos se fundamentan: los derechos humanos, para lo que sitúa en un primer plano a la persona individualmente considerada. Es decir, bienes jurídicos colectivos entendidos como estadios previos de possibilitación de ulteriores ejercicios individuales de derechos; eso sí, ejercicio individual no hegemónico. En esta línea, TERRADILLOS BASOCO³³ facilita el vislumbrar una paradoja cuando subraya que la afección a algunos bienes jurídicos colectivos incide especialmente sobre aquellos sectores poblacionales mayoritariamente demandantes de servicios públicos eficientes, como podría suceder en el ámbito de las políticas de empleo o de la sanidad; y ello, pese a que, como decía BUSTOS RAMÍREZ³⁴, los bienes jurídicos colectivos han de ser predicados para la sociedad en su conjunto y, en principio, sin distinciones de clase. Se da entonces la paradoja de que la lesión por estos delitos es ocasionada por personas pertenecientes a las altas esferas socioeconómicas y, sin embargo, son los más vulnerables quienes con mayor impacto sufren sus consecuencias. A este respecto, TERRADILLOS BASOCO³⁵ señala que “el derecho a la salud no es, pues, si se desciende desde los limbos de la retórica, universal. Es un bien escaso cuyo acceso es especialmente difícil para los menesterosos”. Y es que mientras las clases bajas y medias de la sociedad se ven necesitadas de un sistema público de salud robusto, las grandes fortunas tienen a su disposición la alternativa de acceder, por ejemplo, a la sanidad privada. Esto, en definitiva, pone de manifiesto la necesidad de atender al delito fiscal incorporando el enfoque de su función, esto es, en palabras de FERRÉ OLIVÉ, desde el “nexo lógico entre los ingresos del Estado y los servicios públicos que este presta”³⁶.

A las aportaciones anteriores de tinte dogmático, es conveniente incorporar el reflejo de los datos estadísticos que refuerzan la necesidad de abordar este modo de criminalidad desde una perspectiva pluriofensiva. En este sentido, Intermon-Oxfam³⁷, señala que el fraude fiscal en España alcanza el 13% en la recaudación del impuesto sobre sociedades, lo que equivale a pérdidas por valor de 3.250 millones; por su parte, *Tax Justice Network*³⁸ cifra en 4,376,809,767 dólares (3.670 millones de euros) las pérdidas anuales en ingresos por evasión fiscal, que en cálculos porcentuales de ingresos fiscales supone el 1,5% de la financiación global estatal, 94 dólares (78,89 euros) por cada miembro de la población. Si se contrastan estos datos con los recién aprobados Presupuestos Generales del Estado de 2021³⁹ se alcanza un mayor reflejo de qué y cuánto supone el fraude fiscal en España. Así, pese al importante incremento del 60% experimentado en los últimos presupuestos motivada por la pandemia de Covid-19, el total de inversión pública en Ciencia, Innovación y Desarrollo es de 3.232 millones de euros; en Justicia, de 2.048 millones; en Igualdad, 451,42 millones; o en Comercio, Turismo y Pymes de 2.230 millones. Estos son algunos de los ejemplos que sacan a relucir cuánto podría mejorar la inversión estatal en políticas público-sociales e, incluso, en sectores donde depositan sus intereses el sector privado en caso de evitar la evasión de impuestos o de ejecutar una política de recuperación de activos eficiente⁴⁰. Se confirma así

afirma su carácter pluriofensivo de trascendencia social-colectiva, por lo que es más adecuado situarlo en el sector doctrinal que acoge posiciones eclécticas (*Derecho penal de la empresa*, ob. cit., pág. 222). También SILVA SÁNCHEZ rechaza por semejantes razones las tesis puramente funcionales (“Las inverdades de los particulares ante el derecho penal”, en SALVADOR CODERECHE, Pablo, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Simulación y deberes de veracidad y autonomía privada: derecho civil y derecho penal: dos estudios de dogmática jurídica*, ed. Civitas, Madrid, 1999, pág. 139).

³² ALONSO ÁLAMO, Mercedes, “Derecho Penal mínimo de los bienes jurídicos colectivos. (Derecho Penal mínimo máximo)”, cit., págs. 24 y 37.

³³ TERRADILLOS BASOCO, Juan María, “Política criminal de exclusión: aporofobia y plutofilia”, en *Revista Penal*, núm. 46, Julio 2020, pág. 232 y 236-237.

³⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “Los bienes jurídicos colectivos (Repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Código penal de 1932)”, en *Control social y sistema penal*, PPU, Barcelona, 1987, págs. 196 y ss.

³⁵ TERRADILLOS BASOCO, Juan María, “Política criminal de exclusión: aporofobia y plutofilia”, cit., pág. 232.

³⁶ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, “El bien jurídico protegido en los delitos tributarios”, ob. cit., pág. 13.

³⁷ INTERMON-OXFAM, 2019, Informe núm. 53: *Quien parte y reparte. La huella en la desigualdad de las empresas del IBEX 35*, pág. 10. Disponible en: https://www.oxfamintermon.org/es/publicacion/Quien_parte_y_reparte

³⁸ Disponible en: www.iff.tazjustice.net/#/profile/ESP

³⁹ *Vid.*, Resumen general de gastos de los Presupuestos Generales del Estado del ejercicio 2021. Disponibles en: file:///C:/Users/uca/Desktop/N_21_A_R_6_2_801_1_1.PDF

la urgente necesidad de acabar con la actual estrategia político-criminal para afrontar los delitos fiscales que, con expresa renuncia a los objetivos preventivos, dice TERRADILLOS⁴¹, ofrece posibilidades no solo de eludir las penas, sino también de poner a buen recaudo los beneficios del delito fiscal. Solo desde el entendimiento de los intereses que están en juego en esta clase de criminalidad se puede llegar a comprender la envergadura del debate que se propone en este trabajo.

3. ÁMBITOS DE INCIDENCIA DE LA CAPACIDAD ECONÓMICA DEL DEFRAUDADOR

3.1. LA REGULARIZACIÓN DE LA SITUACIÓN TRIBUTARIA

Visto el condicionamiento de la persecución penal a la cuantía defraudada, la alta lesividad de estas conductas y sus ámbitos de afección se puede pasar al análisis de las excepciones a los principios generales del Derecho penal contempladas en la regulación de los delitos fiscales. Un conjunto de excepciones que van desde la neutralización de la investigación penal por regularización de la situación tributaria postconsumatoria hasta la práctica elusión de las penas con un prolijo sistema de atenuaciones que converge sinérgicamente con la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito y con un diseño del marco punitivo proclive a la suspensión de las penas.

El primero de los institutos penales sobre los que incide sobremanera la solvencia financiera del defraudador tributario es la denominada regularización de la situación tributaria, la cual ha causado especial expectación en los últimos meses después de que se haya revelado por parte de los medios de comunicación que un miembro de la casa real española ha realizado hasta cuatro regularizaciones tras descubrirse posibles fondos procedentes del fraude fiscal.

Muy resumidamente, el art. 305.4 del Código penal⁴² establece la posibilidad para quien ha cometido un delito fiscal —consumado— de quedar exento de responsabilidad en caso de proceder al reconocimiento y pago de la deuda tributaria. En puridad, no es una declaración de exención de responsabilidad criminal, pues para eximir previamente se ha debido conformar esa responsabilidad, y esto es así especialmente después de la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre. Estúdiense por partes.

Se ha discutido mucho sobre la naturaleza jurídica de la regularización de la situación tributaria, incorporada por primera vez en el Código penal de 1995. Históricamente la discusión había estribado en entender que se estaba ante excusa absolutoria o una causa de anulación o levantamiento de la pena, de modo que las razones de su existencia se basaban en la estrategia político-criminal por la que el legislador hubiese optado con los matices propios de una u otra categoría dogmática⁴³. Sin embargo, según se acaba de advertir, todo se ha precipitado después de que la Ley Orgánica 7/2012 haya sido disruptiva reconfigurando la regularización como un elemento negativo sobrevenido del tipo (TERRADILLOS⁴⁴) o una causa de exclusión de la tipicidad

⁴⁰ En este sentido, puede leerse al Prof. Terradillos cuando señala cómo el derecho al acceso a la salud es uno de esos derechos que con mayor crudeza sufre el impacto de las políticas aporofóbicas y, en consonancia, sufre más negativamente la falta de financiación pública que, sin duda, se ve menguada como consecuencia del fraude fiscal (“Mito igualitario frente a la plutofilia penal”, en *Revista de Jueces para la democracia: información y debate*, 99, 2020, pág. 232).

⁴¹ TERRADILLOS BASOCO, Juan María, *Aporofobia y plutofilia. La deriva jánica de la política criminal contemporánea*, ed. Bosch, Barcelona, 2020, pág. 72.

⁴² Artículo 305.4 CP “4. Se considerará regularizada la situación tributaria cuando se haya procedido por el obligado tributario al completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria, antes de que por la Administración Tributaria se le haya notificado el inicio de actuaciones de comprobación o investigación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de la regularización o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida, o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.

Asimismo, los efectos de la regularización prevista en el párrafo anterior resultarán aplicables cuando se satisfagan deudas tributarias una vez prescrito el derecho de la Administración a su determinación en vía administrativa.

La regularización por el obligado tributario de su situación tributaria impedirá que se le persiga por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación tributaria”.

⁴³ IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel, *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria (Un análisis de la autodenuncia. Art. 305-4 CP)*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 162 y ss.

(MUÑOZ CONDE⁴⁵). Pese a que determinados sectores doctrinales se resisten a abandonar la idea de que se está ante una excusa absolutoria⁴⁶ o una causa de levantamiento de pena⁴⁷, lo cierto es que, como indica DE LA MATA⁴⁸, esta tesis no puede seguir manteniéndose desde 2012.

El texto aprobado por la LO 7/2012 sitúa la regularización en el reverso del delito dotando a esta de fuerza suficiente para neutralizar “no sólo el desvalor de la acción, con una declaración completa y veraz, sino también el desvalor del resultado mediante el pago completo de la deuda tributaria”⁴⁹. Es el “retorno a la legalidad”⁵⁰ del defraudador que ha consumado el delito lo que permite declarar la provisionalidad de la lesión y, por tanto, diluir el contenido de injusto de esa acción. En cierto modo esta reforma ha normativizado la concepción roxiana de la reparación como tercera vía de reacción frente al delito y que concebía la restauración total de las consecuencias del injusto como un motivo para renunciarse a la pena⁵¹; tesis sumamente controvertida en el ámbito de la delincuencia económica⁵².

No se comprende que un delito agotado que ha consumado la lesión al bien jurídico pueda dar lugar a posteriori a una exclusión de la tipicidad que hace trasladar el momento consumativo al descubrimiento del delito y, a su vez, el inicio del cómputo de la prescripción hasta agotarse la posibilidad de regularizar. Más reprochable es que, además, el legislador haya añadido a la impunidad del defraudador aderezos dogmáticos, intentando disfrazar un privilegio injustificado —no contemplado en ningún otro delito— a una clase de criminales muy determinada⁵³.

Tampoco deja de ser sorprendente que la regulación del delito fiscal, al tiempo que reserva la autoría a los grandes delincuentes económicos, posibilita que un momento postconsumatorio pueda reintegrarse la lesión “provisionalmente” infligida y, así, hacer desaparecer el injusto⁵⁴. En este sentido, MORILLAS CUEVA⁵⁵, aunque no discute la oportunidad político-criminal de su existencia, llama la atención acerca de que “su presencia en el CP es posible entenderla como un agravio comparativo con respecto a los contribuyentes que satisfacen sus deudas fiscales en plazos legales y, además, con respecto a otros delitos, como, por ejemplo, los patrimoniales”. Recuérdese que la inclusión del fraude fiscal como una modalidad de la criminalidad económica o de empresa

⁴⁴ TERRADILLOS BASOCO, Juan María, *Aporofobia y plutofilia. La deriva jánica de la política criminal contemporánea*, ob. cit., pág. 150.

⁴⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 907.

⁴⁶ Así, ACALE SÁNCHEZ, María, GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria, “Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social”, en ob. cit., pág. 213; PÉREZ ROYO, Fernando, CARRASCO GONZÁLEZ, Francisco. M., *Derecho Financiero y Tributario. Parte general.*, ed. Civitas, Navarra, 2018, pág. 480; ORTS BERENGUER, Enrique, GONZÁLEZ CUSSAC, José L., *Compendio de Derecho Penal. Parte general*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 444; MORALES PRATS, Fermín, “Delito de defraudación tributaria y blanqueo de capitales. Reflexiones en supuestos de regularización tributaria con efectos penales”, en DE LA CUESTA AGUADO, Paz M., RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón, ACALE SÁNCHEZ, María, HAVA GARCÍA, Esther, RODRÍGUEZ MESA, M^a. José, GÓNZALEZ AGUDELO, Gloria, MEINI MÉNDEZ, Iván, RÍOS CORBACHO, José M., *Liber Amicorum. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr. H.c. Juan M^a. Terradillos Basoco*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 898-899.

⁴⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ ya defendía desde su genuina incorporación que, en efecto, se estaba ante una causa de levantamiento de la pena; sin embargo, el autor se reafirma en su posición tras la LO 7/2012, aunque es crítico con las consideraciones de su preámbulo (*Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, ob. cit., pág. 697)

⁴⁸ DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., “Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social”, ob. cit., pág. 557.

⁴⁹ Preámbulo Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ ROXIN, Claus, “La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones”, en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, Jornadas sobre la Reforma del Derecho Penal en Alemania, Madrid, 1991, págs. 141 y ss.

⁵² *Vid.*, DE LA HERRÁN RUIZ-MATEOS, Sergio, “Aspectos técnicos de la atenuante de reparación del daño en los delitos económicos o de cuello blanco”, en *Revista Penal*, núm. 45, 2020, pág. 24.

⁵³ En igual sentido, TERRADILLOS BASOCO, Juan María, *Aporofobia y plutofilia. La deriva jánica de la política criminal contemporánea*, ob. cit., pág. 150.

⁵⁴ DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., “Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social”, ob. cit., pág. 558

⁵⁵ MORILLAS CUEVAS, Lorenzo, «Delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social», en ob. cit., pág. 899

está justificada precisamente en su mayor lesividad—otra razón por la que deben rechazarse las tesis patrimonialistas más radicales, pues equiparan el tratamiento de los delitos contra la Hacienda pública a los patrimoniales. Por este motivo no se comprende que en delitos menos dañosos o, al menos, con una proyección lesiva *inter partes*, como son los delitos patrimoniales más tradicionales (hurtos, apropiaciones indebidas, estafas, etc.), no se contemplen posibilidades de restitución a cambio de renuncias a la acción penal⁵⁶, y en delitos de mayor calado, como los fiscales, se regule expresamente. Una vez comprobado que el criterio de la ofensividad no aporta justificación alguna, cabría preguntarse cuál es la razón de estas disparidades que privilegian a una criminalidad mucho más depredadora. De nuevo con TERRADILLOS se halla una posible respuesta, que no es otra que entender que la dificultad de encontrar esas razones en el *hecho* se debe a que residen en su *autor*⁵⁷. En efecto, asegura TERRADILLOS⁵⁸ que “se trata de supuestos de Derecho penal de autor que alcanzan niveles de Derecho penal de clase, pues la diferente reacción penal solo trae causa del lugar ocupado por el sujeto en el sistema económico”.

Pero no terminan aquí los beneficios de exención, sino que con esta regularización también se eludirá toda responsabilidad por las posibles irregularidades contables o falsedades instrumentales. Más significativo es que con la defensa de la regularización como causa de exclusión de la tipicidad se imposibilite la persecución por los posibles delitos de blanqueo de dinero, ya que, *strictu sensu*, esos fondos no proceden de ninguna actividad delictiva previa. En esta relación destipificadora del delito de fraude fiscal y el lavado de dinero encuentra VIDALES RODRÍGUEZ el efecto más “perverso” del cambio propuesto y lo hace reseñando que “para evitar que el defraudador que regulariza su situación tributaria sea penalmente responsable de un delito de blanqueo —[...]— se altera la naturaleza de lo que hasta ahora era una causa de exclusión de la pena, y con ello, se impide la posibilidad de castigar a quienes sí realizan genuinos actos legitimadores mientras se mantenga la situación de pendencia”. Sobre este particular se ha detenido también MORALES PRATS⁵⁹, para quien pervive la regularización como excusa absolutoria incluso después de que la LO 7/2012 anunciara expresamente en su Preámbulo la supresión de “las menciones que la conceptuaban como una excusa absolutoria”. La cuestión reviste importancia por cuanto desde la óptica ofrecida por este autor subsistiría la responsabilidad por el delito de blanqueo de capitales, al suponer una renuncia a la punibilidad, pero no a la constitución del injusto de defraudación. Sin embargo, MORALES PRATS, estima la imposibilidad de sancionar el consiguiente lavado de activos procedentes del fraude fiscal en los casos de autoblanqueo, pero con un argumento distinto a los tradicionales. Este autor, además de justificar principalmente su postura en una razón de conveniencia político criminal como es la desincentivación a los defraudadores para llevar a cabo regularizaciones si con ella pueden ser condenados por un delito de blanqueo de capitales, se inclina a no sancionar el blanqueo de capitales en los casos de regularización por una “ausencia del objeto material del delito de blanqueo”⁶⁰: en su opinión, al ir referida a la cuota tributaria, no puede decirse que tenga su origen en una actividad delictiva previa, así como no desmerece la opinión de aquellos que siguen manteniendo la infracción del principio *non bis in idem* cuando se intenta sancionar la actividad defraudadora y el subsiguiente lavado de activos —necesario— para hacer uso de los mismos.

Al entendimiento de la regularización como elemento negativo del tipo se le añadiría, por último, la posibilidad de expandir la exoneración a terceros intervinientes en el delito y la consideración de esta actividad reguladora como causa legal de sobreseimiento libre.

⁵⁶ En el seno de los delitos patrimoniales únicamente se determina la necesidad de denuncia de la persona agraviada (art. 287 CP), pero una vez incoada la acción penal pierde la disponibilidad del objeto del proceso resultando ineficaz cualquier perdón.

⁵⁷ Coincidente en este punto QUINTERO OLIVARES que califica de derecho penal de autor el trato privilegiado al delincuente económico o empresarial (“El castigo de la delincuencia económica y el riesgo de derecho penal de autor”, en DE LA CUESTA AGUADO, Paz M., RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón, ACALE SÁNCHEZ, María, HAVA GARCÍA, Esther, RODRÍGUEZ MESA, M^a. José, GÓNZALEZ AGUDELO, Gloria, MEINI MÉNDEZ, Iván, RÍOS CORBACHO, José M., *Liber Amicorum, Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. h. c. Juan M.^a Terradillos Basoco*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 407-425).

⁵⁸ TERRADILLOS BASOCO, Juan María, “Conflictos ideológicos y Derecho penal”, en ob. cit., pág. 111.

⁵⁹ MORALES PRATS, Fermín, “Delito de defraudación tributaria y blanqueo de capitales. Reflexiones en supuestos de regularización tributaria con efectos penales”, en ob. cit., págs. 899-900.

⁶⁰ *Ibid.*, pág. 902.

Todo lo anterior ha llevado a autores como VIDALES RODRÍGUEZ⁶¹ y, más tarde, TERRADILLOS BASOCO⁶² a considerar que la regularización es la representación más fiel de lo que se ha denominado “Derecho penal del amigo”. No solo es que el Estado retribuya al gran defraudador que reintegra la cantidad a cambio de la renuncia a la persecución penal del hecho, sino que con esta forma de enfrentar el delito se volatiliza la prevención y, a mayor abundamiento, se impulsa a la comisión de nuevos delitos⁶³, abriendo la puerta a que el gran delincuente económico incluya el eventual descubrimiento del delito como un riesgo más de la actividad ilícita. Por este motivo se ha estimado conveniente por parte de algunos autores excluir su eficacia a supuestos especialmente graves o vedar la posibilidad de regular en sucesivas ocasiones para evitar que los casos de habitualidad se vean reiteradamente beneficiados⁶⁴.

3.2 LA REGULARIZACIÓN TARDÍA: ATENUANTES ESPECÍFICAS Y GENÉRICAS DE REPARACIÓN DEL DAÑO, RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO Y RÉGIMEN DE SUSPENSIÓN DE PENAS

Excluida la posibilidad de regularizar la situación tributaria⁶⁵, el defraudador tiene a su alcance un prolijo régimen de atenuaciones de carácter específico y genérico. Esta clase de atenuantes, cuya fundamentación, de nuevo, se encuentra en razones político-criminales —*ex post facto*— de impulso de colaboración con los fines de la Justicia⁶⁶, tiene la peculiaridad de afectar a la esfera económica del hecho y, por tanto, su apreciación va a depender de la capacidad económica de su autor o, mejor dicho, de los recursos de los que disponga. Tanto es así que, como se verá, el criterio principal para la determinación de la reducción del *quantum* de pena no es otro que la cantidad a reparar, esto es: a mayor defraudación, mayor atenuación. Pero no queda ahí el beneficio penológico a los grandes delincuentes económicos, sino que estas atenuantes son solo una parte de un conjunto de criterios y requisitos que interaccionan entre sí, de modo que el cumplimiento de uno dará lugar a la satisfacción de los restantes. En efecto, se estudiará cómo una única actividad reparadora, ya sea en el ámbito de atenuante específica o genérica, será válida para dar por satisfecha la responsabilidad civil, siendo así que quedará cubierto otro de los requisitos de la suspensión de penas. Llegados a este punto del estudio, no resultará extraño a nadie si se confirma que el marco penal previsto para los delitos fiscales garantiza que el defraudador con capacidad económica para hacer frente a esta reparación eluda el ingreso efectivo en prisión, incluso en el tipo agravado por defraudaciones superiores a los 600.000 euros.

Desgraciadamente se carece de datos oficiales de los expedientes de regularización tributaria completados ante la Agencia Tributaria por la sencilla razón de que es un trámite procedimental que se ventila en sede administrativa y que, verificada la corrección de la regularización, paraliza cualquier remisión al órgano judicial o a la fiscalía. Sin embargo, antes de entrar a analizar cada uno de los institutos penales que posibilitan lo dicho hasta ahora y para comprender con mayor exactitud la envergadura del debate que se propone, se ofrecen referencias

⁶¹ VIDALES RODRÍGUEZ, Catalina, “Derecho penal del amigo. Reflexiones críticas acerca de la reciente modificación de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 32, 2013, pág. 3

⁶² TERRADILLOS BASOCO, Juan María, “Un sistema penal para la aporofobia”, en *ob. cit.*, pág. 357.

⁶³ *Cfr.*, TERRADILLOS BASOCO, Juan María, *Aporofobia y plutofilia. La deriva jánica de la política criminal contemporánea*, cit., pág. 151; VIDALES RODRÍGUEZ, Catalina, “Derecho penal del amigo. Reflexiones críticas acerca de la reciente modificación de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social”, *ob. cit.*, pág. 13.

⁶⁴ IGLESIAS RIOS, Miguel Ángel, “Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social”, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, DOPICO GÓMEZ-ALLER, Dopico, (Coords.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 832.

⁶⁵ Normalmente esto ocurre una vez que el defraudador ha tenido conocimiento formal de que se han abierto unas diligencias de investigación. De hecho, este es un debate abierto en el seno de un mediático caso que se sigue contra un miembro de la casa real española. Tanto es así que el Sindicato de Técnicos del Ministerio de Hacienda, GESTHA, ha llamado la atención sobre la procedencia de que la Agencia Tributaria actúe pese a las regularizaciones realizadas, ya que existen sospechas fundadas de que el interesado tuvo conocimiento de que seguían actuaciones de inspección. *Vid.*, <https://www.gestha.es/index.php?seccion=actualidad&num=830> <https://www.gestha.es/index.php?seccion=actualidad&num=837>

⁶⁶ ALONSO FERNÁNDEZ, José Antonio, *Las atenuantes de confesión de la infracción y reparación o disminución del daño. Interpretación jurisprudencial y doctrinal de las circunstancias 21.4 y 21.5 del Código Penal*, ed. Bosch, Barcelona, 1999, págs. 24-25

estadísticas que permiten medir la incidencia de las atenuantes de reparación del daño por delitos fiscales. A continuación, obsérvense los datos que facilita el Instituto Nacional de Estadística del total de condenados por delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social y del total de población reclusa —por tanto, con cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad— por delitos contra la Administración y la Hacienda pública por parte del Consejo General del Poder Judicial. Los datos aportados por estos organismos permiten colegir que son muy escasas el total de sentencias condenatorias por delitos contra la Hacienda Pública que finalizan en ejecuciones efectivas de las penas privativas de libertad. Téngase en cuenta que los datos del CGPJ incluyen, junto a los delitos contra la Hacienda pública, todos los delitos contra la Administración, por lo que presumiblemente estos datos sean aún mucho más llamativos.

Único. Datos comparativos entre condenados por delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (INE) y privados de libertad por delitos contra la Administración y la Hacienda Pública (CGPJ)⁶⁷.

Estos indicadores estadísticos ponen de relieve que no son muchos los condenados por estos delitos que pasan a cumplir las penas efectivamente impuestas; y, aún peor, revela que va en aumento el número de procedimientos finalizados en suspensiones. La media porcentual es del 29,96% de ejecuciones del total de sentencias condenatorias en el periodo valorado o, *a sensu contrario*, del 70,04% de suspensiones. Siete de cada diez condenas por delitos contra la Hacienda pública terminan en suspensión. Parece evidente que una lectura de este tipo señala que el actual diseño político criminal no solo difumina cualquier resquicio intimidatorio de la pena, sino que, como dice VIDALES RODRÍGUEZ, “constituyen poderosos estímulos para el mantenimiento de dichas actividades”.

Así las cosas, el defraudador tributario que no ha regularizado su situación tributaria y se ha iniciado un procedimiento penal contra el mismo después de que su actividad ilícita haya sido descubierta tiene a su disposición, en primer lugar, la atenuante específica de regularización tardía o reparación del daño siempre que la preste antes del transcurso de dos meses desde la citación judicial como imputado. El apartado sexto del art. 305 incorpora así lo que TERRADILLOS⁶⁸ ha denominado “cláusula de salvamiento” prevista para quien después de defraudar y no reconocer ni liquidar la deuda antes la formalización del proceso tenga una nueva posibilidad de eludir la entrada en prisión. Se trata de una atenuante configurada *ex lege* como muy cualificada. Es cierto que la atenuante tiene carácter potestativo y que será el juez, en su caso, quien deba apreciarla; sin embargo, verificada esta, la acotación penal está orientada legalmente a garantizar la cuasi impunidad del hecho sin razones que lo justifiquen⁶⁹. El que se haya normativizado esta atenuante en forma muy cualificada solo podría explicarse en el aspecto temporal, esto es, en la pronta reintegración de la cuantía defraudada —dos meses desde la citación en calidad de investigado— y la facilitación del proceso penal al ser uno de sus requisitos el reconocimiento de los hechos que dará lugar a una sentencia de conformidad. Sin embargo, esta razón pierde toda fuerza comunicativa desde el momento en que se comprueba el impacto de la atenuante genérica de reparación o disminución del daño del art. 21.5 en este ámbito. Esta atenuante genérica, además de extender su operatividad hasta la apertura del juicio oral⁷⁰, no requiere reconocimiento de hechos alguno y puede llegar a reducir la pena también en uno o dos grados, es decir, es aplicada en su variante muy cualificada bajo el inane argumento de la cantidad a reparar o, en palabras del Tribunal Supremo a propósito del recurso de casación contra la apelación a la sentencia que condenada por tres delitos fiscales a un famoso jugador del F.C. Barcelona, en “lo importantísimo de la de las sumas abonadas” (STS, Sala 2º, 374/2017, de 24 de mayo)⁷¹. Por tanto, el

⁶⁷ Elaboración propia a partir de los datos aportados por el CGPJ y el INE. Fecha de última consulta: 19 de marzo de 2021.

Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales-civiles-y-laborales/Cumplimiento-de-penas/Estadistica-de-la-Poblacion-Reclusa/> y https://www.ine.es/dyngs/INE-base/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176793&menu=ultiDatos&idp=1254735573206

⁶⁸ TERRADILLOS BASOCO, Juan María, *Aporofobia y plutofilia. La deriva jánica de la política criminal contemporánea*, ob. cit., pág. 151.

⁶⁹ En este sentido, *ibid.*, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, cit., pág. 704.

⁷⁰ DE LA HERRÁN RUIZ-MATEOS, Sergio, “Aspectos técnicos de la atenuante de reparación del daño en los delitos económicos o de cuello blanco”, ob. cit., pág. 20.

⁷¹ En extenso sobre el carácter muy cualificado de la atenuante genérica de reparación del daño en *ibid.*, págs. 27 y ss.

defraudador tributario no solo tendrá a su disposición una atenuante de idéntico impacto penológico durante todo el proceso penal⁷², sino que por demás será sin necesidad de cumplir con los requisitos de la específica⁷³. Y no solo eso, sino que la jurisprudencia ha diseñado la atenuante analógica de reparación tardía, de forma que se permite la reparación hasta el momento del dictado de la sentencia, es decir, realizar la reparación durante la celebración del juicio oral (SAN, Sala de lo Penal, 13/2018, de 4 de mayo, FJ. 5).

Para la aludida denuncia de impunidad resulta muy interesante observar el impacto sobre las penas. El que el legislador optara por crear marcos penales amplios, con diferencias muy resultantes entre los límites mínimos y máximos, lleva a que el peso de las atenuaciones tenga una gran incidencia al aplicarse sobre los primeros. Llegados a este punto, tanto en el régimen general de suspensión —art. 80 CP— como en el específico —art. 308 bis—, solo mantiene la exigencia de satisfacer la responsabilidad civil y hacer efectivo el decomiso que, eventualmente, se hubiese acordado.

| | 2013 | 2014 | 2015 | 2016 | 2017 | 2018 | 2019 |
|-----------------------------|------|------|------|------|------|------|------|
| Condenados | 647 | 712 | 938 | 937 | 1002 | 1396 | 1170 |
| Privados de libertad | 203 | 284 | 288 | 269 | 254 | 283 | 391 |

Así, tanto en los casos de atenuación específica como genérica muy cualificada, el tipo básico (< 120.000 €), que contempla una pena privativa de libertad de 1 a 5 años, vería el marco penal, en caso de reducción en un grado, de 6 meses a 1 año menos un día; y, cuando fuere en dos grados, de 3 meses a 6 meses menos un día. Por su parte, sobre el tipo cualificado (> 600.000 €) con una pena privativa de libertad prevista de 2 a 6 años, en el primer tramo, quedaría en 1 a 2 años menos un día, o en el segundo, de 6 meses a 1 año menos un día. Fácilmente se advierte que, en todos los casos, ya sea en el tipo básico o agravado, la pena es inferior al límite máximo de dos años establecido por el art. 80 para la concesión de la suspensión de la ejecución de las penas de prisión. Tampoco impedirá la suspensión el que se hayan cometido varios delitos fiscales, ni siquiera reincidentemente, pues el apartado tercero prevé la posibilidad de conceder la suspensión incluso en los casos de reincidencia siempre que las penas no excedan individualmente de dos años; factor que se dará sin ningún obstáculo pues se reconocen tantas atenuantes como deudas tributarias reintegradas por ejercicio impositivo defraudado⁷⁴.

No obstante, hay que llamar la atención sobre el régimen específico de suspensión de penas previsto para los delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social. En efecto, el art. 308 bis añade, a las condiciones genéricas del art. 80, la necesidad de haber abonado la deuda tributaria o con la Seguridad Social, haber satisfecho la responsabilidad civil o, al menos, facilitado el decomiso. Esto que pudiera parecer una nueva obstaculización a la suspensión, no es más que una garantía que hace que solo el delincuente económico, el de gran poder adquisitivo, acceda a estas medidas de exención del cumplimiento efectivo de la pena. El apartado séptimo del art. 305 determina que la responsabilidad civil estará comprendida por el importe de la *deuda tributaria* y los *intereses de demora*. Es decir, la misma cantidad, a excepción de los intereses de demora, que es necesaria para el reconocimiento de las atenuantes muy cualificadas. Esto apunta a que aquel con poder adquisitivo para hacer frente a una reintegración no solo habrá recibido una atenuante muy cualificada, sino que además da por cumplidas las exigencias para la suspensión porque, en puridad, ya habrá “abonado la deuda tributaria” (*condición 1º del art. 308 bis 1*) y satisfecho la responsabilidad civil cuyo contenido comprende a aquella con la suma de los intereses de demora. La realidad dicta que todo el régimen del art. 308 bis se prevé en realidad para los autores de delito fiscal o de Seguridad Social que no han tenido capacidad económica suficiente para hacer frente a la devolución de las deudas tributarias y la responsabilidad civil, pero tienen la fortuna de ser condenados a

⁷² El art. 66. 2º del Código penal contempla la reducción en uno o dos grados en caso de que la atenuante genérica sea apreciada con carácter de “muy cualificada”.

⁷³ También ha sido observado por VIDALES RODRÍGUEZ, Catalina, “Derecho penal del amigo. Reflexiones críticas acerca de la reciente modificación de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social”, ob. cit., pág. 13; y CUENCA GARCÍA, María José, “La atenuante de reparación del daño como instrumento de la justicia restaurativa en la delincuencia socioeconómica”, en *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XI, 2020, pág. 975.

⁷⁴ La SAP de Barcelona, Sección 8ª, de 5 de julio de 2016, condena tres delitos contra la hacienda pública con reconocimiento de atenuantes de reparación del daño (Caso Messi); por su parte, la SAP de Madrid, Sección 17ª, 53/2019, de 22 de enero, condena por cuatro delitos contra la hacienda pública con reconocimiento de cuatro atenuantes de reparación del daño (Caso Cristiano Ronaldo).

una pena inferior a los dos años. De este modo, el legislador se garantiza el crédito tributario a través del control del compromiso de pago que pasa a ser el criterio determinante de la suspensión para los delincuentes no solventes: en definitiva, la garantía del crédito pasa a ser la amenaza constante de la revocación de la suspensión. Esto descompone la idea de DOPICO GÓMEZ-ALLER⁷⁵ cuando habla de la “monetización de la pena”, esto es, “la pena como precio asumible por el defraudador en el momento de cometer el delito”.

También resulta sumamente criticable el modo en que se ha introducido la figura del decomiso en estos delitos. En especial después de que la LO 1/2015 introdujera el delito fiscal entre aquellos sometidos a decomiso ampliado del art. 127 bis CP⁷⁶. No es infrecuente que los delitos fiscales vayan acompañados de otras conductas destinadas al lavado de esos fondos con depósito en paraísos fiscales. Pues bien, también se ha apreciado como atenuante de reparación del daño el que el autor del delito autorice a la autoridad extranjera correspondiente a la repatriación de esos activos —en algunas ocasiones, se ha reconocido simultáneamente y por el mismo hecho la atenuante analógica de colaboración con la justicia. Ejemplo de ello se encuentra en la Sentencia del Juzgado Central de lo Penal de 11 de junio de 2018, que sustanció la trama Gürtel valenciana, en la que se reconoce a uno de los condenados la atenuante de reparación del daño por “haber colaborado de manera activa y eficaz en la comisión rogatoria enviada a la autoridad Helvética para desbloquear la suma de 2.060.748 euros”. La Audiencia Nacional le hace merecedor de esta atenuante por la colaboración en la agilización de la repatriación de los activos depositados en dicho paraíso fiscal; activos que, reconoce la sentencia, se hubieran logrado repatriar de igual modo. Se ha repetido esta interpretación en la SAN, Sala de lo Penal, 20/2018, de 27 de mayo, en la que aprecia atenuante de reparación del daño a un conocido extesorero del Partido Popular por autorizar a las autoridades suizas la repatriación de los fondos allí depositados con origen en el fraude fiscal. No deja de ser llamativo que una operación que habría de ser objeto de decomiso se reintroduce en el ordenamiento jurídico por vía atenuativa. Pero este solapamiento en el binomio atenuación/decomiso no es fortuito, ni fruto de una errática interpretación de ambos institutos penales, sino que la evidente incapacidad institucional para localizar, incautar y recuperar activos procedentes de actividades económicas delictivas a través del decomiso se está tratando de solventar con la admisión de que sean los propios delincuentes quienes restituyan estas cantidades a cambio de una reducción en la pena lo suficientemente generosa como para esquivar su entrada en prisión o, al menos, reducir considerablemente su permanencia: aunque para ello haya que desnaturalizarse el Derecho en favor de sujetos poderosos y económicamente privilegiados.

El modo de aventajar a los grandes delincuentes económicos con este sistema de atenuaciones ha llevado a la doctrina⁷⁷ a reprochar el afán recaudatorio del legislador, que, sin atender a los aspectos lesivos de estas conductas, mercadean la impunidad a cambio de recuperar fondos que de otro modo no se están logrando incautar. Todo viene propiciado gracias a la ineficacia del decomiso y al poco éxito de la oficina de recuperación de activos, lo cual explicaría la recompensa penológica por la autorización a la repatriación de activos. A este respecto es un buen indicador la estadística aportada por la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos, creada por el Real Decreto 948/2015, de 23 de octubre, y que tiene la función de localizar y recuperar efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas, así como en colaboración con la Administración de Justicia para gestionar la ejecución de embargos y decomisos (art. 3). En lo que se refiere a delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social se señalan los expedientes tramitados en 2017 y 2018. En el primero, se tramitaron tan solo 5, de los cuales 3 eran de localización y 2 de gestión; en el segundo, se elevó la cifra a 13, de los que 9 eran de localización y 5 de gestión⁷⁸. Cada expediente corresponde a un procedimiento penal. Si se compara con el número de procedimientos con sentencia condenatoria por delitos contra la Hacienda Pú-

⁷⁵ Cfr., DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, “La superatenuación por «regularización tardía» y la compra de la impunidad. Motivos para una derogación”, ob. cit., pág. 57.

⁷⁶ En extenso, HAVA GARCÍA, Esther, “La nueva regulación del comiso”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, ed. Aranzadi, Navarra, 2015, págs. 214 y ss.

⁷⁷ Entre otros, TERRADILLOS BASOCO (*Aporofobia y plutofilia. La deriva jánica de la política criminal contemporánea*, ob. cit., pág. 148) y BUSTOS RUBIO (“Sobre la regularización en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social como ejemplo político-criminal del nuevo «Derecho penal del amigo»”, en AA.VV., *Propuestas penales: nuevos retos y modernas tecnologías*, Univ. De Salamanca, 2016, pág. 516). Sin embargo, otros autores como DOPICO GÓMEZ-ALLER, cuestionan esta afirmación desde que la atenuación también opera sobre la pena de multa y conlleva rebajas de hasta el 25% (“La superatenuación por «regularización tardía» y la compra de la impunidad. Motivos para una derogación”, ob. cit., pág. 59).

⁷⁸ Portal estadístico de la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos. Disponible en: <https://www.mjusticia.gob.es/es/areas-tematicas/oficina-recuperacionrecuperacion-gestion>

blica y la Seguridad Social señalado anteriormente, queda más que en tela de juicio la eficacia de estos procedimientos, salvo que se entienda que en ninguno de ellos ha resultado necesaria la intervención por pronto pago del encausado. Lo anterior, pone de manifiesto que, activos de dudosa procedencia, están reintegrándose por vía de regularizaciones y atenuaciones cuando habría que optar por reforzar las instituciones y mecanismos encargados de llevar a término eficiente el decomiso. Esta posición no es descabellada desde el momento en que la regulación del decomiso exige la acreditación de la procedencia lícita de ese patrimonio y, de lo contrario, declara procedente el expediente de incautación. No tiene, por tanto, ningún sentido que sin exigencia de licitud alguna se permita la devolución de ese patrimonio a cambio de la impunidad cuando, ciertamente, las cuotas tributarias eludidas habrían de ser decomisadas como objeto material de delito.

4. CONCLUSIÓN: ¿ES EL DERECHO PENAL TRIBUTARIO PLUTOFÍLICO?

La caracterización de la delincuencia económica, en la que los delitos fiscales no son sino una manifestación específica, como un fenómeno criminógeno con una elevada capacidad lesiva que trasciende de parámetros estrictamente cuantitativos —afecta a otras esferas supraindividuales o colectivas⁷⁹— lleva a rechazar cualquier interpretación de tipo patrimonialista. Es más, cabe rechazar cualquier interpretación destinada a excluir esos ámbitos de potencial afección de la valoración y enjuiciamiento PARde hechos.

Como FERNÁNDEZ TERUELO sostiene, no es que esas entidades colectivas no sean susceptibles de lesión, sino que el problema reside en la indefinición de esos intereses, es decir, en objetivar cuándo estos se han visto lesionados o puestos en peligro⁸⁰. Pero eso no les hace merecedores de una menor atención por los principios de ofensividad y proporcionalidad, pues son ellos los que dotan de funcionalidad a la regulación. Tampoco puede asumirse la reivindicación protectora de estos aspectos más abstractos al momento de la tipificación, sino que han de guiar el posterior enjuiciamiento de delitos que, en concreto, hayan generado lesión inmediata y mediata. Al menos así se exige desde un entendimiento no formalista del injusto que instituya, como señalan HORMAZÁBAL/BUSTOS RAMÍREZ⁸¹, al bien jurídico protegido como elemento esencial de la antijuricidad material y criterio rector de la legitimidad constitucional a cualquier intervención penal. En este sentido, la reforma de la LO 7/2012 ha incorporado una figura de regularización que niega toda importancia a la construcción del injusto y llega, incluso, a condicionar el resultado a una consumación provisional injustificada. Esto se debe sencillamente a que la regularización responde a medidas y objetivos de política fiscal, siendo la coyuntura económica la que modula el movimiento político-criminal en cada momento⁸², incluso pese al intento fracasado de bañar con abalorios dogmáticos esta decisión.

Similares críticas se pueden formular a la configuración de las atenuantes desde la lectura proporcionada por el bien jurídico protegido en el delito fiscal. La primera, *de lege ferenda*, dirigida a objetar el que se haya optado por configurar la atenuante específica con el carácter muy cualificado. Es cierto que, como se dijo, la atenuante de reparación del daño prevista en el art. 305.6 CP es potestativa, pero una vez corroborado por el juez o Tribunal que se cumplen los requisitos personales, temporales y materiales, habrá de moverse por el marco de reducción de uno a dos grados, cuando la razón político-criminal de dicha extensión no es otra que incentivar a los defraudadores a devolver las cuantías evadidas, aunque ello se deba premiar con la suspensión de las penas, es decir, con la práctica impunidad. Por las razones que a continuación se aducirán, hubiera resultado más coherente con una actividad criminal de este tipo la configuración como atenuante simple, que llevaría aparejada la pena mitad inferior.

⁷⁹ FERNÁNDEZ TERUELO diferente hasta tres niveles de dañosidad en la delincuencia económica: 1) daños patrimoniales o económicos, referido a los aspectos cuantificables; 2) daños indirectos, como la pérdida de inversión extranjera, de competitividad, retraimiento del mercado, etc.; 3) daños indirectos derivados de la delincuencia económica organizada, a otros bienes jurídicos como el medio ambiente (*Instituciones de Derecho penal económico y de la empresa*, ed. Thomson Reuters, Navarra, 2013, págs. 41-45).

⁸⁰ *Ibid.*, pág. 67

⁸¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J., HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, ed. Trotta, Madrid, 2006, pág. 182 y ss.

⁸² *Cfr.*, FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel, “Análisis normativo de la regularización penal tributaria como excusa absolutoria” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXXIII, 2020, pág. 606. También explica este autor cómo puede ser esta la razón por la que otros ordenamientos jurídicos, como el italiano, contempla la regularización exclusivamente como una atenuante, lo cual tiene pleno sentido cuando se conoce que pocas o casi ninguna regularización se produce si no es después de que el defraudador posea alguna información relativa a la posible/certera activación de la investigación.

En efecto, tanto legislativamente en sede de atenuante específica, como exegéticamente en la genérica, la atenuante simple responde más adecuadamente a los fines de protección de la norma y equilibra mejor la necesaria compensación entre el orden dañado y la extensión en la reparación. Antes de entrar a exponer las razones que invitan a sugerir esta propuesta —y que sería válida también para reivindicar que la regularización solo sea una atenuante—, hay que señalar cómo quedaría el marco punitivo de la mano de la atenuante simple. Así, el tipo básico, quedaría con una pena de 1 a 3 años menos un día, y el tipo agravado, con la pena de 2 a 4 años menos un día. De este modo, la simple regularización/reparación no aboca ya a la suspensión automática, sino que, de buscarla, el defraudador habrá de contribuir con algo más, ya sea en forma de confesión —incluso tardía— o de colaboración con la justicia, en cuyo caso podrá serle reconocida una segunda atenuante con lo que entonces accederá al régimen del art. 66. 2º CP que equipara las penas a las muy cualificadas.

Se ha visto cómo la reparación del daño contiene distintas formas extensivas en función de que esta sea total o parcial. Tanto es así que el art. 21.5 se refiere a la “reparación o disminución del daño”. Así se ha reconocido además por la jurisprudencia cuando en unas ocasiones ha apreciado una actividad de reparación como atenuante simple y otras como muy cualificada. No es difícil colegir que una “reparación” contiene una mayor restitución del orden jurídico perturbado que una “disminución”. Cuando el análisis de esta atenuante genérica se lleva al ámbito de la delincuencia económica aparece un obstáculo insalvable: la imposibilidad de cuantificar el daño total, al menos el producido sobre aquellas entidades colectivas y abstractas como el desarrollo económico y social, la libre competencia, la capacidad de inversión, etc., que no son menos importantes para la ciudadanía y la sostenibilidad del sistema. Es por ello que el mismo argumento por el que se defendía que no era posible exigir la lesión a esos ámbitos colectivos, al menos desde el punto de vista probatorio, es válido ahora para entender que ninguna actividad postdelictual destinada al resarcimiento puede subsanar los daños ya ocasionados a esas entidades y que, al tener que reducir la reparación a las porciones cuantificables —deuda tributaria—, las atenuantes de regularización/devolución solo podrían ser apreciadas en su forma simplificada. A la vista queda que el legislador no ha prestado atención a estos extremos a la hora de llevar al apartado sexto del art. 305 la atenuante específica: de ahí la necesidad de su reforma. Corresponde, por su parte, al juzgador trasladar estas aportaciones al ámbito de la interpretación en delincuencia socioeconómica o de empresa cuando se dispone a aplicar la atenuante genérica de reparación del daño.

La razón principal por la que se hacen estas propuestas no es otra que la de intentar revertir lo que hasta este momento es un derecho penal tributario plutofílico, o, mejor dicho, una estrategia político-criminal subyugada a la oportunidad económica a través de un sistema de excepciones a los principios generales articulada a favor de los grandes delincuentes económicos. Menos comprensible resulta cuando este beneficio ha procedido de la jurisprudencia.

BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, María, GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria, “Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social”, en TERRADILLOS BASOCO, Juan María (Coord.), *Lecciones y Materiales para el estudio del Derecho penal. Tomo VI. Parte especial. Derecho penal económico*, ed. Iustel, Madrid, 2016.

ALONSO ÁLAMO, Mercedes, “Derecho Penal mínimo de los bienes jurídicos colectivos. (Derecho Penal mínimo máximo)”, en *Revista Penal*, núm. 34, julio 2013.

ALONSO FERNÁNDEZ, José Antonio, *Las atenuantes de confesión de la infracción y reparación o disminución del daño. Interpretación jurisprudencial y doctrinal de las circunstancias 21.4 y 21.5 del Código Penal*, ed. Bosch, Barcelona, 1999.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “Los bienes jurídicos colectivos (Repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Código penal de 1932)”, en *Revista de Control social y sistema penal*, PPU, Barcelona, 1987.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan J., HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, ed. Trotta, Madrid, 2006.

BUSTOS RUBIO, Miguel, “Sobre la regularización en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social como ejemplo político-criminal del nuevo «Derecho penal del amigo»”, en AA.VV., *Propuestas penales: nuevos retos y modernas tecnologías*, Univ. De Salamanca, 2016.

- “Aporofobia institucionalizada: el Código penal como herramienta”, en PÉREZ ADROHER, Ana, HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Eva (ed.), *Derechos Humanos ante los nuevos desafíos de la globalización*, ed. Dykinson, Madrid, 2020.

CUENCA GARCÍA, María José, “La atenuante de reparación del daño como instrumento de la justicia restaurativa en la delincuencia socioeconómica”, en *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XI, 2020.

DE LA HERRÁN RUIZ-MATEOS, Sergio, “Aspectos técnicos de la atenuante de reparación del daño en los delitos económicos o de cuello blanco”, en *Revista Penal*, núm. 45, 2020.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., “Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social”, en DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, NIETO MARTÍN, Adán, *Derecho penal económico y de la empresa*, ed. Dykinson, Madrid, 2018, pág. 546; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, “La superatenuación por «regularización tardía» y la compra de la impunidad. Motivos para una derogación”, en DEMETRIO CRESPO, Eduardo, SANZ DÍAZ-PALACIOS, José Alberto, *El delito fiscal. Aspectos penales y tributarios*, ed. Atelier, Barcelona, 2019.

FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel, “Análisis normativo de la regularización penal tributaria como excusa absolutoria” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXXIII, 2020.

FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, *Instituciones de Derecho penal económico y de la empresa*, ed. Thomson Reuters, Navarra, 2013.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, “El bien jurídico protegido en los delitos tributarios”, en *Revista Justica e Sistema Criminal*, vol. 6, núm. 11, 2014.

- “Naturaleza jurídica y extensión del régimen de cuantías en Derecho Penal Tributario”, en DEMETRIO CRESPO, Eduardo, SANZ DÍAZ-PALACIOS, José Alberto, *El delito fiscal. Aspectos penales y tributarios*, ed. Atelier, Barcelona, 2019.

GARCÍA DÍEZ, Claudio, “La prueba en el delito fiscal”, en DEMETRIO CRESPO, Eduardo, SANZ DÍAZ-PALACIOS, José Alberto, *El delito fiscal. Aspectos penales y tributarios*, ed. Atelier, Barcelona, 2019.

HAVA GARCÍA, Esther, “La nueva regulación del comiso”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, ed. Aranzadi, Navarra, 2015.

IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel, *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria (Un análisis de la autodenuncia. Art. 305-4 CP)*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

- “Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social”, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, DOPICO GÓMEZ-ALLER, Dopico, (Coords.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

MORALES PRATS, Fermín, “Título XIV. De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social”. en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), MORALES PRATS, Fermín (Coord.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, ed. Aranzadi, Navarra, 2016.

- “Delito de defraudación tributaria y blanqueo de capitales. Reflexiones en supuestos de regularización tributaria con efectos penales”, en DE LA CUESTA AGUADO, Paz M., RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón, ACALE SÁNCHEZ, María, HAVA GARCÍA, Esther, RODRÍGUEZ MESA, M^a. José, GÓNZALEZ AGUDELO, Gloria, MEINI MÉNDEZ, Iván, RÍOS CORBACHO, José M., *Liber Amicorum. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr. H.c. Juan M^a. Terradillos Basoco*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

MORILLAS CUEVAS, Lorenzo, «Delitos contra la Hacienda pública y contra la Seguridad Social», en MORILLAS CUEVAS, Lorenzo (Dir.), *Sistema penal de Derecho penal. Parte especial*, ed. Dykinson, Madrid, 2020.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

ORTS BERENGUER, Enrique, GONZÁLEZ CUSSAC, José L., *Compendio de Derecho Penal. Parte general*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

PÉREZ ROYO, Fernando, CARRASCO GONZÁLEZ, Francisco. M., *Derecho Financiero y Tributario. Parte general.*, ed. Civitas, Navarra, 2018.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “El castigo de la delincuencia económica y el riesgo de derecho penal

de autor”, en DE LA CUESTA AGUADO, Paz M., RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón, ACALE SÁNCHEZ, María, HAVA GARCÍA, Esther, RODRÍGUEZ MESA, M^a. José, GÓNZALEZ AGUDELO, Gloria, MEINI MÉNDEZ, Iván, RÍOS CORBACHO, José M., *Liber Amicorum. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. h. c. Juan M.^a Terradillos Basoco*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

ROXIN, Claus, “La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones”, en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, Jornadas sobre la Reforma del Derecho Penal en Alemania, Madrid, 1991.

SÁNCHEZ BENÍTEZ, Cristian, “Aporofobia y Derecho penal: el delito de hurto y la circunstancia agravante”, en *Revista Sistema Penal Crítico*, 2020, núm. 1.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “Las inveracidades de los particulares ante el derecho penal”, en SALVADOR CODERECH, Pablo, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Simulación y deberes de veracidad y autonomía privada: derecho civil y derecho penal: dos estudios de dogmática jurídica*, ed. Civitas, Madrid, 1999.

TERRADILLOS BASOCO, Juan María, BOZA MARTÍNEZ, Diego, *El derecho penal aplicable a las relaciones laborales*, ed. Bomarzo, Albacete, 2017.

TERRADILLOS BASOCO, Juan María, *Derecho penal de la empresa*, ed. Trotta, Madrid, 1995.

- “Conflictos ideológicos y Derecho penal”, en RUIZ RODRÍGUEZ, L.R., GONZÁLEZ AGUDELO, G., *Transiciones de la política penal ante la violencia. Realidades y respuestas específicas para Iberoamérica*, ed. Jurídica Continental, Costa Rica, 2018.
- “Un sistema penal para la aporofobia”, en PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando (Dir.), *Un juez para la democracia. Libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*, ed. Dykinson, Madrid, 2019
- “Política criminal de exclusión: aporofobia y plutofilia”, en *Revista Penal*, núm. 46, Julio 2020.
- *Aporofobia y plutofilia. La deriva jánica de la política criminal contemporánea*, ed. Bosch, Barcelona, 2020.
- “Mito igualitario frente a la plutofilia penal”, en *Revista de Jueces para la democracia: información y debate*, 99, 2020.

VIDALES RODRÍGUEZ, Catalina, “Derecho penal del amigo. Reflexiones críticas acerca de la reciente modificación de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 32, 2013.

Revista SISTEMA PENAL CRÍTICO

EL CONTROL PENAL DE LA INMIGRACIÓN IRREGULAR A TRAVÉS DEL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE INMIGRANTES¹

THE CRIMINAL CONTROL OF IRREGULAR IMMIGRATION THROUGH THE CRIME OF SMUGGLING OF IMMIGRANTS

Manuel Cabezas Vicente

Doctorando en Derecho Penal y política criminal por la Universidad de Salamanca

¹ El presente trabajo ha sido elaborado en el marco del Congreso Internacional “Aporofobia y Derecho Penal en el Estado Social” celebrado en la Universidad de Deusto los días 20, 21 y 22 de abril como parte del proyecto I+D+I «Hacia un modelo de justicia social: alternativas político-criminales» (Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades del Gobierno de España, ref. RTI2018-095155-A-C22, perteneciente al proyecto coordinado «Aporofobia y Derecho penal», ref. RTI2018-095155-B-C21). Trabajo desarrollado en el marco del proyecto de investigación “Diagnóstico y evaluación del cumplimiento por el estado español del Pacto Mundial de Migraciones desde la perspectiva de género (Migration Pact)”, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades para los años 2020-2023 (Ref.: PID2019-106159RB-100). IIPP: Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca) y María Concepción Gorjón Barranco (Universidad de Salamanca).

RESUMEN:

En la actual coyuntura social y económica, Europa ha pasado de ser un continente de origen migratorio a un continente de destino de gran cantidad de personas que buscan mejorar sus condiciones económicas, laborales o políticas. Sin embargo, siguiendo sus propios intereses, las instituciones y Estados miembros de la Unión Europea han fomentado políticas tendentes al cierre fronterizo, lo que es aprovechado por diferentes redes de tráfico de migrantes para ofrecer el traslado irregular y clandestino hacia dentro de la Unión. El presente artículo aborda un estudio de las redes de tráfico de inmigrantes, sintetizando una serie de características y patrones comunes a todas ellas, con especial hincapié en las rutas de tráfico del Mediterráneo. Asimismo, se analizan tanto los marcos legislativos de Naciones Unidas y la Unión Europea, como la implementación por parte de los diferentes Estados miembros de esta última. Igualmente, se examina en particular la legislación española y su interpretación jurisprudencial, destacando los puntos débiles, deficiencias y lagunas jurídicas. Finalmente, sobre la base de las características del tráfico y las deficiencias legislativas, se realiza una propuesta *de lege ferenda* que centra su protección sobre los derechos de los inmigrantes, invirtiendo la condición del inmigrante como objeto material para pasar a concebirse como víctima del delito.

ABSTRACT:

In the current social and economic situation, Europe has gone from being a continent of migratory departure to a continent of destination for a large number of people seeking to improve their economic, labour or political conditions. However, following their own interests, the institutions and Member States of the European Union have promoted policies focused on the closure of borders, which are used by different migrant smuggling networks to offer irregular and clandestine movement towards the Union. The present article carries out a study of the immigrant smuggling networks, synthesizing a series of characteristics and patterns common to all of them, with special emphasis on the Mediterranean smuggling routes. Likewise, the legislative frameworks of the United Nations and the European Union are analysed, as well as the implementation by the different Member States of the last one. In addition to this, Spanish legislation and its jurisprudential interpretation are also particularly examined, highlighting their weaknesses, deficiencies and legal gaps. Finally, based on the characteristics of smuggling and its legislative deficiencies, a proposal of *lege ferenda* that focuses its protection of the rights of immigrants is done by reversing the status of the immigrant as a material object to pass to conceived him as a victim of crime.

PALABRAS CLAVE:

Tráfico de inmigrantes, Derecho Penal, política criminal, Unión Europea, inmigración.

KEYWORDS:

Smuggling of migrants, Criminal Law, criminal policy, European Union, immigration.

SUMARIO:

1. Globalización y migraciones. 2. El tráfico ilícito de inmigrantes. 2.1. Características comunes de las redes de tráfico de inmigrantes. 3. Derecho internacional y comunitario frente al tráfico ilícito de inmigrantes. 3.1. Regulaciones de Naciones Unidas y la Unión Europea. 3.2. Derecho comparado en la Unión Europea. 4. El tráfico ilícito de inmigrantes en el derecho español. 4.1. Análisis del artículo 318.bis del Código Penal. 4.1.1. Bien jurídico protegido. 4.1.2. Conductas penadas y causa específica de exclusión. 4.1.3. Relaciones entre el Código Penal y la Ley de Extranjería. 4.2. El artículo 318.bis del Código Penal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español. 5. Conclusiones y propuesta de *lege ferenda*.

1. GLOBALIZACIÓN Y MIGRACIONES

Las migraciones siempre han estado presentes a lo largo de la historia. Los ciudadanos europeos, aprovechando los asentamientos coloniales y el desarrollo de los medios de transporte, formaron parte de las migraciones masivas hacia América durante la segunda mitad del siglo XIX. En sentido opuesto, Europa en su conjunto se beneficiaría de la mano de obra migrante para la reconstrucción de un continente devastado tras la Segunda Guerra Mundial.

En la actualidad, debido a la influencia del proceso de globalización y al desarrollo del capitalismo y del libre mercado, gran parte de la población mundial ha quedado excluida del sistema. Por ello, el sistema se estructura sobre lo que HIDALGO-CAPITÁN denomina un *apartheid* global, “en el que los sistemas económicos desarrollados se han convertido en sistemas económicos ciudadelas y los sistemas económicos subdesarrollados se han convertido en sistemas económicos guetos”². Según los datos ofrecidos por el *Credit Suisse Research Institute* en el *Global Wealth Report* de 2020, África y Latinoamérica tan solo acumulan el 1,2 y 3,6% de la riqueza mundial respectivamente, mientras que Norteamérica (31,1%), Europa (23,6%) y China (19,5%) dominan prácticamente el 75% de la riqueza global³. Esta dominación económica —pero también política y cultural— mediática⁴ —por parte de los Estados del Norte sobre los del Sur será uno de los principales desencadenantes de las masivas migraciones desde los países del Sur hacia el Norte, cuyos factores que las promueven suelen estudiarse bajo el marco “atracción-repulsión” o factores “*push & pull*”.

Por un lado, los factores de expulsión —*push*— de los países de origen tienen que ver con “la brecha que separa las estructuras demográficas y económicas entre el Norte y el Sur, la cual cada vez se hace más amplia”, en un ambiente de expansión global del capitalismo. Además, las grandes multinacionales penetran en las regiones periféricas en busca “de tierras, materias primas, recursos naturales o mano de obra barata, mientras que al mismo tiempo regiones enteras quedan desconectadas de los circuitos mundiales”⁵. Así, se da lugar a situaciones de precariedad económica, conflictos armados, inestabilidad política, catástrofes naturales o daños derivados del cambio climático que conforman diversos e interconectados factores de expulsión.

Por otro lado, los factores de atracción —*pull*— son aquellos relativos a las expectativas que los migrantes tienen acerca de nuevas oportunidades en los países de destino (erróneas en numerosas ocasiones, pues los familiares, medios de comunicación y otros emigrados tienden a mostrar las ventajas de las migraciones, pero no las penurias y fracasos), tales como oportunidades laborales, estabilidad política y mejores condiciones económicas y/o sociales⁶. A la vez, los países de la Unión Europea (UE) se han hecho dependientes de la mano de obra extranjera, la cual es cada vez más necesaria, aun en condiciones de desempleo, “no sólo para cubrir puestos de trabajo de los que huyen trabajadores nacionales, sino también para mantener y garantizar un sistema de bienestar como el de la Unión Europea”⁷⁻⁸.

De este modo, en la actualidad Europa destaca como un continente de destino migratorio (si bien la inmensa mayoría de migrantes suelen desplazarse o bien internamente, o bien a países limítrofes). España, dadas sus características geográficas (con frontera terrestre con Marruecos en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla —además del Peñón de Vélez— y marítima, a través del Estrecho de Gibraltar con escasos 14,4 kilómetros y de las islas Canarias), junto con el resto de los países del sur y este de Europa, se configura como una de las principales puertas de entrada al continente europeo. Y es que Europa se consolida —junto con Asia— como

² HIDALGO-CAPITÁN, Antonio Luis. El *apartheid* global. Desarrollo y subdesarrollo tras la globalización. En: *Revista de Ciencias Sociales*. Vol. XVIII, núm. 2, 2012, p. 217.

³ CREDIT SUISSE RESEARCH INSTITUTE. *Global Wealth Report 2020*. Zúrich: Credit Suisse Research Institute, 2020.

⁴ SANZ MULAS, Nieves. *Política Criminal*. 3ª Ed. Salamanca: Ratio Legis, 2019, p. 223

⁵ MICOLTA LEÓN, Amparo. Teorías y conceptos asociados al estudio de las migraciones internacionales. En: *Revista de Trabajo Social de la Universidad Nacional de Colombia*. Núm. 5, 2005, p. 73.

⁶ SANZ MULAS, Nieves. *Política Criminal*. *Op. cit.*, p. 235.

⁷ MICOLTA LEÓN, Amparo. Teorías y conceptos... *Op. cit.*, pp. 73-74.

⁸ Así lo muestra también el Informe 2/2019 del Consejo Económico y Social, afirmando expresamente que “la inmigración contribuye al crecimiento económico”, su impacto fiscal es “netamente positivo” y su papel resulta clave “para la sostenibilidad financiera de la Seguridad Social”. En: CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. *Informe 2/2019. La inmigración en España: efectos y oportunidades*. Madrid: Consejo Económico y Social, 2020, p. 189 y ss.

el principal continente de destino de la inmigración transnacional, acogiendo aproximadamente 82 y 84 millones de migrantes internacionales respectivamente, esto es, el 61% del total de las migraciones. A continuación, se sitúa América del Norte, con 59 millones, equivalente al 22% del total, seguida de África con el 10%, América Latina y el Caribe con el 4% cada una y Oceanía con el 3%⁹. Así mismo, la población inmigrante en Europa ha experimentado un crecimiento considerable en los últimos treinta años, aumentando de 48 millones en 1990 a los 82 millones del pasado 2019, de los cuales casi 43 millones se corresponden a migrantes nacidos en Europa y 39 millones a inmigrantes no europeos.

Por su parte, los intentos de cruce ilegal de fronteras hacia dentro de Europa detectados por FRONTEX han decaído en los últimos años, tras alcanzar su punto álgido en 2015 debido a la crisis de refugiados sirios. Sin embargo, esta tendencia no se observa en Estados como Grecia o España, donde han aumentado los cruces ilegales a través de las rutas del Mediterráneo Oriental y Occidental¹⁰. De este modo, el Mediterráneo se ha convertido en el área más mortífera del mundo por causas de migración, condensando el pasado 2019 el 36% del total, que llegaron hasta el 64% de los fallecidos por migraciones en el año 2016¹¹.

2. EL TRÁFICO ILÍCITO DE INMIGRANTES

Ante este fenómeno, los Estados desarrollados responden cerrando sus fronteras e implementando severas políticas legislativas tendentes al control de los flujos migratorios, amparándose en la supuesta lucha contra las redes de tráfico de migrantes para castigar al inmigrante irregular, convirtiendo al migrante pobre en el nuevo enemigo del sistema. En este sentido, ZAFFARONI señala que “la población tiene nuevos candidatos a enemigos, que son los inmigrantes que compiten por los mismos espacios de vivienda, de servicios sanitarios, de transporte, de asistencia social y educativos que usan las capas inferiores de la población establecida”¹². Además, las políticas fronterizas europeas responden a una visión utilitarista del inmigrante, abriendo fronteras cuando resulta necesaria mano de obra y cerrándolas en el momento en que se considera un problema. De este modo, se abrirán y cerrarán fronteras, así como se ofrecerán amplios o restrictivos derechos, en base a un análisis conforme a la dualidad coste-beneficio, que deja de lado cualquier debate relativo a la Dignidad de las personas migrantes¹³.

Las políticas fronterizas restrictivas, que han derivado en la construcción de la “Europa fortaleza”, obligan a los migrantes a buscar canales de entrada clandestinos y a depender de redes de tráfico que, en numerosas ocasiones, aumentan la vulnerabilidad de los migrantes, expuestos a traslados en condiciones inhumanas, que pueden acarrear graves lesiones e incluso su muerte. Como destacaron en un informe conjunto EUROPOL e INTERPOL, se estima que “más del 90% de los inmigrantes que llegan a la Unión Europea lo hacen empleando los servicios de traficantes”, incidiendo en que “se espera que estos números aumenten en el futuro en respuesta a las medidas de control tomadas por los países a lo largo de las rutas migratorias”¹⁴.

2.1 CARACTERÍSTICAS COMUNES DE LAS REDES DE TRÁFICO DE INMIGRANTES

A partir del examen de algunos de los principales estudios criminológicos sobre tráfico ilícito de inmigrantes, centrandó la atención especialmente en aquellos que toman como objeto de referencia a los propios traficantes, se extraen una serie de conclusiones, tales como:

⁹ OIM. *Informe sobre las migraciones en el mundo 2020*. Ginebra: OIM, 2020, p. 26.

¹⁰ FRONTEX. *Risk Analysis for 2020*. Varsovia: Frontex, 2020, p.61.

¹¹ UNODC. *Global Study on Smuggling of Migrants 2018*. Nueva York: United Nations publication, sales num. E.18.IV.9, 2018, p. 9.

¹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 54.

¹³ A modo de ejemplo, en plena crisis provocada por la COVID-19, el sector agrícola español no encontraba mano de obra para la recogida de fruta de hueso. Para paliar el problema, el Gobierno aprobó un Real Decreto para conceder un nuevo permiso de trabajo y residencia al elevado número de migrantes que ya trabajaban en las tareas del campo. Ello muestra, nuevamente, la disposición de los Estados a conceder permisos a los migrantes bajo una óptica utilitarista, además de observarse la dependencia del Estado español de la mano de obra extranjera. Véase: VILLAÉCIJA, Raquel (26 de mayo de 2020). El Gobierno premia a los temporeros del Covid con un permiso de trabajo y residencia de dos años. *El Mundo*.

Recuperado de: <https://www.elmundo.es/economia/macroeconomia/2020/05/26/5ecd6dc721efa07a288b45a0.html>

¹⁴ EUROPOL; INTERPOL. *Migrant Smuggling Networks. Executive summary*. La Haya: Europol, 2016, p. 3 y ss.

a) Reglas de la oferta y la demanda. Se trata de un negocio altamente lucrativo, regido por la necesidad de satisfacer la demanda total de migración regular y los costes de ésta, resultando especialmente alta en el caso de los refugiados, quienes, por falta de otros medios, necesitan de sus servicios para escapar de sus países de origen¹⁵. Por otro lado, la oferta de traslado de los traficantes se basa en un reclutamiento proactivo y desinformado para conseguir el mayor número de migrantes posible¹⁶.

b) Facilidad de adaptación a los cambios de ruta. Existe una gran facilidad de adaptación de los traficantes a los cambios de ruta, sufriendo alteraciones vertiginosas las entradas a través de las principales vías de migración hacia Europa, aumentando y disminuyendo sus números en breves periodos de tiempo¹⁷⁻¹⁸ (véase Gráfico 1). Según un estudio de la UNODC, “la geografía, el control de fronteras, la política de migración en los países de destino, las conexiones de traficantes entre países y el coste del paquete ofrecido por los traficantes se encuentran entre los factores clave que determinan las rutas y los métodos de viaje”¹⁹.

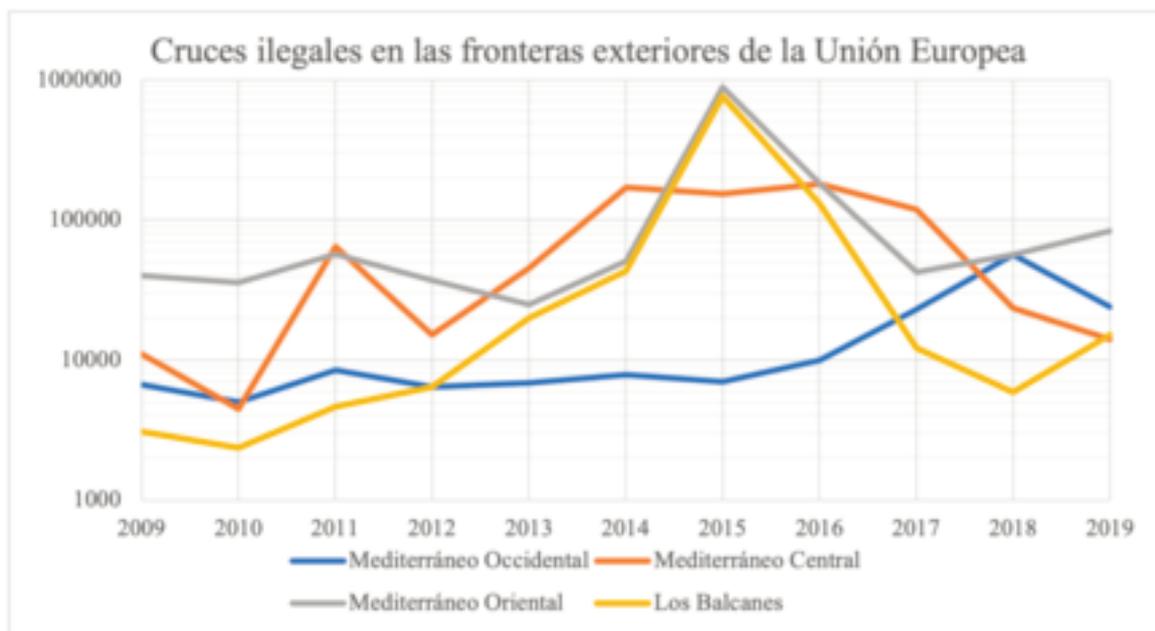


Gráfico 1. Cruces ilegales en las fronteras exteriores de la UE y del espacio *Schengen* (datos extraídos de los anuarios estadísticos de FRONTEX) (2009-2019). *ELABORACIÓN PROPIA*.

c) Ausencia de grandes monopolios. Los cambios de ruta repentinos muestran la flexibilidad del mercado, pues en una situación de monopolio resultaría imposible responder con tanta rapidez a las variables demandas del mercado. Tan solo sería factible atender a dicha demanda si muchos individuos o grupos pequeños independientes pudiesen salir y entrar rápidamente del mercado²⁰. De ello se desprende que existen unas bajas barreras de entrada al mercado, pues no se requieren habilidades especiales ni altos costes o inversiones, conformándose por actores en gran medida independientes, con jerarquías localizadas y rudimentarias y cierta división del trabajo²¹ (si bien en los últimos años las redes más sofisticadas están dominando el mercado en

¹⁵ UNODC. *Global Study on Smuggling of Migrants 2018*. *Op. cit.*, p. 6.

¹⁶ *Ibidem*, p. 43.

¹⁷ SERRANO MAÍLLO, Alfonso. Limitaciones del enfoque del modelo organizado de delincuencia para el estudio de la inmigración ilegal. En: GALAN MUÑOZ, Alfonso (Dir.); MENDOZA CALDERÓN, Silvia (Dir.). *Globalización y lucha contra las nuevas formas de criminalidad transnacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 227.

¹⁸ Cabe precisar que los datos sobre inmigración ilegal de los Balcanes deben tratarse con cierta cautela, pues en numerosas ocasiones conducen a un doble conteo, ya que “son en gran medida un subconjunto de los cruces fronterizos ilegales italianos y griegos”. En: CAMPANA, Paolo. The market for human smuggling into Europe: a macro perspective. En: *Policing: A Journal of Policy and Practice*. Vol. 11, num. 4, 2017, pp. 449-450.

¹⁹ UNODC. *Global Study on Smuggling of Migrants 2018*. *Op. cit.*, p. 6.

²⁰ SERRANO MAÍLLO, Alfonso. Limitaciones del enfoque... *Op. cit.*, p. 227.

²¹ CAMPANA, Paolo. Out of Africa: the organization of migrant smuggling across the Mediterranean. En: *European Journal of Criminology*. Vol. 15, num. 4, 2018, p. 496.

aquellas regiones donde las estrategias legales contra el tráfico de inmigrantes son particularmente sólidas, controlando todas las fases del proceso de tráfico: movilización, transporte e inserción²²).

d) Conexión étnica, lingüística y/o geográfica entre traficantes y migrantes. Suele existir un lazo étnico, lingüístico o conexión geográfica entre los traficantes y los inmigrantes, especialmente en el tráfico a menor escala. Un hecho significativo es que gran parte de los traficantes han sido traficados en el pasado²³, dedicándose posteriormente al tráfico como forma de negocio, pero también bajo una visión altruista de ayuda a su comunidad (en numerosas ocasiones son introducidos en el tráfico por sus propios familiares)²⁴. En este sentido, debido a la falta de información y la necesidad apremiante de desplazarse en la mayoría de las ocasiones, la elección del traficante suele basarse en la confianza de la opinión de sus comunidades, parientes, amigos y redes sociales, ayudando, a todo ello, el hecho de poseer un nexo común con el traficante²⁵. Por su parte, en la fase de traslado resulta indispensable el dominio del territorio y conocer los mejores lugares y métodos para conseguir llegar al lugar de destino.

e) Variedad de formas de tráfico. Cada vez aumenta más la variedad de formas de tráfico, desde falsificaciones documentales (incluidas las falsificaciones en los procedimientos de asilo), el fraude matrimonial, el uso de visas de turista, estudiante o académico, las invitaciones de negocios, a traslados en coches o barcos de goma y botes pesca²⁶, donde los migrantes suelen viajar hacinados, con equipos salvavidas muy básicos y sin combustible necesario para llegar a Europa. Además, se ha generalizado la entrada en Europa sin la presencia del traficante, quienes manejan los negocios desde el último país de partida hacia la Unión Europea para evitar ser atrapados por las autoridades europeas. En estos casos, los traficantes escoltan el barco durante la primera parte del trayecto marítimo, dejando a los migrantes solos para navegar hacia la Unión, asignando las tareas de piloto a uno de los pasajeros²⁷.

f) Mayor impacto sobre los colectivos vulnerables. Todas las instancias internacionales detectan que los migrantes más vulnerables (entre los que se incluyen mujeres y menores) representan cada vez una proporción mayor de los inmigrantes traficados en el mundo, aumentando, de manera espectacular, la relación de menores no acompañados²⁸. Según FRONTEX, en 2018 trataron de entrar ilegalmente al territorio de la Unión 30.948 menores, de los cuales 26.430 no se encontraban acompañados (un 85% del total) y 3.753 sí, no disponiendo de información de los 765 casos restantes²⁹. Estos menores, en gran cantidad de ocasiones, son enviados por sus padres solos, o con adultos con los que no están relacionados, para que la familia pueda aprovechar más adelante los planes de reunificación³⁰.

Los riesgos que corren los migrantes causan cada año miles de muertes, originadas tanto por los peligros sobreenvidados por las condiciones del tráfico, como aquellos derivados de la situación de superioridad de los traficantes. En base al estudio de la UNODC, el 58% de las muertes de migrantes traficados se produjeron por ahogamiento en aguas marítimas, el 19% por condiciones extremas y enfermedades, el 8% por accidentes de

²² CAMPANA, Paolo. The market for human... *Op. cit.*, p. 453.

²³ KLEEMANS, Edward R.; SMIT, Monika. Human smuggling, human trafficking and exploitation in the sex industry. En: PAOLI, Letizia (Ed.). *Oxford Handbook of Organized Crime*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 383.

²⁴ “Muchas comunidades de migrantes no consideran el contrabando de inmigrantes ilegales como un delito grave. Por el contrario, los contrabandistas son vistos como proveedores de servicios, ofreciendo la oportunidad de encontrar un futuro mejor en otros lugares. Por lo tanto, la razón fundamental detrás del tráfico de personas es el esfuerzo combinado de los inmigrantes, su entorno social y los contrabandistas para eludir las leyes de inmigración”. *Ibidem*, p. 382.

²⁵ UNODC. *Global Study on Smuggling of Migrants 2018*. *Op. cit.* p. 6.

²⁶ Además, según Europol, en 2019 hubo un aumento de tráfico de inmigrantes en motos de agua y lanchas rápidas, habitualmente empleadas para el tráfico de drogas. En: FRONTEX. *Risk Analysis for 2020*. *Op. cit.*, p. 26.

²⁷ *Ibidem*, p. 22.

²⁸ UNODC. *Global Study on Smuggling of Migrants 2018*. *Op. cit.*, pp. 8-9.

²⁹ FRONTEX. *Risk Analysis for 2020*. *Op. cit.*, p. 59.

A pesar de contar con las cifras de menores detectados en 2019, se han empleado las estadísticas de 2018, porque aún falta por determinar el estado del 72% los menores en 2019 (acompañados o no acompañados).

³⁰ ANGELI, Danai; TRIANDAFYLLIDOU, Anna. Europe. En: MCAULIFFE, Marie (Ed.); LACZKO, Frank (Ed.). *Migrant Smuggling Data and Research: A global review of the emerging evidence base. Volume 1*. Ginebra: OIM, 2016, p. 125.

vehículo y el 6% fueron homicidios (reportados en la mayoría de las rutas de tráfico)³¹. El pasado 2019 pereció en el Mediterráneo el 36% del total de migrantes fallecidos en el mundo, llegando a condensar en 2016 el 64% mundial.

Más allá de las muertes, los migrantes son vulnerables a otras formas de delincuencia. Según la UNODC, son reportados con frecuencia, en todas las rutas de tráfico, casos de violencia, violación, robo, secuestro, extorsión y trata de personas³². E igualmente, el desabastecimiento de comida y bebida, y el estado de los vehículos, puede dar lugar a enfermedades y lesiones en el camino que no pueden recibir atención médica³³. En último lugar, debe recalarse que, si el migrante no puede hacer frente al pago comprometido, debido a que el precio del trayecto se ve incrementado por un cambio sobrevenido en la ruta empleada o por otras razones, el tráfico puede derivar en una relación posterior de dependencia del inmigrante con respecto del traficante, difuminándose las barreras entre lo que inicialmente constituía un tráfico de inmigrantes y la final trata de seres humanos.

3. DERECHO INTERNACIONAL Y COMUNITARIO FRENTE AL TRÁFICO ILÍCITO DE INMIGRANTES

3.1 REGULACIONES DE NACIONES UNIDAS Y LA UNIÓN EUROPEA

Desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, pasando por la Convención sobre la esclavitud de 1926 (adoptada en 1956) o Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena de 1949, además de otros convenios sobre los derechos de los migrantes³⁴, siempre que Naciones Unidas ha abordado el fenómeno migratorio se ha preocupado por la integración social de los inmigrantes y el reconocimiento y respeto de sus derechos³⁵.

El vínculo entre inmigración irregular y tráfico de inmigrantes como negocio se estableció a mediados de la década de los 90, pues hasta entonces no solamente no era castigado como delito importante, sino que tenía una connotación positiva, derivada del valeroso tráfico de judíos para escapar de la represión nazi durante el Tercer Reich³⁶. Así, y aunque en los artículos 68 y 69 de la Convención de 1990 ya se recogía la prevención y lucha contra la inmigración clandestina y el empleo ilegal, no fue hasta la Resolución 48/102, sobre prevención del tráfico de indocumentados, adoptada por la Asamblea General el 20 de diciembre de 1993, en que se instó a los Estados a tipificar penalmente el tipo de tráfico y a proporcionar un trato humanitario a los migrantes con plena protección de sus derechos³⁷. Pero, sin duda, el principal instrumento internacional y actual marco de referencia sobre tráfico de inmigrantes es el Protocolo contra el tráfico ilícito de inmigrantes por tierra, mar y aire, que complementa a la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, adoptados en Palermo en el año 2000.

³¹ UNODC. *Global Study on Smuggling of Migrants 2018*. *Op. cit.*, p. 39.

³² Aunque la mayoría de los estudios coinciden en que las redes de tráfico no suelen estar involucradas en otras formas de delincuencia organizada transnacional ni formar parte de mafias, EUROPOL e INTERPOL han revelado cuatro enlaces entre el tráfico de inmigrantes y otros delitos. Así, según su Resumen Ejecutivo, el 22% del total de los traficantes estaban vinculados al tráfico de drogas, el 20% a la trata de seres humanos, el 20% a delitos contra la propiedad y el 18% a falsificaciones documentales. En: EUROPOL; INTERPOL. *Migrant Smuggling Networks...* *Op. cit.*, p. 9.

³³ UNODC. *Global Study on Smuggling of Migrants 2018*. *Op. cit.*, p. 9.

³⁴ Como los diversos Convenios de la OIT, la Declaración sobre los Derechos Humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 1985, la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 1990 o la Resolución 54/138, sobre violencia contra las trabajadoras migratorias, adoptada por la Asamblea General el 10 de febrero del 2000, la cual atendía a la especial vulnerabilidad de las mujeres migrantes a ser víctimas de abuso y explotación.

³⁵ PÉREZ ALONSO, Esteban. *Tráfico de personas e inmigración clandestina (un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 104.

³⁶ ANGELI, Danai; TRIANDAFYLIDOU, Anna. Europe. En: MCAULIFFE, Marie (Ed.); LACZKO, Frank (Ed.). *Migrant Smuggling Data...* *Op. Cit.*, p. 105.

³⁷ PÉREZ ALONSO, Esteban. Regulación internacional y europea sobre el tráfico ilegal de personas. En: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Dir.); PÉREZ ALONSO, Esteban (Coord.). *El Derecho Penal ante el fenómeno de la inmigración*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, pp. 40-41.

Entrando en el contenido del Protocolo, su artículo segundo destaca su finalidad de “prevenir y combatir el tráfico ilícito de inmigrantes, así como de promover la cooperación entre los Estados parte con ese fin, protegiendo al mismo tiempo los derechos de los migrantes objeto de dicho tráfico”³⁸. El ámbito de aplicación del Protocolo se extiende a los delitos tipificados en su artículo 6 siempre que sean “de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado”³⁹. Por consiguiente, cada Estado parte deberá adoptar las medidas legislativas para tipificar como delito aquellas conductas de tráfico ilícito de inmigrantes que se comentan con el ánimo de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico o de otro orden material, además de las conductas de falsificación de documentos de viaje o identidad, así como su facilitación, suministro o posesión, siempre que se cometan con la finalidad de posibilitar el tráfico ilícito o habilitar a la persona para permanecer en un Estado sin cumplir los requisitos legales para ello. Además, se contemplan como circunstancias agravantes las conductas que pongan en peligro la vida o seguridad de los migrantes y aquellas que den lugar a un trato inhumano o degradante de éstos, especialmente con el propósito de explotación. En último lugar, se excluye la responsabilidad penal de los inmigrantes por haber sido “objeto” de las conductas anteriormente descritas.

Sentado el articulado, ha sido notorio el debate académico acerca del bien jurídico protegido. Por un lado, hay autores como PÉREZ CEPEDA que consideran que, dado que la conducta ilícita consiste en procurar la entrada ilegal, el bien jurídico protegido por la norma son los intereses del territorio de un Estado parte del Protocolo⁴⁰. Sin embargo, por otro lado, coincidiendo con la postura de autores como GUARDIOLA LAGO, se entiende que, si el fin es impedir la entrada ilegal de los inmigrantes, deberían ser ellos los destinatarios de la norma penal, aspecto que se excluye expresamente en el artículo 5 del Protocolo. Además, dado que uno de los aspectos preceptivos que convierte en típica la ayuda de entrada al inmigrante es el beneficio económico —o de otro orden material— del sujeto activo (traficante), podría considerarse que el Protocolo protege la Dignidad de los migrantes, en tanto “la finalidad lucrativa para realizar una migración en los países de origen supone “cosificar” a la persona, esto es, considerarla como un objeto”⁴¹, si bien no todo tráfico ilegal tiene por qué “cosificar” al inmigrantes y denigrar su Dignidad. Igualmente, el hecho de contemplar entre sus circunstancias agravantes las conductas atentatorias contra la vida y seguridad de los migrantes y los tratos inhumanos o degradantes, muestra el enfoque de protección del Protocolo, sumado, a todo ello, la inclusión del ánimo de lucro en la conducta típica nuclear, lo que excluye de su ámbito de aplicación las actividades de apoyo a los migrantes cometidas por razones humanitarias o por vínculos familiares. En último lugar, debe añadirse que tanto las medidas de protección recogidas en el artículo 16 del Protocolo, como las referencias en su Preámbulo y articulado a la protección de los migrantes⁴², determinan que el tráfico ilícito de inmigrantes, por lo menos en parte, atenta contra la Dignidad y la vida de los emigrantes⁴³. En tercer lugar, otros autores mantienen posturas eclécticas sobre el bien jurídico protegido, decantándose por la naturaleza pluriofensiva del delito. En este sentido, ESCOBAR VEAS destaca que, no siendo posible la exclusión de la protección de la política migratoria como bien jurídico dada la naturaleza transnacional del delito, tampoco es posible descartar los derechos de los migrantes dado el elemento subjetivo de ánimo de lucro. Por ello, el tráfico de inmigrantes, además de ser un delito de daño contra los intereses estatales, se configura como un delito de peligro abstracto, destinado a proteger la integridad física y el patrimonio de los migrantes, que habitualmente se encuentran en una situación de vulnerabilidad tanto física como económica⁴⁴.

³⁸ Artículo 2 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional.

³⁹ Artículo 4 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional.

⁴⁰ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*. Granada: Editorial Comares, 2004, p. 66.

⁴¹ GUARDIOLA LAGO, María Jesús. *El tráfico de personas en el Derecho Penal español*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2007, pp. 56-57.

⁴² Además, en el artículo 18 del Protocolo, se regula por primera vez en un instrumento multilateral la obligación de aceptación de la repatriación del inmigrante irregular por el Estado de origen.

⁴³ *Ibidem*, p. 57.

⁴⁴ ESCOBAR VEAS, Javier. El ánimo de lucro en el delito de tráfico ilícito de migrantes: análisis crítico de la legislación europea. En: *Revista de la Facultad de Derecho*. Núm. 46, 2019, p. 7.

En contraste con la tendencia adoptada en las diferentes regulaciones emanadas del seno de Naciones Unidas, la Unión Europea, siguiendo una política migratoria cada vez más restrictiva, ha desarrollado una legislación comunitaria muy amplia y severa, tanto para luchar contra el tráfico de inmigrantes, como para blindar aún más sus fronteras acudiendo, entre otros instrumentos, al Derecho Penal.

En materia de tráfico de inmigrantes, destaca la Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, además de la Decisión Marco 2002/946/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares. De este modo, la Directiva establece en su artículo 1 que los Estados miembros adoptarán las sanciones adecuadas contra cualquier persona que intencionadamente ayude a otra que no sea nacional de un Estado miembro a entrar en territorio de otro Estado miembro o a transitar a través de éste, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre entrada o tránsito de extranjeros. Igualmente, insta a castigar a cualquier persona que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a un no nacional de un Estado miembro, a permanecer en el territorio de otro Estado miembro, vulnerando la legislación sobre estancia de extranjeros de ese Estado. Finalmente, y exclusivamente para el caso de ayuda a la entrada o tránsito, se prevé que los Estados, potestativamente, decidan excluir las sanciones en caso de que la conducta se realice para prestar ayuda humanitaria.

Por su parte, la Decisión Marco, además de recoger las sanciones para las conductas tipificadas en la Directiva (con penas suficientes para dar lugar a la extradición), considera el ánimo de lucro como circunstancia agravante para el primero de los supuestos (entrada o tránsito ilegal), siempre que se cometa en el seno de una organización delictiva o se hubiese puesto en peligro la vida de las personas objeto de la infracción, en cuyo caso la pena privativa de libertad no podrá ser inferior a 8 años⁴⁵.

Sentado el articulado de la Unión Europea, su bien jurídico protegido ofrece menores discusiones que en el ámbito de Naciones Unidas. Según se desprende de los propios considerandos, la finalidad de la Directiva es luchar contra la inmigración irregular para alcanzar el objetivo comunitario de lograr un espacio de libertad, seguridad y justicia, sin hacer ninguna referencia a la protección de los derechos de los migrantes “objeto” de tráfico. De este modo, prescindiendo del ánimo de lucro como requisito preceptivo, la regulación de la Unión prevé tipificar como delito cualquier conducta de ayuda a la inmigración irregular, alejándose de la concepción de tráfico como negocio propugnada por Naciones Unidas. Así, se abre la puerta a penar aquellos supuestos de tráfico ilegal entendido como red social o familiar e incluso por razones humanitarias, ya que la exclusión por tal motivo es meramente potestativa para los Estados (ni siquiera se prevé para los motivos familiares). Estas conductas, además de carecer de afección a los derechos de los migrantes, tampoco resultan lesivas para las políticas migratorias de la Unión Europea o de sus Estados miembros, ya que son insignificantes individualmente tratadas, pues no se exige habitualidad en la comisión de éstas⁴⁶.

Igualmente, en relación con la ayuda de permanencia ilegal en territorio de la Unión, a diferencia del Protocolo de Palermo, no se requiere ni el hecho de pertenecer a una organización delictiva, ni la concurrencia de un medio ilegal (como una falsedad documental), así como tampoco se contempla la exclusión por motivos humanitarios (si bien se puede inferir del hecho de exigirse un ánimo de lucro en la conducta típica). En este sentido, como destaca GUARDIOLA LAGO, resulta esencial delimitar lo que es ilegal para el inmigrante y lo que es ilegal para el traficante. Siguiendo el ejemplo propuesto por esta autora, en la facilitación de alimentos con ánimo lucrativo a un inmigrante irregular, el sujeto activo no realizaría ninguna conducta ilícita, pero sí colaboraría en una estancia ilícita del extranjero⁴⁷, por lo que podría ser castigado al amparo de la regulación de la Unión Europea. Aun así, las conductas de ayuda a la permanencia resultan un híbrido entre las definiciones de tráfico ilícito de migrantes y de trata de seres humanos, ya que la relación entre el inmigrante y el traficante no se extingue tras haber facilitado la entrada ilegal, ni constituye una explotación que justifique la punición por delito de trata de personas⁴⁸.

⁴⁵ Según el propio artículo 1.4 de la Decisión Marco, se prevé la posibilidad de penar con una duración máxima de un mínimo de 6 años siempre que resulte “indispensable para salvar la coherencia del régimen sancionador nacional”.

⁴⁶ GUARDIOLA LAGO, María Jesús. La compleja armonización del delito de tráfico ilícito de inmigrantes (*smuggling of migrants*): ¿Existe un consenso internacional? En: PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (Dir.). *Política criminal ante el reto de la delincuencia transnacional*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016, p. 579.

⁴⁷ GUARDIOLA LAGO, María Jesús. *El tráfico de personas... Op. cit.*, p. 70.

⁴⁸ GUARDIOLA LAGO, María Jesús. La compleja armonización... *Op. cit.*, p. 579.

Además, entre el articulado tampoco se constata ninguna referencia a la necesidad de protección de los migrantes, contando, tan solo, con una agravante por poner en peligro la vida de éstos. Pero, sin duda, lo más grave al respecto es la posibilidad de criminalizar la actuación de los migrantes. Mientras que el Protocolo consideraba al migrante como víctima del tráfico, la Directiva no prevé ninguna cláusula de exclusión de la responsabilidad penal del mismo, llegando a ser apreciado por algunos Estados como un infractor más del delito.

Por ello, puede concluirse que la Unión Europea castiga el favorecimiento de la inmigración irregular, un delito criminológicamente distinto al tráfico de inmigrantes, cuyo bien jurídico son los intereses comunitarios en el control de los flujos migratorios y la salvaguarda de sus fronteras exteriores, en detrimento de los derechos de los migrantes (véanse en la Tabla 1 las diferencias entre las regulaciones de Naciones Unidas y la UE).

| | NACIONES UNIDAS | UNIÓN EUROPEA |
|---|---|---|
| <i>Organización criminal</i> | Requisito preceptivo. | Agravante. |
| <i>Ánimo de lucro</i> | Requisito preceptivo. | Agravante (preceptivo para la ayuda a la estancia ilegal). |
| <i>Agravantes</i> | Peligro para la vida o seguridad de los migrantes. Tratos inhumanos o degradantes. | Peligro para la vida del migrante + ánimo de lucro. Pertenencia a organización delictiva + ánimo de lucro. |
| <i>Exclusión por motivos humanitarios</i> | Preceptiva (implícita). | Potestativa. |
| <i>Exclusión por motivos familiares</i> | Preceptiva (implícita). | No se prevé. |
| <i>Enjuiciamiento penal del migrante</i> | Se prohíbe. | Permitido. |
| <i>Protección del migrante</i> | Medidas de protección. | No se prevé. |

Tabla 1. Diferencias entre la regulación penal del tráfico ilícito de inmigrantes de Naciones Unidas y la ayuda a la inmigración irregular de la Unión Europea. *ELABORACIÓN PROPIA*.

3.2 DERECHO COMPARADO EN LA UNIÓN EUROPEA

Atendiendo al estudio comparado de las legislaciones penales de algunos de los principales Estados de la Unión Europea (como Alemania, Austria, Bélgica, Francia, Grecia, Hungría, Italia y Países Bajos, además de Reino Unido) se comprueba como, con algunas variaciones no sustanciales, casi unánimemente reproducen lo recogido en la Directiva de la Unión Europea. Como excepciones, la legislación alemana exige habitualidad o ánimo de lucro en su conducta típica, mientras que Bélgica castiga en dos tipos delictivos autónomos ambas concepciones: por un lado, tipifica el tráfico ilícito de inmigrantes según propugna Naciones Unidas y, por otro lado, la ayuda a la entrada o tránsito irregular según la amplia noción de la Unión Europea (Véase Anexo I).

Igualmente, cabe destacar que diversos países no europeos, tras la ratificación del Protocolo de Palermo, introdujeron en sus ordenamientos jurídicos el delito de tráfico ilícito de inmigrantes conforme a los criterios delimitados en el mismo. Así, Uruguay, Colombia, Chile, Argentina o Perú, entre otros, tipificaron la inmigración ilegal como delito autónomo, independiente del ilícito de ayuda a la inmigración irregular por el que se decantó la Unión Europea⁴⁹.

4. EL TRÁFICO ILÍCITO DE INMIGRANTES EN EL DERECHO ESPAÑOL

En su redacción primigenia, el Código Penal de 1995 carecía de cualquier regulación relativa a la ayuda a la inmigración irregular, el tráfico ilícito de migrantes o la trata de seres humanos. Así, se castigaba, exclusivamente el tráfico ilegal de mano de obra o la inmigración clandestina de trabajadores, contemplando, tan solo, los desplazamientos con una finalidad laboral (artículos 312 y 313 del Código Penal). La primera reforma de gran calado se llevó a cabo en el año 2000, con la aprobación de la LO 4/2000, de 11 de enero⁵⁰, denominada comúnmente como “Ley de Extranjería”. A través de ésta, se incluyeron en el Código Penal los “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, castigando con penas de prisión de hasta tres años la promoción,

⁴⁹ ESCOBAR VEAS, Javier. El ánimo de lucro... *Op. cit.*, p. 9.

⁵⁰ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de lo extranjeros en España y su integración social.

favorecimiento o facilitación del tráfico ilegal desde, en tránsito o con destino a España (art. 318.bis), con el tipo cualificado de ánimo de lucro, violencia, intimidación, engaño, o abuso de situación de necesidad de la víctima.

Sin embargo, en el año 2003, el legislador español optó por considerar el tráfico para la explotación sexual como un tipo cualificado de la ayuda a la inmigración irregular (art. 318.bis CP), suprimiendo el antiguo artículo 188 del Código Penal, aun considerándose delitos que protegen bienes jurídicos de diferente naturaleza. Esto trajo consigo la justificación de un severo incremento punitivo del artículo 318.bis, que pasó a castigar el tipo básico de ayuda a la inmigración irregular con penas de hasta 8 años de prisión, dada la gran trascendencia del bien jurídico protegido por la trata. Más acertadamente, en 2010, la trata de seres humanos se tipificó aisladamente a través del artículo 177.bis del Código Penal, incluyéndose en un nuevo Título destinado a ella (Título VII bis CP), pero se mantuvieron las excesivas penas que se preveían en su tipificación conjunta. De este modo, desligada la ayuda a la inmigración irregular de la trata de seres humanos, el legislador español no tuvo otro remedio que reconocer abiertamente en el Preámbulo el predominio de “la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios” en el delito del artículo 318.bis del Código Penal.

4.1 ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 318.BIS DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

La regulación actual responde a la reforma del artículo llevada a cabo en el año 2015, que prácticamente calca lo dispuesto en la Directiva de la Unión Europea, reduciéndose las penas para dotar de mayor coherencia al ordenamiento jurídico español. Los actuales tipos básicos quedaron redactados de la siguiente forma:

“El que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros, será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año.

Los hechos no serán punibles cuando el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate.

Si los hechos se hubieran cometido con ánimo de lucro se impondrá la pena en su mitad superior.

El que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a permanecer en España, vulnerando la legislación sobre estancia de extranjeros será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año”.

4.1.1. Bien jurídico protegido

Sin lugar a duda, la principal de las cuestiones a dilucidar en el análisis del delito es la delimitación del bien jurídico protegido por la norma, determinante para justificar la intervención punitiva. A lo largo de las diferentes modificaciones que ha sufrido la figura delictiva, han sido diversas las posturas mantenidas por la doctrina, que varían desde los que defienden la protección de los derechos de los migrantes, a los que argumentan la salvaguarda de los intereses estatales en el control de los flujos migratorios, pasando por aquellas posturas eclécticas que sostienen la existencia de un delito pluriofensivo.

En primer lugar, debe ponerse de manifiesto que no toda conducta destinada a ayudar a entrar o transitar irregularmente por España atenta contra la Dignidad, Libertad u otros derechos de los extranjeros, aun cuando la conducta se cometa con ánimo de lucro⁵¹. Esta visión resulta contraria a la imagen de los inmigrantes que llegan a Europa como “seres desvalidos, ignorantes y miserables, manipulados a su antojo por oscuras redes de tráfico”, una percepción que “lejos de contribuir al reconocimiento de sus derechos, constituye una estrategia de los países receptores para consolidar, sin coste alguno, una política migratoria discriminatoria y excluyente”⁵² —tal y como se empleó hasta el año 2015 en España—.

En segundo lugar, la ausencia de ánimo de lucro en el tipo básico conlleva castigar situaciones en las que el fin

⁵¹ LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen. La protección de la dignidad humana a través del delito de trata de seres humanos. En: DEL-CARPIO-DELGADO, Juana (Coord.); GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora (Coord.). *Derecho Penal: la espada y el escudo de los Derechos Humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 106.

⁵² LAURENZO COPELLO, Patricia. El modelo de protección penal de los inmigrantes. En: CARBONELL MATEU, Juan Carlos (Coord.); GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Coord.); ORTS BERENGUER, Enrique (Coord.); CUERDA ARNAU, María Luisa (Dir.). *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*. Tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 1165.

de la conducta sea diferente a la obtención de beneficio económico o material (como la ayuda a la entrada realizada por motivos familiares), lo que hace decaer la postura que sustenta laafección de la Dignidad por la mercantilización o cosificación del migrante. Por tanto, puede concluirse que los tipos básicos del artículo 318.bis del Código Penal, dado que no implican la vulneración de los derechos de los migrantes y, exclusivamente, castigan toda ayuda que implique la contravención de la legislación administrativa, protegen los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios. Esto supone la utilización del Derecho Penal para reforzar la regulación administrativa, constituyendo una auténtica norma penal en blanco.

Todo ello, unido a la expresa mención en la exposición de motivos de la LO 5/2010 de que la *volunta legis* de la norma era el control estatal de los flujos migratorios, la práctica totalidad de la doctrina relaciona el bien jurídico protegido con la protección del interés estatal en el control de los flujos migratorios⁵³ o el conjunto de disposiciones administrativas que regulan los derechos y libertades de los extranjeros en España⁵⁴, representando un porcentaje muy residual quienes aún argumentan la defensa de los derechos de los ciudadanos extranjeros⁵⁵. Por su parte, no faltan posturas eclécticas que abogan por la protección conjunta de los intereses estatales y los derechos de los migrantes, entre cuyos autores destacan MARTÍNEZ-BUJÁN⁵⁶ o LAFONT NICUESA⁵⁷.

4.1.2. Conductas penadas y causa específica de exclusión

La primera de las conductas tipificadas castiga la acción de ayudar intencionadamente a entrar en territorio español o a transitar a través de éste de un modo que se vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros. Por un lado, como defienden autores como MARTÍNEZ-BUJÁN, la redacción propugna una excesiva extensión del concepto de autor, puesto que “ayudar” significa “prestar cooperación”, lo que implica el reproche de meras conductas de complicidad⁵⁸. Por otro lado, la conducta típica debe vulnerar la legislación administrativa sobre entrada o tránsito sin exigir un mayor desvalor, lo que configura una contraproducente norma penal en blanco que exclusivamente sirve de refuerzo a la legislación administrativa⁵⁹. Del mismo modo, resulta preceptivo un elemento transfronterizo del delito, en tanto se castiga el ingreso en España o tránsito a otro Estado en situaciones de irregularidad, no pudiendo extenderse al tránsito irregular derivado de una entrada regular o limitada. De esta manera, quien entra en territorio español de forma regular o limitada (con un visado de estudios o de turista) y es auxiliado, posteriormente, para transitar a otro Estado de forma irregular, no vulnera la legislación española, la única que puede ser objeto de protección por parte del Derecho Penal español. Por ello, quien reciba la ayuda tendrá que ser un extranjero no autorizado para entrar o residir en España⁶⁰.

⁵³ Véanse GUARDIOLA LAGO, María Jesús. La compleja armonización... *Op. cit.*, p. 590; LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen. La protección de la dignidad... *Op. cit.*, p. 100; o DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto. La inmigración ante la encrucijada: el tráfico ilegal de personas, la trata de seres humanos y la explotación sexual. En: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura (Dir.); BALLESTEROS SÁNCHEZ, Julio. *Criminalidad organizada transnacional: una amenaza a la seguridad de los Estados democráticos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 446.

⁵⁴ Véase MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. 22ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 337.

⁵⁵ Véase QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. *Derecho Penal español. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 884.

⁵⁶ Para este autor “el bien jurídico es el propio *status* jurídico del extranjero, o sea, los derechos y libertades reconocidos al extranjero por el ordenamiento jurídico español”, si bien el bien jurídico que ahora predomina son “los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios, en sintonía con la legislación administrativa de extranjería”. En: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Delitos contra los derechos de los trabajadores. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. En: GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Coord.). *Derecho Penal. Parte Especial*. 6ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 567.

⁵⁷ Para LAFONT NICUESA, al escindirse el delito de trata, el artículo 318.bis “da prioridad al control de los flujos migratorios, si bien protege también, aunque de manera menos intensa que la trata, la Dignidad y Libertad del migrante”. En: LAFONT NICUESA, Luis. Los delitos de trata de personas e inmigración ilegal tras la LO 5/2010, de 22 de junio por la que se reforma el Código Penal. En: RICHARD GONZÁLEZ, Manuel (Coord.); RIAÑO BRUN, Iñaki (Coord.); POELEMANS, Maitena (Coord.). *Estudios sobre la lucha contra la trata de seres humanos*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2013, p. 206.

⁵⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Delitos contra los derechos... *Op. cit.*, pp. 567-568

⁵⁹ En este sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. *Op. cit.*, p. 338; LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen. La protección de la dignidad... *Op. cit.*, p. 105; o MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Delitos contra los derechos... *Op. cit.*, p. 567.

⁶⁰ QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. *Derecho Penal español. Parte especial*. *Op. cit.*, p. 885.

Otro aspecto para tener en cuenta es la causa específica de exclusión de la responsabilidad penal incorporada en su segundo párrafo, que exceptúa, “únicamente”, la ayuda por motivos humanitarios. Así, se exigen de responsabilidad penal aquellas acciones cuya motivación fuese prestar auxilio a inmigrantes en estado de necesidad (tales como alojamiento, transporte, alimentación o préstamo de dinero), cuya sanción está permitida por la legislación europea y castigada por algunos Estados miembros. Sin embargo, esta exclusión resulta del todo insuficiente, pues al contemplarse como un criterio de exención de la pena no se evita la apertura de juicio penal, invirtiéndose la carga de prueba en favor del acusado, que deberá probar que concurrieron los motivos humanitarios. Del mismo modo, la falta de definición del concepto de “ayuda humanitaria” precisa de acudir a su noción internacional, caracterizada por los principios de imparcialidad e independencia⁶¹). Ello, unido a la inclusión del término “únicamente” en la redacción, descarta de forma rotunda la ampliación de la impunidad a otros supuestos diferentes (como los motivos familiares, que no suponen una ayuda desinteresada), que, por otro lado, podrán verse atenuados en aplicación del tipo privilegiado.

Por su parte, el apartado segundo del art. 318.bis castiga la acción de ayudar, con ánimo de lucro, a permanecer en España, vulnerando la legislación sobre estancia de extranjeros. Nuevamente, se constata una remisión a la legislación administrativa, configurando una norma penal en blanco que, sin embargo, no tiene por qué vulnerar derechos de los migrantes. A pesar de exigirse un elemento subjetivo de ánimo de lucro, el tipo delictivo choca frontalmente con la base conceptual del tráfico ilícito de inmigrantes y la ayuda a la inmigración irregular, en las que el elemento transfronterizo es un requisito preceptivo (así se hace constar tanto en los Considerandos de la Directiva 2002/90/CE y de la Decisión Marco 2002/946/JAI, como en el Protocolo de Palermo y en el Preámbulo de la LO 5/2010). Esta extensión del ámbito de aplicación de la ayuda a la inmigración irregular equivale “al castigo del mero favorecimiento del inmigrante, y no de la inmigración ilegal, con lo que se estaría coartando la libertad de obrar de los ciudadanos hasta límites insostenibles para un Estado Social y Democrático de Derecho”⁶².

4.1.3. Relaciones entre el Código Penal y la Ley de Extranjería

A continuación, resulta esencial atender a la relación entre el delito de tráfico ilícito de inmigrantes y las sanciones contempladas en la Ley de Extranjería, que expresamente regula el control de los flujos migratorios (art. 2.bis 2.g Ley de Extranjería). De este modo, atendiendo al estudio comparado de las regulaciones penal y administrativa, se observa cómo esta segunda exige mayores requisitos que la primera. Mientras el art. 318.bis del Código Penal castiga toda conducta destinada a ayudar a la inmigración irregular, la Ley de Extranjería requiere, en todo caso, que dicha conducta se cometa con ánimo de lucro. En tanto el Derecho Administrativo sancionador exige mayores requisitos típicos que las normas penales (incluso en el tipo penal cualificado de ánimo de lucro se equiparan los requisitos penales y administrativos), se vulnera el principio de intervención mínima o *ultima ratio*, lo que requiere de una modificación urgente para dotar de coherencia al ordenamiento jurídico nacional.

Así, resulta necesario reservar un espacio propio al Derecho Administrativo, encargado de tutelar el control de los flujos migratorios⁶³, operando el Derecho Penal cuando verdaderamente se vulneren los derechos de los ciudadanos extranjeros. Hasta que no se produzca tal modificación legislativa, resultaría conveniente realizar una interpretación lo más restrictiva posible, delegando a la legislación penal aquellos supuestos en los que exista un desvalor especial que pudiese afectar a los derechos de los migrantes⁶⁴.

⁶¹ POMARES CINTAS, Esther. Reforma del Código Penal español en torno al delito de tráfico ilegal de migrantes como instrumento de lucha contra la inmigración ilegal en la Unión Europea. En: *Revista de Estudios Jurídicos UNESP*. Vol. 19, núm. 29, 2015, p. 14.

⁶² *Ibidem*, p. 15.

⁶³ *Ibidem*, p. 12.

⁶⁴ Como destaca el Tribunal Supremo español, “la nueva restricción del bien jurídico que tutela el art. 318 bis va a suscitar, tal como ha subrayado la doctrina, problemas de delimitación con la mera infracción administrativa contemplada en el art. 54.1.b) de la LO 4/2000, de 11 de enero, al diluirse en gran medida los límites del campo de aplicación de ambas normas, teniendo que acudir a conceptos y criterios nada precisos a la hora de deslindar el ilícito penal y el administrativo con arreglo a la gravedad de la afectación de bienes jurídicos en principio sustancialmente asimilables”. En este sentido: SSTS 324/2021, de 21 de abril, FJ 7; 422/2020, de 23 de julio, FJ 8; 396/2019, de 24 de julio, FJ 4 y 144/2018, de 22 de marzo, FJ 3.

4.2. EL ARTÍCULO 318.BIS DEL CÓDIGO PENAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL

En relación con el análisis jurisprudencial del artículo 318.bis del Código Penal⁶⁵, detallado en el Anexo II, desde su última modificación en 2015, se observan dos claras tendencias del Tribunal Supremo con respecto a la interpretación del bien jurídico protegido por la norma (durante el periodo del 1 de julio de 2015 al 13 de junio de 2021, el Supremo ha resuelto 37 asuntos relativos a la inmigración irregular, pronunciándose, en 27 ocasiones, acerca de los intereses protegidos).

Por un lado, un grupo mayoritario se decanta por la protección de los intereses estatales en el control de los flujos migratorios (63%). A su vez, dentro de este grupo de resoluciones, pueden segregarse dos tendencias:

Una tendencia mayoritaria que aplica el delito del art. 318.bis atendiendo exclusivamente a la vulneración de la normativa administrativa. Entre estos primeros pronunciamientos destacan aquellos que, analizando las diferencias entre los delitos de ayuda a la inmigración irregular y trata de personas, se inclinan por la protección de diferentes bienes jurídicos (STS 144/2018⁶⁶, de 22 de marzo; STS 63/2020⁶⁷, de 20 de febrero o STS 295/2016, de 8 de abril⁶⁸) y aquellos otros que relacionan la defensa de los intereses estatales y comunitarios con el tipo básico del artículo 318.bis, relegando la protección de los derechos de los ciudadanos extranjeros a los tipos cualificados del delito (STS 188/2016, de 4 de marzo⁶⁹).

Una tendencia minoritaria que, aun admitiendo el interés estatal como bien jurídico protegido, requieren un desvalor especial de la acción para justificar la respuesta punitiva (STS 646/2015⁷⁰, de 20 de octubre o STS 807/2016⁷¹, de 27 de octubre).

Por otro lado, a diferencia de las sentencias anteriores, otra línea jurisprudencial sustenta la naturaleza pluriofensiva del delito (el 37% del total), ampliando el espectro de protección del artículo 318.bis tanto a los intereses estatales como a los derechos de los extranjeros. Así, la gran mayoría de los pronunciamientos reconocen la principal tutela de la política migratoria, “sin perjuicio de amparar también los derechos de los ciudadanos extranjeros de un modo más colateral”⁷². En idéntico sentido, en referencia concreta a la protección de la Dignidad humana, destaca la STS 388/2018, de 25 de julio, en la que el Supremo, además de reconocer la finalidad de “respetar la unidad del Derecho Europeo en una materia de interés común, como es el control de los flujos migratorios”, recalca que “el precepto sigue estando encuadrado bajo la rúbrica relativa a los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, presididos por el derecho a la preservación de su Dignidad, lo que im-

⁶⁵ Para realizar el análisis de la jurisprudencia española, se han tomado como referencia todas aquellas resoluciones del Tribunal Supremo español concernientes al delito de ayuda a la inmigración irregular posteriores al 1 de julio de 2015, fecha en la que entró en vigor la LO 1/2015, por la que se reformó el artículo 318.bis del Código Penal.

⁶⁶ STS 144/2018, de 22 de marzo: “el bien jurídico se centra actualmente en la legalidad de la entrada, ubicándose así su objetivo en la tutela de un bien colectivo o supraindividual”.

⁶⁷ STS 63/2020, de 20 de febrero: “el delito de trata es un tipo penal contra la persona, mientras que el delito de tráfico ilícito de inmigrantes lo es contra el Estado”.

⁶⁸ STS 295/2016, de 8 de abril: “la aparición del nuevo delito de trata de seres humanos, que confina a este tipo penal a la protección en exclusiva de un bien jurídico de menor categoría: el control sobre los flujos migratorios. En su versión anterior confluían otros bienes jurídicos tutelados que ahora lo son a través del art. 177 bis”.

⁶⁹ STS 188/2016, de 4 de marzo: “lo que se sanciona es la ayuda intencionada, con y sin ánimo de lucro, a la vulneración por los inmigrantes ajenos a la Unión Europea, de la normativa legal reguladora de su entrada, tránsito y permanencia en territorio español, con la finalidad de respetar la unidad del Derecho Europeo en una materia de interés común, como es el control de los flujos migratorios. Y solo en los supuestos agravados de puesta en peligro de la vida o la integridad del inmigrante, se atiende además al bien jurídico pregonado en la rúbrica del Título, como “delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”.

⁷⁰ STS 646/2015, de 20 de octubre: “tras la reforma de 2015 la acusación que impute el delito del artículo 318 bis 1 del Código Penal habrá de identificar, no solamente la conducta probada, sino la concreta infracción administrativa y la razón por la que ésta adquiere relevancia penal más allá de una antijuridicidad meramente administrativa. Solamente ante tal completa identificación del título de condena cabrá ejercitar una adecuada defensa”.

⁷¹ STS 807/2016, de 27 de octubre: “para alcanzar esta relevancia, la infracción normativa tiene que ser determinante del modo en que se burlan los controles legales, para posibilitar la entrada, el tránsito o la permanencia ilegal”.

⁷² STS 396/2019, de 24 de julio, FJ 2. Siguiendo la misma argumentación: SSTS 400/2018, de 12 de septiembre, FJ 4; 420/2016, de 18 de mayo, FJ 3 y 6; 482/2016, de 3 de junio, FJ 6 y 214/2017, de 29 de marzo, FJ 16.

pide prescindir de una suficiente consideración a este bien jurídico, por lo que será preciso que las circunstancias que rodean la conducta permitan apreciar la existencia de alguna clase de riesgo relevante para tales derechos como consecuencia de la conducta típica⁷³.

Sin embargo, a pesar de reconocerse la naturaleza pluriofensiva del delito, como destaca DE LA FUENTE CARDONA, son muy pocas las sentencias que finalmente lo tienen en cuenta a la hora de restringir la aplicación típica. Se trata, por tanto, de una distinción meramente formal, pues atendiendo a su repercusión práctica, se termina por admitir que el verdadero bien jurídico es la protección de los intereses migratorios⁷⁴.

Por otro lado, el análisis jurisprudencial pone de manifiesto la estrecha relación entre los delitos de trata de personas y tráfico ilícito de inmigrantes. En 18 de las sentencias analizadas existió condena por el delito del artículo 177.bis del Código Penal, en 14 de ellas no existió trata, en dos resoluciones se aplicó el tipo agravado por explotación sexual anterior a la reforma, por ser la legislación más beneficiosa (si se sancionase actualmente, constituiría un delito de trata), y en dos pronunciamientos el Supremo reconoció que la conducta se enmarcaba en el delito de trata de seres humanos, pero no podía aplicarlo por no ser objeto del pleito, ya que no formaba parte del escrito de acusación. Es decir, en casi un 60% de las sentencias existió relación entre ambas figuras delictivas, resueltas en el 95% de las ocasiones mediante un concurso real de delitos (tan solo la STS 144/2018, de 22 marzo, aplicó un concurso medial).

En último lugar, se constata que más del 90% de las sentencias analizadas (31 de las 34 sentencias estudiadas) apreciaron el ánimo de lucro tipificado como agravante en la legislación actual, lo que servirá de sustento para justificar la inclusión de tal elemento subjetivo en la redacción del tipo básico en la propuesta *de lege ferenda*.

5. CONCLUSIONES Y PROPUESTA DE LEGE FERENDA

Como se ha puesto de manifiesto a lo largo del trabajo, la legislación española, al igual que la del resto de Estados miembros de la Unión Europea, es fruto de la deriva restrictiva tomada por ésta, tendente al blindaje de sus fronteras exteriores como respuesta al incremento de la inmigración irregular. Así, se ha mostrado cómo los modelos político-criminales europeos se basan en una “política de inmigración cero” asentada sobre tres pilares, cuyo objetivo principal es el control de los flujos migratorios. Como *prima ratio* destacan los fuertes controles policiales coordinados entre los países de inmigración y migración, así como la reciente militarización de la lucha contra el tráfico de migrantes⁷⁵. Como *secunda ratio*, los Estados han establecido unas normativas administrativas excesivamente restrictivas, destinadas a controlar el cumplimiento de las condiciones económicas y laborales para acceder al *status* de regularidad, así como a flexibilizar y permitir los retornos, devoluciones y expulsiones cuando no se cumplan dichas condiciones. Finalmente, como *ultima ratio*, se ha pasado a castigar penalmente prácticamente toda ayuda a la inmigración irregular, llegando a solaparse las sanciones penales y administrativas, incluso tipificando penalmente conductas permitidas por la legislación administrativa⁷⁶.

En relación con la legislación penal española, como se desprende tanto del análisis del tipo penal del artículo 318.bis, como de su aplicación jurisprudencial, el fin último del legislador, mencionado expresamente en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, es el control de los flujos migratorios, elevándose un ilícito formal a la categoría de norma penal por exigencias de la política criminal seguida en Europa⁷⁷. Por ello, el bien jurídico protegido es exclusivamente el interés estatal y comunitario, concibiendo al Estado como víctima y al inmigrante como objeto e incluso infractor.

⁷³ STS 388/2018, de 25 de junio, FJ 3. En idénticos términos: STS 108/2018, de 6 de marzo, FJ 2.

⁷⁴ DE LA FUENTE CARDONA, Francisco Salvador. ¿Los derechos de los extranjeros o la política migratoria? Aproximación jurisprudencial al bien jurídico protegido en el delito de ayuda a la inmigración irregular. En: *Revista Crítica Penal y Poder*. Núm. 18, 2019, p. 179.

⁷⁵ En 2016, los Ministros de Defensa de la OTAN, en colaboración con Frontex, desplegaron buques militares en el Mar Egeo para acabar con las redes de tráfico de migrantes, además de iniciar la operación EUNAVFOR MED o Sophia, “una operación militar de la Unión Europea en el Mediterráneo central meridional, frente a las costas libias, para luchar contra las redes de tráfico de personas, prevenir flujos de migración irregular y evitar que muera más gente en el mar”. En: MINISTERIO DE DEFENSA (31 de mayo de 2020). EUNAVFORMED Sophia. *Ministerio de Defensa*.

Recuperado de: https://www.defensa.gob.es/misiones/en_exterior/actuales/listado/eunavformed.html

⁷⁶ DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto. La inmigración ante la encrucijada... *Op. cit.*, p. 449.

⁷⁷ En este sentido, DE LUCAS, Javier. *Mediterráneo: el naufragio de Europa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

Esta visión del inmigrante irregular como enemigo del sistema ha justificado la expansión de las prácticas de control, tales como la externalización de fronteras, la instalación de concertinas o la utilización de sistemas de información y control seguidos por la estrategia europea de control de fronteras. En palabras de POMARES CINTAS, tales actuaciones destinadas a la salvaguarda de la seguridad interior se basan en el retorno al juicio de peligrosidad, “en el que lo que prima no es el comportamiento, sino la pertenencia a un colectivo: el extranjero-inmigrante clandestino, que no ha sido invitado para entrar ni para estar, pero se encuentra, o se puede encontrar, entre nosotros. Su estatus de clase determina una categoría de peligrosidad ontológica”⁷⁸. Es más, se observa cómo, interesadamente, los Estados han tratado de asimilar terrorismo con inmigración ilegal, con el fin de encontrar la excusa perfecta para aumentar controles y sanciones⁷⁹.

Por tanto, la inmigración irregular y, concretamente, el extranjero pobre, como reflejo de la aporofobia imperante en las políticas fronterizas europeas, es visto como un peligro por los Estados desarrollados del Norte, ante el que resulta necesario armonizar las legislaciones internas, tanto en materia administrativa como penal, como elemento de control del riesgo⁸⁰. Las severas sanciones penales y, sobre todo, las fuertes restricciones administrativas, no solo no garantizan la disminución de la inmigración irregular (ya que no incide en los motivos estructurales que impulsan las migraciones), sino que pueden generar un efecto criminógeno que favorezca la clandestinidad de las migraciones y, con ello, un aumento de las situaciones de vulnerabilidad a la que están expuestos los migrantes. Además, como se puso de relevancia en el segundo epígrafe, en las regiones que desarrollan estrategias legales más estrictas contra el tráfico ilícito de inmigrantes están proliferando redes de tráfico más grandes y sofisticadas, que suelen guardar relación con otras formas criminales, aumentando, nuevamente, el riesgo para los migrantes.

Por todos estos motivos, se hace necesaria una modificación del artículo 318.bis del Código Penal que transforme su bien jurídico tutelado, pasando del actual control de los flujos migratorios a la protección de los derechos de migrantes, luchando verdaderamente contra el tráfico de inmigrantes y relegando al ámbito administrativo las meras infracciones administrativas propias de la ayuda a la inmigración irregular. Modificación que deberá ir acompañada de una armonización de las legislaciones europeas para evitar la disparidad de requisitos típicos y sanciones, pues, en caso contrario, los traficantes y redes de tráfico podrían desviar sus rutas hacia aquellos Estados con legislaciones más beneficiosas, aprovechando un *forum shopping* que, en último término, sería contraproducente tanto para el propio Estado como para la Unión Europea en su conjunto.

Para ello, se propone construir la redacción típica sobre tres grandes pilares (véase propuesta de *lege ferenda* en el Anexo III):

- **Incluir el ánimo de lucro como elemento preceptivo de la conducta**, que permita castigar exclusivamente la concepción del tráfico como negocio, siguiendo la noción internacional de tráfico ilícito de inmigrantes recogida en el Protocolo de Palermo, tal y como han incluido algunos Estados miembros de la Unión Europea como Alemania, cuyo tipo básico exige ánimo de lucro o habitualidad.

Mediante la introducción del ánimo de lucro se eliminaría toda posibilidad de castigo penal de la ayuda a la inmigración ilegal por cualquier otro motivo, tales como familiares o humanitarios, por lo que no se requeriría su exclusión expresa a través de una causa específica. Igualmente, se equipararían los requisitos típicos administrativos y penales, dejando de castigarse penalmente conductas permitidas en la regulación administrativa.

Finalmente, del análisis jurisprudencial realizado en el epígrafe anterior y recogido en la Tabla 3 del Anexo II, se desprende que casi el 92% de las sentencias analizadas —34 de las 37 sentencias— apreciaron el ánimo de lucro tipificado como agravante en la legislación actual. Por tanto, carece de sentido seguir casti-

⁷⁸ POMARES CINTAS, Esther. La Unión Europea ante la inmigración ilegal: la institucionalización del odio. En: *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*. Núm. 7, 2014, pp. 145-146.

⁷⁹ Conclusiones de la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una política común de inmigración irregular, de 15 de noviembre de 2001: “en Tampere, el Consejo Europeo ha exigido a la Unión que desarrolle políticas comunes sobre asilo e inmigración, teniendo en cuenta la necesidad de un control constante de las fronteras exteriores para detener la inmigración ilegal y combatir a quienes la organizan. Los controles fronterizos deben responder en particular a los desafíos de una lucha eficiente contra las redes criminales, de una acción confiable contra los riesgos terroristas y de crear confianza mutua entre aquellos Estados miembros que han abandonado los controles fronterizos en sus fronteras internas”.

⁸⁰ DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto. La inmigración ante la encrucijada... *Op. cit.*, p. 457.

gando acciones prácticamente inexistentes que, si bien no tienen incidencia a nivel jurisprudencial, pueden tener un efecto de derecho penal simbólico en la población. A modo de ejemplo, en el año 2013 fallecieron más de 500 personas en la costa italiana de Lampedusa⁸¹ ante la pasividad de ONGs y pescadores por miedo a incurrir en el delito de tráfico de inmigrantes, ya que Italia ya había procesado por hechos similares, lo que abrió un amplio debate para modificar el Código Penal italiano (en España la carga de prueba para probar los motivos humanitarios recae sobre el acusado⁸²).

- **Exigencia del requisito de transnacionalidad** para garantizar la exclusiva punición de las conductas de tráfico transfronterizas y exclusión de la tipificación de la ayuda a la permanencia ilegal de su articulado. De este modo, estas conductas pasarían a castigarse a través del Derecho Administrativo o, en caso de que medie una falsificación documental, aplicando los delitos tipificados en el Capítulo II del Título XVIII del Código Penal, de las falsedades documentales, lo que resulta especialmente relevante dado el aumento del uso de documentos falsificados detectado por FRONTEX. Por ello, no serían punibles todas aquellas conductas de ayuda a la permanencia con fin lucrativo castigadas por la Unión Europea, tales como la venta de alimentos o un alquiler de alojamiento.
- **Exigir el abuso de la especial situación de vulnerabilidad o necesidad de la víctima** como elemento preceptivo del tipo básico, de forma que las conductas de tráfico ilegal castigadas sean idóneas para poner en peligro a los extranjeros, debiendo el sujeto activo no solo saber tal situación, sino acreditarse que se aprovechó de ella. Solo en tal tesitura se protegerían verdaderamente los derechos de los ciudadanos extranjeros, tal y como rubrica el Título en el que se enmarca el delito. En este sentido, y dado que las cláusulas de “vulnerabilidad” y “necesidad” resultan demasiado genéricas e indeterminadas, en la propuesta se recogen cinco situaciones específicas de particular gravedad que suelen motivar las migraciones forzosas, como son los motivos socioeconómicos, los motivos ecológicos ligados a catástrofes naturales, la persecución política, la huida de guerras y conflictos armados y los motivos de enfermedad, incluyendo, además, “otras situaciones de análoga significación” que las anteriores para poder ampliar el abuso de necesidad o vulnerabilidad a circunstancias de igual gravedad, sin constituir una cláusula tan genérica como la mera vulnerabilidad, necesidad y superioridad contemplada como agravante en la regulación anterior a 2015. Este elemento preceptivo es el tercer pilar sobre el que se asienta la presente propuesta, tutelando como bien jurídico la Dignidad de los migrantes “víctimas” del tráfico. Igualmente, debe conservarse como agravante la pertenencia a organización criminal, pues ni en todos los casos de tráfico ilícito de inmigrantes interviene una organización criminal, ni aun interviniendo ésta tienen por qué llevarse a cabo “cosificando” a los migrantes⁸³. Y es que como se puso de relevancia en el Epígrafe 2, en muchas comunidades, el contrabando de inmigrantes no es considerado como un delito grave, sino que es visto por los propios migrantes como una oportunidad de mejorar su futuro, de modo que se sustenta en el esfuerzo combinado de los inmigrantes, su entorno social y los contrabandistas para eludir las leyes administrativas, muy alejado de la supuesta “cosificación” y “despersonalización” asumida por el simple hecho de mediar ánimo de lucro o pertenencia a organización delictiva.

Finalmente, y más allá de las necesarias reformas legislativas, puede concluirse que los Estados dominantes, a la hora de abordar los motivos del tráfico ilícito de migrantes, se centran exclusivamente en las masivas migraciones irregulares, sin prever la posibilidad de que sean sus propias políticas restrictivas migratorias las que propicien o fomenten un incremento del negocio ilegal. Por ello, se hace preciso un cambio en el paradigma de

⁸¹ ORDAZ, Pablo (3 de octubre de 2013). Más de 200 fallecidos en el incendio de un barco con inmigrantes en Lampedusa. *El País*.

Recuperado de: https://elpais.com/internacional/2013/10/03/actualidad/1380791363_913633.html

⁸² A modo de ejemplo, tras el permiso del Gobierno para desembarcar en territorio español el bote de rescate de inmigrantes de la ONG *Open arms*, el partido ultraderechista VOX interpuso una denuncia contra la ONG por “favorecer la inmigración ilegal” y ser “cómplice de las mafias internacionales de tráfico de personas”, si bien se amparó en el artículo 570 del Código Penal, relativo a la colaboración con organización criminal. Véase: BRUNI, Paola (21 de agosto de 2019). VOX denuncia al Open Arms por “favorecer la inmigración ilegal”. *El Confidencial*. Recuperado de: https://www.elconfidencial.com/espana/2019-08-21/vox-denuncia-open-arms-inmigracion-ilegal_2186419/

⁸³ GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora. El vigente artículo 318 bis y su nueva redacción en el Proyecto de Ley Orgánica por el que se modificaría la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. En: *Revista General de Derecho Penal*. Núm. 21, 2014.

estudio del fenómeno, actualmente centrado en el lado de la oferta (traficantes), debiendo estudiarse las características de la demanda (migrantes), con objeto de fomentar canales regulares de migración, acceso a protección internacional desde los países de origen y, sobre todo, una transformación del sistema económico que permita el desarrollo social de los países del Sur, pues, en caso contrario, continuarán las crecientes migraciones en busca de auxilio y de mejores oportunidades.

BIBLIOGRAFÍA

ANGELI, Danai; TRIANDAFYLLIDOU, Anna. Europe. En: MCAULIFFE, Marie (Ed.); LACZKO, Frank (Ed.). *Migrant Smuggling Data and Research: A global review of the emerging evidence base. Volume 1*. Ginebra: OIM, 2016.

CAMPANA, Paolo. Out of Africa: the organization of migrant smuggling across the Mediterranean. En: *European Journal of Criminology*. Vol. 15, num. 4, 2018.

CAMPANA, Paolo. The market for human smuggling into Europe: a macro perspective. En: *Policing: A Journal A Journal of Policy and Practice*. Vol. 11, num. 4, 2017.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. *Informe 2/2019. La inmigración en España: efectos y oportunidades*. Madrid: Consejo Económico y Social, 2020.

CREDIT SUISSE RESEARCH INSTITUTE. *Global Wealth Report 2020*. Zúrich: Credit Suisse Research Institute, 2020.

DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto. La inmigración ante la encrucijada: el tráfico ilegal de personas, la trata de seres humanos y la explotación sexual. En: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura (Dir.); BALLESTEROS SÁNCHEZ, Julio. *Criminalidad organizada transnacional: una amenaza a la seguridad de los Estados democráticos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

DE LA FUENTE CARDONA, Francisco Salvador. ¿Los derechos de los extranjeros o la política migratoria? Aproximación jurisprudencial al bien jurídico protegido en el delito de ayuda a la inmigración irregular. En: *Revista Crítica Penal y Poder*. Núm. 18, 2019.

DE LUCAS, Javier. *Mediterráneo: el naufragio de Europa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

ESCOBAR VEAS, Javier. El ánimo de lucro en el delito de tráfico ilícito de migrantes: análisis crítico de la legislación europea. En: *Revista de la Facultad de Derecho*. Núm. 46, 2019.

EUROPOL; INTERPOL. *Migrant Smuggling Networks. Executive summary*. La Haya: Europol, 2016.

FRONTEX. *Risk Analysis for 2020*. Varsovia: Frontex, 2020.

GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora. El vigente artículo 318 bis y su nueva redacción en el Proyecto de Ley Orgánica por el que se modificaría la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. En: *Revista General de Derecho Penal*. Núm. 21, 2014.

GUARDIOLA LAGO, María Jesús. La compleja armonización del delito de tráfico ilícito de inmigrantes (*smuggling of migrants*): ¿Existe un consenso internacional? En: PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (Dir.). *Política criminal ante el reto de la delincuencia transnacional*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016.

GUARDIOLA LAGO, María Jesús. *El tráfico de personas en el Derecho Penal español*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2007.

HIDALGO-CAPITÁN, Antonio Luis. El apartheid global. Desarrollo y subdesarrollo tras la globalización. En: *Revista de Ciencias Sociales*. Vol. XVIII, núm. 2, 2012.

KLEEMANS, Edward R.; SMIT, Monika. Human smuggling, human trafficking and exploitation in the sex industry. En: PAOLI, Letizia (Ed.). *Oxford Handbook of Organized Crime*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

LAFONT NICUESA, Luis. Los delitos de trata de personas e inmigración ilegal tras la LO 5/2010, de 22 de junio por la que se reforma el Código Penal. En: RICHARD GONZÁLEZ, Manuel (Coord.); RIAÑO BRUN, Iñaki (Coord.); POELEMANS, Maitena (Coord.). *Estudios sobre la lucha contra la trata de seres humanos*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2013.

LAURENZO COPELLO, Patricia. El modelo de protección penal de los inmigrantes. En: CARBONELL MATEU, Juan Carlos (Coord.); GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Coord.); ORTS BERENGUER, Enrique

- (Coord.); CUERDA ARNAU, María Luisa (Dir.). *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*. Tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.
- LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen. La protección de la dignidad humana a través del delito de trata de seres humanos. En: DEL-CARPIO-DELGADO, Juana (Coord.); GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora (Coord.). *Derecho Penal: la espada y el escudo de los Derechos Humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Delitos contra los derechos de los trabajadores. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. En: GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Coord.). *Derecho Penal. Parte Especial*. 6ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- MICOLTA LEÓN, Amparo. Teorías y conceptos asociados al estudio de las migraciones internacionales. En: *Revista de Trabajo Social de la Universidad Nacional de Colombia*. Núm. 5, 2005.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. 22ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- OIM. *Informe sobre las migraciones en el mundo 2020*. Ginebra: OIM, 2020.
- PÉREZ ALONSO, Esteban. *Tráfico de personas e inmigración clandestina (un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- PÉREZ ALONSO, Esteban. Regulación internacional y europea sobre el tráfico ilegal de personas. En: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Dir.); PÉREZ ALONSO, Esteban (Coord.). *El Derecho Penal ante el fenómeno de la inmigración*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*. Granada: Editorial Comares, 2004.
- POMARES CINTAS, Esther. Reforma del Código Penal español en torno al delito de tráfico ilegal de migrantes como instrumento de lucha contra la inmigración ilegal en la Unión Europea. En: *Revista de Estudios Jurídicos UNESP*. Vol. 19, núm. 29, 2015.
- POMARES CINTAS, Esther. La Unión Europea ante la inmigración ilegal: la institucionalización del odio. En: *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*. Núm. 7, 2014.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. *Derecho Penal español. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- SANZ MULAS, Nieves. *Política Criminal*. 3ª Ed. Salamanca: Ratio Legis, 2019.
- SERRANO MAÍLLO, Alfonso. Limitaciones del enfoque del modelo organizado de delincuencia para el estudio de la inmigración ilegal. En: GALAN MUÑOZ, Alfonso (Dir.); MENDOZA CALDERÓN, Silvia (Dir.). *Globalización y lucha contra las nuevas formas de criminalidad transnacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- UNODC. *Global Study on Smuggling of Migrants 2018*. Nueva York: United Nations publication, sales num. E.18.IV.9, 2018.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar, 2006.

LEGISLACIÓN

- Austria. Ley de policía de extranjeros. Gaceta de las Leyes Federales I N° 100/2005, modificado por la Gaceta de las Leyes Federales I n° 157/2006, 1 de septiembre de 2018.
- España. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, núm. 77, 31 de marzo de 2015.
- Francia. Código para la entrada y estancia de extranjeros y el derecho de asilo (CESEDA). Diario Oficial de la República Francesa, 22 de febrero de 2015.
- Grecia. Ley 4251, N° Hoja 80, Código de Inmigración e Integración Social. Gaceta del Gobierno, 1 de abril de 2014.
- Hungría. Ley C de 2012 - sobre el Código Penal.
- España. Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, núm. 152, 23 de junio de 2007.
- España. Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas. Boletín Oficial del Estado, núm. 278, 21 de noviembre de 2007.

Alemania. Ley de residencia, publicada el 25 de febrero de 2008 (Gaceta de Leyes Federales I p. 162), que fue modificada por última vez por el artículo 4b de la Ley de 17 de febrero de 2020 (Gaceta de Leyes Federales I p. 166). 30 de julio de 2004.

España. Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. Boletín Oficial del Estado, núm. 234, 30 de septiembre de 2003.

Unión Europea. Directiva (UE) 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares. Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 328, 5 de diciembre de 2002, pp. 17-18.

Unión Europea. Decisión Marco 2002/946/JAI del consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares. Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 328, 5 de diciembre de 2002, pp. 1-3.

ONU: Asamblea General. Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. 15 de noviembre del 2000.

España. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de lo extranjeros en España y su integración social. Boletín Oficial del Estado, núm. 10, 12 de enero del 2000.

Italia. Texto consolidado de las disposiciones relativas a las regulaciones de inmigración y las normas sobre la condición del extranjero. Decreto legislativo, texto coordinado, nº 286. Diario Oficial, 25 de julio de 1998.

España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, núm. 281, 24 de noviembre de 1995.

Países Bajos. Código Penal. Ley de 3 de marzo de 1881.

Bélgica. Ley de acceso al territorio, estancia, establecimiento y expulsión de extranjeros. Monitor belga, 15 de diciembre de 1980.

Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, núm. 311, 29 de diciembre de 1978.

Reino Unido. Ley de inmigración de 1971. Capítulo 77, 28 de octubre de 1971.

ONU: Asamblea General. *Declaración Universal de Derechos Humanos*, 10 de diciembre de 1948, 217 A (III).

JURISPRUDENCIA

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 324/2021, de 21 de abril.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 422/2020, de 23 de julio.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 146/2020, de 14 de mayo.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 63/2020, de 20 de febrero.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 430/2019, de 27 de septiembre.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 396/2019, de 24 de julio.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 135/2019, de 13 de marzo.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 77/2019, de 12 de febrero.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 655/2018, de 14 de diciembre.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 648/2018, de 14 de diciembre.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 400/2018, de 12 de septiembre.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 388/2018, de 25 de julio,

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 144/2018, de 22 de marzo.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 108/2018, de 6 de marzo.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 11/2018, de 15 de enero.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 656/2017, de 5 de octubre.
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 312/2017, de 3 de mayo.
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 261/2017, de 6 de abril.
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 214/2017, de 29 de marzo.
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 167/2017, de 15 de marzo.
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 807/2016, de 27 de octubre.
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 736/2016, de 5 de octubre.
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 659/2016, de 19 de julio.
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 538/2016, de 17 de junio.
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 536/2016, de 17 de junio.
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 512/2016, de 10 de junio.
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 482/2016, de 3 de junio.
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 420/2016, de 18 de mayo.
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 323/2016, de 19 de abril.
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 295/2016, de 8 de abril.
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 188/2016, de 4 de marzo.
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 178/2016, de 3 de marzo.
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 46/2016, de 3 de febrero.
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 861/2015, de 20 de diciembre.
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 698/2015, de 17 de noviembre.
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 658/2015, de 16 de octubre.
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 646/2015, de 20 de octubre.

PÁGINAS WEB

BRUNI, Paola (21 de agosto de 2019). VOX denuncia al Open Arms por “favorecer la inmigración ilegal”. *El Confidencial*. Recuperado de: https://www.elconfidencial.com/espana/2019-08-21/vox-denuncia-open-arms-inmigracion-ilegal_2186419/

MINISTERIO DE DEFENSA (31 de mayo de 2020). EUNAVFORMED Sophia. *Ministerio de Defensa*. Recuperado de: https://www.defensa.gob.es/misiones/en_exterior/actuales/listado/eunavformed.html

ORDAZ, Pablo (3 de octubre de 2013). Más de 200 fallecidos en el incendio de un barco con inmigrantes en Lampedusa. *El País*. Recuperado de: https://elpais.com/internacional/2013/10/03/actualidad/1380791363_913633.html

VILLAÉCIJA, Raquel (26 de mayo de 2020). El Gobierno premia a los temporeros del Covid con un permiso de trabajo y residencia de dos años. *El Mundo*. Recuperado de: <https://www.elmundo.es/economia/macroeconomia/2020/05/26/5ecd6dc721efa07a288b45a0.html>

ANEXO I. DERECHO COMPARADO DE LA UNIÓN EUROPEA

| ALEMANIA | |
|---------------------------|---|
| Entrada o tránsito | Entrada irregular con ánimo de lucro o habitualidad de ayuda a varios extranjeros. |
| Estancia | Residencia irregular y ánimo de lucro. |
| Tipos cualificados | Comercialización, pertenencia a organización delictiva, empleo de armas, peligro para la vida, tratos inhumanos o degradantes y peligro de lesiones graves. |
| Causa de exclusión | Profesionales en ejercicio de su deber. |
| Ámbito territorial | Entrada, tránsito o estancia en otros estados del espacio Schengen. |
| Sanciones | Básico de 3 meses a 5 años de prisión. Cualificado de 6 meses a 10 años de prisión. |

| AUSTRIA | |
|---------------------------|---|
| Entrada o tránsito | A sabiendas, ayude a la entrada o tránsito. Sin ánimo de lucro. |
| Estancia | Facilite la residencia no autorizada. Sin ánimo de lucro. |
| Tipos cualificados | Entrada o tránsito: ánimo de lucro. Reincidencia. Comercio o tortura. Organización delictiva o peligro para la vida. Estancia: ánimo de lucro. |
| Causa de exclusión | ————— |
| Ámbito territorial | Entrada o tránsito en Estados miembros de la UE o vecinos de Austria. Estancia en Estados miembros de la UE. |
| Sanciones | Entrada o tránsito: básico de hasta 1 año de prisión. Cualificados de hasta 2, 3, 5 y 10 años de prisión respectivamente. Estancia: básico de hasta 6 meses de prisión. Cualificado de hasta 3 años de prisión. |

| BÉLGICA – Ayuda a la inmigración irregular | |
|--|--|
| Entrada o tránsito | A sabiendas, ayude a la entrada. Sin ánimo de lucro. |
| Estancia | A sabiendas, ayude a la permanencia. Sin ánimo de lucro. |
| Tipos cualificados | ————— |
| Causa de exclusión | Ayuda humanitaria. |
| Ámbito territorial | Estado miembro de la Unión Europea o con acuerdo fronterizo con Bélgica. |
| Sanciones | Básico hasta 1 año de prisión. |

| BÉLGICA – Tráfico ilícito de inmigrantes | |
|--|---|
| Entrada o tránsito | Directamente o través de un intermediario. Ánimo de lucro (directo o indirecto). |
| Estancia | Directamente o través de un intermediario. Ánimo de lucro (directo o indirecto). |
| Tipos cualificados | Abuso de autoridad o funcionario en ejercicio de sus funciones. Contra un menor, abuso de vulnerabilidad, violencia, amenazas o coacción, chantaje, secuestro, abuso, engaño, peligro o lesión grave, pérdida de un órgano, habitualidad o bajo una asociación. Causar la muerte o bajo una organización delictiva. |
| Causa de exclusión | Ayuda humanitaria. |
| Ámbito territorial | Estado miembro de la Unión Europea o con acuerdo fronterizo con Bélgica. |
| Sanciones | Básico de prisión de 1 a 5 años. Cualificados de 5 a 10 años, de 10 a 15 años y 15 a 20 años de prisión respectivamente. |

| FRANCIA | |
|---------------------------|---|
| Entrada o tránsito | Ayuda directa o indirecta. Sin ánimo de lucro. |
| Estancia | Ayuda directa o indirecta. Sin ánimo de lucro. |
| Tipos cualificados | Bajo una organización delictiva, riesgo de muerte o lesiones que causen mutilación o lesiones permanentes, condiciones incompatibles con la dignidad, reserva ilegal de un aeródromo o puerto o tráfico de menores. |
| Causa de exclusión | Amplios motivos familiares y apoyo legal, lingüístico o humanitario. |
| Ámbito territorial | Entrada, tránsito o estancia en otros Estados del espacio Schengen. |
| Sanciones | Básico de 5 años de prisión. Cualificado de 10 años de prisión. |

Tabla 2a. Análisis comparado de la ayuda a la inmigración irregular en la Unión Europea y Reino Unido.
ELABORACIÓN PROPIA.

| GRECIA | |
|---------------------------|--|
| Entrada o tránsito | Facilitar la entrada o salida. Sin ánimo de lucro. |
| Estancia | Facilitar la residencia. Sin ánimo de lucro. |
| Tipos cualificados | Entrada o tránsito: ánimo de lucro o pertenencia a una organización delictiva. Estancia: ánimo de lucro. |
| Causa de exclusión | Motivos familiares y humanitarios. |
| Ámbito territorial | Salida a otros Estados. |
| Sanciones | Entrada o salida: básico hasta 10 años de prisión. Cualificado a partir de 10 años de prisión. Estancia: básico a partir de 1 año de prisión. Cualificado a partir de 2 años de prisión. |

| HUNGRÍA | |
|---------------------------|--|
| Entrada o tránsito | Ayuda a cruzar una frontera estatal irregularmente. Sin ánimo de lucro. |
| Estancia | Estancia irregular con ánimo de lucro. |
| Tipos cualificados | Obtener propiedad, tráfico de más de una persona o dañar una instalación o dispositivo. |
| Causa de exclusión | — |
| Ámbito territorial | Estancia en otros Estados miembros de la UE o del Espacio Económico Europeo. |
| Sanciones | Básico de 3 años de prisión para entrada y tránsito y de 2 años para estancia. Cualificado de 1 a 5 años de prisión. |

| ITALIA | |
|---------------------------|--|
| Entrada o tránsito | Promueva, dirija, organice, financie o transporte. Sin ánimo de lucro. |
| Estancia | Favorece la permanencia. Ánimo de lucro. |
| Tipos cualificados | Entrada: cinco o más personas, peligro para la vida o seguridad, trato inhumano o degradante, organización de tres o más personas, utilización de documentos falsos o armas. Explotación sexual o de menores, ánimo de lucro directo o indirecto. Estancia: realizado por dos o más personas o ayuda a cinco o más personas. |
| Causa de exclusión | Rescate y asistencia humanitaria. |
| Ámbito territorial | Entrada o tránsito en otro Estado del que no sea ciudadano. |
| Sanciones | Entrada: básico de 1 a 5 años de prisión. Cualificado de 5 a 15 años de prisión. Hiperagravado, aumento de un tercio a la mitad. Estancia: básico de hasta 4 años de prisión. Cualificado, aumento de un tercio a la mitad. |

| PAÍSES BAJOS | |
|---------------------------|--|
| Entrada o tránsito | Ayude a acceder o transitar. Sin ánimo de lucro. |
| Estancia | Ánimo de lucro. |
| Tipos cualificados | Ejercicio de cargo o profesión. Organización delictiva. Riesgo de muerte o lesiones graves. |
| Causa de exclusión | ————— |
| Ámbito territorial | Otros Estados UE, Estados parte del Protocolo de Palermo, Islandia y Noruega. |
| Sanciones | Básico de hasta 6 años de prisión. Cualificados de hasta 8, 10 y 15 años de prisión respectivamente. |

| REINO UNIDO | |
|---------------------------|--|
| Entrada o tránsito | Sin ánimo de lucro con creencia razonable de que el ciudadano no es ciudadano de la UE y de que se comete un ilícito administrativo. |
| Estancia | Sin ánimo de lucro con creencia razonable de que el ciudadano no es ciudadano de la UE y de que se comete un ilícito administrativo. |
| Tipos cualificados | ————— |
| Causa de exclusión | Acción de una ONG de ayuda a refugiados. |
| Ámbito territorial | Otros Estados miembros de la Unión Europea. |
| Sanciones | Básico de hasta 14 años de prisión. |

Tabla 2b. Análisis comparado de la ayuda a la inmigración irregular en la Unión Europea y Reino Unido. *ELABORACIÓN PROPIA.*

ANEXO II. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL ART. 318.BIS DEL CÓDIGO PENAL (2015-2021)

Tabla 3. Análisis jurisprudencial del art.318.bis del Código Penal (2015-2021). *ELABORACIÓN PROPIA.*

| SENTENCIA TS | Bien jurídico | Ánimo de lucro | Trata |
|---------------------------|----------------------|-----------------------|----------------------|
| 324/2021, de 21 de abril | Intereses estatales. | Sí. | Sí. |
| 422/2020, de 23 de julio | Intereses estatales. | Sí. | Sí. |
| 146/2020, de 14 de mayo | ————— | Sí. | Sí. |
| 63/2020, de 20 de febrero | Intereses estatales. | Sí. | Sí. |
| 430/2019, de 27 de sept. | ————— | Sí. | Sí. |
| 396/2019, de 24 de julio | Pluriofensivo. | Sí. | Sí. |
| 135/2019, de 13 de marzo | ————— | Sí. | No. |
| 77/2019, de 12 de febrero | Intereses estatales. | Sí. | Sí. |
| 655/2018, de 14 de dic. | ————— | Sí. | No. |
| 648/2018, de 14 de dic. | ————— | Sí. | Sí. |
| 400/2018, de 12 de sept. | Pluriofensivo. | Sí. | No. |
| 388/2018, de 25 de julio | Pluriofensivo. | Sí. | No. |
| 144/2018, de 22 de marzo | Intereses estatales. | Sí. | Sí. Concurso medial. |
| 108/2018, de 6 de marzo | Pluriofensivo. | No. | Sí. |

| SENTENCIA TS | Bien jurídico | Ánimo de lucro | Trata |
|---------------------------|----------------------|----------------|---|
| 11/2018, de 15 de enero | Pluriofensivo. | Sí. | No. |
| 656/2017, de 5 de octubre | Intereses estatales. | Sí. | Sí. |
| 312/2017, de 3 de mayo | ————— | Sí. | Sí. |
| 261/2017, de 6 de abril | Intereses estatales. | No. | No. |
| 214/2017, de 29 de marzo | Pluriofensivo. | Sí. | Regulación anterior, agravante por explotación sexual. |
| 167/2017, de 15 de marzo | ————— | Sí. | Sí. |
| 807/2016, de 27 de oct. | Intereses estatales. | Sí. | Sí. |
| 736/2016, de 5 de octubre | ————— | Sí. | Sí. |
| 659/2016, de 19 de julio | Intereses estatales. | Sí. | No. |
| 538/2016, de 17 de junio | Intereses estatales. | Sí. | Sí. |
| 536/2016, de 17 de junio | Intereses estatales. | Sí. | No. |
| 512/2016, de 10 de junio | Intereses estatales. | Sí. | No. |
| 482/2016, de 3 de junio | Pluriofensivo. | Sí. | No. |
| 420/2016, de 18 de mayo | Pluriofensivo. | Sí. | Sí. |
| 323/2016, de 19 de abril | ————— | Sí. | No se acusó. |
| 295/2016, de 8 de abril | Intereses estatales. | Sí. | Regulación anterior, agravante por explotación sexual. |
| 188/2016, de 4 de marzo | Intereses estatales. | Sí. | No se acusó. |
| 178/2016, de 3 de marzo | Pluriofensivo. | Sí. | Sí. |
| 46/2016, de 3 de febrero | ————— | No. | No. |
| 861/2015, de 20 de dic. | Intereses estatales. | Sí. | Sí. |
| 698/2015, de 17 de nov. | ————— | Sí. | No. |
| 658/2015, de 16 de oct. | Intereses estatales. | Sí. | No. |
| 646/2015, de 20 de oct. | Intereses estatales. | Sí. | No. |

ANEXO III. PROPUESTA DE LEG FERENDA DEL ART. 318.BIS DEL CÓDIGO PENAL

Art. 318 bis. Delito de tráfico ilícito de inmigrantes.

1. El que ayude a entrar en territorio español o a transitar por él con destino a otro Estado a una persona que carezca del derecho a la libertad de circulación en la Unión Europea, de manera que se vulnere la legislación sobre entrada y tránsito de extranjeros, con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero o de otro orden material y siempre que se actúe en provecho de su situación de vulnerabilidad o necesidad por motivos socioeconómicos, catástrofes naturales, persecución política, conflictos armados, enfermedad u otras situaciones de análoga significación a las anteriores, será castigado con la pena de multa de 3 a 12 meses o prisión de 6 meses a 2 años.

2. Los hechos a los que se refiere el apartado 1 de este artículo serán castigados con la pena de prisión de 2 a 6 años cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:
 - a) Cuando la víctima fuera menor de edad o incapaz.
 - b) Cuando se hubiera puesto en peligro la vida de las personas víctimas de la infracción, o se hubiera creado el peligro de causación de lesiones graves.
 - c) Cuando los hechos se hubieran cometido en el seno de una organización criminal. Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.
3. Además de las penas contempladas en los párrafos 1 y 2, se impondrá, a quienes realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, la pena de inhabilitación absoluta durante el tiempo que dure la condena.
4. Cuando, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis, una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Título, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quintuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

Revista **SISTEMA PENAL CRÍTICO**

LAS RAZONES SOCIOECONÓMICAS EN LA ACTUACIÓN DEL SUJETO ACTIVO COMO AGRAVANTE GENÉRICA DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL¹

THE SOCIOECONOMIC REASONS IN THE ACTIVITY OF THE ACTIVE SUBJECT AS A GENERIC AGGRAVATING FACTOR OF CRIMINAL RESPONSIBILITY

Néstor Orejón Sánchez de las Heras

Doctor en Derecho penal

Profesor asociado en la Universitat de València (Dpto. Derecho penal)

nestor.orejon@uv.es

¹ * El presente trabajo ha sido elaborado en el marco del Congreso Internacional “Aporofobia y Derecho Penal en el Estado Social” celebrado en la Universidad de Deusto los días 20, 21 y 22 de abril como parte del proyecto I+D+I «Hacia un modelo de justicia social: alternativas político-criminales» (Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades del Gobierno de España, ref. RTI2018-095155-A-C22, perteneciente al proyecto coordinado «Aporofobia y Derecho penal», ref. RTI2018-095155-B-C21).

RESUMEN:

La circunstancia agravante genérica de discriminación contemplada en el Código penal establece una enumeración cerrada de las razones por las que el legislador ha decidido intervenir mediante un incremento punitivo. Este listado *numerus clausus* ha impedido, hasta la actualidad, su aplicación en situaciones en las que el sujeto pasivo ha sido seleccionado por ser pobre o por razones socioeconómicas. Recientemente se ha introducido esta causa discriminatoria por lo que, en el presente trabajo, se justifica la necesidad de su inclusión y se trata el debate doctrinal existente en cuanto a si resulta oportuna su regulación como razones de exclusión social o aporofobia o si, por el contrario, resulta más apropiado hacer referencia a razones socioeconómicas como motivo de discriminación.

ABSTRACT:

The generic aggravating circumstance of discrimination provided for in the Criminal Code establishes a closed list of the reasons because of the legislator has decided to intervene by means of a punitive increase. This numerus clausus list has so far prevented its application in situations where the taxable person has been selected for being poor or for socio-economic reasons. Recently this discriminatory cause has been introduced so, in this paper, it is justifies the need for their inclusion and discusses the existing doctrinal debate as to whether their regulation as grounds for social exclusion or aporophobia is appropriate or on the other way, it is more appropriate to refer to socio-economic reasons as grounds for discrimination.

PALABRAS CLAVE:

Discriminación; pobreza; delitos de odio; delitos por discriminación; derecho penal.

KEYWORDS:

Discrimination; poverty; hate crimes; offenses for discrimination; criminal law.

SUMARIO

1. Introducción. 2. La discriminación hacia la persona pobre como circunstancia de agravación: 2.1. La evolución de los motivos discriminatorios en la circunstancia genérica agravatoria. 2.2. Necesidad y oportunidad de la inclusión de la aporofobia o de las razones socioeconómicas como motivo discriminatorio. 3. Agravación por aporofobia o exclusión social versus discriminación por razones socioeconómicas. 4. Conclusión. Referencias

1. INTRODUCCIÓN

Los delitos por discriminación pueden ser abordados por el legislador, si atendemos al Derecho comparado, desde dos formas político-criminales diferenciadas. Esto es, “una de las formas, que podríamos denominar de carácter particular, consiste en la tipificación penal de determinadas o específicas conductas que serían atentatorias contra el bien jurídico igualdad y, subsecuente, derecho a no ser discriminado. La otra forma, inminentemente de carácter general, consiste en la provisión de una agravante genérica –que expresa los motivos discriminatorios– aplicable a todos o algunos delitos que el respectivo código punitivo prescribe” (Salinero, 2013: 276).

Nuestro Código penal ha optado por un modelo político-criminal mixto (Gómez, 2016: 6), de modo que se ha configurado una doble vía para castigar los hechos constitutivos de delitos por discriminación y proteger a los sujetos pasivos de este tipo de infracciones. Por un lado, ha establecido una circunstancia genérica modificativa de la responsabilidad criminal (artículo 22.4ª del Código penal) y, por otro, ha regulado tipos específicos para distintas conductas como torturas, amenazas, discriminación en el ámbito laboral, etc.².

Esta doble regulación no es novedosa en nuestro texto punitivo ni exclusiva de nuestro Derecho penal, pues otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno también hacen uso de esta doble sistemática. Así, de un lado, y como un ejemplo paradigmático, en materia de violencia de género entendida en los términos establecidos en el art. 1 de la LO 1/20041, el legislador ha establecido, de una parte, la agravante de discriminación por razones de género y la circunstancia mixta de parentesco, al mismo tiempo que, de otra, se reconocen una serie de tipos género-específicos, seleccionados por el legislador con base en la reiteración delictiva³. Por otro lado, esta duplicidad o el hecho de compaginar tipos específicos con circunstancias genéricas es propio también de otros ordenamientos jurídicos como el italiano (Salinero, 2000: 16) y no es una técnica legislativa novedosa (Cussac, 1989: 39).

La circunstancia genérica ha venido sufriendo diversas modificaciones, entre otros aspectos, en cuanto al elenco de motivos discriminatorios expresamente reconocidos. Así, desde un punto de partida como “agravante básicamente antixenófoba” (Landa, 2018: 119) hasta la redacción dada por la LO 1/2015, nos encontrábamos con motivaciones agravatorias de la responsabilidad criminal como la ideología, religión y creencias del sujeto pasivo, su origen étnico, racial o nacional, su sexo, orientación sexual o identidad sexual, razones de género y, la enfermedad o discapacidad del sujeto pasivo. Además, hacía especial énfasis en los motivos racistas o antisemitas. Después de diversas iniciativas legislativas que han existido al respecto, finalmente se ha reconocido la aporofobia, la exclusión social o la motivación socioeconómica como causa de discriminación, trasladando al texto penal las demandas efectuadas no solo por los movimientos sociales sino también por la Fiscalía, la doctrina e incluso la jurisprudencia. De este modo, la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, en su disposición final sexta (apartado uno), adiciona la edad, la identidad de género y las razones de aporofobia o de exclusión social como motivos discriminatorios. Todo ello además de añadir un inciso final en el que se indica que ello será aplicable “con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta”⁴.

² Sobre la conveniencia de este doble sistema punitivo, aunque excede del presente trabajo, el mismo puede suponer ventajas y desventajas. Por un lado, y como beneficios se puede hacer referencia al efecto comunicativo de los tipos específicos, la mayor precisión en la llevanza de las estadísticas y cuantificación de este tipo de discriminación mediante estadísticas oficiales y su eficacia preventiva. En cuanto a inconvenientes, en algunos casos podríamos entender que se está generando un Derecho penal simbólico, se pierde el componente colectivo en la lucha contra este tipo de conductas (un hecho social generalizado contra el que se pretende luchar desde los movimientos sociales, pasa a ser valorado como hechos individuales dentro del sistema jurídico penal), puede dar la impresión de generar un ordenamiento jurídico-penal paternalista o vicario con respecto a los sujetos en situación de vulnerabilidad y es posible que se generen problemas de vulneración del principio de proporcionalidad.

³ Al margen de los delitos de violencia en el ámbito familiar, el legislador establece tipos género-específicos en los arts. 148.4º, 153.1, 171.4 y 172.2 CP. En este sentido LAURENZO COPELLO refiere que el legislador “apostó de forma decidida por las figuras género específicas como instrumento para proteger a las mujeres frente a las agresiones violentas provenientes de sus parejas sentimentales, si bien la selección de las conductas punibles no se hizo en función de su gravedad sino de su frecuencia comisiva. De ahí que las agravantes de género se encuentren en delitos tales como el maltrato de obra que no produce lesiones, las lesiones leves o las amenazas y coacciones también leves y en cambio no exista un delito de feminicidio asociado a los tipos penales contra la vida” (Laurenzo, 2015: 786).

⁴ La introducción de este inciso final, al margen de distintos posicionamientos al respecto, viene a dar solución a

La incorporación de esta motivación tanto en la agravante genérica recogida en el epígrafe cuarto del artículo 22 del Código penal como en los delitos específicos de discriminación ha planteado, entre otros debates doctrinales, si debía reconocer expresamente la aporofobia o la exclusión social (la reciente modificación del Código penal introduce ambas) o, por el contrario, debe remitirse de manera genérica a causas o razones socioeconómicas del sujeto pasivo, sin que expresamente se haga referencia al colectivo diana o en situación de vulnerabilidad. El presente artículo pretende precisamente establecer los motivos por los que considero que debía ser esta última la motivación a introducir en la agravante genérica, así como, por coherencia normativa, en los tipos específicos que regulan los delitos por discriminación.

2. LA DISCRIMINACIÓN HACIA LA PERSONA POBRE COMO CIRCUNSTANCIA DE AGRAVACIÓN.

Antes de entrar a valorar la forma en la que se debería haber introducido en el Código penal la exclusión a la persona pobre como motivo de discriminación, esto es, si debía reconocer expresamente la aporofobia o la exclusión social o, por el contrario, debía remitirse de manera genérica a causas o razones socioeconómicas del sujeto pasivo, resulta conveniente esquematizar la evolución de la circunstancia agravante en cuanto a su alcance y valorar la necesidad y oportunidad de su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico.

2.1. LA EVOLUCIÓN DE LOS MOTIVOS DISCRIMINATORIOS EN LA CIRCUNSTANCIA GENÉRICA AGRAVATORIA.

La agravante de discriminación se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico penal unos meses antes de la aprobación del actual Código penal, esto es, por la Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo, de modificación del Código penal, mediante la que se tipifica la apología de los delitos de genocidio. Durante la tramitación parlamentaria, pues no estaba prevista en la proposición de ley inicial, se lleva a cabo la introducción de esta circunstancia “con el fin de dar respuesta a la preocupación del legislador ante el incremento de actos delictivos contra las personas y el patrimonio por motivos xenófobos, racistas, por los orígenes étnicos o nacionales” (Goyena, 2010: 208). Se produce, así, una modificación urgente del Código penal para dar respuesta a una preocupación del legislador derivada de actos delictivos de origen xenófobo o racista y frente a la que debía luchar conforme a las obligaciones impuestas por el Convenio de Nueva York, de 9 de diciembre de 1948, para la prevención y sanción del delito de genocidio así como el Convenio Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, de 7 de marzo de 1966, sin esperar a la aprobación del nuevo Código penal⁵.

No obstante, la agravante que surge de esta Ley Orgánica, y que se traslada al posterior Código penal de 1995, no se va a limitar a la discriminación por razones xenófobas, sino que “lo que no iba a ser sino una ampliación del ámbito de prohibición del genocidio, claramente circunscrito por tanto a conductas de simpatía ideológica filo-nazi, acaba incluyendo también un delito de provocación a la discriminación y una agravante genérica para los delitos contra las personas y el patrimonio por motivos racistas o antisemitas, étnicos y nacionales, pero también, por razones puramente ideológicas, religiosas o de creencias” (Landa, 2004: 63).

En concreto, y tras la tramitación parlamentaria, la agravación contendrá los motivos discriminatorios que sean racistas, antisemitas u otros referentes al origen étnico o nacional, o a la ideología, religión o creencias de la víctima.

respuestas contradictorias por parte de la jurisprudencia y que, en mayor medida, venían a exigir que la condición discriminatoria concurriera en el sujeto pasivo del delito, lo que impedía la aplicación en supuestos de error inverso o por asociación. En este sentido, el Servicio de Delitos de Odio y Discriminación de la Fiscalía Provincial de Barcelona continuamente había instado en sus memorias anuales a que se llevase a cabo la reforma de estos delitos, y en especial de la circunstancia agravante genérica de discriminación, de modo que se introdujera una cláusula que “permita aplicar la agravante con independencia de que las cualidades de raza, etnia, origen, orientación o identidad sexual, discapacidad, enfermedad, etc. concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta” (Memoria anual correspondiente al año 2015 del Servicio de Delitos de Odio y Discriminación de la Fiscalía Provincial de Barcelona, págs. 41 y 42, que puede consultarse en el link:

http://diesdagost.sobrevia.net/gestiobeta/arxius/agost/documents/1484222824Memoria_Servicio_Delitos_de_Odio.pdf

⁵ El diputado popular Robles Fraga indicaba al respecto de la urgencia y necesidad que era necesario “hacerlo de manera urgente, de no esperar más al nuevo Código Penal, de incluirlo ahora, de dar una señal política concordada entre los distintos grupos políticos, apoyada en la mayoría del pueblo español y en los deseos del mismo de celebrar correctamente este Año Europeo de la Tolerancia”. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, año 1995, 27 de abril de 1995, número 143, pág. 7.558.

Este listado, *numerus clausus*, de razones discriminatorias como motivo de agravación serán objeto de ampliación en el Código penal que resulte de la Ley Orgánica 10/1995, actual texto punitivo, que durante la tramitación legislativa ante el Senado incorpora el sexo, la orientación sexual y la enfermedad o minusvalía del sujeto pasivo. Minusvalía que se sustituirá por el término discapacidad, conforme a la modificación efectuada mediante Ley Orgánica 5/2010, atendiendo a la voluntad expresada por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, que ya indicaba al respecto que “las referencias que en los textos normativos se efectúan a ‘minusválidos’ y a ‘personas con minusvalía’, se entenderán realizadas a ‘personas con discapacidad’”.

Esta modificación del Código penal introduce, asimismo, la identidad sexual como motivo discriminatorio en la circunstancia modificativa (en la redacción actual se reconoce la identidad sexual o de género)⁶. De este modo, “el añadido legal equipara a los efectos de la agravante la discriminación por razón de homosexualidad a la discriminación de la transexualidad, lo que parece correcto” (Manjón-Cabeza Olmeda, 2010: 54), o a otro tipo de identidades sexuales, como la intersexualidad. Se daba solución a una omisión que requería necesariamente de la intervención del legislador y que había sido, al parecer, fruto de la confusión de conceptos de este al equiparar la orientación con la identidad sexual o de género. Laguna legal que, al margen de las soluciones jurisprudenciales, había sido objeto de crítica doctrinal⁷.

Aún con posterioridad, y en la reforma casi integral del Código penal llevada a cabo mediante Ley Orgánica 1/2015, con el fin de acometer una de las obligaciones establecidas en el artículo 46 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas, de 11 de mayo de 2011, ratificada por España (Convenio de Estambul), se introducirá como motivo de discriminación las razones de género. Inclusión que se justifica en el propio Preámbulo de la Ley en la diferenciación entre el sexo y el género y la diferente fundamentación en uno y otro supuesto⁸.

De este modo, y desde la anterior redacción dada por la LO 1/2015, nos encontrábamos con motivaciones que agravaban la responsabilidad criminal como la ideología, religión y creencias del sujeto pasivo, su origen étnico, racial o nacional, su sexo, orientación sexual o identidad sexual, razones de género y, la enfermedad o discapacidad del sujeto pasivo. Además, hacía especial énfasis en los motivos racistas o antisemitas.

Después de diversas iniciativas legislativas que no tuvieron su fruto, y consecuencia de las demandas efectuadas por los movimientos sociales y corroboradas por la Fiscalía General del Estado, la doctrina y la jurisprudencia, se ha introducido como motivo discriminatorio las razones de aporofobia y de exclusión social

⁶ La Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia aprovecha igualmente para adicionar a la identidad sexual la identidad de género. En este sentido hay que indicar que la introducción en la circunstancia agravatoria de la identidad sexual tiene su origen principalmente en la aprobación de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral relativa al sexo de las personas, por lo que resultaba cuanto menos deficiente la técnica legislativa al haber utilizado el concepto de identidad sexual, y no el concepto de identidad de género, que es el que esta ley precisamente utiliza en su redacción. Como indica MANJÓN-CABEZA OLMEDA “a la identidad sexual se refiere la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral relativa al sexo de las personas, utilizando las expresiones de identidad de género y disforia de género” (Manjón-Cabeza Olmeda, 2010: 53).

⁷ CORCOY BIDASOLO y MIR PUIG indican a este respecto que la doctrina mayoritaria había destacado “la existencia de importantes omisiones en el catálogo de motivos discriminatorios previstos en el art. 22.4^a. Una de ellas fue tenida en consideración por la LO 5/2010, que introdujo en el precepto, junto a la discriminación por motivo de sexo u orientación sexual, la discriminación por identidad de género. Con ello, el nuevo texto permite dar cobertura a los casos de transfobia, esto es, fobia por los transexuales, que no resultaban subsumibles en los mencionados motivos de ‘sexo’ o de ‘orientación sexual’” (Mir Puig, y Corcoy Bidasolo, 2015: 149). En el mismo sentido, GÓMEZ MARTÍN (2012: 179).

No obstante, parte de la doctrina consideraba innecesaria la reforma por cuanto que se entendía que los motivos de discriminación basados en las razones de identidad sexual o de género se consideraban incluidos en la redacción previa. En este sentido QUINTERO OLIVARES indica al respecto que “la razón de aquella reforma hay que buscarla en la crítica recibida por el texto anterior, en el que algunos señalaban que dejaba sin respuesta los casos en los que la agresión discriminatoria era por tratarse del sexo de la víctima -normalmente, por ser mujer- pero no por la identidad sexual que la víctima deseara tener, diferente de su sexo. [...] no parece que hubiera un ‘vacío legal’ que exigiera una nueva intervención legislativa”. (Quintero Olivares, 2015: 385). De igual forma, DÍAZ LÓPEZ indica que “se solía entender que la discriminación por razón de sexo abarcaba aquélla por orientación sexual y que ésta, a su vez, abarcaba aquélla por identidad sexual” (Díaz López, 2013: 306).

⁸ Para una valoración integral de las razones de género como motivo discriminatorio en nuestro Código penal, Orejón (2019: *passim*).

mediante la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia. Esta norma tiene por objeto garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a su integridad física, psíquica, psicológica y moral frente a cualquier forma de violencia, y uno de sus fines consiste en garantizar la erradicación y la protección frente a cualquier tipo de discriminación y la superación de los estereotipos de carácter sexista, racista, homofóbico, bifóbico, transfóbico o por razones estéticas, de discapacidad, de enfermedad, de aporofobia o de exclusión social o por cualquier otra circunstancia o condición personal, familiar, social o cultural. Por ello, incluye en su disposición final sexta, apartado Uno, la modificación del art. 22.4ª Cp por la que se introduce en dicho precepto (así como en los tipos específicos reconocidos en los arts. 314, 511, 512 y 515.4) las razones de aporofobia o de exclusión social como motivo de discriminación. Extremo que justifica, en su Preámbulo, epígrafe II, en el hecho de que, atendiendo al “espíritu de protección que impulsa este texto legislativo, se ha aprovechado la reforma para incluir la aporofobia y la exclusión social dentro de estos tipos penales, que responde a un fenómeno social en el que en la actuación delictiva subyace el rechazo, aversión o desprecio a las personas pobres, siendo un motivo expresamente mencionado en el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”.

2.2. NECESIDAD Y OPORTUNIDAD DE LA INCLUSIÓN DE LA APOROFOBIA O DE LAS RAZONES SOCIOECONÓMICAS COMO MOTIVO DISCRIMINATORIO.

El rechazo a la persona pobre (de manera más particular a la persona sin hogar) y este como motivo de incidentes y delitos de odio o discriminación que debe ser sancionado se ha consolidado socialmente desde que Adela CORTINA pusiera nombre a este fenómeno en el año 1995 (Cortina, 2017: 22-27). Patología social que se hizo patente mediáticamente con el caso del asesinato en Barcelona de una mujer que fue quemada viva mientras dormía en un cajero la noche del quince al dieciséis de diciembre de dos mil cinco⁹. Hecho este que no constituye un caso aislado sino que, pese al silencio mediático existente al respecto como consecuencia de la invisibilización de este colectivo, en ocasiones salta a los medios de comunicación por casos especialmente reprobables.

No obstante, no todo actuar discriminatorio por parte del sujeto activo es objeto de agravación en la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal contemplada en el art. 22.4ª Cp, así como en los tipos específicos reconocidos en nuestro texto penal, sino únicamente aquellas razones expresamente contempladas. Así, por ejemplo, el oficio o la profesión del sujeto pasivo (que se reconoce en el art. 170.1 Cp) no es objeto de protección penal por parte de esta circunstancia, tal y como concluye, entre otras resoluciones judiciales, el Auto de 12 de diciembre de 2018, dictado por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, que determina que “no cualquier colectivo o grupo social de personas puede ser tributario de la protección que le dispensa la protección del denominado ‘discurso del odio’, que debe circunscribirse a los colectivos vulnerables e históricamente discriminados en el contexto concreto en el que se emita el discurso”, de modo que determina la “inidoneidad del colectivo policial para ser considerado como ‘colectivo diana’ propio de esta figura”.

Este ha sido precisamente, hasta la última reforma, el caso de los delitos y de los incidentes de odio o discriminación que se cometen sobre las personas pobres, que seguía sin reflejarse de manera expresa en nuestro texto punitivo¹⁰.

En este sentido, debemos partir de la obligación del Estado de garantizar los derechos de las personas sin discriminación por el origen social o la posición económica, así como cualquier otra condición social, conforme le impone el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹¹ y el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, entre otros. Pese a ello, el informe de investigación llevado a cabo por el Observatorio de Delitos de Odio contra Personas Sin Hogar Hatento¹² (Rais Fundación, 2015) revela que un 47,1% de las personas entrevistadas habría sufrido, al menos,

⁹ Hechos que son objeto de la Sentencia de 5 de noviembre de 2008, dictada por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona.

¹⁰ No obstante, hay que tener en cuenta que sí podía entenderse como reconocida en el delito de amenazas regulado en el art. 170.1 Cp al referirse con carácter genérico a “colectivo social” y en el delito de tortura contemplado en el art. 174.1 Cp al recoger una cláusula genérica, esto es, “cualquier razón basada en algún tipo de discriminación”.

¹¹ Instrumento de ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 publicado en el BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977, págs. 9343 a 9347.

un episodio aporófono (agresiones, humillaciones o intimidaciones) y, de entre ellas, el 81,3% habría sido objeto de esta situación en más de una ocasión.

De forma similar, y circunscrito a la ciudad de València, el Informe Personas Sin Hogar en la Ciudad de València del año 2020, fruto del “Programa Sinergias: conexión mundo académico y profesional por medio del alumnado con metodología Aprendizaje-Servicio del Departamento de Trabajo Social y Servicios Sociales de la Universitat de València”, concluye que:

“Durante el tiempo que las personas no tienen hogar son víctimas de múltiples delitos, vinculados con una condición de alta vulnerabilidad. Entre estos delitos que sufren están el robo, la estafa, agresión física o verbal, con un 46,6%, siendo prácticamente los mismos porcentajes en ambos sexos, aunque en el caso de la agresión física o verbal es mayor en mujeres (55,5 %). Un dato llamativo, es el gran porcentaje de agresiones sexuales sufridas por mujeres (29,6%), frente a un 1,4% en el caso de los hombres. En comparación con las mujeres, la discriminación (48,1%), la indiferencia (33,3%), y las agresiones físicas/verbales (55,5%), son ligeramente superiores que en el supuesto de los hombres. Los hombres superan a las mujeres solamente en el caso de haber sido denunciados (11,7%), y ligeramente superior en el caso de robo y estafa (46,7%), pero en todos estos casos”.

Pero es que, además, los incidentes y delitos cometidos por aporofobia, son más recurrentes que los que se llevan a cabo por otras razones que el legislador sí había tipificado previa y expresamente como motivos discriminatorios objeto de agravación penal. Así, tomando en consideración el Informe de la Evolución de los delitos de odio en España de 2019 efectuado por el Ministerio del Interior¹³, los hechos conocidos y registrados por motivos aporófobos superan a los cometidos por antisemitismo (en más del doble) así como a los cometidos por razón de la enfermedad del sujeto pasivo. Todo ello pese a los datos ocultos o sumergidos, pues los sujetos que sufren este tipo de delitos denuncian en pocas ocasiones como consecuencia de considerar que no son delito, creer que no van a ser objeto de protección o incluso miedo o desconfianza hacia el sistema y hacia las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado¹⁴.

La falta de reconocimiento de la motivación aporófoba o las razones socioeconómicas como circunstancia agravante de discriminación ha supuesto que el propio Tribunal Supremo, en aras a evitar una aplicación analógica *in malam partem* proscrita en nuestro ordenamiento jurídico penal, haya indicado que “una discriminación por ser mendigo no permitía aplicar la agravante”¹⁵. Así, la ya citada Sentencia de 5 de noviembre de 2008, dictada por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona en el caso de la mujer que fue quemada viva en un cajero, expresaba que “la marginalidad o desocialización y situación de exclusión social no resulta contemplada en el elenco previsto en el mencionado apartado [cuarto del art. 22] cuya interpretación debe ser restrictiva en cuanto son circunstancias agravantes”

Se hacía necesario, así, que se introdujera este motivo discriminatorio en nuestro ordenamiento jurídico, tanto a través de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal como en los tipos penales que regulan los denominados delitos específicos de odio y/o por discriminación.

Todo ello partiendo de que, en virtud del principio de seguridad jurídica y taxatividad del Derecho penal no resulta admisible la utilización de una cláusula de cierre genérica (Gómez, 2019: 47) como la que tiene alguno de los tipos específicos de delitos de discriminación¹⁶ y cuya extensión ha llegado a proponer el Tribunal Supremo en su Sentencia número 1160/2006, de 9 de noviembre. Se plantea, así, un debate entre la inseguridad jurídica o la infrainclusión, es decir, si “apostamos si es preferible un listado cerrado que favorecería la seguridad jurídica, pero perjudicaría la admisión de la agravante de discriminación a supuestos no

¹² Informe accesible en el enlace http://hatento.org/wp-content/uploads/2015/06/informe-resultados-digital_DEF.pdf.

¹³ Informe de acceso público en el enlace: <http://www.interior.gob.es/web/archivos-y-documentacion/informe-sobre-la-evolucion-de-los-delitos-de-odio-en-espana>

¹⁴ A ello debemos añadir situaciones de vulnerabilidad múltiples que suponen mayores problemas para los sujetos en cuanto a la posibilidad de denunciar estos hechos. A modo de ejemplo, una persona pobre que, al mismo tiempo, es extranjera sin regularizar, va a tener rechazo a acudir a denunciar a una comisaría por miedo a ser objeto de un expediente de expulsión.

¹⁵ STS 458/2019, de 9 de octubre.

¹⁶ Delitos de amenazas a un grupo con un mal que constituya delito (art. 170.1 Cp) que se refiere a “cualquier otro grupo de personas” y de tortura cometida con base en algún tipo de discriminación (art. 174 Cp).

contemplados en el *numerus clausus*¹⁷. Algunos autores defienden la necesidad de que estos delitos dejen de disponer una enumeración cerrada de los motivos de discriminación, fundamentando dicho extremo en la definición de los delitos de odio realizada por la OSCE de delitos de odio¹⁸, en cuyo apartado final deja la posibilidad de persecución de otras manifestaciones basadas en la intolerancia. Ello permitiría incluir motivos de discriminación que el legislador no ha tenido en cuenta y que resultan de necesaria protección, como el caso de la aporofobia¹.

No obstante, la mayor parte de la doctrina se posiciona en contra de esta posibilidad tanto por la necesaria protección del principio de seguridad jurídica que se vería vulnerado ante una calificación del sujeto pasivo no concreta, como por el principio de *ultima ratio* dado que no todo tipo de acción delictiva motivada por un prejuicio o una animadversión del sujeto activo debe ser considerada discriminatoria a efectos penales, pues ello desvirtuaría la pretensión y la justificación de estos tipos penales (Martín, 2019: 67). Como refiere FUENTES OSORIO, estas cláusulas abiertas “generan dudas a propósito del principio de legalidad ya que su contenido será variable y dependerá del rechazo social a un motivo en un determinado momento histórico, lo que genera una evidente inseguridad jurídica” (Fuentes, 2017: 5).

Por otro lado, y además de la necesidad y oportunidad, aunque su examen en profundidad exceda del presente trabajo, hay que tener en cuenta que existe, asimismo, un merecimiento de incremento de pena por la comisión de unos hechos con la concurrencia de motivos discriminatorios en razón de la situación socioeconómica del sujeto pasivo. Y ello por cuanto que, como ya he tenido ocasión de referir en otras ocasiones, la agravante de discriminación supone un incremento del injusto en cuanto que, además del bien jurídico protegido por el delito base, afecta a la dignidad del sujeto pasivo (Orejón, 2019: 172-184).

3. AGRAVACIÓN POR APOROFOBIA O EXCLUSIÓN SOCIAL VERSUS DISCRIMINACIÓN POR RAZONES SOCIOECONÓMICAS.

Acreditada, por tanto, la necesidad y oportunidad de la introducción de este motivo discriminatorio en la agravante genérica estipulada en el art. 22.4^a Cp, así como justificado el merecimiento de pena, se plantean diferencias doctrinales en relación con la forma en la que debería recogerse en nuestro texto punitivo. En definitiva, y al margen de posicionamientos en favor de cláusulas abiertas descartadas *supra*, por un lado se propone la regulación mediante la introducción de la aporofobia o de razones de exclusión social como motivo de discriminación mientras que, por otro, se hace referencia a discriminación por razones socioeconómicas. Todo ello teniendo en cuenta que la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, ha optado por la primera opción y, además, incluye ambas posibilidades de manera indistinta, esto es, tanto la aporofobia como las razones de exclusión social.

En este sentido, la introducción del concepto de aporofobia o razones de exclusión social, supone atender a la realidad criminológica o a la situación de las personas que se encuentran en una situación socioeconómica de vulnerabilidad¹⁹, pues lo bien cierto es que, como plantea BUSTOS, no existe actualmente una realidad discriminatoria frente a “la persona que nada en la abundancia” (Bustos, 2020: 246). Esto es, no parece necesario ni oportuno, en este sentido, hablar de una situación de plutofobia²⁰.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Declaración del Consejo Ministerial número 4/03 de la OSCE que definió delitos de odio como cualquier infracción penal (contra las personas o las propiedades), donde la víctima, el local o el objetivo de la infracción sea elegido por su, real o percibida, conexión, simpatía, filiación, apoyo o pertenencia a algún grupo social cuyos miembros tienen una característica común como su raza real o percibida, origen nacional o étnico, lenguaje, color de piel, religión, sexo, edad, discapacidad intelectual o física, orientación sexual u otro factor similar

¹⁹ Creo que es más oportuno hacer referencia a personas en situación de vulnerabilidad que a personas vulnerables pues, como indica RIBOTTA, “la vulnerabilidad que nos ocupa, entonces, ya no es la característica natural de la vida misma, sino las consecuencias de determinada organización jurídica, política y social que *hace* vulnerables a ciertos grupos sociales por encontrarse en determinadas circunstancias o por poseer determinados caracteres identitarios, provocándoles un daño, lesión o discriminación, que no *son* vulnerables sino que *están* vulnerables” (Ribotta, 2012: 8).

²⁰ Aunque la Real Academia de la Lengua Española no ha reconocido los conceptos de plutofobia o de plutofilia, empieza a hacerse referencia a los mismos como fobia o filia a las personas ricas, en contraposición a la aporofobia y ello tomando como referencia al dios romano Pluto, que personificaba la riqueza. Resulta de interés, en este sentido, Terradillos (2020).

En primer lugar, y en cuanto al concepto de exclusión social, su introducción en la agrave de discriminación genera problemas de taxatividad, certeza y seguridad jurídica. Por un lado, debemos tener en cuenta que se trata de un concepto jurídico indeterminado que va a generar conflictos interpretativos por su indefinición, quedando al arbitrio judicial su concreción. Tal y como indica SERRANO TÁRRAGA, el concepto de exclusión social, aunque nace asociado a marginalidad y pobreza (y, por tanto, al concepto de aporofobia), se ha ido ampliando, y ello por cuanto que “los factores susceptibles de provocar situaciones de exclusión social son múltiples y están en continuo cambio, dependiendo de la sociedad y del momento histórico, y aparecen relacionados con las políticas sociales y las pautas culturales. Las dinámicas de exclusión son complejas, influyen muy diversos y diferenciados factores, siendo cinco las variables más importantes que intervienen en el proceso: laborales, económicas, culturales, personales y sociales. Se viene considerando excluidos a aquellos sujetos que, por su propia situación desventajosa en el seno de una sociedad, no reciben los beneficios del crecimiento y el progreso económico de ésta” (Serrano Tárraga, 2014: 589). Tanto es así que, al determinar las causas de exclusión social, las concreta, entre otras, en pobreza, raza, minorías étnicas, género, inmigración, diversidad cultural, marginación social y desigualdad.

Pero es precisamente ese carácter multifactorial, evolutivo y cambiante, lo que convierte ese concepto en una cláusula abierta de discriminación contraria al principio de seguridad jurídica. Esto es, permitiría, de hecho, reconocer los motivos discriminatorios contemplados en el artículo 22.4ª como una cláusula *numerus apertus*, pues esta razón de exclusión social supondría un paraguas que permitiría encauzar cualquier tipo de discriminación a personas discriminadas. Al mismo tiempo, supone una reiteración injustificada en el propio texto punitivo, pues las razones discriminatorias expresamente reconocidas son precisamente las que generan esa exclusión social.

En cuanto a la inclusión de la aporofobia, en lugar de razones socioeconómicas, la propia sistemática de nuestro Código penal en la regulación de los delitos por discriminación atiende a la utilización de conceptos neutros. Así, de igual modo, no puede hablarse desde una perspectiva estadística o social de una situación de discriminación u odio hacia las personas heterosexuales, sin embargo la agravante genérica se remite a la discriminación referente a la orientación sexual. En el mismo sentido, se remite la circunstancia modificativa a la identidad sexual o de género del sujeto pasivo, pese a que es obvio que frente a la situación de vulnerabilidad de las personas trans, los sujetos cissexuales o cisgénero²¹ carecen de una situación social discriminatoria. Pero, a mayor abundamiento, la propia Ley Orgánica 8/2021, está aceptando este posicionamiento, pues cuando decide incorporar en la agravante genérica la edad, lo hace así de manera neutra (parece que igual se refiere a supuestos de gerontofobia²² que a ataques a personas de mediana edad) pero en su propia justificación, conforme al epígrafe II del Preámbulo, se refiere como ámbito de protección “a otro colectivo sensible que requiere amparo, como son las personas de edad avanzada”.

De este modo, entender que el precepto debe remitirse a la aporofobia o razones de exclusión social, eludiendo la referencia neutra, supondría necesariamente entender que debería producirse la reforma del mismo para que se apreciara una situación de discriminación por razones de homosexualidad, bisexualidad y transexualidad o transgénero, puesto que no es posible obviar que la heterosexualidad es una orientación sexual más y la cissexualidad es también una identidad.

Lo bien cierto es que, aunque parece más oportuno aplicar la agravación de discriminación únicamente a aquellas personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, dicho extremo debe alcanzarse o bien mediante la interpretación de estos tipos penales conforme a un fundamento basado en el incremento del injusto subjetivo o bien mediante la oportuna reforma legislativa. En cuanto a la primera de las posibilidades, esto es, fundamentación de la agravación en el incremento del injusto subjetivo, hay que tener en cuenta que en estas acciones, lo que se pretende al cometer el delito contra un sujeto por una característica como las que se reconocen en los delitos por discriminación es degradar a la misma y tratarla como si no fuera sujeto de derechos, esto es, lo que “persiguen estas conductas es denostar a sus víctimas menospreciándolas como personas, cosificándolas, con la finalidad última de socavar valores tan esenciales como el pluralismo, la diversidad, la igualdad y la no discriminación y el respeto a la dignidad humana de todas las personas que conformamos la sociedad” (Gascón, Añón, García, Merino y Mora, 2019: 119), por lo que no resultaría necesaria modificación legislativa alguna sino una interpretación ajustada a un Derecho penal del hecho.

²¹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-24/17, de 24 de noviembre, solicitada por la República de Costa Rica, “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”, ha definido persona cisgénero la situación en la que “la identidad de género de la persona corresponde con el sexo asignado al nacer”.

²² Concepto que tampoco ha sido reconocido por la Real Academia de la Lengua Española.

Otra opción, aunque entiendo innecesaria, sería que *lege ferenda*, y para evitar las distintas interpretaciones judiciales que hay al respecto de modo que en ocasiones hay pronunciamientos favorables a su aplicación con carácter general (por ejemplo, el hipotético supuesto de una persona agredida por un grupo de personas negras por el mero hecho de ser blanco) mientras que en otras se limita su aplicación a colectivos en situación de vulnerabilidad, se podrían reformular estos tipos penales a fin de que se determine que nos encontramos ante un *discriminatory selection model* (modelo de discriminación selectiva, habitual en los sistemas europeos, en el que la discriminación o la afección al sujeto pasivo solo se produce en los supuestos en los que este se encuentra en una situación de vulnerabilidad como consecuencia de su identidad). En sentido similar, la Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, a fin de evitar la impunidad en supuestos de discriminación por asociación²³ o discriminación por error inverso²⁴, modifica la agravación genérica de modo que incluye un inciso final en el que indica que será de aplicación la misma “con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta”.

Por otro lado, frente a la valoración de fobias u odios concretos, que nos acerca hacia valoraciones más propias de un Derecho penal de autor, resulta más oportuno, como propone la doctrina mayoritaria, hacer referencia a causas de discriminación (Gómez, 2019: 47), que no se remiten a la ideología del sujeto activo sino a la propia acción y hecho cometido por el mismo.

Así, siguiendo la propia estructura de nuestro Código penal, y una interpretación sistemática del texto punitivo, junto con las razones esgrimidas relacionadas con los principios de taxatividad, seguridad jurídica y tipicidad, entiendo que habría sido más apropiado hacer referencia a términos neutros, como “razones socioeconómicas” frente a la opción de razones de exclusión social y de aporofobia.

4. CONCLUSIÓN.

Los sujetos que se encuentran en situación de vulnerabilidad por razones socioeconómicas son objeto de delitos (o incidentes que no siempre alcanzan esta calificación penal) motivados precisamente por la aporofobia. De este modo, se ha instado al legislador, tanto desde la doctrina como desde los distintos operadores jurídicos, a su inclusión en los distintos tipos penales que, tras diversas propuestas de reforma legislativa, ha tenido su fruto en la reciente introducción mediante Ley Orgánica 8/2021. Tanto es así que esta circunstancia ha sido objeto de valoración en los distintos informes anuales sobre la evolución de los incidentes relacionados con los delitos de odio en España que lleva a cabo la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior.

No obstante, y atendiendo a una interpretación sistemática de nuestro Código penal y a su inclusión homogénea y coherente en el texto punitivo, no resulta adecuado introducir la aporofobia y la exclusión social en los términos en los que lo ha hecho la Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, sino que habría sido más oportuno la utilización de una causa discriminatoria neutra como las que ya utiliza el legislador que, al mismo tiempo, determine las causas discriminatorias sin fórmulas indefinidas o incluso abiertas. Por ello, *lege ferenda*, se propone que la agravante genérica contemple el hecho de “cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad o razones socioeconómicas”.

²³ El sujeto activo del delito lleva a cabo un comportamiento discriminatorio pero no lo ejerce contra quien pertenece, o cree que pertenece al grupo vulnerable, sino contra aquellas personas que tienen algún vínculo (profesional, laboral, sentimental, de amistad, etc.) con dichos colectivos.

²⁴ El sujeto pasivo objeto del delito es ajeno a la característica identitaria objeto de tutela, pero ha sido seleccionado por el sujeto activo bajo la creencia de que formaba parte del grupo que se encuentra en situación de vulnerabilidad. Un ejemplo lo constituye la Sentencia del Tribunal Supremo número 1341/2002, de 17 de julio, que confirma la condena por un delito de lesiones con la concurrencia de la circunstancia agravante de discriminación por la orientación sexual del sujeto pasivo, pese a que “no se ha[b]ía probado la homosexualidad del lesionado ni le fué atribuido tal carácter” pero “los acusados se habían dirigido a una zona que conocían era frecuentada por homosexuales, a lo que corresponde el comentario hecho por otro de los acusados a los que le acompañaban, de que el lugar estaba lleno de ellos, que se reafirmó en su postura al añadir, ante pregunta del luego lesionado, que le daban asco, con todo lo cual se transparenta inequívocamente que la siguiente agresión se llevó a cabo, frente a persona que se suponía homosexual, y en razón de la supuesta tendencia sexual del mismo”.

REFERENCIAS

- BUSTOS RUBIO, M.: *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22.4ª CP)*. Barcelona: Editorial Bosch, 2020.
- CORTINA ORTS, A.: *Aporofobia, el rechazo al pobre*. Madrid: Editorial Paidós, 2017.
- DÍAZ LÓPEZ, J. A.: *El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4º CP*. Cizur Menor (Navarra): Editorial Thomson Reuters, 2013.
- FUENTES OSORIO, J. L. (2017). El odio como delito. EN: *RECPC*, 2017, núm. 19.
- GASCÓN CUENCA, A., ANÓN ROIG, Mª J., GARCÍA CÍVICO, J., MERINO Y SANCHO, V. y MORA CASTRO, A. *Igualdad de trato, prevención de la discriminación y delitos de odio en la Comunitat Valenciana*. València: Editorial Tirant Lo Blanch, 2019.
- GÓMEZ MARTÍN, V. ¿Promoción de la igualdad o protección de la seguridad? A propósito de los delitos de odio y discriminación en el Código Penal español. En: MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.) *Constitución y sistema penal*. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2012, pp. 175-222.
- GÓMEZ MARTÍN, V. Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2016, núm. 18.
- GÓMEZ MARTÍN, V. *Delitos de discriminación y discurso de odio punible. Nuevo escenario en España tras la LO 1/2015*. Portugal: Editorial Juruá, 2019.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*. València: Editado por la Universitat de València, 1989.
- GOYENA HUERTA, J. En: GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.), *Comentarios al Código penal*. Madrid: Editorial Lex Nova, 2010.
- LANDA GOROSTIZA, J.M. *Los delitos de odio*. València: Editorial Tirant Lo Blanch, 2018.
- LANDA GOROSTIZA, J. M. Racismo, xenofobia y Estado democrático. En: *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, , 2004, núm. 18, pp. 59-72.
- LAURENZO COPELLO, P. ¿Hacen falta figuras género específicas para proteger mejor a las mujeres?. En: *Estudios penales y criminológicos*, 2015, núm. XXXV.
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. Circunstancias modificativas. Arts. 21 y 22. En: ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. Y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dir.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*. València: Editorial Tirant lo Blanch, 2010, pp. 47-54.
- MARTÍN RÍOS, B. La represión del discurso de odio a través del Derecho Penal. Debilidades y fortalezas de la regulación penal actual. En MARTÍN RÍOS, B. (coord.), *La prevención y represión del discurso del odio. Hacia la construcción multidisciplinar de la tolerancia*. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 2019, pp. 61-87.
- MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M. *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*. València: Editorial Tirant lo Blanch, 2015.
- OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, N. *La circunstancia agravante genérica de discriminación por razones de género*. Madrid: Editorial Iustel, 2019.
- QUINTERO OLIVARES, G. *Parte General del Derecho Penal*, 5ª ed. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 2015.
- RAIS FUNDACIÓN. *Los delitos de odio contra las personas sin hogar. Informe de investigación*. Madrid: 2015.
- RIBOTTA, S: “Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, pobreza y acceso a la justicia”. En: *Revista Electrónica Iberoamericana*, 2012, volumen 6, número 2.
- SALINERO ALONSO, C. *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal*. Albolote (Granada): Editorial Comares, 2000.
- SALINERO ECHEVARRÍA, S. La nueva agravante penal de discriminación. Los ‘delitos de odio’. En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2013, núm. XLI, pp. 263-308.

Revista
SISTEMA PENAL CRÍTICO

**¿DEBEN IR LOS POBRES A LA CÁRCEL POR EL IMPAGO
DE UNA PENA DE MULTA?**

**¿SHOULD THE POOR BE IMPRISONED FOR NOT PAYING
A CRIMINAL FINE?**

Regina Helena Fonseca Fortes-Furtado

Profesora asociada de Derecho Penal en la Universidad de Oviedo

Doctora en Derecho penal por la Universitat Pompeu Fabra

fortesregina@uniovi.es

RESUMEN:

El término aporofobia designa el odio al indigente, la aversión a los desfavorecidos. El Derecho penal puede ser una manifestación de la aporofobia si se utiliza ideológicamente como instrumento en manos de los poderosos para perpetuar las discriminaciones contra los pobres y mantener las desigualdades sociales. El presente artículo analiza si la responsabilidad personal subsidiaria por el impago de multa del artículo 53.1 del Código Penal puede ser una expresión de la aporofobia, en la medida en que el impago de la pena de multa puede dar lugar a la imposición de una pena de prisión. Es sabido que las penas privativas de libertad de corta duración son desproporcionadas e ineficaces; además, si se aplican a personas económicamente vulnerables son discriminatorias, pues mantienen las desigualdades sociales al tratar a ricos y pobres de manera idéntica, cuando deberían tratar a los pobres de manera compatible con su situación. Por este motivo, proponemos una alteración del artículo 53.1 del Código penal para evitar que se puedan imponer penas de prisión a las personas pobres que no pueden pagar multas aplicadas en procedimientos judiciales penales.

ABSTRACT:

The term aporophobia refers to hatred of the homeless and aversion to the disadvantaged. Penal law can be a manifestation of aporophobia if used ideologically as an instrument in the hands of the powerful to perpetuate discrimination against the poor and keep social inequality. This article examines whether personal liability for non-payment of a fine under article 53.1 of the Penal Code may be an expression of aporophobia, in so far as non-payment of the fine penalty may result in the enforcement of prison sentence. As is well known, short-term custodial sentences are disproportionate and ineffective. Moreover, if they apply to economically vulnerable people, they are discriminatory, as they preserve social inequalities by treating rich and poor people identically, when they should treat the poor in a way which is consistent with their situation. For this reason, we propose an alteration of article 53.1 of the Penal Code to prevent giving a prison sentence to poor persons who cannot pay the fines charged in criminal proceedings.

PALABRAS CLAVE:

Aporofobia, Multas penales, impago de multas, prisión del deudor

KEYWORDS:

Aporophobia, criminal fines, unpaid fines, debtors' imprisonment

SUMARIO:

1. Introducción; 2. El Derecho penal como manifestación de la aporofobia; 3. La responsabilidad personal subsidiaria por el impago de multa; 3.1 La desproporcionalidad de la medida; 3.2 Una medida discriminatoria contra los pobres; 3.3 Una medida contraproducente por ineficaz e ineficiente en términos de prevención y represión de los delitos; 4. Conclusiones y propuestas.

“Poverty (in no way) immunizes from punishment”

1. INTRODUCCIÓN

La cita con la que empieza el presente trabajo procede del caso *Bearden v. Georgia*, 461 US 660 (1983), del Tribunal Supremo de Estados Unidos, pero nos hemos tomado la libertad de poner entre paréntesis la expresión que niega a la pobreza un efecto inmunizante contra el castigo penal. Y se ha hecho a propósito, pues en este estudio se propone una interpretación reductora de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de una multa penal, para impedir así que tal impago por una persona pobre pueda conllevar la sustitución por la pena de prisión y su entrada en la cárcel y ello porque estamos ante una medida desproporcionada, discriminatoria y contraproducente, en fin, ante una manifestación de la aporofobia del Derecho penal.

2. EL DERECHO PENAL COMO MANIFESTACIÓN DE LA APOROFOBIA

Ser pobre no es -y no puede ser-, desde luego, un delito en países que se conforman como Estados sociales y democráticos de Derecho, pero desde hace mucho tiempo varios autores denuncian una inequívoca y directa relación entre la exclusión social (el *underclass*) y la posibilidad de ir a la cárcel por cometer delitos menores, consecuencia de una nefasta gestión neoliberal de la marginalidad¹, incluso en países que mantienen el compromiso constitucional de proteger a los ciudadanos, evitando -o al menos tratando de minorar- los indeseados efectos de la vulnerabilidad económica; no en vano, este es el motivo por el que, además de democráticos, se califican como Estados sociales.

Por otro lado, y como la cara opuesta de la misma moneda, se suele señalar la existencia de una “cifra dorada”² de criminalidad para referirse al conjunto de delitos cometidos por quienes cuentan con un estatus privilegiado en el ámbito socioeconómico y político, que les permite evadir la justicia, un puente “de oro” a la impunidad. No se trata de un problema de detección de los delitos, como la acuñada cifra negra (*dark number*), sino más bien de un claro caso de favorecimiento de los más ricos, una vez que esas conductas delictivas o bien no están tipificadas penalmente o bien no se persiguen por los órganos responsables³.

Volviendo a la primera situación, y como es bien conocido, CORTINA ORTS acuñó el término aporofobia para designar el odio al indigente, la aversión hacia los desfavorecidos⁴. Una de las manifestaciones de la aporofobia sería el uso del Derecho penal como instrumento en manos de los poderosos para perpetuar las discriminaciones contra los pobres y mantener las desigualdades sociales.

Respecto a la intersección entre delito, pobreza y pena son significativas las aportaciones de SILVA SÁNCHEZ en el sentido de mitigar el dolor infligido por el Derecho penal a ciertos grupos sociales, tales como pobres, minorías étnicas, inmigrantes, etc., en virtud de su poca o nula participación en el proceso democrático de decisión política que conforma a las normas penales. A ese déficit se suma la infracción del deber de garante de la igualdad social del Estado, que implica su corresponsabilidad por no haber neutralizado los factores criminógenos desencadenantes del hecho cometido por el autor pobre⁵.

3. LA RESPONSABILIDAD PERSONAL SUBSIDIARIA POR EL IMPAGO DE MULTA

El artículo 53.1 del Código penal determina que “si el condenado no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas que, tratándose de delitos leves, podrá cumplirse mediante localización permanente”⁶, lo que se conoce por responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (en adelante RPSIM).

¹ En este sentido, son significativas las obras de WACQUANT, Loïc, 2010. *Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social*. Barcelona: Gedisa; y de SALES I CAMPOS, Albert, 2014. *El delito de ser pobre. Una gestión neoliberal de la marginalidad*. Barcelona: Icaria, pp. 24/31.

² VERSELE, Severín-Carlos, 1976. *Las “cifras doradas” de la delincuencia*, Resumen de una presentación hecha ante el Consorcio Europeo de Investigaciones Políticas, Bruselas.

³ Sobre ambas tendencias en política-criminal, cfr. TERRADILLOS BASOCO, Juan María, 2020. *Aporofobia y Plutofilia. La deriva jánica de la política criminal contemporánea*. Barcelona: J.M. Bosch.

⁴ CORTINA ORTS, Adela, 2017. *Aporofobia, el rechazo al pobre: Un desafío para la democracia*. Barcelona: Paidós, pp. 17-27.

⁵ Por consiguiente, el Estado *desprotector* no puede penalizar manifestaciones externas de la pobreza, como dormir al raso, comer o defecar en la calle o practicar la mendicidad en espacios públicos. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, 2018. *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*. Barcelona: Atelier, pp. 91-98 y 107.

⁶ Por razones de espacio no podemos profundizar en la multa proporcional, pero también con relación a esta pena habría que pensar una forma de adecuación a la incapacidad económica del infractor en virtud del principio constitucional de proporcionalidad y de igualdad (con la RPSIM).

Señala ROCA DE AGAPITO que el fundamento de la RPSIM se encuentra en el principio de la inderogabilidad de las penas con vistas a garantizar que también las de tipo pecuniario se cumplan⁷. Según este autor, cuando un sujeto comete un hecho castigado con multa se le está conminando con dos penas (multa y la RPSIM), pues se trataría de una auténtica pena privativa de libertad de carácter autónomo y subsidiario⁸, pero que adolece de inconstitucionalidad por vulneración del principio de proporcionalidad y de legalidad en el caso de la efectiva privación de libertad. Por otro lado, entiende GRECO que la pena de multa es una pena en sentido derivado, que puede materializarse en una afectación de un derecho innato de la personalidad (vida, integridad física y libertad), pero que, en definitiva, “solo se constituiría pena en tanto que afectación *in potentia* de la libertad del condenado”⁹, con lo cual se trataría de una pena privativa de libertad solo potencialmente.

Dejando de lado, de momento, la cuestión de la naturaleza de la pena de multa y de los fundamentos de la RPSIM y su constitucionalidad¹⁰, lo que se quiere analizar en este estudio es el efecto de la vulnerabilidad económica y la involuntaria imposibilidad de solventar la pena de multa por el reo por ausencia -temporal o con vocación de definitiva- de capacidad de consumo¹¹.

Lo cierto es que el impago de la pena de multa puede generar la aplicación de una pena privativa de libertad por un período de tiempo corto o, incluso, demasiado corto, contra los que no cuentan con medios económicos necesarios ni para afrontar la propia supervivencia, algo que nos parece desproporcionado, discriminatorio y contraproducente, como vamos a ver a continuación.

3.1 LA DESPROPORCIONALIDAD DE LA MEDIDA

Parece imprescindible recordar que la pobreza es un motivo más que suficiente para que no se aplique la forma más extrema de fuerza estatal contra aquellos que en estos momentos están más necesitados del auxilio del propio Estado por su condición de vulnerables¹².

⁷ Cfr. ROCA DE AGAPITO, Luis, 2003. *La responsabilidad personal subsidiaria por impago de la pena de multa*. Valladolid: Lex Nova, p. 305.

⁸ ROCA DE AGAPITO, *op. cit.*, p. 299, pone de relieve que “cuando un sujeto comete un hecho castigado con multa, en realidad, no se le conmina con una pena de multa, sino que se le está conminando con dos penas: una, de carácter principal -la multa-, y otra de carácter subsidiario -la responsabilidad personal subsidiaria-, que únicamente resulta aplicable cuando no lo sea la pena principal. Pero ello no le niega en absoluto el carácter de auténtica pena”.

A nuestro juicio, la RPSIM es una consecuencia del incumplimiento de una sanción y no una consecuencia jurídica del delito. De la misma manera, si un reo no ingresa en prisión el Estado cuenta con mecanismos de cumplimiento de la pena privativa de libertad, por ejemplo, protocolos de busca y captura, extradición, la orden de detención europea... , que no por eso integrarían el concepto de pena privativa de libertad.

⁹ Cfr. GRECO, Luis, 2015. *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*, Berlin: Dunker & Humblot, pp. 648 ss., 659; ROXIN, Klaus/GRECO, Luis, 2020. *Strafrecht – Allgemeiner Teil. Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenlehre*, v.1, 5ª ed., párr. 2º, nm. 1f, 1g, Múnich: C.H. Beck; tomos las referencias de COCA VILA, Ivó, 2021, “La pena de multa en serio. Reflexiones sobre su dimensión y aseguramiento aflictivos a través del delito de quebrantamiento de condena (art. 468 CP)”, *InDret*, núm. 3, p. 74, nota 16.

¹⁰ El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de manifestarse en dos ocasiones sobre la RPSIM en la redacción original del CP de 1995; en ambas afirmó su constitucionalidad: en la STS 230/1991, de forma indirecta, al decidir respecto de la prelación en los pagos de las responsabilidades económicas derivadas del delito del antiguo artículo 111 del Código Penal; y, de forma directa, en la STC 19/1988, de 16 de febrero.

¹¹ Sobre la multa como reducción coactiva temporal de la capacidad de consumo del condenado, véase COCA VILA, Ivó (2021), “La pena de multa en serio. Reflexiones sobre su dimensión y aseguramiento aflictivos a través del delito de quebrantamiento de condena (art. 468 CP)”, *InDret*, núm. 3, pp. Propone el autor una expansión de la pena de multa prácticamente a la totalidad de delitos, hacia un Derecho penal protagonizado exclusivamente por la pena pecuniaria en el que la RPSIM actuaría como factor de coerción al cumplimiento de la pena de multa, al prever la conversión en penas de prisión en caso de insolvencia y, por otro lado, el delito de quebrantamiento de condena del art. 468 CP trataría de contener la dispersión fáctica del dolor penal en el entorno social para que el condenado evite repercutir la pena en su entorno (social, empresarial, familiar..).

¹² La condición de vulnerabilidad socioeconómica puede configurar la circunstancia agravante de discriminación contra el pobre. Con amplias referencias, BUSTOS RUBIO, Miguel, 2020. *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22, 4ª CP)*. Barcelona: J.M. Bosch, 2020. Cfr. la L.O. 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que en su Exposición de Motivos señala que “dentro del espíritu de protección que impulsa este texto legislativo, se ha aprovechado la reforma para incluir la aporofobia y la exclusión social dentro de estos tipos penales, que responde a un fenómeno social en el que en la actuación delictiva subyace el rechazo, aversión o desprecio a las personas pobres, siendo un motivo expresamente mencionado en el ar-

Recientemente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Lăcătuș v. Suiza*¹³, condenó de forma unánime a Suiza por haber aplicado una pena de prisión de cinco días por el impago de la multa de 500 CHF (464 euros aproximadamente) a una mujer de etnia gitana condenada por mendicidad según las leyes penales del cantón de Ginebra. Entendió el TEDH que la condena era desproporcionada y que afectaba a la “dignidad humana de una persona extremadamente vulnerable”:

The Court considered that the penalty imposed on the applicant had not been proportionate either to the aim of combating organised crime or to the aim of protecting the rights of passers-by, residents and shopkeepers. The applicant was an extremely vulnerable person who had been punished for her actions in a situation in which she had in all likelihood had no choice other than to beg in order to survive. In the Court’s view, the penalty imposed had infringed the applicant’s human dignity and impaired the very essence of the rights protected by Article 8, and the State had thus overstepped its margin of appreciation in the present case. The Court concluded that the interference with the exercise of the applicant’s Article 8 rights had not been ‘necessary in a democratic society’ within the meaning of Article 8 § 2 and that there had been a violation of Article 8 of the Convention¹⁴.

No vamos a entrar aquí en otro importante aspecto de la cuestión, como es la falta de legitimidad de los Estados para imponer sanciones administrativas o penales a las personas que se dedican a la mendicidad, por atentar contra el principio de dignidad y por ser discriminatorias contra los pobres¹⁵. Además, la cuestión parece zanjada por el TEDH al afirmar que la mendicidad es compatible con el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH); en conclusión, estaría amparada por ese Convenio¹⁶.

No se puede perder de vista que se trata del conflicto entre dos bienes jurídicos de distinta jerarquía, como son la libertad y el patrimonio del penado, con una brutal diferencia cuantitativa y cualitativa entre la imposición de una pena de multa y una de prisión, además de la dificultad añadida que conlleva sustituir penas patrimoniales por privativas de libertad en los casos de insolvencia, sin quebrantar los principios de proporcionalidad e igualdad. Con lo cual, queda claro que la RPSIM impone una fungibilidad entre el patrimonio y la libertad que no se justifica en ninguna hipótesis, ni tampoco con la fijación de un baremo compensatorio como hace el art. 53.1 CP, principalmente si se toma en consideración el carácter afflictivo de la pena de prisión. En suma, se trata de una medida desproporcionada por excesiva¹⁷.

título 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”.

¹³ Cfr. TEDH, Asunto 14065/15, de 19 de enero de 2020 [Fecha de consulta: 18/11/2021] Recuperado de: LACATUS c. SUISSE (coe.int)

¹⁴ TEDH, *Press Release* [Fecha de consulta: 26/04/2021] Recuperado de: Judgment Lacatus v. Switzerland - sanction imposed for begging on the public highway violated the Convention (1).pdf

¹⁵ Como puso de relieve Maya HERTIG, vicedecana de la Facultad de Derecho de la Universidad de Ginebra y vicepresidenta de la Comisión Federal contra el Racismo, utilizar una sanción penal genera discriminación “porque las personas afectadas acaban en la cárcel y la gente tiene la impresión de que se trata de una población criminal, cuando somos nosotros quienes hemos criminalizado una conducta inofensiva” y añade que “deberíamos preguntarnos por qué nos molesta tanto ver la pobreza”, criticando la posición del Tribunal Federal suizo que considera que aunque sea un derecho fundamental se puede prohibir (disponible en *Festival Black Movie 2021* [en línea] Vimeo, [fecha de consulta: 18/11/2021] Recuperado de: Black Movie 2021 I Table Ronde I Questions de solitude(s) on Vimeo).

¹⁶ Cfr. CIGÜELA SOLA, Javier, 2019. *Crimen y castigo del excluido social. Sobre la ilegitimidad política de la pena*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 285-286, propone una teoría del delito que sea permeable a la justicia social y analiza las posibles puertas de entrada al Derecho penal de soluciones más humanizadoras y orientadas en términos de filosofía y no a los rendimientos tradicionalmente sentados en la filosofía moral.

¹⁷ En este sentido: ROCA DE AGAPITO, *op. cit.*, pp. 315-316, donde señala que “la mayor o menor gravedad de la pena debe tener relación con la mayor o menor importancia del bien jurídico protegido, y si el legislador ha decidido castigar un determinado comportamiento delictivo con una sanción pecuniaria, es porque considera que ésa es la respuesta que merece la lesión del bien jurídico protegido por la norma. Al convertir la sanción pecuniaria en una pena privativa de libertad, como es la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 CP, se está protegiendo de forma excesiva un determinado bien jurídico. Y el legislador, como habíamos dicho, de entre los medios posibles a su alcance, debería optar por el menos lesivo de todos. Por eso, se puede afirmar que la responsabilidad personal subsidiaria, como pena privativa de libertad, es innecesaria, por excesiva”. Sobre el problema del encarcelamiento de los no pagadores de multas penales, véase FARALDO CABANA, Patricia (2017), *Money and the Governance of Punishment. A genealogy of the penal fine*, Londres: Routledge, pp. 82/84 y el análisis del largo camino hasta el sistema de días-multa.

3.2 UNA MEDIDA DISCRIMINATORIA CONTRA LOS POBRES

También es cierto que hay una gran probabilidad de que el afilado hilo de la espada de Damocles de la RPSIM caiga sobre el insolvente en cumplimiento de la máxima de que “las sentencias están para ser cumplidas” -lo que es cierto, y no lo ponemos en duda-; con todo, eso nos lleva a la sencilla conclusión de que los que pueden pagar la pena de multa no van a la cárcel, lo que genera una situación de discriminación contra los que no pueden pagarla, pues la ley trata de forma idéntica a personas en situaciones distintas.

Por este motivo, entendemos que el Derecho penal debería tomar en consideración no solo la capacidad económica del infractor sino también su *incapacidad económica* en atención a lo establecido por el artículo 14 de la Constitución española (CE) que afirma que “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”¹⁸. La igualdad ante la ley -igualdad formal-, que prohíbe la discriminación por los motivos enumerados, no de forma exhaustiva, en el artículo 14, se complementa, además, con el mandato de “igualdad material” del artículo 9.2 CE, que obliga a los poderes públicos a remover los obstáculos que impiden o dificultan que esa igualdad sea efectiva.

Por lo que respecta a los tratados internacionales sobre derechos, con valor interpretativo para nuestras normas iusfundamentales ex artículo 10.2 CE, cabe recordar, en primer lugar, que el CEDH proclama que “el disfrute de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación” (art. 14). Además, y trascendiendo a los derechos reconocidos en el citado tratado, el Protocolo Adicional número 12 al Convenio, 4 de noviembre de 2000, en vigor desde el 1 de abril de 2005, prevé que “1. El disfrute de todo derecho previsto por ley ha de ser asegurado sin discriminación alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación. 2. Nadie puede ser objeto de discriminación por parte de una autoridad pública, cualquiera que sea ésta, que pretenda justificarse especialmente en los motivos mencionados en el párrafo 1” (art. 1).

Como se puede constatar, la lista de motivos de discriminación que menciona este precepto del Protocolo es idéntica a la del artículo 14 de la CE. Y se prefirió mantener esta opción ejemplificativa a la de incorporar nuevos supuestos (discapacidad física y mental, edad u orientación sexual) por considerar que era jurídicamente innecesario, dado que no se trata de un catálogo exhaustivo y omnicompreensivo y, se adujo, que la inclusión de menciones adicionales podría propiciar una interpretación que amparara discriminaciones basadas en motivos no reflejados.¹⁹

Ahora bien, ninguna de estas previsiones prohíbe cualquier trato diferenciado; sí, en palabras del Tribunal Constitucional (TC), el que introduzca “una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igual-

¹⁸ La igualdad se configura también como un valor superior del ordenamiento (artículo 1.1); fundamenta la remoción de obstáculos que la dificulten (9.2); inspira el sistema tributario (31.1) y es incluida en diversos derechos fundamentales, bien de manera explícita -como el acceso a cargos públicos (23.2), los derechos de los cónyuges (32.1) o los derechos de los hijos (39.2), bien de forma implícita -igualdad de derechos en las distintas partes del territorio (artículos 138.2 y 139.1). Sobre estas cuestiones pueden verse, con carácter general, los siguientes trabajos: BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa, 2010. *Igualdad y Constitución española*. Madrid: Tecnos; GAVARA DE CARA, Juan Carlos, 2005. *El término de comparación en la aplicación del principio de igualdad*. Pamplona: Thomson-Aranzadi; GIMÉNEZ GLUCK, David, 2004. *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*. Barcelona: Bosch; PRESNO LINERA, Miguel Ángel, 2020. “¿Ha sido España país para viejos durante la emergencia sanitaria de COVID-19?”, *IgualdadES* [en línea], nº 3, pp. 275-312 [fecha de consulta: 18/11/2021]. Recuperado de: CEPC - revistas electrónicas; REY MARTÍNEZ, Fernando, 2014. “El principio de igualdad en el contexto de la crisis del Estado social: diez problemas actuales”, *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, Oviedo: Junta General del Principado de Asturias, pp. 289-312; REY MARTÍNEZ, Fernando, 2017. “Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018”, *Revista de derecho político*, nº 100, sep-dic, Ejemplar dedicado a: Monográfico con motivo del XL aniversario de la Constitución Española (I), pp. 125-171.

¹⁹ Existen también prohibiciones específicas de discriminación en el ámbito laboral (Carta Social Europea), lingüístico (Carta Europea de las lenguas regionales o minoritarias) y matrimonial (art. 5 del Protocolo Adicional número 7) y este conjunto normativo persigue un grado similar de protección al de otros instrumentos, como el artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el Título III de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (arts. 20 a 23), etc.

dad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados” (STC 63/2011, de 16 de mayo, FJ 3).

Esta línea interpretativa coincide con lo ya dicho por el TEDH en el sentido de que una diferencia es discriminatoria si carece de justificación objetiva y razonable, es decir, si no persigue un fin legítimo o si no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido²⁰.

Con relación a la RPSIM, está claro que persigue un fin legítimo como es el cumplimiento de las penas; específicamente, de la pena de multa, pero la conversión de una sanción económica en una sanción privativa de libertad consistente en prisión, además de desproporcional, es discriminatoria por no tener en cuenta las diferencias socioeconómicas existentes entre los penados. La utilización de la RPSIM, por sí sola, no justifica los fines perseguidos, una vez que hay otras opciones más adecuadas y que evitarían el trato discriminatorio contra los pobres, como veremos más adelante.

3.3 UNA MEDIDA CONTRAPRODUCENTE POR INEFICAZ E INEFICIENTE EN TÉRMINOS DE PREVENCIÓN Y REPRESIÓN DE LOS DELITOS

La pena persigue ciertas finalidades de prevención de los delitos, que se combinan con la represión de los que no consigue evitar, con el objetivo de que no se sigan cometiendo, ni por la persona que delinquirá, ni por las demás, en un sistema al que se denomina sistema penal estatal. Para SILVA SÁNCHEZ, ROBLES PLANAS y PASTOR MUÑOZ, en relación con lo propuesto por PAWLIK, la pena debe cumplir con dos objetivos: la coherencia y la adecuación a los tiempos²¹, y dichos autores se preguntan cuánto lastre de tradición hay que soltar para cumplir con este último cometido.

Es cierto que la finalidad de prevención general de delitos es deseable y acompaña la imposición de la pena pero no puede cumplir el papel de fundamento de legitimación de esa y ello porque también se encuentran, como hemos dicho, el carácter reactivo y de desaprobación (represión). La pena, por consiguiente, no es la imposición de un mal sino un acto positivo de confirmación de la norma por infracción del deber cívico de cooperar al mantenimiento de un estado de libertades jurídicamente configurado. Es el principio de igualdad de todas las personas en el ejercicio de la corresponsabilidad por el mantenimiento de un estado de libertades que recae en cada ciudadano por un imperativo de justicia. El deber secundario de tolerancia recae en los que incumplen con el mencionado deber primario de cooperación.

En fin, la idea de la pena como un mal observable, que, “en función del grado de seguridad de que goce una sociedad, tanto más aislado podrá verse el delito y las penas podrán ser más leves”, como resultado lógico de la evolución social y cultural misma.

Por ese motivo, es prácticamente unánime el entendimiento de que las penas de corta duración no despliegan los efectos preventivos deseados, algo consolidado en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokyo), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990²², que en su artículo 14.4 prevé que en el caso de modificación o revocación

²⁰ Cfr. TEDH, asunto *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*, de 28 de mayo de 1985 [Fecha de consulta: 18/11/2021] Recuperado de: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22TEDH,%20asunto%20Abdulaziz,%20Cabales%20y%20Balkandali%20c.%20Reino%20Unido,%20de%2028%20de%20mayo%20de%201985.%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-165107%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22TEDH,%20asunto%20Abdulaziz,%20Cabales%20y%20Balkandali%20c.%20Reino%20Unido,%20de%2028%20de%20mayo%20de%201985.%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-165107%22]})

²¹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, ROBLES PLANAS, Ricardo y PASTOR MUÑOZ, Nuria, “Estudio Introductorio”, en PAWLIK, Michael, 2016. *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, Atelier: Barcelona, pp. 20-21, donde señala que puede comprenderse la relevancia de los elementos no instrumentales en el Derecho al constatar que el delincuente “no actúa en virtud de decisiones prudenciales concretas, sino siguiendo disposiciones habituales ancladas emocionalmente en su sistema de valores”, añadiendo que “la validez social del Derecho tiene que ver en amplia medida con que se reconozca su vinculación ético-social, algo que por su parte no es susceptible de imposición a través de coacción. Por eso, tampoco la teoría de la prevención especial puede legitimar la imposición de pena. Ello, aunque el agente, en la medida en que no abandone el rol de ciudadano, le incumba un deber de cooperar a su propia resocialización”.

²² NACIONES UNIDAS, *Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de*

de la medida no privativa de libertad, la autoridad competente intentará imponer una medida sustitutiva no privativa de libertad que sea adecuada, exactamente para evitar la imposición de sanciones privativas de libertad de corta duración.

Se trata de evitar que, una vez el legislador ha dejado en manos de la autoridad judicial que, de una manera razonada y flexible, decida la pena más idónea en el caso concreto, se puedan cometer ataques injustificados - e irreparables- contra la libertad individual.

También es cierto que las Reglas de Tokyo admiten la imposición de penas de prisión cuando no existan otras medidas sustitutivas adecuadas. Sin embargo, a nuestro juicio, en el caso de insolvencia ocasionada por motivos de pobreza está desaconsejada la imposición de penas cortas privativas de libertad y ello en una interpretación más acorde con los principios que inspiraron en su día la elaboración de dichas reglas, fruto del movimiento que pretendía abolir las penas cortas privativas de libertad por ser contraproducentes en términos de eficiencia y eficacia (preventiva y represiva).

En la línea de lo sostenido por JAREÑO LEAL, entendemos que se trata de una pena contraproducente, pues, con relación a la prevención general, la eventual imposición de una pena privativa de libertad se percibe como algo asumible por los que tienen capacidad económica y que, por lo tanto, no van a prisión, mientras que los que no la tienen sí pueden ir a prisión; también la prevención especial negativa se ve mermada por el hecho de que genera en el infractor un sentimiento de sublevación, pues es percibida como excesiva e injusta, especialmente la pena de prisión aplicada en sustitución a la de multa.²³

Por otro lado, sería una incoherencia sistemática que en la fase de ejecución se pudiese imponer una pena de prisión, por ejemplo, para un delito que tuviera prevista exclusivamente la pena de multa u otra pena no privativa de libertad, como las penas de inhabilitación o de privación de derechos²⁴.

Adicionalmente, como señala SILVA SÁNCHEZ, en el sistema del Derecho Penal se admiten varias cesuras, a las que denomina separaciones acústicas de las normas; la primera, entre la norma primaria y la secundaria, y otra separación adicional, en la norma terciaria: la ejecución de la pena. Estamos de acuerdo en que, en algunos casos, la imposición de una pena puede ser solo la manifestación del injusto culpable, que en sí mismo ya comporta una carga emocional de dolor y aflicción al condenado y que, a veces, ya es suficiente “per se”, sin que requiera de la ejecución, esto es, de un dolor adicional²⁵.

Tokyo). [Fecha de consulta: 18/11/2021] <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/TokyoRules.aspx>

²³ Cfr. JAREÑO LEAL, Ángeles, 1994. *La pena privativa de libertad por impago de multa*. Madrid: Civitas, pp. 204 ss. y 211, para esta autora la pena de prisión en virtud de la RPSIM es una pena *desocializadora*, que conduce a una “desviación del efecto intimidatorio”.

²⁴ Encontramos muy interesante recordar que algunos países promovieron alteraciones en sus Códigos penales para prohibir la conversión de la pena de multa en prisión; un ejemplo paradigmático es Brasil, que en el año 1996 modificó el art. 51 de su Código Penal para ajustarlo a lo previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) a través de la Ley nº 9.268, de 01 de abril de 1996: “*Art. 51. Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição*” (traducción libre de la autora: *Si es firme la sentencia condenatoria, la multa se considera deuda de valor y se le aplican las normas de la deuda activa de la Hacienda Pública, incluso con relación a las causas de interrupción y suspensión de la prescripción*). En la Exposición de Motivos de la ley se justifica la medida pues: “Se o Estado, como ente político de representação da sociedade, responde à determinada conduta delituosa com a pena de multa é esta sanção que, efetivamente, se apresenta como necessária e suficiente para prevenção e repressão do delito. A conversão da pena de multa em prisão, por fato posterior à sua aplicação (omissão do pagamento ou frustração de sua execução), perde o sentido de proporcionalidade que deve ser inerente à todas as formas de reação punitiva, além de caracterizar uma indistintada forma de prisão por dívida, constitucionalmente vedada” (traducción libre por la autora: “Si el Estado, como ente político de representación de la sociedad, responde a determinada conducta delictuosa con la pena de multa, ésta es la sanción que, efectivamente, se representa como necesaria y suficiente para la prevención y represión del delito. La sustitución de la pena de multa por la de prisión, por un hecho posterior a su aplicación (impago o frustración de la ejecución), implica la pérdida del sentido de proporcionalidad, inherente a todas las formas de reacción punitiva, además de caracterizar una indisimulada forma de prisión por deuda, constitucionalmente vedada”), en *Diário do Congresso Nacional*, Ano L, nº 129, 04/08/1955, p. 19427 [Fecha de consulta: 18/11/2021] Recuperado de: (Impressão de fax em página inteira) (camara.gov.br).

²⁵ En este sentido la consulta de la Fiscalía General del Estado núm. 6/1999, de 16 diciembre, ya señalaba que la validez constitucional de la RPSIM “sigue pendiente de que en su ejecución no se produzca un exceso represivo que la haga innecesariamente restrictiva de los derechos del reo. Su régimen de cumplimiento ha de orientarse por ello hacia una

No obstante, no vamos a poder explorar esta vertiente en estas breves líneas pero, por supuesto, se trata de una vía para solucionar la cuestión, que pasaría por no llegar a la tercera fase, la de la ejecución de la pena de multa, bastando con la condena expresada por el Estado en la sentencia²⁶.

Lo cierto es que la coacción estatal mediante la privación de libertad a quien haya desatendido una obligación patrimonial no conduce a la pacificación social mediante la reinserción, sino a la estigmatización y a la discriminación del pobre y no se justifica ni en términos preventivos ni represivos.

4. CONCLUSIONES Y PROPUESTA

Llegados a este punto, nuestra conclusión es que la RPSIM puede ser una expresión de la aporofobia en la medida en que solo formalmente garantiza la observancia de la capacidad económica del penado; sin embargo, materialmente, permite que el impago de la pena de multa por los económicamente vulnerables conduzca de manera invariable a su sustitución por una pena de prisión.

Dicha sustitución parece que no se corresponde con los postulados del principio de igualdad y de proporcionalidad de las penas; además, si la vulnerabilidad económica genera una situación que debe ser combatida por el Estado, en su afán protector, no puede ser que, en otro ámbito, exactamente el de las normas jurídicas, las personas o grupos que merecen un mayor grado de protección estatal se vean doblemente desatendidos, lo que implicaría una evidente afrenta al principio de dignidad de la persona humana (artículo 10.1 de la Constitución española)²⁷.

Por todo lo dicho, el presente estudio propone la modificación del art. 53 CP para que se excluya la parte que permite la sustitución de la pena de multa por la pena de prisión en el caso del impago de aquélla por persona pobre y ello en razón de su vulnerabilidad económica y social. En su caso, se seguiría permitiendo la sustitución por otros tipos de penas, pero no por privación de libertad a través de la imposición de una pena de prisión²⁸.

BIBLIOGRAFIA

BALAGUER CALLEJÓN, María Luísa, 2010. *Igualdad y Constitución española*. Madrid: Tecnos.

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

CIGÜELA SOLA, Javier, 2019. *Crimen y castigo del excluido social. Sobre la ilegitimidad política de la pena*. Valencia: Tirant lo Blanch.

COCA VILA, Ivó, 2021. “La pena de multa en serio. Reflexiones sobre su dimensión y aseguramiento aflictivos a través del delito de quebrantamiento de condena (art. 468 CP)”, *InDret*, núm. 3, pp. 69-99.

COCA VILA, Ivó, 2020. “What’s really wrong with fining crimes? On the hard treatment of criminal monetary fines”, *MPI-CSL Working Papers*, núm. 2, pp. 01-25.

CORTINA ORTS, Adela, 2017. *Aporofobia, el rechazo al pobre: Un desafío para la democracia*. Barcelona: Paidós.

Diário do Congresso Nacional, Ano L, nº 129, 04/08/1955, p. 19427 [Fecha de consulta: 26/04/2021] Recuperado de: (Impressão de fax em página inteira) (camara.gov.br)

suavización que impida en la medida de lo posible su automática asimilación a la pena de prisión”.

²⁶ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, op. cit., pp.19-20.

²⁷ De acuerdo con la STC 120/1990, de 27 de junio, “la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre -también, qué duda cabe, durante el cumplimiento de una pena privativa de libertad, como repetidamente se cuida de señalar la legislación penitenciaria [arts. 3, 18, 20, 23, 26 b) LOGP; 3.1, 74.9, 80, 182 b), 230.1 RP]-, constituyendo, en consecuencia, un *minimun* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona” (FJ 4º).

²⁸ Como afirma QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Las penas en el siglo XXI, reflexiones obligatorias”, en ROCA DE AGAPITO, Luis (Dir.) (2019), *Un sistema de sanciones penales para el siglo XXI*, Tirant lo Blanch: Valencia, p. 71: “La reflexión final sobre la pena de multa no puede ser otra que expresar el deseo de que la respuesta al impago pueda ser, en todo caso, cualquier medida que no comporta la privación de libertad, solución antigua que debiera ser definitivamente expulsada del sistema”.

European Roma Rights Center, Third-Party Intervention, TEDH, asunto *Lăcătuș v. Suiza*, de 19 de enero de 2020 [fecha de consulta: 18/11/2021] Recuperado de: Microsoft Word - third-party-intervention-lacatus-v-switzerland-22-august-2016.doc (errc.org)

FARALDO CABANA, Patricia (2017), *Money and the Governance of Punishment. A genealogy of the penal fine*, Londres: Routledge.

Festival Black Movie 2021 [en línea] Vimeo, [fecha de consulta: 18/11/2021] Recuperado de: Black Movie 2021 I Table Ronde I Questions de solitude(s) on Vimeo.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos, 2005. *El término de comparación en la aplicación del principio de igualdad*. Pamplona: Thomson-Aranzadi.

GIMÉNEZ GLUCK, David, 2004. *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*. Barcelona: Bosch.

GRECO, Luis, 2015. *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*, Berlin: Dunker & Humblot

JAREÑO LEAL, Ángeles, 1994. *La pena privativa de libertad por impago de multa*. Madrid: Civitas.

NACIONES UNIDAS, *Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokyo)*. [Fecha de consulta: 18/11/2021] <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/TokyoRules.aspx>

PAWLIK, Michael, 2016. *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, Atelier: Barcelona.

PRESNO LINERA, Miguel Ángel, 2020. “¿Ha sido España país para viejos durante la emergencia sanitaria de COVID-19?”, *IgualdadES* [en línea], nº 3, pp. 275-312 [Fecha de consulta: 18/11/2021]. Recuperado de: CEPC - revistas electrónicas.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Las penas en el siglo XXI, reflexiones obligatorias”, en ROCA DE AGAPITO, Luis (Dir.), 2019, *Un sistema de sanciones penales para el siglo XXI*, Tirant lo Blanch: Valencia.

REY MARTÍNEZ, Fernando, 2014. “El principio de igualdad en el contexto de la crisis del Estado social: diez problemas actuales”, *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, Oviedo: Junta General del Principado de Asturias, pp. 289-312.

REY MARTÍNEZ, Fernando, 2017. “Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018”, *Revista de derecho político*, nº 100, sep-dic, Ejemplar dedicado a: Monográfico con motivo del XL aniversario de la Constitución Española (I), pp. 125-171.

ROCA DE AGAPITO, Luis, 2003. *La responsabilidad personal subsidiaria por impago de la pena de multa*. Valladolid: Lex Nova.

ROCA DE AGAPITO, Luis (Dir.), 2019, *Un sistema de sanciones penales para el siglo XXI*, Tirant lo Blanch: Valencia.

ROXIN, Klaus/GRECO, Luis, 2020. *Strafrecht – Allgemeiner Teil. Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre*, v.1, 5ª ed., Múnich: C.H. Beck.

SALES I CAMPOS, Albert, 2014. *El delito de ser pobre. Una gestión neoliberal de la marginalidad*. Barcelona: Icaria.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, 2018. *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*. Barcelona: Atelier.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, ROBLES PLANAS, Ricardo y PASTOR MUÑOZ, Nuria, “Estudio Introductorio”, en PAWLIK, Michael, 2016. *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, Atelier: Barcelona.

TEDH, asunto *Lăcătuș v. Suiza*, de 19 de enero de 2020 [Fecha de consulta: 18/11/2021] Recuperado de: LACATUS c. SUISSE (coe.int)

TEDH, *Press Release* [Fecha de consulta: 18/11/2021] Recuperado de: Judgment Lacatus v. Switzerland - sanction imposed for begging on the public highway violated the Convention (1).pdf

TEDH, asunto *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*, de 28 de mayo de 1985 [Fecha de consulta: 18/11/2021] Recuperado de:

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22TEDH,%20asunto%20Abdulaziz,%20Cabales%20y%20Balkandali%20c.%20Reino%20Unido,%20de%2028%20de%20mayo%20de%201985.%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-165107%22%5D%7D>

TERRADILLOS BASOCO, Juan María, 2020. *Aporofobia y Plutofilia. La deriva jánica de la política criminal contemporánea*. Barcelona: J.M. Bosch.

VERSELE, Severín-Carlos, 1976. *Las "cifras doradas" de la delincuencia*, Resumen de una presentación hecha ante el Consorcio Europeo de Investigaciones Políticas, Bruselas.

WACQUANT, Loïc, 2010. *Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social*. Barcelona: Gedisa.

Revista
SISTEMA PENAL CRÍTICO

**APOROFOBIA Y EJECUCIÓN PENITENCIARIA. ANÁLISIS
DE LA REALIDAD ESPAÑOLA Y LATINOAMERICANA¹**

**APOROPHOBIA AND PRISON EXECUTION. ANALYSIS
OF THE SPANISH AND LATIN AMERICAN REALITY**

Julio Fernández García
Profesor Asociado Derecho Penal
Universidad de Salamanca

¹ Artículo desarrollado en el marco del proyecto “Hacia un modelo de justicia social: alternativas político- criminales”, perteneciente al proyecto de investigación coordinado “Aporofobia y Derecho penal”, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (Ref. RTI2018- 095155-B-C21).

RESUMEN:

En el presente trabajo se realiza un estudio sobre la realidad de la discriminación que sufren las personas privadas de libertad con menos recursos económicos en el sistema penitenciario español y latinoamericano. En el estudio se analizarán minuciosamente los derechos de los internos en prisión conforme a la normativa internacional de derechos humanos y reclusión y la normativa interna española y cómo algunos de ellos se encuentran más limitados en las personas con escasos o nulos recursos económicos. Se demostrará que ciertos derechos de contenido fundamental como la alimentación, la asistencia sanitaria e higiénica, la educación, algunos derechos como ciudadano: civiles, sociales y políticos y derechos penitenciarios como la clasificación en grado, los permisos de salida, las progresiones de grado o la concesión de beneficios penitenciarios de acortamiento de condena, se ven afectados en privados de libertad más vulnerables por carecer de recursos económicos.

ABSTRACT:

In this paper a study is carried out on the reality of discrimination suffered by people deprived of liberty with fewer economic resources in the Spanish and Latin American prison system. The study will carefully analyze the rights of inmates in prison in accordance with international human rights and detention regulations and Spanish internal regulations and how some of them are more limited in people with little or no economic resources. It will be demonstrated that certain fundamental content rights such as food, health and hygiene care, education, some rights as a citizen: civil, social and political, and prison rights such as grade classification, exit permits, grade progressions or the granting of prison benefits for the shortening of sentences, the most vulnerable deprived of liberty are affected due to lack of economic resources.

PALABRAS CLAVE:

APOROFOBIA, EJECUCIÓN PENITENCIARIA, CÁRCEL, SISTEMA PENITENCIARIO

KEYWORDS:

APOROPHOBIA, PENITENTIARY EXECUTION, JAIL, PENITENTIARY SYSTEM

SUMARIO:

1.- INTRODUCCIÓN. 2.- EL PRINCIPIO DE HUMANIDAD EN LA EJECUCIÓN PENITENCIARIA. DE-RECHOS DE LOS PRIVADOS DE LIBERTAD. 2.1.- Normativa internacional. 2.2.- Legislación española. 2.2.1.- Derechos de contenido fundamental, como ciudadano y penitenciarios en privados de libertad sin recursos económicos. 2.2.1.1.- Alimentación. 2.2.1.2.- Prendas de vestir. 2.2.1.3.- Asistencia sanitaria. 2.2.1.4.- La dignidad y la intimidad en la clasificación interior. 2.2.1.5.- El derecho a la educación. 2.2.1.6.- Tutela judicial efectiva y derecho a la defensa y asesoramiento. 2.2.1.7.- Derecho al trabajo remunerado. 2.2.1.8.- Derecho a las relaciones del interno con el mundo exterior. 2.2.1.8.1.- Comunicaciones y visitas. 2.2.1.8.2.- Permisos de salida. 2.2.1.9.- Libertad condicional. 2.2.1.10.- Programas de atención especializada fuera del centro penitenciario. 3.- LA LABOR ASISTENCIAL COMO FINALIDAD DE LAS INSTITUCIONES PENITENCIARIAS. 3.1.- Ayudas previstas para personas privadas de libertad sin recursos económicos y para sus familiares. 4.- SITUACIÓN EN LATINOAMÉRICA. 5.- A MODO DE CONCLUSIÓN. 6.-BIBLIOGRAFÍA.

“El fuero para el gran ladrón, la cárcel para el que roba un pan”

Pablo Neruda

1.- INTRODUCCIÓN.

La pobreza, la marginalidad y el analfabetismo han sido siempre las características más comunes de las personas ingresadas en las cárceles por la comisión de hechos delictivos. Baste recordar el lema que aparecía escrito en una vieja prisión madrileña de finales del siglo XIX en el que podía leerse: “*en este sitio maldito donde reina la tristeza, no se castiga el delito, se castiga la pobreza*”. El principio de desigualdad personal ante la ley penal de los pobres es una constante histórica en nuestro Derecho y, como afirmaba TOMÁS Y VALIENTE, la condición social del delincuente era un elemento esencial para determinar la pena que merecía². Por desgracia, no es sólo historia e incluso las leyes procesales actuales posibilitan que una persona pueda eludir la prisión provisional si deposita una cantidad de dinero, como fianza, algo que no pueden cumplir quienes carecen de recursos económicos; por lo que es, a todas luces, discriminatorio, como también lo es para quién imponiéndole una pena de multa y no la pueda satisfacer por carecer de dinero, se sustituya por responsabilidad personal subsidiaria por impago de la misma o incluso -como se está desarrollando en la práctica por los tribunales de justicia españoles-, si en lugar de sustituir la multa por ingreso en prisión, se hace, previo consentimiento del penado, por jornadas de Trabajos en Beneficio de la Comunidad (TBC), también resulta discriminatorio para quienes no dispongan de los recursos suficientes que satisfagan la pena de multa³.

El perfil de las personas que ingresan en prisión ha variado muy poco a lo largo de la historia, son las personas más pobres, más vulnerables, procedentes de barrios más desfavorecidos, con una situación social precaria, deficiente escolarización y con problemas de salud mental. Además, más de los dos tercios de los ingresados en prisión lo están por la comisión de delitos contra el patrimonio y orden socioeconómico (robos y hurtos fundamentalmente) y por delitos contra la salud pública, que en su inmensa mayoría lo son por tráfico de drogas.

En relación a la ejecución penitenciaria, bien es cierto que desde el punto de vista deontológico, tanto la normativa internacional sobre reclusión como la normativa interna de los países cuyo modelo de estado es el del Estado Social y Democrático de Derecho, establecen claramente que debe haber una igualdad de trato para todos los privados de libertad y que no existe discriminación alguna por motivos de sexo, étnicos, nacimiento, opiniones políticas, confesiones religiosas o cualquier otra circunstancia. El respeto a los derechos humanos de todas las personas encarceladas, que es una cuestión político criminal básica y que está igualmente reconocido en la normativa internacional e interna de los estados democráticos, quiebra en la realidad ontológica y las personas con menos recursos también tienen más limitados sus derechos humanos como veremos en el desarrollo del presente trabajo.

2. EL PRINCIPIO DE HUMANIDAD EN LA EJECUCIÓN PENITENCIARIA. DERECHOS DE LOS PRIVADOS DE LIBERTAD.

El principio de humanidad, junto a los de legalidad, resocialización y judicialización, es uno de los más importantes de la ejecución penitenciaria. Conforme a este principio, que está estrechamente relacionado con la dignidad de la persona, en el derecho penal sustantivo no deberían imponerse penas crueles, inhumanas y degradantes como la pena de muerte y la cadena perpetua y en la fase de ejecución de la pena, exige que no se

² TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*, 1969, Madrid, Tecnos, p. 318. Continúa diciendo el autor que: “las personas privilegiadas a las que genéricamente aluden las leyes bajo el término “hidalgos” gozaban en materia penal, como en cualquier otra, de un estatuto notablemente favorable. La ley no era igual para el noble y para el plebeyo en ninguno de los sectores del Derecho, y lógicamente lo mismo había de suceder con el penal. Tan sólo al final del Antiguo Régimen surgen algunas voces que consideran injusta tal situación; pero aún entonces es este un punto casi unánimemente admitido por el legislador y los juristas, y –a juzgar por las escasas quejas- por la mayoría de las personas ilustradas, a excepción de aquéllos más próximos a la línea liberal, que apunta ya en alguno de los últimos años del XVIII.

³ El artículo 53.1 del Código Penal Español (CP) establece que “si el condenado no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, que, tratándose de delitos leves, podrá cumplirse mediante localización permanente. En este caso, no regirá la limitación que en su duración establece el apartado 1 del artículo 37. También podrá el juez o tribunal, previa conformidad del penado, acordar que la responsabilidad subsidiaria se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad. En este caso, cada día de privación de libertad equivaldrá a una jornada de trabajo”. Por su parte, sabemos que la pena de TBC, según el artículo 49 del CP, consiste en la obligación por parte del penado (siempre que haya prestado el consentimiento para el cumplimiento de esta pena) de prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública. La duración máxima de cada jornada de trabajo es de 8 horas.

inflijan al encarcelado actos de tortura ni otros que puedan ser degradantes para el sujeto que ha delinquido y que se respeten escrupulosamente sus derechos humanos y las condiciones de vida en prisión sean dignas, como expresan BERDUGO Y PÉREZ CEPEDA⁴. Para MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN el principio de humanidad obliga a tratar con respeto al encarcelado y procurar su reinserción en la vida social una vez haya salido de la cárcel, ahorrándole en todo caso vejaciones inútiles y sufrimientos⁵.

2.1.- NORMATIVA INTERNACIONAL.

A este respecto, tanto el Convenio Europeo de Derechos Humanos como la Convención Americana proscriben los tratos inhumanos y degradantes, también a los que han delinquido y están privados de libertad⁶. Estos postulados son recogidos en la Constitución Española (CE) dentro de los derechos fundamentales y la libertades públicas al colocar la prohibición de la tortura y tratos inhumanos y degradantes a la altura del derecho a la vida y la integridad física y moral y la abolición de la pena de muerte⁷. Conforme a estos postulados, el Tribunal Constitucional Español (TC) ha recogido perfectamente el mandato constitucional y entre sus sentencias establece lo que considera como “pena inhumana o degradante”, en la Sentencia 65/1986, de 22 de mayo⁸. Según esta interpretación, a mi juicio valiente y acertada, cualquier incumplimiento de la normativa de ejecución penitenciaria relativo al respeto a los derechos del privado de libertad deberá considerarse “pena inhumana o degradante”. De esta manera, cuando existe hacinamiento alarmante en las cárceles, malas condiciones de vida, asistencia sanitaria precaria e insuficiente y alimentación inadecuada, entre otros incumplimientos del respeto a los derechos humanos, deben ser considerados actos inhumanos y degradantes hacia el sujeto que ha delinquido. En este caldo de cultivo, las condiciones de vida para las personas que carecen de recursos económicos son aún peores.

Por su parte, la normativa internacional sobre reclusión y derechos humanos y la interna de los países que participan del modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, regulan expresamente los derechos de los internos. Así, tanto en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, de Naciones Unidas, como las Penitenciarias Europeas (Consejo de Europa), además de regular expresamente el derecho a la vida, integridad, dignidad, condiciones de habitabilidad de las cárceles, asistencia sanitaria, alimentación, libertad ideológica y religiosa, la prohibición de tratos inhumanos o degradantes, prevén que se respetarán los derechos de los privados de libertad que no sean incompatibles con el objeto de la detención⁹.

⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, “Derecho Penal y Constitución”, en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo I. Introducción al Derecho Penal*, BERDUGO/PÉREZ CEPEDA/ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Coord. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. 2º edición, 2015, Madrid, Iustel, p. 99.

⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, 10 edición revisada y puesta al día. 2019. Valencia, Tirant lo Blanch, p. 557.

⁶ Artículo 3 del Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Roma, 1950: “nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”. Por su parte, el artículo 5.2 de la Convención americana sobre derechos humanos. San José de Costa Rica, 1969: “nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

⁷ Artículo 15 CE. “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”.

⁸ En el Fundamento Jurídico 4 de la STC 65/1986, de 22 de mayo, se establece lo siguiente: “La calificación de una pena como inhumana o degradante depende de la ejecución de la pena y de las modalidades que ésta reviste, de forma que por su propia naturaleza la pena no acarree sufrimientos de especial intensidad (penas inhumanas) o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena”.

⁹ Así, en la Regla 61 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (Naciones Unidas, Ginebra, 1955) se establece lo siguiente: “Deberán hacerse, asimismo, gestiones a fin de proteger, en cuanto ello sea compatible con la ley y la pena que se imponga, los derechos relativos a los intereses civiles, los beneficios de los derechos de la seguridad social y otras ventajas sociales de los reclusos”. En la Regla 88.2 de las Reglas Mínimas revisadas (Reglas Mandela, Viena, 2015), se establece que: “Se adoptarán medidas para proteger, en la medida que ello sea compatible con la ley y con la pena impuesta, los derechos relativos a los intereses civiles, la seguridad social y otras prestaciones sociales de los reclusos”.

2.2.- LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.

En la legislación española, la regulación de los derechos de los internos está recogida expresamente, con carácter general, en el artículo 25.2 de la CE¹⁰ y de forma concreta como derechos fundamentales y libertades públicas en el capítulo segundo del título I de la CE y en los artículos 3 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (LGP) y 4 del Reglamento Penitenciario (RP), aunque luego se desarrollan en otras partes del articulado de estas normas. Así, dentro de los derechos fundamentales tendremos el respeto a la vida, a la integridad, a la salud (la administración tiene el deber de prestar la asistencia sanitaria en igualdad de condiciones que al ciudadano libre), a una alimentación variada, suficiente, equilibrada con agua potable durante todo el día, a vestir sus propias prendas u optar a las que les facilite el establecimiento si no dispone de ellas, a la dignidad humana, a la no discriminación, a la intimidad personal (también en las comunicaciones y visitas, que no serán intervenidas, suspendidas o restringidas, salvo, excepcionalmente por razones de seguridad, interés de tratamiento y buen orden del establecimiento, pero siempre que se acredite de forma concreta y en resolución motivada sujeta a revisión judicial), a la libertad ideológica, religiosa y de culto, a ser designado por su propio nombre o a la tutela judicial efectiva. Dentro de los derechos como ciudadano tendrá derechos civiles (familia, propiedad, comunicaciones y visitas), sociales (acceso a la cultura, educación, trabajo remunerado, aunque éste se encuentre supeditado a las disponibilidades de trabajo que pueda ofrecer la administración penitenciaria y el TC lo considera un derecho de aplicación progresiva¹¹) e incluso políticos (derecho de sufragio activo). Dentro de los derechos penitenciarios, a ser informado puntualmente sobre su situación penal, procesal y penitenciaria, a no ser sancionados sino conforme a los hechos considerados infracciones disciplinarias reguladas en la legislación y con las sanciones previstas en la misma, respetando un procedimiento sancionador ajustado al principio de legalidad, derecho a las actividades de tratamiento y a ser clasificado en el grado penitenciario más acorde con su situación, a los beneficios penitenciarios y como liberado a la asistencia social, a la prestación por desempleo y a la rehabilitación.

2.2.1. Derechos de contenido fundamental, como ciudadano y penitenciarios en privados de libertad sin recursos económicos.

Este conjunto de derechos reconocidos taxativamente en la normativa internacional sobre reclusión y derechos humanos y en la interna de los países que participan del modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, suelen respetarse sin discriminación en relación al resto de la población reclusa en los países más avanzados. En el sistema penitenciario español los derechos a la vida, la integridad, la asistencia sanitaria, a una alimentación suficiente y equilibrada, dignidad o intimidad, suelen respetarse por la Administración Penitenciaria, que tiene el deber de velar por la vida, integridad y salud de los internos (artículo 3.4 LGP).

2.2.1.1.- Alimentación.

La alimentación de los internos está garantizada por la administración en las mismas condiciones que el ciudadano libre y la realidad práctica se ajusta a lo previsto en la legislación, sin discriminación alguna¹². Además, la propia normativa especifica diversos tipos de racionados: para internos sanos, enfermos, jóvenes, carenciales de algún tipo de nutrientes y en función de las convicciones filosóficas y religiosas. En este último apartado, por ejemplo, los internos que profesan la religión del Islam, el racionado no lleva carne de cerdo y en la época del Ramadán se les llevan los tres racionados obligatorios del día: desayuno, comida y cena, por la noche, ya que por el día y en esta época no ingieren alimentos. Igual sucede con la alimentación de quienes, por cuestiones

¹⁰ Artículo 25.2 in fine de la CE. “El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad”.

¹¹ Entre otras SSTC 82/1986, 2/1987, 17/1993, o AATC 256/1988 Y 95/1989. El TC considera que “el derecho al trabajo remunerado es un derecho de aplicación progresiva, cuya efectividad se encuentra en función de los medios que la Administración Penitenciaria tenga en cada momento, no pudiendo, por tanto, ser exigidos en su totalidad de forma inmediata en el caso en que realmente exista imposibilidad material de satisfacerlos”.

¹² En el artículo 21.2 de la LGP se establece que “la administración penitenciaria proporcionará a los internos una alimentación controlada por el médico, convenientemente preparada y que responda en cantidad y calidad a las normas dietéticas y de higiene, teniendo en cuenta su estado de salud, la naturaleza del trabajo y, en la medida de lo posible, sus convicciones filosóficas y religiosas. Los internos dispondrán, en circunstancias normales, de agua potable a todas las horas. En el RP se completa la regulación en sus artículos 38.3, 223,226, 298, 299, 303, 304, 307 a 312.

filosóficas o personales opten por alimentación vegetariana. Hay que reconocer que al ser confeccionados los menús por la propia administración, estas situaciones tampoco le suponen un incremento de costes en la alimentación de los internos. No existe, por tanto, en el sistema penitenciario español una discriminación de la alimentación de los privados de libertad porque estos carezcan de recursos al ser una prestación obligatoria por parte de la administración y respetarse en igualdad de condiciones para todos los reclusos. En relación a las quejas de internos, no las hay al Juez de Vigilancia Penitenciaria (JVP, autoridad judicial que vela por la salvaguarda de los derechos de los privados de libertad) relativas a la no prestación de la alimentación por parte de la administración por carecer de recursos económicos. Puede haberlas, en algún caso, porque la alimentación haya sido insuficiente en algún momento concreto, o en mal estado, que se resuelven con la estimación o desestimación de la queja por parte del JVP después de que éste haya realizado las investigaciones correspondientes y determine si es cierto o no lo interpuesto en las oportunas quejas.

Cuestión diferente es la adquisición por parte de los internos de artículos o productos del economato¹³ (tienda dentro de la cárcel), que se van a adquirir con el dinero de peculio de libre disposición que tenga el interno (cuenta corriente que gestiona la administración penitenciaria, de cada interno y que se nutre del dinero que le ingresen sus familiares y de la nómina del interno si está realizando algún trabajo productivo en algún taller del centro en lo que se conoce como la relación laboral especial penitenciaria). Lógicamente, el interno que carezca de recursos no podrá adquirir estos productos porque se entiende que no son necesarios, son suplementarios a la alimentación en sus tres comidas diarias cubiertas por la administración o de aseo personal aparte de los que le suministre obligatoriamente la administración.

2.2.1.2.- Prendas de vestir.

En relación al derecho de los internos de vestir sus propias prendas u optar por las que le facilite el establecimiento, así como la entrega de ropa de cama¹⁴ y los lotes higiénicos y material de limpieza, también se cumple adecuadamente en las cárceles españolas sin que pueda haber discriminación alguna entre los privados de libertad, tampoco la habrá para los internos que carezcan de recursos económicos¹⁵.

2.2.1.3.- Asistencia sanitaria.

Por su parte, el derecho a la asistencia sanitaria e higiénica también es una obligación por parte de la administración que se presta en similares condiciones que en la sociedad libre, es decir, asistencia sanitaria primaria y especializada (artículos 36 a 40 de la LGP y 207 a 220 del RP)¹⁶. Con lo que se puede argumentar, sin temor a

¹³ En los economatos los internos pueden adquirir productos autorizados costeados por ellos mismos, que, conforme al artículo 303 del RP son los siguientes: a) comestibles que no precisen ser cocinados, b) tabaco, c) ropa de uso interior y exterior, d) productos de aseo personal, e) cuantos otros bienes o productos necesiten los reclusos, siempre que no estén prohibidos por las normas de régimen interior del centro y, en general, siempre que su uso y consumo no implique riesgo para el correcto funcionamiento regimental del establecimiento. 2. En ningún caso podrán venderse en el economato ningún tipo de bebidas alcohólicas ni de productos farmacéuticos.

¹⁴ En el artículo 20.1 de la LGP se establece que “el interno tiene derecho a vestir sus propias prendas, siempre que sean adecuadas u optar por las que le facilite el establecimiento, que deberán ser correctas, adaptadas a las condiciones climatológicas y desprovistas de todo elemento que pueda afectar a la dignidad del interno. Por su parte, el artículo 21.1 de la LGP establece que “todo interno dispondrá de la ropa necesaria para su cama y de mueble adecuado para guardar sus pertenencias.

¹⁵ Conforme a la Instrucción 13/2007, de 4 de octubre, sobre lotes higiénicos y prevención de enfermedades, se suministrarán gratuitamente y mensualmente a los internos el siguiente lote: Mensualmente para los hombres, 4 rollos de papel higiénico, 1 pasta dental, 3 maquinillas de afeitar de doble hoja, 1 cubierto de plástico, 4 preservativos (2 extrafuertes y 2 normales), 2 sobres de gel lubricante (hidrosoluble), 1 botella de lejía (1 litro), gel (1 litro) y crema de afeitar. El lote ordinario de las mujeres, 6 rollos de papel higiénico, 1 pasta dental, 1 cubierto de plástico, 2 preservativos (normales), 2 sobres de gel lubricante (hidrosoluble), 1 botella de lejía (1 litro), gel (1 litro), 20 compresas normales y 20 compresas de doble absorción.

¹⁶ En el artículo 207 del RP se establece que “1.- la asistencia sanitaria tendrá carácter integral y estará orientada tanto a la prevención como a la curación y la rehabilitación. Especial atención merecerá la prevención de las enfermedades transmisibles. 2.- A tal efecto, la Administración Penitenciaria y las Administraciones Sanitarias formalizarán los correspondientes convenios de colaboración en materia de salud pública y asistencia sanitaria, en los que se definirán los criterios generales de coordinación, protocolos, planes y procedimientos, así como la financiación a cargo de la Administración Penitenciaria de la asistencia, mediante el pago de la parte proporcional, según la población reclusa, de los créditos fijados para estas atenciones, para cuyo cálculo se tendrá en cuenta el número de internos que estén afiliados

equivocarnos, que la administración penitenciaria cumple el deber de garante y presta la asistencia sanitaria e higiénica a todos los privados de libertad, sin discriminación alguna, tampoco por carecer de recursos económicos.

2.2.1.4.- La dignidad y la intimidad en la clasificación interior.

Sobre los criterios de clasificación y separación interior de los privados de libertad en las prisiones, tanto las Reglas Mínimas como las Penitenciarias Europeas y las Reglas Mandela establecen que los reclusos pertenecientes a categorías diferentes serán alojados en diferentes establecimientos o diferentes secciones dentro de los establecimientos según sexo, edad, antecedentes, motivos de la detención y el trato que corresponda aplicarles. Así, los hombres estarán separados de las mujeres, los preventivos de los penados, los primarios de los reincidentes, los que puedan ejercer influencia nociva sobre los demás también deben estar separados del resto¹⁷. No existe tampoco en la práctica una discriminación en los criterios de ubicación de los privados de libertad conforme a sus recursos económicos y tampoco en la legislación penitenciaria española que copia los criterios de la normativa internacional en los artículos 16 de la LGP y 99 del RP.

Ahora bien, aunque en los últimos años hayan mejorado considerablemente las condiciones de habitabilidad de las cárceles españolas, fundamentalmente a partir de la aprobación del Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios, en virtud del que se han construido en los últimos 30 años nuevas cárceles, más modernas y mejor equipadas¹⁸ y se ha descongestionado el problema de hacinamiento¹⁹, la vida en prisión se sigue caracterizando por la aparición de una subcultura específica en la sociedad carcelaria, lo que se ha venido denominando “código del recluso” y muchas personas cuando entran en prisión, si quieren sobrevivir, tienen que adaptarse a las formas de vida y a las normas que le imponen sus compañeros y el recluso se adapta porque no tiene otro remedio. Es lo que CLEMMER llama *prisionización* y GOFFMAN *enculturación* interiorizando estas normas²⁰. En este caldo de cultivo, los internos con menos recursos económicos son los más vulnerables, los más accesibles a ser chantajeados, extorsionados e inducidos por sus compañeros para cometer actos ilícitos

a la Seguridad Social o que tengan derecho a la asistencia sanitaria gratuita. 3.- La Administración Penitenciaria abonará a las Administraciones Sanitarias competentes los gastos originados por las inversiones precisas para la adecuación de las plantas de hospitalización o consultas de los Centros Hospitalarios extra penitenciarios por motivos de seguridad.

¹⁷ Regla 8 de las Reglas Mínimas, 11 de las Reglas Mandela y 18.8 de las Reglas Penitenciarias Europeas.

¹⁸ El Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios se aprobó por Decreto del Gobierno de 5 de julio de 1991 instauró una nueva política de construcción de centros penitenciarios para adaptarlos a las nuevas exigencias del sistema penitenciario implantado con la LGP. La nueva política de construcciones persiguió los siguientes objetivos: a) aumentar considerablemente el ritmo de construcción de nuevos centros que compensaran la demanda y oferta de plazas; b) amortizar los centros obsoletos y escasamente rentables, cuyo valor patrimonial producto de la enajenación pudiera destinarse a la inversión y sufragio de los costes de las nuevas construcciones; c) racionalizar y rentabilizar las construcciones de acuerdo con dos premisas fundamentales: por un lado, construir centros, de un número aproximado de 950 plazas con módulos independientes y celdas individuales que los hagan rentables en materia de costes de personal-interno y de vigilancia exterior por las Fuerzas de Seguridad del Estado; por otro, una homologación del diseño y de los materiales que abaraten los costes y que, a su vez, facilite el funcionamiento y realización de las prestaciones penitenciarias. Al mismo tiempo, este tipo de prisiones han de ser lugares de intervención de la sociedad en el medio penitenciario. La inserción es consecuencia, también, de la acción conjunta de la Administración Pública y de los agentes sociales, de tal forma que el edificio penitenciario, sirviendo al fin perseguido de mantener bajo custodia a las personas privadas de libertad, sea permeable a la sociedad y permita la reintegración a la convivencia en libertad de quién ha cumplido la condena. Estos centros, todos iguales, cuentan con una superficie total construida de aproximadamente 80.000 metros cuadrados.

¹⁹ Según datos de la web de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias de España, www.institucionpenitenciaria.es la población reclusa ha descendido un 27 % en la última década. En Mayo de 2010 había 76.951 internos en todo el territorio nacional español y actualmente, en 2021 es de 56.166 internos. El porcentaje de ocupación de las cárceles españolas es de 71, 7 internos por cada 100 plazas, es decir, inferior a la tasa normal de ocupación, cuando la media de los países del Consejo de Europa es de 89,5.

²⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal y Control Social*. 1985. Jerez, Fundación Universitaria de Jerez, pp. 100-101. Continúa diciendo MUÑOZ CONDE que según CLEMMER en la prisión coexisten dos sistemas de vida diferentes: el oficial representado por las normas legales que disciplinan la vida en la cárcel y el no oficial que rige realmente la vida de los reclusos y sus relaciones entre sí. Este sistema no oficial constituye una especie de “código del recluso”, conforme al cual éste no debe nunca cooperar con los funcionarios y mucho menos facilitarles información que pueda perjudicar a un compañero. Complementariamente existe un principio de lealtad recíproca entre los reclusos. Éstos se rigen, pues, por sus propias leyes e imponen sanciones a quienes las incumplen.

en la cárcel con la finalidad de obtener los recursos para adquirir objetos permitidos que se venden en los economatos o para conseguir objetos prohibidos. Son el blanco ideal para ser utilizados como correo de sustancias estupefacientes y otros objetos prohibidos. Se arriesgan a que los funcionarios penitenciarios puedan sorprenderlos “in fraganti” cometiendo hechos presuntamente disciplinarios e incluso penales; lo que supondrá una involución en su trayectoria penitenciaria imposibilitando, en muchos casos, la concesión de permisos ordinarios de salida, la progresión de grado en la clasificación penitenciaria hacia el tercer grado y régimen abierto y la suspensión del resto de la pena y concesión de libertad condicional cuando cumpla los requisitos previstos en el CP y la legislación penitenciaria. En definitiva, una regresión en su programa de tratamiento y una ruptura en el proceso de resocialización del condenado. Recordemos que la comisión de infracciones disciplinarias²¹ por parte de los internos tiene siempre repercusiones negativas para el mismo, no sólo porque tendrá que cumplir las sanciones correspondientes²², sino porque hasta que no cancele esas sanciones²³ se considerará que tiene mal comportamiento que le impedirá disfrutar permisos ordinarios de salida²⁴ y, a su vez, no podrá ser progresado de grado²⁵ y, como consecuencia de ello, tampoco podrá obtener la libertad condicional que entre los requisitos para su concesión está que el penado inexorablemente debe estar clasificado en tercer grado de tratamiento penitenciario (es decir, en régimen abierto o de semilibertad). En definitiva, y como consecuencia de la pervivencia del denominado “código del recluso”, los privados de libertad pobres, sin recursos económicos, se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad que el resto de la población reclusa.

2.2.1.5.- El derecho a la educación.

El derecho a la educación de los privados de libertad está reconocido -igual que para el resto de los ciudadanos- en el artículo 27 de la CE, dentro de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Tanto en la LGP (artículos 55 a 58) como en el RP (artículos 118 a 131) aparece regulada la instrucción y educación de los internos. En el 55.2 de la LGP se establece que “las enseñanzas que se impartan en los establecimientos se ajustarán en lo posible a la legislación vigente en materia de educación y formación profesional. En definitiva, todas las enseñanzas que una persona puede cursar en la sociedad libre deben posibilitarse también a los privados de libertad, incluso la enseñanza universitaria. Aunque no sea motivo de esta monografía, una de las críticas más feroces por las que los privados de libertad no cuentan con los mismos recursos que el ciudadano libre a la hora de acceder a la educación es la imposibilidad actual de que los privados de libertad puedan tener acceso a la enseñanza virtual por medio de internet y plataformas existentes para los alumnos que no están privados de libertad. Es urgente que la Administración penitenciaria regule el acceso a estas plataformas virtuales como cualquier alumno en libertad. Existe, por tanto, a nivel general, una discriminación en el acceso a la educación por parte de los privados de libertad en relación al ciudadano libre²⁶.

²¹ Las infracciones disciplinarias aparecen reguladas en el RP, no en el de 1996, sino en el aprobado por RD 1201/1981, de 8 de mayo, concretamente en sus artículos 108 (faltas muy graves), 109 (faltas graves) y 110 (faltas leves) que se mantienen en vigor en virtud del apartado 3 de la Disposición Derogatoria del vigente RP, aprobado por RD 690/1996, de 9 de febrero.

²² Las sanciones disciplinarias aparecen reguladas en los artículos 42 de la LGP y 233 del RP: aislamiento en celda hasta 14 días (sólo para faltas muy graves, de 6 a 14 días y para graves, de 1 a 5 días de lunes a viernes), aislamiento de hasta 7 fines de semana (para faltas muy graves), privación de permisos de salida hasta dos meses (faltas graves), limitación de comunicaciones orales al mínimo reglamentario durante un mes como máximo (faltas graves), privación de paseos y actos recreativos comunes hasta un mes como máximo (faltas graves, de 3 días a un mes, faltas leves, hasta 3 días) y amonestación (faltas leves).

²³ Conforme a lo establecido en el artículo 260 del RP, las sanciones cancelarán a los seis meses por faltas muy graves, a los tres meses por faltas graves y al mes por faltas leves.

²⁴ Según el artículo 47.2 de la LGP y 154.1 del RP, uno de los requisitos que se exigen para la concesión de permisos ordinarios de salida, como preparación para la vida en libertad, es que el penado no observe mala conducta. Se entiende que si el penado tiene una sanción pendiente de cancelar no reúne ese requisito y, por tanto, salvo casos muy excepcionales, no se le concederán permisos ordinarios.

²⁵ La evolución negativa en la conducta del interno o de su personalidad son indicativos que perjudican la progresión de grado conforme a lo establecido en el artículo 106.2 del RP y, en cambio, si hay persistencia en la comisión de infracciones disciplinarias muy graves o graves se puede regresar de grado al penado conforme al artículo 102.5,e) del RP.

²⁶ Esta situación ha sido abordada por VENTURA ALAMEDA, Cristina, “El derecho a la educación en el medio penitenciario”, en AAVV, FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio (Director), “La cárcel. Una Institución a debate. I congreso”, 2014. Salamanca, Ratio Legis, pp. 109-124.

Es cierto, por otra parte, que en relación a los recursos económicos los internos con menos recursos no se ven discriminados con respecto al resto porque la matrícula de las enseñanzas primaria y secundaria son gratuitas igual que para el ciudadano libre y en el bachillerato y enseñanza universitaria los internos con menos recursos pueden optar a becas en las mismas condiciones que los alumnos de cualquier centro educativo público. Ciertamente es que también hay otro criterio para que en el futuro el estudiante en prisión pueda seguir recibiendo las becas: haber superado un porcentaje de créditos de las asignaturas en las que se ha matriculado; algo que también ocurre en el acceso a la educación en el medio libre. No obstante, el interno con menos recursos tiene menos posibilidades de adquirir libros y materiales de estudio, aunque en las bibliotecas de los centros penitenciarios hay manuales y materiales para el estudio del que pueden disponer los internos por el sistema de préstamo. No obstante, si el material de estudio existente en el centro es insuficiente, el interno sin recursos económicos tiene más difícil adquirirlos que los que tienen recursos, por lo que también existirá una discriminación en relación a los internos con menos recursos económicos.

2.2.1.6.- Tutela judicial efectiva y derecho a la defensa y asesoramiento.

Respecto al derecho a la tutela judicial efectiva relativa a la asistencia de letrado prevista en el artículo 24.2 de la CE, los privados de libertad que no tengan recursos y, por consiguiente, no puedan costearse el servicio de un abogado particular para su asesoramiento, es cierto que la Disposición Adicional 5ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) en su redacción modificada por LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, garantiza la asistencia de letrado de oficio para los privados de libertad con bajos o nulos recursos económicos en todos los procesos judiciales²⁷. A sensu contrario, el derecho a la defensa de los privados de libertad no queda garantizado en los procesos administrativos y disciplinarios penitenciarios porque no son procesos judiciales. Y no podemos escudarnos en que dado que todo proceso administrativo penitenciario tiene un control judicial, en este caso por parte del JVP, no sería necesario, como manifiesta algún sector doctrinal. El interno con escasos o nulos recursos estará en inferioridad de condiciones que el privado de libertad que puede contratar a un abogado para asuntos administrativos y disciplinarios. Recordemos que aunque en el artículo 242.2i) del RP especifica que el interno en un procedimiento disciplinario incoado contra él por la presunta comisión de infracciones disciplinarias pueda asistirse y asesorarse de un letrado e incluso que pueda redactarle el pliego de descargos, ese derecho no alcanza al de la asistencia jurídica gratuita en caso de necesidad, es decir, al abogado de oficio, lo que es claramente discriminatorio para los internos con escasos o nulos recursos económicos. Hay varias STC que se refieren a esa línea argumental²⁸. Así las cosas, la Administración Penitenciaria, consciente de la indefensión en la que se encuentran los internos con menos recursos económicos, ha suscrito convenios de colaboración con el Consejo General de la Abogacía Española para que los internos puedan ser asesorados por abogados del Colegio de Abogados pertinente en todos los procesos administrativos o judiciales y a través de lo que se denomina Servicio de Orientación y Asistencia Penitenciaria (SOAJP). El último, avalado por Resolución de 29 de octubre de 2019, que aprobó el convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y el Consejo General de la Abogacía Española. La orientación jurídica que dispensa el SOAJ es, en general, sobre el contenido del ordenamiento jurídico penitenciario español, así como la orientación jurídica previa a los procesos judiciales en todos los órganos jurisdiccionales²⁹. Consideramos que la solución dada al caso por nuestra legislación no es suficiente, no garantiza

²⁷ La Disposición Adicional 5ª de la LOPJ modificada en su apartado 9 por la LO 7/2003, de 30 de junio establece lo siguiente: “El recurso de apelación a que se refiere esta disposición se tramitará conforme a lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el procedimiento abreviado. Estarán legitimados para interponerlo el Ministerio Fiscal y el interno o liberado condicional. En el recurso de apelación será necesaria la defensa de letrado y, si no se designa procurador, el abogado tendrá también habilitación legal para la representación de su defendido. En todo caso debe quedar garantizado siempre el derecho a la defensa de los internos en sus reclamaciones judiciales”.

²⁸ Entre otras las STC 74/1985, de 18 de junio, 2/1987, de 21 de enero ó la 127/1996, de 9 de julio, que vienen a expresar lo siguiente: “No se trata de un derecho a la asistencia letrada, entendida como un derecho pleno a la asistencia de letrado, incluyendo el derecho a la asistencia jurídica gratuita en caso de necesidad si se carece de los medios suficientes para ello, pues tal derecho, como resulta del artículo 6.3 de la convención europea de derechos humanos, solo existe claramente en los procesos judiciales, y además no en todos, sino cuando los intereses de la justicia lo requieran.

²⁹ Resolución de 29 de octubre de 2019 de la Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior (BOE 12/11/2019). Según la Cláusula cuarta del Convenio, el contenido de las actuaciones de orientación jurídica penitenciaria por parte de los servicios de orientación jurídica de la abogacía versará sobre orientación jurídica sobre el contenido del ordenamiento jurídico penitenciario español, en particular clasificación, procedimiento sancionador, trabajo en los centros, permisos, traslados, libertad condicional y reclamaciones administrativas, orientación jurídica previa a procesos judi-

la defensa pertinente, en igualdad de condiciones, para los privados de libertad con menos recursos económicos, generando inseguridad jurídica e indefensión. Ciertamente es que en virtud del convenio entre el Consejo General de la Abogacía y la Administración Penitenciaria que garantiza el SOAJP, esa asistencia puede prestarse a todos los internos tengan o no recursos económicos, pero no todos los Colegios de Abogados de España están implicados de la misma manera y los servicios de asesoramiento, en la práctica, no funcionan igual. En consecuencia, consideramos que también debería incluirse en la Ley (en la LGP Ó LOPJ) la previsión del derecho a la defensa de los internos, siempre, en todos los procedimientos y no sólo en los judiciales. Los privados de libertad son un colectivo más vulnerable que el de la población en general. Y dentro de ellos, los internos con menos recursos económicos necesitan más aún que el Estado les garantice siempre el derecho a la defensa de sus intereses en cualquier conflicto o procedimiento, civil, administrativo o judicial.

2.2.1.7.- Derecho al trabajo remunerado.

En relación al derecho al trabajo remunerado de los privados de libertad, ya se mencionó anteriormente que, aunque en el sistema español el derecho al trabajo remunerado tiene contenido absoluto y fundamental conforme a lo dispuesto en el artículo 25.2 de la CE, la jurisprudencia constitucional ha dejado claro que es un derecho de aplicación progresiva que está supeditado a las disponibilidades que en cada momento tenga la Administración penitenciaria. No obstante, en el artículo 26.1 de la LGP, el trabajo está considerado como un “derecho y un deber del interno, siendo un elemento fundamental del tratamiento”. El trabajo productivo y remunerado de los internos se considera una relación laboral de carácter especial que los privados de libertad desempeñan en los talleres productivos (de la propia Administración penitenciaria o de empresas concesionarias que instalan sus medios de producción en las instalaciones que les ofrece la Administración) y en los de mantenimiento dentro de los centros penitenciarios (cocinas, panaderías, lavanderías ó economatos). Según las estadísticas laborales que nos ofrece la Administración penitenciaria se puede comprobar que no hay disponibilidad de trabajo productivo remunerado para todos los internos. En la Administración General del Estado (que incluye a todos los centros penitenciarios de España, excepto los de Cataluña, que tiene asumidas las funciones de ejecución penitenciaria –el País Vasco las ha asumido en octubre de 2021-) hay actualmente 12.139 internos incluidos en la relación laboral especial penitenciaria realizando trabajo productivo y remunerado, lo que significa el 25,1% de la población penitenciaria y en las prisiones del ámbito de la Administración catalana el número de internos que realizan esos trabajos es de 3.478, lo que significa el 43,7%. En uno y otro caso el porcentaje de privados de libertad que no realizan trabajos productivos es mayor al del que los realizan³⁰. En la Administración General del Estado en julio de 2021 había un total de 48.217 internos y en Cataluña 7.949.

La relación laboral especial penitenciaria aparecía regulada en los artículos 132 a 152 del RP. No obstante, por RD 782/2001, de 6 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de seguridad social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad, han quedado derogados los artículos 134 a 152 del RP, en virtud de la Disposición Derogatoria del RD 782/2001. Como en la sociedad en general, la oferta de trabajo productivo es inferior a la demanda y en el acceso a los puestos de trabajo retribuidos deberían tener prioridad los internos con escasos o nulos recursos económicos sobre el resto de la población. No es así y en el artículo 3 del RD 782/2001, no se establece ese orden de prelación para ocupar los respectivos trabajos en los talleres penitenciarios³¹. En el orden 6º (de 7 previstos en la disposición) se habla textualmente de “las cargas familiares” (no

ciales, en todos los órdenes jurisdiccionales, información a las personas internas sobre requisitos para acceder a la justicia gratuita, tramitación de internos extranjeros de la solicitud para solicitar y tramitar el traslado a su país para el cumplimiento en el mismo de la condena impuesta en España y cualquier otro asunto relativo al status jurídico del interno que requiera de información jurídica para poder ser satisfecho en tanto que ciudadano.

³⁰ Elaboración propia a partir de los datos estadísticos correspondientes al mes de julio de 2021 ofrecidos por la web de cada una de las administraciones, la General del Estado, concretamente la de la entidad Pública Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo (TPFE) <http://www.interior.gob.es/el-ministerio/funciones-y-estructura/entidades-estatales-de-derecho-publico/trabajo-penitenciario-y-formacion-para-el-empleo> y la de Cataluña http://www.justicia.cat/cambits/reinsercio_i_serveis_penitenciaris/

³¹ En el artículo 3 del RD 782/2001 se concretan los criterios, el orden de prelación de los internos a la hora de adjudicarles trabajos remunerados. Así, “la Junta de Tratamiento, como órgano administrativo competente, adjudicará los puestos a los internos, siguiendo el siguiente orden de prelación: 1º.- Los internos en cuyo programa individualizado de tratamiento se contemple el desarrollo de una actividad laboral. 2º.- Los internos penados sobre los preventivos. 3º.- La aptitud laboral del interno en relación con las características del puesto de trabajo. 4º.- La conducta penitenciaria. 5º.- El tiempo de permanencia en el establecimiento penitenciario. 6º.- Las cargas familiares. 7º.- La situación prevista en el

de escasez de recursos económicos del interno y de sus familiares) como uno de los criterios –pero no el más importante- a la hora de adjudicar puestos de trabajo a los internos. Sabemos que cuando el programa de tratamiento individualizado contemple esa posibilidad de adjudicar un puesto de trabajo a un interno es muy importante para el proceso de resocialización del privado de libertad y ahí podrían estar incluidos los internos con nulos o escasos recursos económicos, lo cierto es que, a tenor del principio de legalidad entendida como que la norma determine concretamente el supuesto de hecho, de forma taxativa y sin posibilidad de interpretaciones, debería haberse incluido el criterio de “nulos y escasos recursos económicos” como relevante a la hora de adjudicar los puestos de trabajo a los privados de libertad. De lo contrario, se genera inseguridad jurídica e indefensión para el interno que se encuentra en situación de pobreza. Ciertamente es, por otra parte, que si el interno es una persona conflictiva que está alterando constantemente la seguridad del establecimiento, poniendo en peligro la vida o integridad de las personas o causando daños a personas o cosas, por razones de seguridad detalladas y concretas, debería suspenderse su relación laboral cuando se detecte esa situación y extinguirse cuando haya sido probada. Consideramos que el criterio más importante a la hora de adjudicar un puesto de trabajo a los internos sería el de los recursos económicos y fueran adjudicados a los que menos recursos tengan, estableciendo la cláusula analizada con anterioridad y relativa a la seguridad de personas y cosas dentro del establecimiento penitenciario.

2.2.1.8.- Derecho a las relaciones del interno con el mundo exterior.

2.2.1.8.1.- Comunicaciones y visitas.

En cuanto al derecho de los internos a las relaciones con el exterior se ha de constatar que, tanto las Reglas Mínimas de 1955 como las actuales Reglas Mandela, de 2015, establecen que los “reclusos estarán autorizados a comunicarse periódicamente, bajo la debida vigilancia, con su familia y amigos”, por correspondencia escrita y por “los medios de telecomunicaciones, electrónicos, digitales o de otra índole, que haya disponibles” y recibiendo visitas (Regla 58, Reglas Mandela). En nuestro derecho, aunque la LGP sigue la misma línea de que “los reclusos estarán autorizados para comunicarse periódicamente” (Regla 37 Reglas Mínimas, 1955 y artículo 51.1 LGP), el RP da un paso más y ya habla de “derecho” a las relaciones con el exterior. Supone un avance significativo porque al ser un derecho, se podrán limitar, suspender, restringir, intervenir, pero nunca suprimir, salvo que la medida la imponga provisionalmente el juez en una medida cautelar de prisión provisional no comunicada, pero, insistimos, como medida absolutamente excepcional y por tiempo determinado. Es muy importante el derecho a las relaciones con el exterior debido a que disminuyen notablemente el rigor de la vida en prisión y fomentan lazos familiares y sociales y sirven de preparación para la vida en libertad (fundamentalmente los permisos ordinarios de salida). En definitiva son muy importantes en el proceso de resocialización del privado de libertad. En sus distintas modalidades: orales, escritas, telefónicas, especiales familiares, íntimas o de convivencia, se celebrarán en locutorios adecuados y las familiares, íntimas y de convivencia, se celebrarán en salas o habitaciones donde no existe barrera física entre interno y comunicantes. Están reguladas en los artículos 51 a 53 de la LGP y 41 a 49 del RP. Además, por la Instrucción 4/2005, de 16 de mayo, parcialmente modificada (en lo relativo a las comunicaciones íntimas) por la 5/2020, de 20 de julio.

En las comunicaciones y visitas sí existe clara discriminación entre los privados de libertad con recursos económicos y los que no poseen esos recursos. La propia legislación establece que el importe de las llamadas telefónicas serán satisfechas por los internos conforme a lo establecido en el artículo 47.4 del RP, excepto cuando esa llamada telefónica sea para comunicar inmediatamente a su familia y abogado el ingreso en un centro penitenciario o el traslado del interno a otro centro (artículos 52.3 LGP y 41.3 y 47.4 del RP). El número de llamadas telefónicas que los internos pueden realizar es de 5 a la semana con una duración máxima de 5 minutos cada una de ellas, aunque por Orden de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de 14 de abril de 2008 se incrementó a 10 llamadas semanales³². Para el resto de las comunicaciones y visitas: orales, especiales

artículo 14.1 de este Real Decreto”. El artículo 14 se refiere a los internos que hayan sido trasladados de prisión y hayan desempeñado un puesto de trabajo en un centro penitenciario por un periodo superior a un año, siempre que ese desempeño haya sido valorado positivamente. En ese caso, también tendrá prioridad a la hora de acceder a un puesto de trabajo en otro centro.

³² FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio, *Manual de Derecho Penitenciario Ciencias de la Seguridad*. 2015. Salamanca, Solo Soluciones, p. 148. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, “Relaciones del recluso con el mundo exterior”, En *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo VI. Derecho Penitenciario*, PÉREZ CEPEDA/ZÚÑIGA RODRÍGUEZ/SANZ MULAS/FERNÁNDEZ GARCÍA, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (Coordinación), 2ª edición, 2016. Madrid, Iustel, p. 207.

familiares, íntimas y de convivencia, los familiares de los internos tienen que costearse el traslado desde sus lugares de residencia hasta el centro penitenciario en que esté ingresado el privado de libertad. Por lo que existe claramente una discriminación entre los internos y familiares que cuentan con recursos económicos y los que no.

En las relaciones del interno con el mundo exterior (comunicaciones y visitas y permisos de salida), reconocido como derecho por nuestra legislación penitenciaria, es donde más repercusión tiene para el interno que la prisión donde está ingresado se encuentre ubicada en una localidad más próxima o más alejada de su entorno familiar y social. Si la localidad donde viven sus familiares está más alejada los costes de transporte para poder visitar al interno son más elevados. De ahí la importancia que tiene que se cumpla con lo establecido en el artículo 12.1 de la LGP, que establece que en el ingreso de los internos en una prisión se tendrán en cuenta sus vínculos familiares y sociales y hay que “evitar el desarraigo social de los internos”. Es decir, que los privados de libertad deberían alojarse en el centro penitenciario más próximo al área geográfica donde tenga consolidado su espacio vital, laboral, familiar y social. De lo contrario y sobre todo si el interno y sus familiares tienen escasos o nulos recursos económicos, el cumplimiento de la condena se hará más humillante y tortuoso porque tendrá menos contactos con sus familiares y amigos y, por consiguiente, sus perspectivas de resocialización se verán seriamente perturbadas.

Esta situación es aún más negativa para los privados de libertad extranjeros y que no tienen vínculos familiares en España³³. No podrán comunicar con sus seres queridos más que por carta y por teléfono. Para los extranjeros con escasos o nulos recursos económicos será aún más complicado, porque aunque existan ayudas económicas oficiales –a las que más adelante haremos alusión- los costes de las cartas y de las llamadas telefónicas son superiores a los de los internos que tengan a sus familiares en España. Y un porcentaje muy elevado de los internos extranjeros que se encuentran recluidos en las cárceles españolas son por haber cometido delitos Contra la Salud Pública de tráfico de drogas, es decir, los denominados “de aeropuerto o mulas”, con escasos o nulos recursos económicos que son el “blanco perfecto” de grandes organizaciones criminales de narcóticos. La mayoría de esas personas pierden sus lazos familiares durante su estancia en prisión y cuando toman contacto de nuevo con la sociedad les ha cambiado totalmente la vida, no sólo no vuelven a la sociedad en mejores condiciones, sino que han perdido familia, amigos y trabajo y, en muchos casos, no les queda otro remedio que volver a delinquir para poder sobrevivir³⁴.

Con la pandemia de la Covid-19 y durante los Estados de Alarma declarados, la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias suspendió de forma temporal las comunicaciones presenciales de los internos con fami-

³³ Según datos de la web de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias <http://www.institucionpenitenciaria.es> en junio de 2021 había 16.215 internos extranjeros en las cárceles españolas (de un total de 56.166) de los que 15.134, el 93,3 % son hombres y 1081, el 6,67 % mujeres. El porcentaje de internos extranjeros es del 28,8 % de la población reclusa.

³⁴ Siempre recordaré la historia de Edgar, un preso boliviano de 45 años que en los primeros años de la primera década de este siglo XXI ingresó en prisión después de aterrizar en el aeropuerto de Barajas porque la policía nacional le realizó un registro de sus maletas y le encontraron en los fondos de una de ellas un paquete con una sustancia que resultó ser cocaína con un peso neto de 1,2 kilogramos. Después de un tiempo en prisión preventiva, le condenaron por un delito de tráfico de drogas del entonces artículo 369 del CP a una pena de 9 años y un día de prisión. Edgar tenía esposa y 8 hijos y vivía en la más absoluta miseria en una de las zonas más marginales de La Paz. Sus condiciones económicas eran muy precarias y le ofrecieron 6.000 dólares y la estancia en Madrid de un fin de semana con todos los gastos pagados, con la condición de que portara esa cantidad de cocaína que debía entregar a una determinada persona en Madrid. Accedió porque tenía que arriesgarse para sacar de la indigencia a su familia y poder tener unas expectativas más halagüeñas para él y los suyos. Durante sus casi 7 años que estuvo en prisión no tuvo contactos con su familia, a pesar de que la Trabajadora Social del módulo en el que se encontraba del centro penitenciario intentó a través de la embajada de Bolivia en España que contactaran con sus familiares. Edgar tuvo un comportamiento aceptable durante el tiempo que estuvo preso, estuvo yendo a la escuela y realizó algunas actividades ocupacionales realizando cursos de formación para el empleo. Entabó amistad con otros internos latinoamericanos que le permitían adquirir algunos productos del economato con sus tarjetas de compra (refrescos, infusiones y café fundamentalmente). Hacia el final de su estancia en prisión, la Trabajadora Social consiguió, a través de la embajada, contactar con sus familiares, pero la situación había cambiado radicalmente puesto que dos de sus hijos habían fallecido por muerte violenta en una reyerta con otros jóvenes y su esposa se había unido sentimentalmente a otro hombre y no quería saber nada de su marido. Cuando Edgar cumplió las tres cuartas partes de su condena y conforme a lo establecido en el artículo 89 del CP vigente en ese momento, le sustituyeron el resto de la pena por expulsión, siendo trasladado a su país. No volví a saber nada de Edgar, aunque presumo que su vida posterior no ha sido nada fácil, si ha sido. Por desgracia, hay muchos Edgar en las prisiones españolas.

lires y amigos y se incrementaron las comunicaciones telefónicas, poniendo a disposición de los internos la posibilidad de realizar videollamadas gratuitas con teléfonos móviles que la Secretaría General aportó a los centros penitenciarios debido a la suspensión del resto de las comunicaciones, pero se ha realizado de forma excepcional y no ha podido generalizarse después de la finalización de los Estados de Alarma motivado por la insuficiencia de dispositivos móviles ofrecidos para ello por la Administración. Sería una solución adecuada también para paliar la discriminación que sufren los privados de libertad que carecen de recursos económicos para la realización de llamadas telefónicas desde las cabinas de los diferentes módulos o departamentos de los centros penitenciarios. Además, hay que recordar que las Reglas Mínimas vigentes (Reglas Mandela) permiten esa posibilidad en la Regla 58.1,a) que autoriza las comunicaciones “por correspondencia escrita y por los medios de telecomunicaciones, electrónicos, digitales o de otra índole que haya disponibles”, además de “recibiendo visitas”.

2.2.1.8.2.- Permisos de salida.

En cuanto a los permisos ordinarios de salida debemos recordar que son un mecanismo ideal para la preparación de la vida en libertad del interno y que para un sector doctrinal encabezado por MAPELLI, constituyen un auténtico derecho subjetivo que surge de la relación penitenciaria³⁵. La legislación penitenciaria, no obstante, los considera un derecho subjetivo pero condicionado al cumplimiento de una serie de requisitos por parte del recluso, como afirma BUENO ARÚS³⁶ y que, como consideran otros autores, entre ellos GARRIDO GUZMÁN, están incluidos dentro del tratamiento, sirven de estímulo a los reclusos para observar buena conducta y, sobre todo, para hacerles adquirir un sentido más profundo de su propia responsabilidad³⁷. En parecidos términos se manifiesta GARCÍA BASALO, para el que deben organizarse los permisos de modo tal que resulten útiles para la reinserción social del sancionado y no signifiquen riesgos para la sociedad y constituyen uno de los instrumentos más eficaces del moderno tratamiento penitenciario³⁸. Y CUELLO CALÓN afirmaba que la concesión de permisos de salida no sólo posee un carácter benévolo y humanitario, sino que constituye, además, un verdadero medio de prueba que permite comprobar si ha alcanzado un grado de resistencia que le permita vencer las tentaciones de la vida libre y un sentido de responsabilidad suficiente para no faltar a la palabra dada³⁹. Por su parte, el TC, entre otras en STC 112/1996, de 24 de junio establece que “los permisos de salida de los internos no son un derecho subjetivo ni fundamental, están conectados directamente con una de las finalidades esenciales de la pena privativa de libertad, la reeducación y reinserción social”. A nuestro modo de ver, efectivamente los permisos ordinarios están incluidos dentro del sistema de tratamiento individualizado del artículo 72.1 de la LGP, como un derecho subjetivo condicionado a que el penado experimente una evolución favorable en su progresiva resocialización y siempre que reúna los requisitos, tanto objetivos como subjetivos previstos en la legislación penitenciaria⁴⁰. Sobre las bondades de los permisos, en la misma STC⁴¹ se considera que “todos los permisos cooperan potencialmente a la preparación de la vida en libertad del interno”.

Los requisitos objetivos para la concesión de permisos ordinarios como preparación para la vida en libertad se encuentran recogidos en los artículos 47.2 de la LGP y 154 del RP, que básicamente son: estar penado, clasifi-

³⁵ MAPELLI CAFFARENA, Borja *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*. 1983. Barcelona, Bosch, pp. 199-206.

³⁶ BUENO ARÚS, Francisco, 1993. “Relaciones entre la prisión y la sociedad”, *EGUZQUILORE, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, San Sebastián, Ed. Michelena, pp. 23-25.

³⁷ GARRIDO GUZMÁN, Luis, *Manual de Ciencia Penitenciaria*. 1983 Madrid, Edersa, p. 426 y ss.

³⁸ GARCÍA BASALO, Juan Carlos, 1963. “Salidas transitorias de los reclusos del establecimiento penitenciario”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, Madrid, Ministerio de Justicia, nº 160

³⁹ CUELLO CALÓN, Eugenio, *La moderna penología*. 1958. Reimpresión 1973. Barcelona, Bosch, p. 505.

⁴⁰ FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio, 1997. “La prevención especial. Implementación a través de los permisos penitenciarios. Mantenimiento o reforma”, *Justicia Penal y Sociedad, Revista Guatemalteca de Ciencias Penales*, Guatemala, nº 6, pp. 3-21.

⁴¹ La STC 112/1996 se considera que “todos los permisos cooperan potencialmente a la preparación de la vida en libertad del interno, pueden fortalecer los vínculos familiares, reducen las tensiones propias del internamiento y las consecuencias de la vida continuada en prisión que siempre conlleva el subsiguiente alejamiento de la realidad diaria. Constituyen un estímulo a la buena conducta, a la creación de un sentido de la responsabilidad del interno, y con ello al desarrollo de la personalidad. Le proporcionan información sobre el medio social en el que han de integrarse e indican cuál es la evolución del penado”.

cado en segundo o tercer grado de tratamiento penitenciario, haber extinguido la cuarta parte de la condena o condenas y no observar mala conducta. Además de estos requisitos objetivos, los subjetivos previstos en el artículo 156 del RP, en el que se exige el informe favorable del Equipo Técnico y que este informe puede ser desfavorable si concurren variables cualitativas desfavorables en el penado con las que resulte probable el quebrantamiento de la condena, la comisión de delitos o una repercusión negativa de la salida sobre el interno desde la perspectiva de su preparación para la vida en libertad o de su programa individualizado de tratamiento.

La Administración penitenciaria ha pretendido concretar esas variables de riesgo (TVR) y la tabla de concurrencia de circunstancias peculiares (TCCP) en varias Instrucciones Circulares, entre otras la 22/1996, la 3/2008 y la última 1/2012. Dentro de las TVR estarían la extranjería, la drogodependencia, la profesionalidad delictiva, la reincidencia, los quebrantamientos de condena, el tiempo que haya estado -en su caso- clasificado como interno de máxima peligrosidad o inadaptación (artículo 10 LGP), la ausencia de permisos, la deficiencia convivencial, la lejanía del lugar de residencia y las presiones internas. Dentro de la TCCP, estaría el tipo delictivo, la pertenencia a organización delictiva, la trascendencia social del delito, la fecha de cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena (en la que el penado puede salir en libertad condicional) y el trastorno psicopatológico. En la última Instrucción, la 1/2012, de 2 de abril se endurecen aún más las condiciones que se exigen y establece que si los penados están indocumentados, bien por haberse negado a serlo o por haber resultado imposible obtener su documentación, viene justificada la denegación de los permisos. Además se incluye una TCCP más, se debe tener en cuenta desfavorablemente la existencia de resoluciones administrativas o judiciales de expulsión y la comisión de delitos de violencia de género como tipo delictivo específico.

En el estudio del permiso ordinario de cada interno se ha de hacer un riguroso informe sobre la situación penal, penitenciaria, tipo criminológico, condena y antecedentes, realizado por el jurista, el informe psicológico, por el psicólogo, el de conducta y de actividades realizadas, por el educador y el social, por el trabajador social. Además, si el equipo técnico decide informar favorablemente y la Junta de Tratamiento acuerda conceder el permiso, conforme a su situación individualizada se pueden establecer condiciones que tiene que cumplir el penado: acompañamiento familiar a la salida y al regreso, presentación ante las fuerzas de seguridad durante el permiso, sometimiento a analíticas para detectar si ha consumido drogas durante el permiso u otras de semejante entidad. Además, se exige al penado que tenga una acogida durante el permiso, bien por su familia o, si no la tiene, por una Organización No Gubernamental o asociación o fundación que se comprometa a acogerlo durante el permiso. De lo contrario, si no tiene una acogida, el permiso se le denegará.

No me voy a detener en las reflexiones críticas sobre cada una de las TVR o TCCP, con independencia de que estas medidas que restringen más la concesión de permisos ordinarios de salida deberían estar incluidas en la ley y, por consiguiente vulneran los principios de estricta legalidad y de jerarquía normativa y, en consecuencia, su legitimidad es más que dudosa, haré referencia a las que considero claramente discriminatorias para penados con escasos o nulos recursos económicos.

No obstante, y como cuestión previa, es menester resaltar que las estadísticas sobre fracasos de los permisos de salida nos demuestran claramente que los índices de no reingresos de permisos o de comisión de delitos por parte de internos que disfrutaban permisos son muy reducidos y están descendiendo progresivamente desde la implantación generalizada de los permisos como instrumento muy efectivo para el proceso de resocialización de los privados de libertad. Así, el número de internos que disfrutaba permisos ordinarios en 1979 (año que se aprobó la LGP) fue de 1.269. En ese año el índice de internos que no reingresó después de disfrutar el permiso fue del 3,65 %, mientras que en 2019 (último año del que están los datos publicados), el número de internos que disfrutó de los permisos fue de 22.636 y el índice de no reingresos, del 0,37 %. Además, desde 1995 año en el que el índice de no reingresos fue del 1,02 % la cifra ha ido descendiendo progresivamente a la vez que se han incrementado (quizá no en la misma proporción) los internos que los han disfrutado.

De ahí que no se entiende muy bien que la Administración penitenciaria siga elaborando Instrucciones y Circulares que incluyen nuevos criterios para restringir la concesión de permisos de salida. Considerar que un penado que no tiene documentación porque haya sido imposible obtenerla o porque se haya negado a ser documentado o porque sea extranjero y tenga resolución judicial o administrativa de expulsión, es considerar que estas situaciones -que son consecuencia más bien de la pobreza y la marginalidad- afectan más a la seguridad, que los privados de libertad que reúnen esas características tienen una mayor capacidad criminal, que se presume que la salida tendrá una repercusión negativa para el interno desde la perspectiva de su preparación para la vida en libertad o que va a cometer más fácil un delito que quién no esté en esa situación, es rescatar el derecho penal de autor sobre el derecho penal del hecho, es etiquetar como “estados peligrosos” a quienes se

encuentren en esa situación, es, en definitiva, volver, si se me permite la redundancia a lo “peligroso del peligrosismo” de la legislación de peligrosidad y rehabilitación social que permitía la imposición de sanciones penales, no por el hecho delictivo cometido, sino en momentos pre delictuales a personas por la condición de autor.

Así, los marginales, los pobres, los excluidos, los que carecen de trabajo y medios de vida para su sustento personal, no tienen derecho a insertarse en la sociedad en las mismas condiciones que el resto de los ciudadanos, porque se lo impide la legislación. Si la normativa exige que haya familiares o instituciones, entidades, ONG, asociaciones o fundaciones que sirvan de acogida de los internos que disfrutaban los permisos y se hagan responsables de ellos, no se entiende que se plasme expresamente en la normativa esa discriminación en relación a los penados que no se encuentren en esa situación y denegarles los permisos. Y ser pobre es, muchas veces, el origen de estas situaciones, puesto que personas que -por la situación social y política de sus países que se encuentran en la pobreza, en la exclusión más absoluta y en guerras fratricidas permanentes- logran salir del país y entrar en España ilegalmente, si cometen un determinado delito y son condenados, también tendrán la posibilidad de reinsertarse, también para ellos la pena estará orientada hacia su resocialización y no será mero encierro, intimidación o retribución, finalidades de la pena que, como considera la mayoría de la doctrina penal, son científicamente insostenibles y político criminalmente dañosas.

2.2.1.9.- Libertad condicional.

La libertad condicional, entendida, bien como beneficio penitenciario en el sentido de ser un mecanismo jurídico que reduce el tiempo efectivo de cumplimiento de la pena por parte del penado, como afirma un sector doctrinal mayoritario⁴², bien sea una forma específica de cumplimiento de la pena (concepción tradicional hasta la reforma del CP por LO 1/2015, de 30 de marzo, que normalmente se cumplía en libertad), bien como actualmente está concebida -una forma de suspensión de ejecución de la pena privativa de libertad cuando el penado ha extinguido una parte de la condena y cumple el resto de los requisitos previstos en el CP⁴³-, está íntimamente relacionado y tiene su razón de ser en la orientación resocializadora de las penas privativas de libertad prevista en el artículo 25.2 de la CE., es decir, en las actividades de tratamiento y en los factores positivos en la evolución de la personalidad del recluso, de su conducta y del resto de aspectos favorables en la ejecución penitenciaria.

En el expediente de libertad condicional que se iniciará y elevará por parte de la Junta de Tratamiento del centro penitenciario, previo informe del Equipo Técnico, como en el caso de los permisos: antecedentes, condena, perfil criminológico, informe psicológico, de conducta y social, se exige también en el artículo 195.g del RP, acta de compromiso de acogida por parte de su familia, persona allegada o instituciones sociales extra penitenciarias.

Los privados de libertad con escasos o nulos recursos económicos, bien suyos o de su familia que le impida acogerles, puede suponer un lastre y un impedimento para la suspensión de la ejecución de la pena y la concesión de la libertad condicional. El propio CP establece que “para resolver sobre la concesión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional, el juez de vigilancia penitenciaria valorará la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas”. Además, también se prevé que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito o se haya comprometido a satisfacerla.

⁴² BUENO ARÚS, Francisco, 1989. “Los beneficios penitenciarios después de la Ley Orgánica General Penitenciaria.”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, Madrid, Ministerio de Justicia, Extra 1, pp. 51-58.

⁴³ En el artículo 90 del CP se exige que el penado se encuentre en tercer grado de tratamiento, que haya extinguido las tres cuartas partes de la condena y que haya observado buena conducta. Para resolver sobre la suspensión de la ejecución de la pena y concesión de la libertad condicional el juez de vigilancia penitenciaria valorará la personalidad del penado, antecedentes, delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración del delito, la conducta, circunstancias familiares y sociales y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas impuestas. Se dice también que no se concederá la suspensión si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito o se comprometa a satisfacerla teniendo en cuenta las condiciones personales y patrimoniales del culpable a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera.. La libertad condicional también puede adelantarse al cumplimiento de los dos tercios de condena si el penado ha desempeñado actividades laborales, culturales u ocupacionales o incluso más si ha participado en las actividades de forma continuada o en programas de reparación a las víctimas o de tratamiento o desintoxicación, en su caso.

Consideramos que esta redacción vulnera claramente en principio de legalidad penal en el sentido de que le ley tiene, no solo que ser previa, sino ser cierta, concreta, determinada, taxativa y la redacción da pie a interpretaciones diferentes por parte del juez de vigilancia. Las circunstancias personales de escasez de recursos económicos, de pobreza absoluta, de marginalidad, de no tener familiares que le acojan o institución que se comprometa a acogerlo por estos motivos, determinaría la no suspensión de la ejecución del resto de la pena y, por tanto, la no concesión de libertad condicional. Lo que es claramente discriminatorio, generará inseguridad jurídica e indefensión en el penado. En el caso concreto de la libertad condicional, si no se concede al penado con escasos o nulos recursos económicos, estamos, a sensu contrario, condenando al penado a que cumpla una cuarta parte más de condena e incluso un tercio más (si se adelanta la libertad condicional conforme a lo previsto en el CP si el penado reúne esos requisitos excepcionales), de la que cumpliría alguien con recursos económicos que cumpla con los requisitos previstos en el CP.

2.2.1.10.- Programas de atención especializada fuera del centro penitenciario.

Nuestra legislación penitenciaria prevé la posibilidad de que los penados clasificados en segundo grado de tratamiento (en régimen ordinario, es decir, los que permanecen día y noche en el centro penitenciario, no los que están en tercer grado y, por tanto, en régimen abierto en el que normalmente salen del centro penitenciario a la sociedad a realizar sus trabajos, programas y otras actividades durante el día, pernoctando en el centro e incluso, previa instalación de dispositivos telemáticos –vigilancia electrónica- se le puede dispensar de la obligación de pernoctar en el centro penitenciario y sí en su domicilio), siempre que haya un perfil de baja peligrosidad social y no ofrezcan riesgos de quebrantamiento de condena, podrán acudir regularmente a una institución del exterior del centro para la realización de un programa concreto de atención especializada, de tratamiento, es decir, para su reinserción social⁴⁴. Esta medida, que es muy positiva en general para todos los privados de libertad, es a la que se ha acogido durante buena parte de su estancia en prisión clasificado en segundo grado el famoso interno Iñaki Urdangarín, yerno del Rey Emérito.

La aplicación práctica de esta medida se debería generalizar más. Conforme a la normativa, está pensado para ciertos programas que sean necesarios en el tratamiento individualizado de cada interno para promover su reinserción social y en aquéllos programas que no se puedan implementar en el interior de las prisiones y que ha quedado desvirtuado en la práctica en el caso Urdangarín, al enmascararlo con labores de voluntariado, aunque estas actividades puedan ser importantes para su proceso de resocialización, pero no son actividades y programa que reciba el penado, sino que las imparte. No cabe duda que las reflexiones críticas hacen que consideremos que los penados con más recursos económicos, los más pudientes, los delincuentes de cuello blanco que cuentan con redes de apoyo familiar, social, económico y mediático elevado, van a disfrutar en mayor medida de ellas, mientras los menos pudientes, los que carecen de familiares que los acojan, los que viven en la marginalidad y la pobreza difícilmente podrán acceder a tales medidas.

3.- LA LABOR ASISTENCIAL COMO FINALIDAD DE LAS INSTITUCIONES PENITENCIARIAS.

La LGP prevé en su artículo 1, que una de las finalidades de las Instituciones Penitenciarias, además de la reeducación y reinserción social –que debe ser prioritaria- y la retención y custodia de detenidos, presos y penados, es la “labor asistencial y de ayuda para internos y liberados”. Es una consecuencia del Estado de Derecho, de la orientación resocializadora de las penas privativas de libertad y medidas de seguridad y del principio de hu-

⁴⁴ Está recogido en el artículo 117 del RP que establece lo siguiente: 1.- Los internos clasificados en segundo grado de tratamiento que presenten un perfil de baja peligrosidad social y no ofrezcan riesgos de quebrantamiento de condena, podrán acudir regularmente a una institución exterior para la realización de un programa concreto de atención especializada, siempre que éste sea necesario para su tratamiento y reinserción social. 2.- esta medida requerirá haber sido planificada con el interno por la Junta de Tratamiento y estará condicionada a que aquél preste su consentimiento y se comprometa formalmente a observar el régimen de vida propio de la institución y las medidas de seguimiento y control que se establezcan en el programa, que no podrán consistir en control personal por miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. 3.- La duración de cada salida diaria no excederá de ocho horas, y el programa del que forme parte requerirá la autorización del Juez de Vigilancia. Si el programa exigiera salidas puntuales o irregulares, la autorización corresponderá al Centro Directivo. 4.- La Junta de Tratamiento realizará la coordinación necesaria con la institución para el seguimiento del programa. 5.- La participación en el programa podrá ser revocada por decisión voluntaria del interno, por el incumplimiento de las condiciones establecidas o por circunstancias sobrevenidas que justifiquen esta decisión.

manidad de las penas que se analizó con anterioridad. La misma LGP establece que será el “Ministerio de Justicia”, ahora de Interior, “a través de la Comisión de Asistencia Social, organismo dependiente de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, cuya estructura y funcionamiento se determinarán en el reglamento orgánico de dicho departamento, quién prestará a los internos, a los liberados condicionales o definitivos y a los familiares de unos y otros la asistencia social necesaria”. A su vez, el artículo 17.4 de la LGP prevé que “en el momento de la excarcelación se entregará al liberado el saldo de cuenta de peculio, los valores y efectos depositados a su nombre, así como una certificación del tiempo que estuvo privado de libertad y cualificación profesional obtenida durante su reclusión. Si careciese de medios económicos, se le facilitarán los necesarios para llegar a su residencia y subvenir a sus primeros gastos”.

Por su parte, el artículo 46 de la LGP establece que los actos de los internos que pongan de relieve su buena conducta, espíritu del trabajo y sentido de la responsabilidad serán estimulados mediante recompensas y el artículo 263 del RP concreta cuáles son esas recompensas y una de ellas, la recogida en el 263,e) es la de “premios en metálico”. También prevé el artículo 52.3 de la LGP y del que se habló en epígrafes anteriores que el interno tiene derecho a comunicar inmediatamente a su familia y abogado su detención, así como el traslado a otro centro en el momento de ingresar en el mismo.

3.1. AYUDAS PREVISTAS PARA PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD SIN RECURSOS ECONÓMICOS Y PARA SUS FAMILIARES.

La normativa actual que regula las ayudas es la Orden INT/3688/2007, de 30 de noviembre, del Ministerio del Interior, por la que se aprueban las bases reguladoras de concesión de ayudas asistenciales a internos en prisión, liberados condicionales y familiares de ambos y de ayudas para la realización de salidas programadas, terapéuticas y concesión de premios y recompensas para los internos en prisión, en el ámbito de competencias del Ministerio del Interior. Las ayudas que se regulan son las siguientes: asistenciales, a la excarcelación, gastos de transporte, de documentación, funerarios, salidas programadas, recompensas, comunicaciones telefónicas en detención y traslados, comunicaciones telefónicas a indigentes y salidas terapéuticas para internos judiciales⁴⁵.

En relación a los requisitos para la concesión de esas ayudas, se exige que el interno carezca de medios económicos y en alguno de ellos como en el de los gastos funerarios que carezca de recursos económicos el fallecido y sus familiares, salvo en el apartado de Recompensas, comunicaciones telefónicas en detención y traslados y en salidas terapéuticas para actividades específicas de internados judiciales. Lo que parece claro -y así funciona en la práctica- es que la única ayuda que recibirán todos, tengan recursos económicos o no, es la llamada telefónica de la que habla el artículo 52.3 de la LGP, es decir, la de comunicar inmediatamente a sus familiares y abogados su detención así como el traslado a otro establecimiento en el momento de su ingreso, gasto que correrá siempre a cargo de la Administración. Se exige también que haya un informe social, del Trabajador Social, que acredite la situación de precariedad económica en la que se encuentra el privado de libertad y sus familiares.

Por otro lado, los gastos que sí parecen garantizarse en caso de que el penado carezca de recursos económicos son los que se produzcan con motivo de la excarcelación hasta llegar a su residencia que, por otro lado, están recogidos en el artículo 17.4 de la LGP. Esta previsión legislativa debe garantizar que los privados de libertad sin recursos económicos tengan derecho subjetivo a recibir esas ayudas que cubran sus necesidades económicas hasta llegar a su lugar de residencia.

El resto de las ayudas están supeditadas a las disponibilidades presupuestarias y en momentos de crisis econó-

⁴⁵ Asistenciales (ayuda asistencial puntual, a internos, liberados y familiares de ambos), a la excarcelación (dinero para viaje al lugar de residencia, cuando sea necesario, dinero para pernoctar cuando sea necesario, billete de autobús cuando no exista servicio de RENFE, pago de taxi por razones horarias o geográficas y hasta enlazar con el transporte público, billete de retorno por otros medios de transporte incluyendo avión, por razones geográficas o según las circunstancias de cada caso, abono de gastos de ambulancia cuando sea necesario por razones de salud y excepcionalmente, los gastos de asistencia personal por acompañamiento), gastos de documentación (abono de los gastos generados para la tramitación y gestión de dicha documentación), ayudas de transporte (pago del transporte a los internos que de modo continuado asistan a cursos de formación que propicien su inserción socio-laboral), gastos funerarios (el abono de gastos funerarios de internos y liberados condicionales fallecidos), salidas programadas para actividades específicas de tratamiento (abono de gastos generales por la realización de salidas programadas), recompensas (abono de gastos generados por recompensas), comunicaciones telefónicas en detención y traslados, comunicaciones telefónicas a indigentes (abono de comunicaciones telefónicas a los internos indigentes como asistencia social necesaria siempre que las circunstancias del establecimiento lo permitan, tal como recoge el RP en el artículo 47.4 para el resto de los internos), Salidas terapéuticas para actividades específicas de internados judiciales.

micas generalizadas se han suspendido la mayoría de ellas. De ahí que estas prestaciones deberían estar reguladas en la LGP y RP y ser consideradas derechos incluidos en la dignidad de la persona, el derecho a la integridad física y moral, tan importantes como la alimentación o la asistencia sanitaria y la proscripción de torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes. Que un interno no pueda comunicar telefónicamente con sus familiares, sobre todo si están alejados, que su familia no pueda ir a visitarlo a la prisión porque carezcan de recursos económicos para sufragar sus gastos de viaje o que los internos sin recursos no puedan participar en salidas programadas de las previstas en el artículo 114 del RP⁴⁶ porque no estén cubiertos los gastos por la Administración, cuando esas salidas forman parte de actividades de tratamiento programadas que contribuyen a la resocialización de los privados de libertad, es un incumplimiento del deber de garante que tiene la Administración respecto a los internos. En muchas ocasiones, los gastos de las salidas programadas son satisfechos por los propios profesionales que les acompañan o por ONG,s o asociaciones y fundaciones implicadas en los programas de tratamiento que se imparten en los centros penitenciarios.

Recordemos que en un Estado social y democrático de Derecho y concretamente en la ejecución penitenciaria, como afirman BERDUGO Y ARROYO⁴⁷, el Estado no puede reducir su misión a la de mero gendarme, custodio del delincuente y desinteresado de su destino, que se traduce, de una parte, en la construcción de un sistema de ejecución de la pena que ofrezca al condenado medios y oportunidades para su reinserción y, por otra, cuando menos, en la exigencia de institutos jurídicos que puedan facilitar la resocialización sin lesionar los objetivos de prevención general. Y que el Estado, por medio de la Administración, cubra esas necesidades básicas de los internos que, en definitiva son derechos de contenido fundamental, contribuye decisivamente a que el delincuente pueda salir en libertad respetando la ley penal y con unas perspectivas de vida esperanzadoras y favorables.

4.- SITUACIÓN EN LATINOAMÉRICA.

En la mayoría de los sistemas carcelarios latinoamericanos la situación es diametralmente opuesta. Aunque, por una parte, desde un punto de vista deontológico, las legislaciones de la mayoría de los países latinoamericanos se han adaptado a las exigencias de la normativa internacional (Reglas Mínimas de 1955, Reglas Mandela de 2015, Convención Americana de Derechos Humanos, de 1968 y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1976, entre otras disposiciones); de otra parte, la realidad ontológica es bien diferente. Las edificaciones viejas y ruinosas que sirven de lugar de detención, el hacinamiento alarmante⁴⁸, las precarias condiciones de habitabilidad, la insuficiente y mala calidad de la alimentación, las pésimas condiciones sanitarias e higiénicas y la corrupción en la que están implicados algunas autoridades y profesionales penitenciarios, provoca que las personas sin recursos sean incapaces de sobrevivir al régimen de privación de libertad en las cárceles. En la mayoría de estos países son los familiares de los reclusos los que les llevan la comida diaria a través de las visitas.

⁴⁶ Estas salidas, que están vinculadas con actividades programadas o programas de tratamiento concretos (alumnos de un curso de pintura para los que al final del mismo se programa una salida de un día para visitar el museo del Prado, por ejemplo), son muy importantes para el proceso de resocialización de los internos, los internos van acompañados de profesionales penitenciarios y los requisitos de los internos que las disfrutan son que, participen en esa actividad concreta y puedan salir de permisos ordinarios, es decir, estén clasificados en segundo o tercer grado de tratamiento, hayan extinguido la cuarta parte de la condena y no observen mala conducta.

⁴⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/ ARROYO ZAPATERO, Luis, *Manual de Derecho Penal. Parte General I. Instrumentos y principios básicos del Derecho Penal*, 1994. Barcelona, Praxis, p. 67.

⁴⁸ Elaboración propia a partir de los datos ofrecidos por LATAM 2020 sobre sobreocupación penitenciaria en América Latina, nos encontramos que por cada 100 plazas disponibles para presos (que sería la ocupación normal) en las cárceles las estadísticas son las siguientes: Haití 454,4 %, Guatemala 372, Bolivia 363,9, Perú 240,7, El Salvador 215,2, Honduras 204, República Dominicana 183,2, Nicaragua 177,6, Brasil 167,7, Venezuela 153,9, Colombia 145,9, Paraguay 143,1, Ecuador 133,2, Costa Rica 129,1, Panamá 122,2, Chile 100,4, Uruguay 99,3 y México 90,1. Cárceles como la de Preventivos zona 18, en Guatemala, según informe del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales, de Guatemala (ICCPG) disponible en www.iccpg.org.gt en 2020 tenía 4610 internos siendo su capacidad normal de 1350, es decir, tiene una sobreocupación o hacinamiento de 3 veces más la capacidad normal del centro. Es una de las cárceles más hacinadas de América Latina, junto al Reclusorio Preventivo Varonil Norte, en México DF, el penal de Lurigancho, en Lima (Perú), el de Guayaquil (Ecuador), el penal García Moreno, Quito (Ecuador), el Retén de Caitia (Venezuela), la Nacional de Maracaibo (Venezuela), la Nacional Modelo de Bogotá (Colombia), el presidio de Aníbal Bruno, en Recife (Brasil) o la penitenciaría Central de Honduras.

Una característica común de las cárceles latinoamericanas (muchas de ellas auténticos centros de exterminio) es que a la entrada de las mismas se forman grandes colas de familiares con bolsas y paquetes donde llevan la comida de sus seres queridos que están ingresados en prisión⁴⁹. Esta situación, además de evidenciar que los internos y familiares pobres que no tengan recursos económicos se verán claramente discriminados, desde el punto de vista de la seguridad del establecimiento es un vehículo de entrada de artículos y objetos prohibidos: droga, objetos punzantes, armas de fuego e incluso granadas de mano se han pasado a través de la comida que ingresan los familiares.

Lo mismo ocurre con la asistencia sanitaria. La administración penitenciaria no garantiza, en general, para los privados de libertad, una adecuada asistencia sanitaria. Sólo los privados de libertad más pudientes económicamente pueden contratar servicios médicos privados extra penitenciarios. El resto cuentan con pésimas condiciones sanitarias incumpliendo el deber de la administración de velar por la vida, integridad y salud de los internos. NIETO PALMA afirma que en Venezuela, por ejemplo, la tuberculosis y la desnutrición es la causa principal de la muerte de los presos venezolanos⁵⁰. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha condenado a varios países por el incumplimiento de esta obligación⁵¹. En cambio, y en la misma época en la que la Corte Interamericana condenó al estado de Guatemala, la ex vicepresidenta del gobierno de Guatemala, Roxana Baldetti estaba en situación de prisión preventiva, luego condenada en 2018 a 15 años de prisión por varios delitos relacionados con la corrupción (concretamente por delitos de tráfico de influencias, fraude y asociación ilícita). A la ex vicepresidenta le habilitaron una celda en la zona de oficinas de los profesionales de la prisión de mujeres preventivas de Santa Teresa (Guatemala), concretamente en la oficina donde trabajaban habitualmente la psicóloga y la jurista del centro, a las que trasladaron con sus mesas, sillas y resto del escaso material de escritorio, al pasillo de las oficinas⁵².

La situación real de las cárceles latinoamericanas es poco edificante, los chantajes, las extorsiones o las amenazas son constantes entre la población reclusa. Si a esto le unimos la alta corrupción de los gobernantes, se forma un cóctel explosivo de incalculables dimensiones. La inmensa mayoría de la población reclusa – y que está más pronunciado en las cárceles latinoamericanas, debido a la enorme desigualdad social que existe en estos países- es pobre y, como acertadamente afirma BARROS LEAL, los internos se someten al comando de los poderosos –narcotraficantes, líderes de pandillas, jefes de crimen organizado- peces gordos que se actúan con desenvoltura, a cara descubierta, dentro y fuera de los muros prisionales, bajo la indiferencia o el apoyo directo de los funcionarios, sus propios códigos estrictos de conducta y lealtad⁵³. Ejemplos de estos, por des-

⁴⁹ El Observatorio venezolano de prisiones <https://oveprisiones.com/>, denuncia en un reciente video titulado “*Los familiares son el salvavidas de los presos venezolanos*” que se puede ver en el siguiente enlace: <https://youtu.be/fr1gdHi93jl> se pone de manifiesto que en Venezuela el Estado no garantiza la alimentación para los presos y la suspensión de visitas agudizó esta situación. Familiares de internos hacen colas de hasta 6 horas para dejarles la comida para varios días e incluso hasta dos semanas. Quienes no tengan familiares con recursos para llevarles comida deben conformarse con la alimentación que suministra la cárcel, que entrega una o comida en el día y que consisten exclusivamente en agua de avena y pasta, sin ningún tipo de proteínas. En el video se denuncia también la existencia de corrupción entre los guardias penitenciarios, que cobran a familiares e internos para que les dejen pasar comida del exterior.

⁵⁰ NIETO PALMA, Carlos, 2020. “Tuberculosis y desnutrición, la pandemia de los presos venezolanos”. *Runrun.es*, 18 de septiembre de 2020 [fecha de consulta: 11/10/2021]. Recuperado de: <https://runrun.es/opinion/423068/tuberculosis-y-desnutricion-la-pandemia-de-los-presos-por-carlos-nieto-pa>.

⁵¹ Entre otras, Sentencia de 29 de febrero de 2016. Caso Chinchilla Sandoval Vs. Guatemala. La Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó la sentencia mediante la cual declaró internacionalmente responsable al Estado de Guatemala por el incumplimiento de la obligación de garantizar los derechos a la integridad personal, a la vida, a las garantías judiciales y a la protección judicial, reconocidos en los artículos 5.1, 4.1, 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de la señora María Inés Chinchilla Sandoval, quién padeció varios problemas de salud y una situación de discapacidad física sobrevenida, que terminaron con su muerte, mientras se encontraba privada de libertad cumpliendo una condena penal.

⁵² Durante esa época tuve la oportunidad de ser miembro de la Asistencia Técnica Internacional del Programa para la Seguridad y la Justicia, de la Unión Europea, en Guatemala, SEJUST, concretamente coordinando la parte relativa a la reforma del Sistema Penitenciario de ese país y visitamos varias veces la cárcel de mujeres de Santa Teresa. Los psicólogos del centro nos contaron que al ingresar la ex vicepresidenta en prisión preventiva le habilitaron, como celda, su oficina. En las referidas visitas nunca vimos a la ex vicepresidenta. La directora del centro nos decía siempre que había salido a consulta hospitalaria, motivo por el cuál no se encontraba en el centro y en su celda.

⁵³ BARROS LEAL, César Oliveira, 2011. “La pena de prisión en América Latina: Los privados de libertad y sus derechos

gracia, se dan con cierta frecuencia en las cárceles latinoamericanas. En estos días hemos conocido la noticia de que 118 internos mueren en Guayaquil (Ecuador) en enfrentamientos entre bandas rivales con granadas y decapitaciones⁵⁴. Ante esta situación, el gobierno de Ecuador ha decretado “el estado de excepción nacional en todo el sistema carcelario”, lo que significa que el control de las penitenciarías pasa a las fuerzas armadas, que podrán actuar dentro de las prisiones con el apoyo de la policía. Esto significa que los derechos humanos podrán ser suspendidos y, en consecuencia, pisoteados, con el argumento de garantizar la seguridad y el orden dentro de las cárceles. Las causas que provocan esta situación son generales en las cárceles latinoamericanas: lucha por el poder, narcotráfico, corrupción y hacinamiento. Las mafias carcelarias, apoyadas por la corrupción de los funcionarios y del sistema político, son las que controlan el sistema penitenciario y los presos pobres y los más vulnerables son las principales víctimas de la cárcel⁵⁵. Y los presos pobres siempre se encuentran en inferioridad de condiciones que los delincuentes de cuello blanco y los económicamente más pudientes. Un ejemplo vergonzante es el trato que se le está dispensando a Alberto Fujimori en la cárcel de Perú en la que se encuentra ingresado, condenado a 25 años de cárcel por la comisión de graves delitos de lesa humanidad. Mientras las cárceles de Perú se encuentran entre las más sobrepobladas de América Latina, hay una exclusiva prisión en la que vive un solo reo⁵⁶.

En relación al ingreso de privados de libertad en las cárceles latinoamericanas donde las condiciones de hacinamiento son alarmantes, las legislaciones internas de estos sistemas penales también tienen recogidos los criterios establecidos en la normativa internacional (Reglas Mínimas de 1955, actualizadas en 2015, Reglas Mandela), es decir, los privados de libertad pertenecientes a categorías diferentes deben estar ubicados en centros o departamentos diferentes en virtud a la edad, sexo, situación procesal, antecedentes o estado físico y mental. En la práctica el criterio real está relacionado con la capacidad económica y los recursos que tengan los privados de libertad. En algunos países como Guatemala existe un tributo-tasa ilegal que es conocido incluso por las autoridades de la Dirección General del Sistema Penitenciario, denominado “*talacha*”. Según la misma, cuando un reo ingresa en prisión, si tiene recursos económicos abona una cantidad de dinero semanal que se lo distribuyen autoridades penitenciarias de esa cárcel e internos de confianza de aquéllos. Eso le garantiza al privado de libertad ingresar en los mejores sectores o departamentos y les eximirán de sus obligaciones con la

humanos, *Corte Interamericana de Derechos Humanos* [en línea], pp. 105-111 [fecha de consulta 05/10/2021]. Recuperado de: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r34037.pdf>. Este autor describe perfectamente la situación de las cárceles latinoamericanas: “hacinadas, promiscuas, malolientes, incubadoras de tuberculosis, de enfermedades epidémicas, del VIH y del sida, las cárceles albergan en sus edificios ruinosos, por donde circulan cucarachas y ratones, a centenares de prisioneros inertes, cuerpos dóciles, sin asistencia material, jurídica y médica, sin ningún género de clasificación”.

⁵⁴ Noticia de prensa aparecida en BBC News Mundo. Redacción. “Ecuador: Al menos 118 muertos en una cárcel de Guayaquil en enfrentamientos entre bandas rivales con granadas y decapitaciones”, *BBC News Mundo*, publicado el 29/09/2021 [05/10/2021]. Recuperado de: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-58730033>.

⁵⁵ EQUIPO DE REDACCION. “Pranes, carros, causas y luceros: la realidad de las cárceles venezolanas”. *Runrum.es*. 27 de diciembre de 2020 [fecha de consulta: 11/10/2021]. Recuperado de: <https://runrum.es/megafono/432254/pranes-carros-causas-y-luceros-la-realidad-de-las-carceles-venezolanas/>. En el artículo se dice lo siguiente: “ En Venezuela, los presos pasan hambre, están hacinados, a merced de la COVID-19, la desnutrición y otras enfermedades infecciosas como la tuberculosis, pero sobre todo, dependen de una mafia cuyos tentáculos van hasta lo más alto del Gobierno y que hoy en día hacen un mejor trabajo que este a la hora de conseguir alimento para los reos: los pranes, como se conoce en Venezuela a los criminales que tienen el poder y el control de las cárceles”. En el citado artículo se explica quiénes son los “pranes”. “En la pirámide de la corrupción está el pran: Preso Rematado Asesino Nato, que es el mandamás de la cárcel, el que determina cómo son las reglas de la prisión. Él maneja el carro, que es la organización, acompañado de los luceros, que son los mandos medios de la estructura”.

⁵⁶ Noticia de prensa aparecida en BBC News Mundo. Redacción. “Como Alberto Fujimori se volvió el preso más caro de Perú y por qué la justicia del país quiere acabar con sus privilegios carcelarios”. *BBC News Mundo*, publicado el 11 de octubre de 2021 [fecha de consulta: 12/10/2021]. Recuperado de: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-58835238>. En la noticia se dice lo siguiente: “no tiene celdas. Cuenta con tres estancias, biblioteca, un taller para pintar, una cocina, sala de reuniones, enfermería e incluso un huerto. Para mantenerla y cuidar de su único preso, sólo en 2020, el gobierno invirtió unos 172.000 dólares norteamericanos, una cifra 57 veces mayor que la cantidad que destinó de forma individual para el resto de los presos en otras penitenciarías comunes”. En el artículo se continúa diciendo que el gobierno actual quiere trasladar al preso a una cárcel común, porque el ministro de justicia ha dicho que no puede tener privilegios, pero lo cierto es que lleva allí preso más de una década. Su hija, la candidata a presidenta de la república que perdió las elecciones, Keiko Fujimori, dijo que responsabilizaba al gobierno actual de lo que le pudiera pasar a su padre con el cambio de prisión. De momento no ha sido cambiado de cárcel.

limpieza de las instalaciones de la cárcel. Todas estas tareas, las más ingratas y muchas de ellas degradantes e inhumanas, las realizarán los privados de libertad que, por carecer de recursos económicos, por ser pobres y marginales, no pueden abonar tributo ilegal alguno. Los propios miembros de los Equipos Multidisciplinarios de los centros penitenciarios y que componen psicólogos, trabajadores sociales, educativos, jurídicos, médicos, enfermeros y maestros, denuncian que en las cárceles de Guatemala no se pueden hacer protocolos de actuación con criterios basados en la normativa internacional e interna de separación y clasificación interior de los privados de libertad porque debido a la “*talacha*” éstos serán destinados a los sectores correspondientes según sea su capacidad económica, no su perfil criminológico, sus antecedentes, su peligrosidad, el delito cometido, la entidad de su condena, su situación personal, laboral y familiar o su estado físico y mental. Esta situación, por desgracia, es generalizada en las cárceles de la mayoría de los países de Latinoamérica.

En estas condiciones es muy difícil que pueda cumplirse con el mandato de las normas internacionales sobre derechos humanos y de reclusión y de la normativa interna que orienta las penas privativas de libertad hacia la reeducación y reinserción social de los condenados, es decir, la prevención especial positiva, que junto a la prevención general negativa, como afirma ZÚÑIGA RODRÍGUEZ parece la finalidad más plausible de la pena dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho⁵⁷.

5.- A MODO DE CONCLUSIÓN.

A lo largo de esta monografía hemos realizado un estudio de las diferentes vicisitudes de los privados de libertad desde que ingresan en una prisión hasta que obtienen la libertad, bien sea la provisional en el caso de los detenidos y preventivos, definitiva o condicional, en el caso de los penados. En todas ellas hay una diferencia sustancial entre los presos que cuentan con recursos económicos -tanto ellos como los familiares que los apoyan- y los que carecen de los mismos o son muy escasos. En relación a los derechos de contenido fundamental como el derecho a la vida, la integridad física y psicológica, la dignidad, la intimidad, la alimentación, asistencia sanitaria e higiénica y condiciones de habitabilidad de los centros de reclusión, no suele haber diferencias entre los privados de libertad con recursos económicos respecto a quienes no los tienen en la realidad penitenciaria española y la de países del entorno de la Unión Europea y del Consejo de Europa. No ocurre así en sistemas jurídicos de otras latitudes, en los que no se garantiza que el Estado asuma el papel de posición de garante respecto a las personas que tiene privadas de libertad, es decir, que vele por la vida, salud e integridad física y psicológica de los internos ingresados en sus cárceles.

Durante el trabajo hemos hecho alusión a situaciones concretas que se dan en sistemas penitenciarios de América Latina donde las cárceles son auténticos depósitos de seres humanos abandonados a su suerte en las que sólo pueden sobrevivir los que tengan recursos económicos y cuenten con familiares o allegados que puedan satisfacerles las necesidades básicas que el Estado no cubre y debería hacerlo: condiciones dignas de internamiento, alimentación suficiente, variada y equilibrada y asistencia sanitaria e higiénica adecuadas.

En cambio en otro tipo de derechos, bien sean subjetivos plenos por el hecho de ingresar en prisión o condicionados al cumplimiento de una serie de requisitos, la discriminación entre los privados de libertad con recursos económicos de los que no los tienen, es más nítida y cuantificable: comunicaciones y visitas, permisos de salida, progresiones de grado o libertad condicional, vicisitudes en la ejecución penitenciaria que la legislación considera imprescindibles para el proceso de inserción social plena de los privados de libertad. En el modelo de Estado social y democrático de Derecho, como manifiestan BERDUGO Y ARROYO⁵⁸, el Estado tiene que intervenir en los procesos económicos para combatir las desigualdades y garantizar los derechos y libertades de todos los ciudadanos, también de los privados de libertad, que, además, tiene bajo su custodia. Cuando esta garantía no abarca a todas las necesidades de los ciudadanos, esta función queda relegada a las organizaciones de la sociedad civil (ONG,s, asociaciones y fundaciones sin ánimo de lucro). Pero cuando estas redes sociales quiebran, porque el Estado deja de subvencionarlas o recorta drásticamente los recursos destinados a las mismas al considerar más importante destinar el dinero público a otros menesteres por intereses políticos diferentes, las personas más vulnerables y dentro de ellas los privados de libertad con menos recursos, quedan absolutamente desprotegidos y cuando salen en libertad volverán a delinquir para poder sobrevivir.

⁵⁷ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, “La pena en un Estado Social y Democrático de Derecho”, en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo I. Introducción al Derecho Penal*, op. cit., p. 276.

⁵⁸ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/ ARROYO ZAPATERO, Luis, *Manual de Derecho Penal. Parte General I. Instrumentos y principios básicos del Derecho Penal*, 1994. Barcelona, Praxis, p. 67.

También se ha analizado la Orden del Ministerio del Interior que regula las ayudas a internos y familiares que se encuentran en situación de necesidad. Aunque estas ayudas siempre son positivas y se adjudican en función de los recursos económicos tanto de los internos como de sus familiares, no están garantizadas para todos los privados de libertad con escasez de recursos y están supeditados a las disponibilidades presupuestarias y a los intereses políticos de los gobiernos de turno. Lo ideal sería que, a tenor del principio de legalidad, se regulasen todas ellas en la LGP o en el RP estableciendo una cláusula que garantizase esas ayudas a todos los reos sin recursos económicos para ejercitar esos derechos y que puedan acceder, en condiciones de igualdad, a los mecanismos jurídicos que posibiliten su inserción plena en el tejido social cuando hayan extinguido su condena.

BIBLIOGRAFÍA.

- ÁLVAREZ URÍA, Francisco, 1979. “De la policía de la pobreza a las cárceles del alma”, *El basilisco*, nº 8, pp. 64-71.
- BARROS LEAL, César Oliveira, 2011. “La pena de prisión en América Latina: Los privados de libertad y sus derechos humanos”, *Corte Interamericana de Derechos Humanos* [en línea], pp. 105-111 [fecha de consulta 05/10/2021]. Recuperado de: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r34037.pdf>.
- BARROS LEAL, César Oliveira, *La ejecución penal en América Latina a la luz de los derechos humanos: viaje por los senderos del dolor*. 2009. México, Porrúa-Ilanud-UNAM. Facultad de Derecho.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/ ARROYO ZAPATERO, Luis, *Manual de Derecho Penal. Parte General I. Instrumentos y principios básicos del Derecho Penal*, 1994. Barcelona, Praxis
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, “Derecho Penal y Constitución”, en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo I. Introducción al Derecho Penal*, BERDUGO/PÉREZ CEPEDA/ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Coord. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., 2º edición, 2015, Madrid, Iustel.
- BUENO ARÚS, Francisco, 1989. “Los beneficios penitenciarios después de la Ley Orgánica General Penitenciaria.”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, Madrid, Ministerio de Justicia, Extra 1, pp. 51-58.
- BUENO ARÚS, Francisco, 1993. “Relaciones entre la prisión y la sociedad”, *EGUZQUILORE, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, San Sebastián, Ed. Michelena, pp. 23-25.
- CARRANZA, Elías, *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria. Respuestas posibles*. 2001. México, Siglo XX.
- CARRANZA, Elías, 2012, “Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe. ¿Qué hacer?”, *Anuario de Derechos Humanos* [en línea], pp. 31-66 [fecha de consulta: 06/10/2021]. Recuperado de: www.anuarioodh.uchile.cl.
- CUELLO CALÓN, Eugenio, *La moderna penología*. 1958. Reimpresión 1973. Barcelona, Bosch
- CUNEO NASH, Silvio. *Cárceles y pobreza*. 2018, Buenos Aires, Uqbar Editores.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio, 1997. “La prevención especial. Implementación a través de los permisos penitenciarios. Mantenimiento o reforma”, *Justicia Penal y Sociedad, Revista Guatemalteca de Ciencias Penales*, Guatemala, nº 6, pp. 3-21.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio (Director), *La cárcel: una institución a debate*, I Congreso sobre la cárcel, 2014, Salamanca, Colección Estudios Ciencias de la Seguridad, Ratio Legis.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio, *Manual de Derecho Penitenciario Ciencias de la Seguridad*. 2015. Salamanca, Solo Soluciones.
- GARCÍA BASALO, Juan Carlos, 1963. “Salidas transitorias de los reclusos del establecimiento penitenciario”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, Madrid, Ministerio de Justicia
- GARCÍA BRAVO, Estanislao/ LUCÍA MEJÍAS, José Manuel/ MARTÍNEZ LÓPEZ, José Luis (Editor), *Historias desde la Cárcel. Soto del Real 2012*, Madrid, Pigmalion.
- GARCÍA VALDÉS, Carlos. *Temas de Derecho Penal (Penología, Parte Especial, Proyectos de Reforma*. 1992. Madrid, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.
- GARRIDO GUZMÁN, Luis, *Manual de Ciencia Penitenciaria*. 1983. Madrid, Edersa,

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Ignacio, 2011. “Redefiniendo la pobreza y la penalidad: la formación del Estado neoliberal”, *Revista Española de Sociología*, Madrid, nº 15, pp. 97-102.

JURISPRUDENCIA PENITENCIARIA años 1984-2019. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Ministerio del Interior. Madrid, Publicación en los respectivos años y tomos. Recuperado de: <https://www.institucionpenitenciaria.es/es/web/home/fondo-documental/publicaciones>.

MAPELLI CAFFARENA, Borja *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*. 1983. Barcelona, Bosch,

MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, 10 edición revisada y puesta al día. 2019. Valencia, Tirant lo Blanch.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal y Control Social*. 1985. Jerez, Fundación Universitaria de Jerez.

NIETO PALMA, Carlos, 2020. “Tuberculosis y desnutrición, la pandemia de los presos venezolanos”. *Runrun.es*, 18 de septiembre de 2020 [fecha de consulta: 11/10/2021]. Recuperado de: <https://runrun.es/opinion/423068/tuberculosis-y-desnutricion-la-pandemia-de-los-presos-por-carlos-nieto-pa>.

REBAGLIA, TI, Lucas Esteban, 2015. “Los pobres encarcelados. Prácticas y representaciones de los presos de la cárcel capitular en el Buenos Aires tardocolonial” *Trabajos y comunicaciones*, La Plata, Universidad Nacional de La Plata. Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación. Departamento de Historia, nº 41, pp. 1-17.

RÍOS MARTÍN, Julián Carlos/ PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther/ ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, Xavier, 2018, *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse de la cárcel*, 2ª edición, Madrid, Ed. Universidad Pontificia de Comillas.

SERRANO MAÍLLO, María Isabel, 1995. “Delincuencia y pobreza. La economía de los presos”, *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, Madrid, nº 8-9, pp. 435-446.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*, 1969, Madrid, Tecnos,

VAN ZYL SMIT, Dirk/ SNACKEN, Sonja, 2013, *Principios de Derecho y Política Penitenciaria Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch.

WACQUANT, Loïc, *Las cárceles de la miseria*, 2010, 2ª edición, Buenos Aires, Manantial.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, “Relaciones del recluso con el mundo exterior”, En *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo VI. Derecho Penitenciario*, PÉREZ CEPEDA/ZÚÑIGA RODRÍGUEZ/SANZ MULAS/FERNÁNDEZ GARCÍA, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (Coordinación), 2ª edición, 2016. Madrid, Iustel

Revista
SISTEMA PENAL CRÍTICO

**MARGINACIÓN Y PELIGROSIDAD SOCIAL EN LA LEGISLACIÓN
HISTÓRICA ESPAÑOLA¹**

**MARGINALIZATION AND SOCIAL DANGEROUSNESS
IN THE SPANISH HISTORICAL LEGISLATION**

Cristian Sánchez Benítez

Doctor en Ciencias Sociales y Jurídicas (Derecho). Investigador en la Universidad de Cádiz

¹ Este trabajo es original y no ha sido previamente enviado a ninguna revista ni publicado. El presente trabajo ha sido elaborado en el marco del Congreso Internacional “Aporofobia y Derecho Penal en el Estado Social” celebrado en la Universidad de Deusto los días 20, 21 y 22 de abril como parte del proyecto I+D+I «Hacia un modelo de justicia social: alternativas político-criminales» (Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades del Gobierno de España, ref. RTI2018-095155-A-C22, perteneciente al proyecto coordinado «Aporofobia y Derecho penal», ref. RTI2018-095155-B-C21).

RESUMEN:

En este trabajo se someten a examen las disposiciones en materia de peligrosidad que formaron parte de los textos penales españoles previos al Código penal de 1995. Primeramente, se comentan los precedentes legislativos más remotos en el Derecho español y tras ello se analizan someramente los preceptos contenidos en los Códigos y Leyes penales históricas que regularon aspectos relativos a la peligrosidad. En concreto, se estudian los Códigos penales de 1822, 1848, 1870, 1928, 1932 y 1944, así como las dos leyes especiales de peligrosidad vigentes en buena parte del siglo XX: la Ley de Vagos y Maleantes de 1933 y la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970. El trabajo finaliza con una breve recapitulación a modo de reflexión final en torno a la categoría peligrosidad y a su carácter aporofóbico.

ABSTRACT:

In this work, the precepts on dangerousness that were part of the Spanish penal texts prior to the 1995 Penal Code are examined. Firstly, the most remote legislative precedents in Spanish Law are discussed and after that the contained precepts in the historical Penal Codes and laws that regulated aspects related to dangerousness are briefly analyzed. Specifically, the Penal Codes of 1822, 1848, 1870, 1928, 1932 and 1944 are studied, as well as the two special dangerousness laws in force in much of the 20th century: The Law of Vagrants and Criminals of 1933 and the Law of Dangerousness and Social Rehabilitation of 1970. The work ends with a brief recapitulation as a final reflection on the use of the dangerousness category and its aporophobic nature.

PALABRAS CLAVE:

Vagancia, vagos, peligrosidad social, medidas de seguridad, aporofobia.

KEYWORDS:

Vagrancy, vagrants, social dangerousness, security measures, aporophobia.

SUMARIO:

1. Precedentes más remotos en materia de peligrosidad en el Derecho español. 2. Tratamiento de la peligrosidad en el Código penal de 1822. 3. Tratamiento de la peligrosidad en el Código penal de 1848. 4. Tratamiento de la peligrosidad en el Código penal de 1870. 5. Tratamiento de la peligrosidad en el Código penal de 1928. 6. Tratamiento de la peligrosidad en el Código penal de 1932. 7. La Ley de Vagos y Maleantes de 1933. 8. Tratamiento de la peligrosidad en el Código penal de 1944. 9. La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970. 10. Breve recapitulación. 11. Bibliografía.

1. PRECEDENTES MÁS REMOTOS EN MATERIA DE PELIGROSIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL

Siguiendo a Leal Medina, quien realizó un estudio histórico sobre las medidas de seguridad en el Derecho penal español², los primeros precedentes en materia de medidas de seguridad se sitúan en el siglo VII después de Cristo, en disposiciones del *Liber Iudiciorum*³, obra legislativa visigótica que fue traducida al romance por Fernando III en el siglo XIII (versión conocida como Fuero Juzgo)⁴ y que «regiría a partir de entonces los más importantes núcleos de población andaluces y levantinos conquistados por Castilla»⁵. Durante el amplio periodo que comienza en la Edad Media y que termina en la época de la Ilustración, la vagancia fue el estado de peligrosidad más acusado, en tanto que se integraban en el mismo multitud de personalidades⁶. Resumidamente, mientras que durante la Edad Media las disposiciones relativas a los peligrosos tenían como propósito su utilización como mano de obra por parte de los señores de la tierra⁷; durante la Monarquía Absoluta éstas se articulaban en función de las necesidades bélicas del momento⁸. Como precedente más cercano pero anterior a las medidas previstas en los Códigos penales, aluden Jorge Barreiro y Gracia Martín a la «cláusula de retención» consagrada por la Pragmática de Carlos III de 1771 (que según Barbero Santos tenía una existencia muy anterior⁹), que establecía la prolongación indefinida de la pena en el caso de delincuentes peligrosos con fines de defensa social¹⁰, cuando estos hubiesen cometido un delito grave y hubieren mostrado un comportamiento rebelde o violento, teniendo prohibido el abandono de la prisión hasta que se decretase licencia o permiso sobre la base de su buena conducta¹¹.

² Desde una perspectiva comparada, ANCEL, M., 1956. Penas y medidas de seguridad en Derecho positivo comparado. *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, no. IX, p. 444, considera que sobre los orígenes de las medidas de seguridad, «pudiéramos remontar hasta Platón, o hasta el Derecho chino del siglo X, antes de nuestra Era, y con más exactitud, a ciertas instituciones del antiguo Derecho europeo, especialmente a las disposiciones de la Carolina de 1532, a la cláusula de retención del Derecho español y a los establecimientos de trabajo que instituyeron los holandeses en Ámsterdam en el siglo XVI». Para LEAL MEDINA, J., 2006. *La historia de las medidas de seguridad. De las instituciones preventivas más remotas a los criterios científicos penales modernos*. 1ª edición. Pamplona: Aranzadi, pp. 31 y ss., los primeros antecedentes se remontan a la civilización sumeria y en concreto, señala que la primera medida de seguridad escrita de la que tiene constancia surgió en la ciudad de Lagash, durante el Gobierno del dictador Uruinimgina (2352-2342 antes de Cristo), consistente en la expulsión de la ciudad de usureros, ladrones y toda suerte de criminales a fin de proteger a los ciudadanos.

³ Sobre las medidas previstas por el *Liber Iudiciorum*, destaca ibídem, pp. 90 y ss., las siguientes: echar para siempre fuera de la Tierra, destierro por tres años de la Tierra, cortar el dedo pulgar de la mano derecha al escribano y la castración de los homosexuales.

⁴ TERRADILLOS BASOCO, J.M., 1981. *Peligrosidad Social y Estado de Derecho*. 1ª edición. Madrid: Akal, p. 31.

⁵ GACTO FERNÁNDEZ, E., ALEJANDRE GARCÍA, J.A., y GARCÍA MARÍN, J.M., 2006. *Manual Básico de Historia del Derecho*. 5ª edición. Madrid: Laxes, pp. 143 y 144.

⁶ LEAL MEDINA, J., 2006. *La historia de las medidas de seguridad. De las instituciones preventivas más remotas a los criterios científicos penales modernos*. op. cit., p. 161, indica que durante la Edad Media se trató de un concepto «bajo cuya expresión se van a comprender muchas clases de personas o personalidades, como los pícaros, tahúres, juerguistas, mendigos, enfermos mentales, lisiados y en general, pobres y marginados», quienes «van a constituir el enemigo más inmediato de las nuevas y emergentes organizaciones socio-políticas como las Monarquías territoriales» y durante la Monarquía Absoluta, p. 175, bajo el concepto de vagancia se integraban «borrachos, alcohólicos, barraganas, enfermos y pobres en general».

⁷ TERRADILLOS BASOCO, J.M., 1981. *Peligrosidad Social y Estado de Derecho*. op. cit., p. 32. El mismo autor, en 1978. La vagancia habitual. Estudio de un supuesto de estado peligroso en el Derecho penal español. *Revue Internationale de Droit Pénal*, no. 1, p. 350, alude a una Ley de Enrique II dada en Toro en 1369 por la que se autorizaba a cualquier señor a someter al vago con el fin de solucionar el escaso cultivo de la tierra.

⁸ TERRADILLOS BASOCO, J.M., 1981. *Peligrosidad Social y Estado de Derecho*. op. cit., p. 32. Al respecto, advierte el autor, en 1978. La vagancia habitual. Estudio de un supuesto de estado peligroso en el Derecho penal español. op. cit., p. 351, del paralelismo con las legislaciones francesa e inglesa, paralelismo que en su opinión, más que como fruto de su influencia, surge «como consecuencia de idénticas necesidades [bélicas], a las que se les da parecida solución».

⁹ BARBERO SANTOS, M., 1980. *Marginación social y derecho represivo*. 1ª edición. Barcelona: Bosch, p. 14.

¹⁰ JORGE BARREIRO, A., 1976. *Las medidas de seguridad en el Derecho penal español*. 1ª edición. Madrid: Civitas, p. 47 y GRACIA MARTÍN, L., 2008. Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho. En: GARCÍA VALDÉS, C. et al. (Coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo I. 1ª edición. Madrid: Edisofer, p. 982.

2. TRATAMIENTO DE LA PELIGROSIDAD EN EL CÓDIGO PENAL DE 1822

El Código penal de 1822, que nació durante el periodo conocido como Trienio Liberal (1820-1823)¹² y que fue influenciado por el Código penal francés de 1810¹³, combinaba la severa tradición penal española propia del Antiguo Régimen con los contenidos renovadores de la Ilustración, en concreto, el principio de humanización de las penas de Beccaria y el utilitarismo de Bentham¹⁴. Los fines de las penas del Código penal de 1822 eran la retribución y la prevención general¹⁵, si bien algunos preceptos contenían consecuencias jurídicas en las que predominaban fines de carácter preventivo-especial, como por ejemplo el artículo 9, que se refería a la vigilancia especial de las autoridades aun cuando no existiere acto alguno para preparar o ejecutar el delito¹⁶. El artículo, aunque señalaba que en estos casos el pensamiento y la resolución para delinquir no estaban sujetos a pena alguna, preveía la posibilidad de la vigilancia especial de las autoridades cuando la ley lo determinara. De tal manera, se podría sostener que, aun encontrándose numerada como pena en el artículo 28 del mismo texto, la vigilancia especial de las autoridades era una medida de seguridad predelictual, pues se justificaba por la peligrosidad del sujeto, como sostiene Terradillos Basoco¹⁷, y no por su culpabilidad.

3. TRATAMIENTO DE LA PELIGROSIDAD EN EL CÓDIGO PENAL DE 1848

Por lo que respecta al tratamiento de la peligrosidad del Código de 1848, el artículo 8 establecía la reclusión en hospitales especializados del loco o el demente que delinquiese y también possibilitaba la entrega a su familia bajo fianza de custodia¹⁸ y el Título VI se dedicaba a la vagancia y la mendicidad. En concreto, el artículo 263 disponía que eran mendigos los que «sin la debida licencia pidieren habitualmente limosna» y el artículo 258, que eran vagos los que «no poseen bienes o rentas, ni ejercen habitualmente profesión, arte u oficio, ni tienen empleo, destino, industria, ocupación lícita o algún otro medio lícito de subsistencia, aun cuando sean casados y con domicilio fijo»¹⁹. Nótese que no se castigaba una conducta, una «acción u omisión voluntaria penada por la ley», de acuerdo con el artículo primero del mismo texto, sino «modos de ser o personalidades sospechosas a pesar de que se conceptúan de forma distinta bajo la naturaleza de hechos delictivos»²⁰.

¹¹ LEAL MEDINA, J., 2006. *La historia de las medidas de seguridad. De las instituciones preventivas más remotas a los criterios científicos penales modernos*. op. cit., p. 187. Como añade el autor (en 2008. *Un estudio de las actuales medidas de seguridad y los interrogantes que plantean en la moderna dogmática del Derecho penal*. 1ª edición. Pamplona: Aranzadi, p. 198) el mismo monarca dictó varias disposiciones decretando la prohibición de vagar por el reino a buhoneros, saludadores y loberos (a los que clasificó como vagos) y también dictó disposiciones preventivas dirigidas a otras minorías como los gitanos y a personas que deambulaban sin domicilio fijo con animales domesticados como marmotas, osos, caballos o perros.

¹² *Ibidem*, pp. 85 y ss.

¹³ MARÍN DE ESPINOSA Y CEBALLOS, E.B., 1999. *La reincidencia: tratamiento dogmático y alternativas político criminales*. 1ª edición. Albolote: Comares, p. 10.

¹⁴ LEAL MEDINA, J., 2006. *La historia de las medidas de seguridad. De las instituciones preventivas más remotas a los criterios científicos penales modernos*. op. cit., p. 240.

¹⁵ TERRADILLOS BASOCO, J.M., 1981. *Peligrosidad Social y Estado de Derecho*. op. cit., p. 36.

¹⁶ *Ibidem*, p. 37.

¹⁷ *Ídem*.

¹⁸ JORGE BARREIRO, A., 1976. *Las medidas de seguridad en el Derecho penal español*. op. cit., p. 47, nota 164.

¹⁹ Como señala BALBUENA PÉREZ, D.E., 2014. *La libertad vigilada en la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal de 1995*. Tesis doctoral dirigida por GUIASOLA LERMA, C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Castellón: Universitat Jaume I, p. 22, la definición de vagancia del Real Decreto y Cédula de 7 de mayo de 1775 (de Carlos III), añadía la ausencia de rentas y la no dedicación a las labores del campo como un supuesto de vagancia. Eran vagos «quienes abandonaren el trabajo o andaren en juegos y tabernas, los que carecieren de rentas y no se dedicaren a las labores del campo». Por su parte, indica RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., 1974. Algunas cuestiones jurídicas en relación con la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social. En: COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Peligrosidad social y medidas de seguridad (La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970)*. 1ª edición. Valencia: Universidad de Valencia, p. 329, que la alusión a los casados se explicaba porque el Real Decreto de 7 de mayo de 1775 establecía que a ningún casado se le aplicara a título de vago al servicio de las armas, excepción que el propio monarca suprimió en 1776 y 1779 porque muchos vagos y *mal entretenidos* se casaban con el propósito de continuar en sus *desarregladas* vidas.

²⁰ LEAL MEDINA, J., 2006. *La historia de las medidas de seguridad. De las instituciones preventivas más remotas a los criterios científicos penales modernos*. op. cit., p. 243.

De esta manera, se castigaban estados peligrosos e improductivos en relación con los intereses de la clase burguesa dominante²¹. En este sentido, es muy significativo que el artículo definiera como vago a quien no ejerciera habitualmente profesión, arte u oficio, ni tuviera empleo, destino, industria, ocupación lícita o algún otro medio lícito de subsistencia, a menos que poseyera bienes y rentas. Por lo tanto, la no posesión de bienes y rentas era requisito *sine qua non* para considerar al sujeto como vago a efectos jurídico-penales. El elemento relevante para el precepto era la pobreza y una vez constatada, la huida del trabajo. De ese modo, quedaban exentos de responsabilidad penal los burgueses ociosos, como los rentistas. Casabó Ruiz señalaba que el hecho de «entender por vago únicamente a quien sin tener rentas suficientes, no trabaja»²², era una característica que se mantuvo durante toda la legislación del periodo liberal, pues «el que las posee, al gastarlas, facilita trabajo; por el contrario, el pobre vive siempre a expensas de los otros, sin dar nada a cambio»²³. La influencia del pensamiento de Beccaria en la legislación liberal, quien afirmaba que el ocioso es «aquel que no contribuye a la sociedad ni con el trabajo, ni con las riquezas»²⁴, quedaba patente con este artículo. Además, la exclusión de los adinerados ociosos y de las mujeres, como apuntaba Terradillos Basoco, revelaba que «no se busca el efecto formativo del trabajo, sino el asegurar la fuerza de trabajo necesaria para el sistema industrial ya instalado»²⁵.

Por su parte, el artículo 259 imponía para este delito de vagancia, además de las penas de arresto mayor y prisión correccional, la pena de sujeción a la vigilancia de la autoridad, que obligaba al penado a comunicar su residencia, a cumplir las prescripciones de la autoridad y a tener un oficio²⁶, obligaciones que tenían sentido, si se toma en consideración que el fin elemental de la tipificación de la vagancia, concebida «como representación de todos los elementos impuros que ponen en peligro a la sociedad»²⁷, era el control del marginado y garantizar el uso coactivo de su fuerza de trabajo. El artículo 24 del mismo texto establecía la pena de sujeción a vigilancia de la autoridad como una de las penas correccionales, cuyo protagonismo en este Código se centraba en «su accesoriedad, viniendo a ser prevista con carácter principal en escasas ocasiones»²⁸. Por otra parte, los artículos 260 y 261 detallaban ciertas conductas que por el mero hecho de ser realizadas por vagos presuponían la comisión de delitos, de ahí que se castigasen con las penas de arresto mayor y sujeción a la vigilancia de la autoridad. Estas conductas eran «variar frecuentemente de residencia sin autorización competente y frecuentar casas de juegos, llevar disfraz o traje no habitual, llevar ganzúas u otros instrumentos o armas que infundan conocida sospecha, intentar penetrar en casa, habitación o lugar cerrado sin motivo que lo excuse».

4. TRATAMIENTO DE LA PELIGROSIDAD EN EL CÓDIGO PENAL DE 1870

La entrada en vigor de la Constitución de 1869 exigía elaborar un nuevo Código penal acorde con los principios del nuevo texto constitucional, incompatible con el Código penal de 1848²⁹. Son pocos los artículos que presentan algún interés para este trabajo en materia de peligrosidad³⁰. Así, el último apartado del artículo 10, que

²¹ Sostiene TERRADILLOS BASOCO, J.M., 1981. *Peligrosidad Social y Estado de Derecho*. op. cit., p. 15, que el Derecho penal es siempre un instrumento de protección del sistema político dominante y que en el llamado mundo occidental, la escala de valores fijada de acuerdo con la ideología dominante «coincide con el universo moral de la cultura burguesa presidida por el signo del individualismo».

²² CASABÓ RUIZ, J.R., 1974. Actualidad del pensamiento histórico sobre la legislación penal preventiva. En: COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Peligrosidad social y medidas de seguridad (La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970)*. 1ª edición. Valencia: Universidad de Valencia, p. 70.

²³ *Ibidem*, p. 71.

²⁴ *Ibidem*, p. 70.

²⁵ TERRADILLOS BASOCO, J.M., 1978. La vagancia habitual. Estudio de un supuesto de estado peligroso en el Derecho penal español. op. cit., p. 356.

²⁶ GARCÍA RIVAS, N., 2013. La libertad vigilada y el Derecho penal. En: DEMETRIO CRESPO, E. (Coord.), *Neurociencias y derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico penal de la peligrosidad*. 1ª edición. Madrid: Edisofer, p. 604.

²⁷ TERRADILLOS BASOCO, J.M., 1978. La vagancia habitual. Estudio de un supuesto de estado peligroso en el Derecho penal español. op. cit., p. 348.

²⁸ SANTANA VEGA, D.M., 2009. La pena de libertad vigilada en delitos de terrorismo. *Estudios penales y Criminológicos*, no. 29, p. 451.

²⁹ TERRADILLOS BASOCO, J.M., 1981. *Peligrosidad Social y Estado de Derecho*. op. cit., p. 44.

³⁰ El artículo 8 señalaba que cuando el imbecil o loco cometiera un delito grave, sería recluido en un hospital destinado a enfermos de aquella clase y en su apartado segundo, que cuando el delito fuera menos grave, podría, atendiendo a las circunstancias del hecho, entregarlo a su familia bajo fianza suficiente de custodia. Al respecto, véase JORGE BA-

enumeraba las circunstancias que agravaban la responsabilidad criminal, establecía como agravante el hecho de que el culpable fuera vago y seguidamente definía penalmente el concepto de vago exactamente igual a como lo hacía el artículo 258 del Código penal de 1848. Se trataba pues de una definición articulada para agravar la pena al marginado, puesto que el concepto exigía no poseer bienes o rentas, lo que excluía a los sujetos adinerados o con bienes de la aplicación de esta circunstancia agravante³¹. Este Código, por tanto, suprimía el delito de vagancia y por consiguiente, eliminaba del catálogo de penas contenido en el artículo 26 la sujeción a vigilancia de la autoridad, que era la pena apropiada para ese delito³², pero utilizaba el concepto de vagancia previsto en el artículo 258 del Código penal de 1848 para agravar la responsabilidad penal del culpable, «transformando pues dicho concepto, con notoria incorrección técnica, en índice de mayor culpabilidad»³³.

5. TRATAMIENTO DE LA PELIGROSIDAD EN EL CÓDIGO PENAL DE 1928

El Código penal de 1928 fue el primer Código penal español que incorporó un catálogo de medidas de seguridad³⁴ que, de acuerdo con el artículo 90, serían aplicables por regla general como consecuencia de los delitos o faltas³⁵, posibilitando, además del cumplimiento de dichas medidas de seguridad simultáneamente con la pena, su ejecución como complemento de ésta (de manera sucesiva)³⁶.

El artículo 90 contemplaba un «amplio catálogo»³⁷ de medidas de seguridad: caución de conducta, publicación de sentencia a costa del reo, internamiento en manicomio judicial, expulsión de extranjeros, privación e incapacitación para el ejercicio de alguno o algunos de los derechos civiles, suspensión de cargo, empleo, profesión, arte u oficio, retención en establecimiento especial de los delincuentes habituales o incorregibles, internamiento en asilos o establecimientos especiales o de trabajo de los alcohólicos, toxicómanos y de los vagos, simultáneamente con la pena o después de cumplirla, comiso de los instrumentos o efectos del delito o falta, disolución, supresión y suspensión e entidades o personas jurídicas, sociedades, corporaciones o empresas, cierre temporal o definitivos de los establecimientos que sirvieran de medio para la ejecución de los delitos, prohibición de que el reo, al extinguir la condena, volviera a residir en el lugar en que cometió el delito, o en que residían la víctima o su familia y por último, sometimiento del delincuente a vigilancia de la autoridad³⁸.

RREIRO, A., 1976. *Las medidas de seguridad en el Derecho penal español*. op. cit., p. 47, nota 164.

³¹ También alude a esta circunstancia, críticamente, TERRADILLOS BASOCO, J.M., 1978. La vagancia habitual. Estudio de un supuesto de estado peligroso en el Derecho penal español. op. cit., p. 356.

³² Sostiene TERRADILLOS BASOCO, J.M., 1981. *Peligrosidad Social y Estado de Derecho*. op. cit., pp. 44 y 45, que la sujeción a vigilancia de la autoridad desapareció del Código de 1870 por ser considerada vejatoria e ineficaz en su deficiente aplicación, «pues la estigmatización inherente a esta pena en círculos urbanos reducidos impedía, en la práctica la reinserción social».

³³ *Ibidem*, p. 45. También crítico con este aspecto, LEAL MEDINA, J., 2006. *La historia de las medidas de seguridad. De las instituciones preventivas más remotas a los criterios científicos penales modernos*. op. cit., p. 250.

³⁴ Como recuerda GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., 2012. *La nueva medida de seguridad postdelictual de libertad vigilada: especial referencia a los sistemas de control telemáticos*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 233, en España, el primer precedente prelegislativo se debe a Quintiliano Saldaña, quien en 1921 elaboró un Proyecto de Ley de Bases de reforma del Código penal que junto al catálogo de penas incluía, por primera vez en nuestro país, un catálogo de medidas de seguridad.

³⁵ El artículo 97 establecía la posibilidad de decretar un nuevo internamiento de un irresponsable en manicomio judicial o particular si hubiera dado motivo a ello por la realización de actos que evidenciaran el peligro social. Al respecto, véase JORGE BARREIRO, A., 1976. *Las medidas de seguridad en el Derecho penal español*. op. cit., p. 49.

³⁶ Ello supuso un gran avance en materia de peligrosidad, puesto que condicionar la aplicación de una medida de seguridad a la comisión de un delito o de una falta comportaba objetivar una institución con gran carga de subjetividad derivada de la noción de peligrosidad en que se fundamenta, es decir, objetivar la peligrosidad (exigiendo el requisito de la comisión previa de un delito o una falta) y relegar (que no prescindir de) los elementos subjetivos como las cualidades personales o la forma de vida del sujeto a un lugar secundario, dotaba al sistema penal de mayores garantías (aunque no suficientes) contra el propósito frecuente de recurrir a la peligrosidad a fin de articular un Derecho penal como instrumento de imposición de una concepción moral o ideológica determinada.

³⁷ TERRADILLOS BASOCO, J.M., 1979. *Regulación española de las medidas de seguridad y garantías individuales*. Tesis doctoral dirigida por BARBERO SANTOS, M. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, p. 342.

³⁸ Los sujetos susceptibles de aplicación de las anteriores medidas de seguridad eran las entidades o personas jurídicas, sociedades, corporaciones o empresas, los condenados por delitos de defraudación, irresponsables, extranjeros condenados, padres o tutores de un menor cuando concurrieran con ellos en la comisión de algún delito, o cometieran algún delito contra la honestidad, las personas y la propiedad, e incluso cuando el menor cometiera el delito y conociendo su

Pero este Código no solo articulaba medidas de seguridad para los delincuentes peligrosos entre otros, sino también circunstancias que agravaban la responsabilidad criminal del sujeto atendiendo a las condiciones personales (artículo 67) y a su predisposición para delinquir (artículos 70 y 71). El artículo 67 por su parte señalaba varias condiciones personales que agravaban la responsabilidad penal: la vida depravada anterior del delincuente, en la familia o en la sociedad, ser conocido como provocador o pendenciero o llevar habitualmente armas sin licencia, la reiteración y reincidencia, prevalecerse del carácter público que tenga el culpable, la ociosidad y la vagancia³⁹ (que existía cuando el infractor no ejercía habitualmente profesión, arte u oficio, ni tenía empleo, destino, industria, ocupación lícita o algún otro medio legítimo y conocido de trabajo o subsistencia), abuso de confianza y abuso de superioridad. La vida depravada anterior del delincuente, en la familia o en la sociedad, ser conocido como provocador o pendenciero o llevar habitualmente armas sin licencia, la reiteración y reincidencia, la ociosidad y la vagancia eran circunstancias que se referían a la peligrosidad del sujeto, por lo que estaban totalmente alejadas de la culpabilidad por el hecho concreto cometido posteriormente por ese sujeto⁴⁰, esto es, no se fundamentaban en una mayor culpabilidad del sujeto por el hecho cometido, sino en su peligrosidad. Por su parte, el artículo 71 preveía la declaración que los tribunales podrían hacer en sus sentencias de peligro social criminal, refiriéndose al «estado especial de predisposición de una persona, del cual resulte la probabilidad de delinquir, dictando en tal caso las medidas de seguridad procedentes»⁴¹. El artículo definía así un concepto de peligrosidad no muy distinto del concepto que el actual Código establece en su artículo 95.

En definitiva, se trataba de un Código con el que se pretendía asegurar a toda costa la defensa social y la seguridad pública por encima de los derechos individuales⁴² y para ello se adoptaba el sistema propuesto por Stooss, quien distinguía entre penas (aplicables a los sujetos culpables de un delito) y medidas de seguridad (aplicables a sujetos peligrosos), aunque se condicionaba la declaración de peligrosidad a la comisión previa de un delito o falta. En materia de peligrosidad, el elemento característico de este Código era, además de la postdelictualidad de la peligrosidad, la magnitud de la sanción (en sentido amplio) que se imponía a los sujetos peligrosos en comparación con la correspondiente a los no peligrosos, puesto que no solo se agravaba la pena mediante circunstancias agravantes que atendían a las condiciones personales del autor y que por tanto se fundamentaban en la peligrosidad del mismo (concretadas en la vida depravada anterior, en la familia o en la sociedad, en ser conocido como provocador o pendenciero o llevar habitualmente armas sin licencia, en la ociosidad y la vagancia y en la reiteración, reincidencia y la multirreincidencia), sino que además, se ejecutaban medidas de seguridad una vez cumplida dicha pena agravada.

6. TRATAMIENTO DE LA PELIGROSIDAD EN EL CÓDIGO PENAL DE 1932

En septiembre 1932 se aprobó el Código penal de la República, que tomó como punto de partida el Código penal de 1870. Se trataba de una reforma democratizadora del antiguo Código penal de 1870, que trató de adaptar dicho Código a la nueva Constitución. El nuevo texto continuó la tendencia de los anteriores a confundir e identificar como penas el extrañamiento, el confinamiento y el destierro⁴³ y a diferencia del Código penal de 1928, no articulaba medidas de seguridad con las que ofrecer una respuesta adecuada a la peligrosidad del individuo, sino que únicamente recurrió a la introducción de la circunstancia agravante de reincidencia⁴⁴ (de apli-

viciosa conducta no adoptasen medidas para corregirlo, los sujetos condenados por delitos cometidos con desempeño de su cargo o abuso de poder o de ejercicio de profesión, industria, arte u oficio, los delincuentes habituales o incorregibles, alcohólicos o bebedores habituales, toxicómanos, vagos, los condenados por delitos contra las personas y los sujetos que, en virtud del artículo 107, por su condición o por la gravedad de los hechos representasen un peligro social. De acuerdo con este artículo, redactado a modo de cajón de sastre para aplicar medidas de seguridad a los sujetos peligrosos no comprendidos en los artículos anteriores, los encargados de adoptar las medidas de vigilancia especial eran las autoridades gubernativas y no los tribunales, con lo que se vulneraba el principio de jurisdiccionalidad, presente en la adopción del resto de medidas del Código.

³⁹ La vagancia, además ser una circunstancia agravante, constituía una falta, conforme al artículo 813.

⁴⁰ TERRADILLOS BASOCO, J.M., 1981. *Peligrosidad Social y Estado de Derecho*. op. cit., p. 51.

⁴¹ ACALE SÁNCHEZ, M., 2014. Medición de la respuesta punitiva: especial referencia al tratamiento del delincuente «deficiente mental» y del delincuente «habitual» en la legislación española. En: ARROYO ZAPATERO, L. (Coord.), *Securitarismo y Derecho penal. Por un Derecho penal humanista*. 1ª edición: Cuenca: Editorial Universidad de Castilla-La Mancha, p. 111.

⁴² LEAL MEDINA, J., 2006. *La historia de las medidas de seguridad. De las instituciones preventivas más remotas a los criterios científicos penales modernos*. op. cit., p. 269.

⁴³ *Ibidem*, p. 282.

cación preceptiva)⁴⁵. Así, aunque el Código penal de 1932 tenía como base el Código penal de 1870, además de reducir las circunstancias agravantes a quince, entre ellas la habitualidad y la reincidencia⁴⁶, eliminó de su articulado la agravante de vagancia⁴⁷. Este vacío de medidas, quizá buscado⁴⁸, fue subsanado por la Ley de Vagos y Maleantes de agosto de 1933.

7. LA LEY DE VAGOS Y MALEANTES DE 1933

La Ley de Vagos y Maleantes, de 3 de agosto de 1933⁴⁹, no definía en su articulado qué debía entenderse por peligrosidad, debiendo acudir al Preámbulo de su Proyecto, que la definía como «la vehemente presunción de que una determinada persona quebrantará la Ley penal»⁵⁰. La Ley dedicaba el Título I al ámbito subjetivo de aplicación, definiendo allí las categorías de estado peligroso y las medidas de seguridad a aplicar a los sujetos declarados peligrosos y el Título II al Procedimiento.

Así, establecía que eran peligrosos los vagos habituales (concepto que no definía, habiendo de esperar a la publicación de la circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1934 y del Reglamento de aplicación de 1935 que configuraron el concepto de vago utilizado en el Código penal de 1870, si bien matizado, pues ahora se centraba en el aspecto subjetivo -aversión al trabajo- y no en la carencia de bienes, rentas e ingreso alguno⁵¹); los rufianes y proxenetas; los que no justificaren, cuando legítimamente fueren requeridos para ello por las autoridades y sus agentes, la posesión o procedencia del dinero o efectos que se hallaren en su poder o que hubieren entregado a otros para su inversión o custodia; los mendigos profesionales y los que vivieran de la mendicidad ajena o explotaren a menores de edad, a enfermos mentales o a lisiados; los que explotaren juegos prohibidos o cooperaren con los explotadores a sabiendas de esta actividad ilícita, en cualquier forma; los ebrios y toxicómanos habituales; los que para su consumo inmediato suministraren vino o bebidas espirituosas a menores de catorce años en lugares y establecimientos públicos o en instituciones de educación e instrucción y los que de cualquier manera promovieran o favorecieran la embriaguez habitual; los que ocultaren su verdadero nombre, disimularen su personalidad o falsificaren su domicilio mediante requerimiento legítimo hecho por las autoridades o sus agentes y los que usaren o tuvieran documentos de identidad falsos u ocultasen los propios; los extranjeros que quebrantaren una orden de expulsión del territorio nacional⁵², los que observasen

⁴⁴ GRACIA MARTÍN, L., 2008. *Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delinquentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho*. op. cit., p. 984.

⁴⁵ GUIASOLA LERMA, C., 2008. *Reincidencia y delincuencia habitual*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 25. Destaca SALAT PAISAL, M., 2014. *La respuesta jurídico-penal a los delinquentes imputables peligrosos: especial referencia a la libertad vigilada*. Tesis doctoral dirigida por VILLACAMPA ESTIARTE, C., Lleida: Universitat de Lleida, p. 321, que el artículo 67.6ª del Código penal de 1932 señalaba que a diferencia del resto de agravantes cuya apreciación no podía dar lugar a la imposición de una pena mayor que la designada por la Ley en su grado máximo, la apreciación de la reincidencia permitía a los jueces aplicar la pena inmediatamente superior, en el grado que estimaren convincente.

⁴⁶ ACALE SÁNCHEZ, M., 2014. Medición de la respuesta punitiva: especial referencia al tratamiento del delincuente «deficiente mental» y del delincuente «habitual» en la legislación española. op. cit., p. 111.

⁴⁷ TERRADILLOS BASOCO, J.M., 1981. *Peligrosidad Social y Estado de Derecho*. op. cit., p. 53.

⁴⁸ Señala LEAL MEDINA, J., 2006. *La historia de las medidas de seguridad. De las instituciones preventivas más remotas a los criterios científicos penales modernos*. op. cit., p. 278, que la necesidad de proteger y defender a toda costa el orden público establecido, desconfiando del sistema que los códigos establecen, pudo ser la causa de la derogación en el Código penal de 1932 del sistema dualista establecido en el Código penal de 1928.

⁴⁹ De gran influencia en los ordenamientos de Iberoamérica, como recuerda FAIRÉN GUILLÉN, V., 2014. El proceso por peligrosidad sin delito en el Derecho comparado. En: COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Peligrosidad social y medidas de seguridad (La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970)*. 1ª edición. Valencia: Universidad de Valencia, p. 154.

⁵⁰ SIERRA LÓPEZ, M., 2013. *La medida de libertad vigilada*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 16. Esta falta de definición se debió a un interés del legislador en disponer de un concepto amplio en el cupiese un elevado número de categorías de sujetos peligrosos.

⁵¹ TERRADILLOS BASOCO, J.M., 1981. *Peligrosidad Social y Estado de Derecho*. op. cit., pp. 77 y 78. En este sentido, SIERRA LÓPEZ, M., 2013. *La medida de libertad vigilada*. op. cit., p. 19, explica que el hecho de que a los delegados especiales encargados de la ejecución de la vigilancia de la autoridad solo se les encomendara la función de encontrar trabajo a los sometidos a la medida de acuerdo con sus características «se explica si tenemos en cuenta que la propia finalidad de esta Ley es la de ser aplicada a todas aquellas personas que no tuvieran trabajo, al identificar estado peligroso y persona sin trabajo o que no pudiera trabajar».

conducta reveladora de inclinación al delito, manifestada por el trato asiduo con delincuentes y maleantes, por la frecuentación de los lugares donde éstos se reunieran habitualmente por su concurrencia habitual a casas de juegos prohibidos y por la comisión reiterada y frecuente de contravenciones penales. También los reincidentes y reiterantes de toda clase de delitos en los que fuera presumible la habitualidad criminal y los criminalmente responsables de un delito, cuando el tribunal sentenciador hiciera declaración expresa sobre la peligrosidad del agente. Como se observa, los artículos 2 y 3 de esta Ley incluían supuestos de peligrosidad predelictual, como por ejemplo toxicómanos y ebrios habituales, y supuestos de peligrosidad postdelictual, como los criminalmente responsables de un delito, cuando el tribunal sentenciador hiciera declaración expresa sobre la peligrosidad del agente, todo ello sin contemplar un régimen de tratamiento distinto para cada supuesto.

Respecto de las medidas de seguridad contempladas en la Ley, de acuerdo con el artículo 6, en la mayoría de los casos se aplicaban acumulativa y sucesivamente y eran las siguientes: internamiento de un establecimiento de régimen de trabajo o colonias agrícolas por el tiempo indeterminado, que no podía exceder de tres años; internamiento en un establecimiento de custodia⁵³ por el tiempo indeterminado no inferior a un año y que no podía exceder de cinco; aislamiento curativo en casas de templanza -centros de desintoxicación y deshabitación- por tiempo absolutamente indeterminado; expulsión de extranjeros del territorio nacional; obligación de declarar su domicilio o de residir en un lugar determinado por el tiempo que establecieran los Tribunales; prohibición de residir en el lugar o territorio que el Tribunal designara; sumisión a la vigilancia de la autoridad, «como medio adecuado a la sospecha que el vago suscita»⁵⁴ (que era ejercida por delegados especiales, cuyas funciones, de carácter expresamente tutelar y de protección habían sido escasamente desarrolladas por la Ley⁵⁵ y aplicada a todos los estados peligrosos descritos en el Capítulo primero del Título I excepto a los toxicómanos y ebrios habituales, a los extranjeros peligrosos y a los delincuentes reincidentes y reiterantes y peligrosos)⁵⁶; multa de 250 a 10.000 pesetas e incautación y pérdida, en favor del Estado, de dinero o efectos.

La Ley fue desarrollada por un Reglamento de aplicación publicado en 1935, que como indica Terradillos Basoco, trataría de poner límite a las categorías recogidas en los artículos 2 y 3 de la Ley, descritas en términos de suma amplitud⁵⁷. Posteriormente, la Ley sufrió varias modificaciones (de poca relevancia, excepto una, a la que se hará referencia infra), tanto en la época republicana como en la etapa franquista. Puede decirse que la agitación política (que desencadenó en un Golpe de Estado) y la conflictividad social del momento (a la llegada de la II República le siguió una amnistía casi general, que comprendía a delincuentes políticos y comunes⁵⁸) son factores que revelan el verdadero propósito defensivo de esta Ley: llenar el vacío que el Código penal de 1932 había dejado en materia de peligrosidad, Código que incluso había suprimido la vagancia como circunstancia agravante de la responsabilidad criminal. Se trataba pues de un concreto instrumento para el mantenimiento del nuevo orden político⁵⁹, el cual contaba con muchos detractores⁶⁰. Como señala Silva Forné, esta

⁵² Sostiene LANDECHO VELASCO, C.M., 1974. Peligrosidad social y peligrosidad criminal. En: COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Peligrosidad social y medidas de seguridad (La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970)*. 1ª edición. Valencia: Universidad de Valencia, p. 253, que este tipo sirvió para expulsar de España a trabajadores portugueses que se habían introducido en nuestro país burlando la seguridad fronteriza y sin la debida documentación. Como añade el profesor, no deja de ser curioso que se tache de vagos o maleantes a personas que entran en el país con la intención de trabajar.

⁵³ Señala GRACIA MARTÍN, L., 2008. Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho. op. cit., p. 984, que como no se crearon los centros adecuados para el cumplimiento de la medida de internamiento en los centros de trabajo y custodia, este tenía lugar en un centro penitenciario normal. Por ello, sostiene JORGE BARREIRO, A., 1976. *Las medidas de seguridad en el Derecho penal español*. op. cit., p. 54, citando la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1967, p. 59, que los jueces eran reacios a la aplicación de unas medidas que se convertían en verdaderas penas al ejecutarse aquellas de manera similar a éstas.

⁵⁴ TERRADILLOS BASOCO, J.M., 1981. *Peligrosidad Social y Estado de Derecho*. op. cit., p. 41.

⁵⁵ En sentido similar, SIERRA LÓPEZ, M., 2013. *La medida de libertad vigilada*. op. cit., p. 19.

⁵⁶ Como recuerda ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho. Especial referencia al tratamiento penológico del delincuente imputable peligroso*, op. cit., p. 44, su quebrantamiento daba lugar a imponer la medida de internamiento, perdiendo el peligroso el tiempo pasado en libertad vigilada.

⁵⁷ TERRADILLOS BASOCO, J.M., 1981. *Peligrosidad Social y Estado de Derecho*. op. cit., p. 55.

⁵⁸ LANDECHO VELASCO, C.M., 1974. Peligrosidad social y peligrosidad criminal. op. cit., p. 253.

⁵⁹ En sentido similar, SIERRA LÓPEZ, M., 2013. *La medida de libertad vigilada*. op. cit., pp. 17 y 18 señala que «terminó convirtiéndose en un importante instrumento político de segregación y represión social».

⁶⁰ LEAL MEDINA, J., 2006. *La historia de las medidas de seguridad. De las instituciones preventivas más remotas a*

norma surgida en el periodo republicano sería muy funcional a los intereses del régimen posterior⁶¹. El golpe militar de julio del año 1936 propició la caída de la Segunda República, pero la victoria de los sublevados, quienes instauraron en España un régimen totalitario, no conllevó la derogación y la sustitución de la Ley de Vagos y Maleantes de 1933 por otra elaborada a la medida del nuevo régimen fascioso. Aunque resulte paradójico que una Ley elaborada en un periodo democrático y durante la vigencia de una Constitución que podría ser considerada, en algunos aspectos, incluso más progresista que la Constitución de 1978, solo sufriese una modificación significativa durante su dilatada vigencia dentro de un régimen dictatorial y sumamente represivo como el régimen franquista, la Ley incluía un catálogo de estados peligrosos muy amplio e indeterminado, por lo que era perfectamente válido para el cumplimiento de los fines de política-criminal del nuevo régimen. Dicha modificación, efectuada en 1954, consistió en la inclusión de los homosexuales (un colectivo especialmente castigado durante el franquismo⁶²) como una de las categorías de estados peligrosos.

8. TRATAMIENTO DE LA PELIGROSIDAD EN EL CÓDIGO PENAL DE 1944

El 23 de diciembre de 1944 fue aprobado un nuevo Código penal. Aunque la Ley de Vagos y Maleantes de 1933 tenía vigencia, el Código también contemplaba instituciones vinculadas a la idea de peligrosidad entre sus 604 artículos, como la introducción de la reiteración delictiva y el mantenimiento de la reincidencia⁶³. Terradillos Basoco hacía referencia a los artículos 8, 10, 27 y 61 de la Parte General y de otros tantos artículos, como por ejemplo el 417, de la Parte Especial⁶⁴. La regla sexta del artículo 61 establecía que a partir de la segunda reincidencia debía aplicarse la pena superior en grado preceptivamente y en dos grados facultativamente⁶⁵. Barbero Santos enumeraba los preceptos que remiten para la graduación de la pena a la personalidad del delincuente (artículos 61, 99, 223, 318, etc.)⁶⁶. Por su parte, Jorge Barreiro mencionaba el artículo 65, por cuanto establecía la posibilidad sustituir la pena impuesta por el internamiento en una institución especial de reforma por tiempo indeterminado para la corrección del culpable mayor de dieciséis y menor de dieciocho años⁶⁷ y Leal Medina destacaba la introducción de la pena de privación del permiso de conducir vehículos a motor -que era una medida inocuizadora y profiláctica- y la inserción de la redención de penas por el trabajo, implantando en el sistema retributivo un principio rehabilitador y recuperador del individuo⁶⁸. El Código penal de 1944 fue revisado en 1963 y refundido en 1973. Este último texto refundido, si bien con numerosas reformas (como la que introdujo el sistema vicarial -LO 8/1983, de 25 de junio-)⁶⁹, estuvo vigente hasta la entrada en vigor del Código penal de 1995.

9. LA LEY DE PELIGROSIDAD Y REHABILITACIÓN SOCIAL DE 1970

El 4 de agosto de 1970 se publicó la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, entrando en vigor casi un año después. Como su Preámbulo manifestaba implícitamente, perseguía actualizar la Ley de Vagos y Maleantes, esto es, «adecuar su contenido a las necesidades y realidades del momento»⁷⁰, incorporando, modificando

los criterios científicos penales modernos. op. cit., p. 282.

⁶¹ SILVA FORNÉ, D., 2002. Antecedentes y presupuestos teóricos de las medidas de seguridad eliminativas. *Revista de Derecho Penal*, no. 13, p. 651.

⁶² Apunta VALLÉS MUÑO, D., 2017. La privación de libertad de los homosexuales en el franquismo y su asimilación al alta en la Seguridad Social. *IUSLabor*, no. 1, p. 5, que como las mujeres republicanas, los homosexuales también sufrieron una doble represión: la privación de libertad y la estigmatización social, además de vejaciones, violaciones y torturas, todo ello por su condición sexual.

⁶³ ACALE SÁNCHEZ, M., 2014. Medición de la respuesta punitiva: especial referencia al tratamiento del delincuente «deficiente mental» y del delincuente «habitual» en la legislación española. op. cit., p. 111.

⁶⁴ TERRADILLOS BASOCO, J.M., 1981. *Peligrosidad Social y Estado de Derecho*. op. cit., p. 116 y 117.

⁶⁵ GRACIA MARTÍN, L., 2008. Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delinquentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho. op. cit., p. 984.

⁶⁶ BARBERO SANTOS, M., 1980. *Marginación social y derecho represivo*. op. cit., p. 40.

⁶⁷ JORGE BARREIRO, A., 1976. *Las medidas de seguridad en el Derecho penal español*. op. cit., pp. 122-123.

⁶⁸ LEAL MEDINA, J., 2006. *La historia de las medidas de seguridad. De las instituciones preventivas más remotas a los criterios científicos penales modernos*. op. cit., p. 283.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 285.

⁷⁰ PÉREZ FERRER, F., 2007. La literatura sobre Derecho penal durante el gobierno de Francisco Franco: (1939-1975). *Revista de Estudios Histórico-jurídicos*, no. 29.

y eliminando categorías de estado peligroso⁷¹ y medidas de seguridad obsoletas⁷². Los artículos 2, 3 y 4 de la Ley describían los supuestos de estado peligroso (al igual que su predecesora también incluía supuestos de peligrosidad predelictual) y en primer lugar se mencionaba a los vagos habituales⁷³ que, de la misma forma que sucedió en la Ley de Vagos y Maleantes del 33, no eran definidos⁷⁴, habiendo de esperar a la definición ofrecida por la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1972⁷⁵. En esta Circular se producía un cambio de criterio importante en cuanto a la definición de la vagancia respecto de la Circular de 1934, pues frente al aspecto subjetivo (aversión al trabajo) que primaba en la definición de la primera Circular, en la segunda primaría el elemento objetivo -carencia de bienes, rentas e ingresos-⁷⁶, retrocediendo así al concepto clásico y «clasista» de vagancia en el Derecho español, que excluía a los ricos ociosos⁷⁷.

Además, se añadieron posteriormente, en 1974, otros dos supuestos de estado peligroso relacionados con la prostitución: el rufianismo y proxenetismo (conductas ya tipificadas en el Código penal)⁷⁸. La Ley también incluía a los que realizaran actos de homosexualidad (como se indicó anteriormente, la Ley de Vagos y Maleantes del 33 ya había sido modificada en 1954 para añadir a los homosexuales como sujetos peligrosos); los que habitualmente ejercieran la prostitución (se trataba de un concepto demasiado amplio, que incluía a hombres y mujeres que incluso realizaran actos de prostitución homosexual, lo que generaba problemas en cuanto al precepto a aplicar en ese caso)⁷⁹; los que promovieran o fomentaran el tráfico, comercio o exhibición de cualquier material pornográfico o hicieran su apología (también se trataba de un concepto difuso, porque la pornografía es un concepto valorativo⁸⁰, esto es, muy susceptible de interpretaciones muy distintas y añadiendo a ello la moral del régimen imperante, la amplitud del concepto se suponía aún mayor); los mendigos habituales y los que vivieren de la mendicidad ajena o explotaren con tal fin a menores; los enfermos, lisiados o ancianos⁸¹; los ebrios habituales y los toxicómanos⁸²; los que promovieran o realizaran el ilícito tráfico o fomentasen el

⁷¹ Crítica COBO DEL ROSAL, M., 1974. Prevención y peligrosidad social en la Ley de 4 de agosto de 1970. En: COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Peligrosidad social y medidas de seguridad (La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970)*. 1ª edición. Valencia: Universidad de Valencia, p. 107, que se siga utilizando [se refiere el autor a la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970] indiscriminadamente tanto la expresión peligrosidad criminal como peligrosidad social, pues cada una se refiere a un tipo de peligrosidad.

⁷² El Preámbulo de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social indicaba que «la Ley de Vagos y Maleantes constituyó un avance técnico indudable y supuso un paso acertado e importante en la necesaria política de defensa y protección social, en cuyo campo ha producido estimables resultados. Sin embargo, los cambios acaecidos en las estructuras sociales, la mutación de costumbres que impone el avance tecnológico, su repercusión sobre los valores morales, las modificaciones operadas en las ideas normativas del buen comportamiento social y la aparición de algunos estados de peligrosidad característicos de los países desarrollados que no pudo contemplar el ordenamiento de mil novecientos treinta y tres, han determinado que la Ley referida, a pesar de los retoques parciales introducidos por disposiciones posteriores, aparezca hoy, al menos en parte, un tanto inactual e incapaz de cumplir íntegramente los objetivos que en su día se le asignaron».

⁷³ Para TERRADILLOS BASOCO, J.M., 1981. *Peligrosidad Social y Estado de Derecho*. op. cit., p. 74, «no es casual que el vago ocupe el primer lugar en la lista de sujetos peligrosos, puesto que heredando al loco y al leproso, asume la representación de los sujetos marginados».

⁷⁴ Como advierte JORGE BARREIRO, A., 1976. *Las medidas de seguridad en el Derecho penal español*. op. cit., pp. 141-142, la Ley tampoco definía el significado y contenido de la peligrosidad social, si bien el Preámbulo aludía a «presentes y efectivas perturbaciones sociales, con grave riesgo para la comunidad». Añade el profesor, en p. 255, que «ante la ausencia de un concepto legal de peligrosidad social, la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social confiere al Poder Judicial un gran arbitrio para delimitar esa fórmula de peligrosidad».

⁷⁵ Respecto de la falta de definición legal del vago habitual, ibídem, p. 201, señala que «el legislador está en la obligación ineludible de cumplir con esas exigencias de legalidad, al determinar el presupuesto o índice de peligrosidad del vago habitual que da lugar a auténticas privaciones de libertad».

⁷⁶ TERRADILLOS BASOCO, J.M., 1981. *Peligrosidad Social y Estado de Derecho*. op. cit., p. 78.

⁷⁷ También se refiere TERRADILLOS BASOCO, J.M., 1978. La vagancia habitual. Estudio de un supuesto de estado peligroso en el Derecho penal español. op. cit., p. 361, al carácter «clasista» de la vagancia de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, que «excluye a los potentados, por ostentosa e intensa que sea su desafección al trabajo».

⁷⁸ TERRADILLOS BASOCO, J.M., 1981. *Peligrosidad Social y Estado de Derecho*. op. cit., p. 82.

⁷⁹ Ibídem, p. 81.

⁸⁰ Ibídem, p. 85.

⁸¹ Señala ibídem, p. 87, que «la represión de la mendicidad, en nuestro derecho histórico corrió siempre pareja a la de la vagancia y frecuentemente se confundió con ella».

consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o fármacos que produjeran análogos efectos y los dueños o encargados de locales o establecimientos en los que, con su conocimiento, se permitiese o favoreciera dicho tráfico o consumo, así como los que ilegítimamente poseyeran las sustancias indicadas⁸³; los que, con notorio menosprecio de las normas de convivencia social y buenas costumbres o del respeto debido a personas o lugares, se comportaren de modo insolente, brutal o cínico, con perjuicio para la comunidad o daño de los animales, las plantas o las cosas; los que integrándose en bandas o pandillas manifestaren, por el objeto y actividades de aquéllas, evidente predisposición delictiva; los que sin justificación llevaran consigo armas u objetos que, por su naturaleza y características, denotaran indudablemente su presumible utilización como instrumento de agresión; los que de modo habitual o lucrativo facilitaran la entrada en el país o la salida de él a quienes no se hallaren autorizados para ello; los autores de inexcusables contravenciones de circulación por conducción peligrosa; los menores de veintiún años abandonados por la familia o rebeldes a ella, que se hallaren moralmente pervertidos; los que, por su trato asiduo con delincuentes o maleantes y por la asistencia a las reuniones que celebren, o por la retirada comisión de faltas penales, atendidos el número y la entidad de éstas, revelaren inclinación delictiva; los enfermos y deficientes mentales que, por su abandono o por la carencia de tratamiento adecuado, significaren un riesgo para la comunidad; los condenados por tres o más delitos, en quienes fuera presumible la habitualidad criminal, previa expresa declaración de su peligrosidad social (recuérdese lo previsto en la Ley de Vagos y Maleantes, cuando hablaba confusamente de delincuentes reincidentes y reiterantes. En este caso, la Ley optaba por acotar la habitualidad criminal, al exigir la condena por tres o más delitos)⁸⁴.

Las medidas de seguridad contempladas en esta Ley, que materialmente no se diferenciaban de las penas⁸⁵, se imponían de manera autónoma y en caso de concurrencia con penas, sucesiva y acumulativamente⁸⁶ y eran las siguientes: internamiento en un establecimiento de custodia o trabajo adecuado a la personalidad del sujeto peligroso dentro del cuadro de clasificación que reglamentariamente se estableciera, por tiempo no inferior a cuatro meses ni superior a tres años, cuando se tratase de internamiento en establecimiento de custodia, y por el tiempo mínimo que fijase la sentencia o el auto de revisión y máximo de tres años, cuando se impusiera internamiento en establecimiento de trabajo⁸⁷; internamiento en un establecimiento de reeducación por tiempo no inferior a cuatro meses ni superior a tres años; internamiento en un establecimiento de preservación hasta su curación o hasta que, en su defecto, cesara el estado de peligrosidad social; arresto de cuatro a diez fines de semana; aislamiento curativo en casas de templanza hasta su curación⁸⁸; sumisión obligatoria a tratamiento ambulatorio en centros médicos adecuados hasta la curación; privación del permiso de conducción de vehículos de motor o prohibición de obtenerlo por tiempo no inferior a un mes ni superior a dos años; clausura del establecimiento de un mes a un año, que no afectara a la relación laboral del personal que preste servicios en el establecimiento; obligación de declarar el domicilio o de residir en un lugar determinado por tiempo no superior a cinco años; prohibición de residir en el lugar o territorio que se designara, con el límite máximo de cinco años; prohibición de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas y los lugares donde se hubieran desarrollado las actividades peligrosas durante el tiempo que se fijase pero no superior a cinco años; expulsión del territorio

⁸² Como sostiene *ibidem*, p. 95, la embriaguez y la toxicomanía son estados pre-delictuales.

⁸³ Indica *ibidem*, p. 98, que la Ley, ante la posesión, presumía que se orienta a la realización de las conductas descritas anteriormente y la equiparaba a ellas en cuanto al valor indiciario de peligrosidad.

⁸⁴ MORENILLA RODRÍGUEZ, J.M., 1977. La aplicación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social: dificultades prácticas y aproximación a una solución. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 30, no. 1, p. 67, critica la «defectuosa tipificación de los supuestos legales de estado peligroso que incluye conductas (e incluso «actos») integradas por hechos tipificados como delitos».

⁸⁵ MUÑOZ CONDE, F., 1981-1982. Monismo y dualismo en el Derecho penal español. *Estudios Penales y Criminológicos*, no. 6, p. 220.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 219.

⁸⁷ Cuestiona BARBERO SANTOS, M., 1980. *Marginación social y derecho represivo*. *op. cit.*, p. 139, que un sistema social que producía varios cientos de miles de parados estuviese legitimado para exigir, mediante medidas represivas, dedicación al trabajo.

⁸⁸ Sostiene MORENILLA RODRÍGUEZ, J.M., 1977. La aplicación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social: dificultades prácticas y aproximación a una solución. *op. cit.*, p. 68, que «para toda España solo existe [en 1977] una casa de templanza para ebrios habituales en Segovia, un establecimiento de templanza para ebrios toxicómanos en Madrid, otro para reeducación de prostitutas habituales en Alcázar de San Juan y dos para internamiento en establecimiento de trabajo [por lo que] estas medidas se cumplen frecuentemente en establecimientos penitenciarios».

nacional cuando se tratase de extranjeros (la persona sujeta a esta medida de seguridad no podía volver a entrar en España durante el plazo de cinco años); reprensión judicial; multa⁸⁹ y sumisión a la vigilancia de la autoridad⁹⁰.

La Ley era, en palabras de Morenilla Rodríguez, «una Ley defensista de la sociedad contra sujetos que se comportan de manera contraria a la ordenada convivencia o a la moral social o que perturban la tranquilidad pública»⁹¹ y constituyó de hecho un segundo Código penal que sirvió «para prolongar los efectos de la pena o para sancionar supuestos de peligrosidad social no constitutivos de delito»⁹². Finalmente, fue desarrollada por un Reglamento publicado en 1971 y sufrió modificaciones desde muy temprano, a partir de 1974⁹³. Tras la reforma de 28 de diciembre de 1978, que propició la supresión de muchos estados peligrosos⁹⁴, fue finalmente derogada con la aprobación del Código penal de 1995 y desde entonces y hasta diciembre de 2010, con la entrada en vigor de la LO 5/2010, las medidas de seguridad únicamente se imponían a delinquentes inimputables.

10. BREVE RECAPITULACIÓN

Como se ha comprobado en este trabajo, las medidas de seguridad, que en su configuración actual nacieron en el siglo XIX de la mano de la Escuela Positivista Italiana y que fueron introducidas por primera vez en el Derecho español en 1928, adquirieron su mayor desarrollo con la Ley de Vagos y Maleantes de 1933 y con la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970.

No obstante, existen precedentes remotos de consecuencias jurídicas orientadas a neutralizar la peligrosidad de determinados grupos de personas (fundamentalmente, vagos y mendigos) y el Derecho penal histórico español está repleto de ejemplos de ellos.

El análisis de las disposiciones en materia de peligrosidad de los textos penales españoles previos al Código penal vigente pone de relieve su carácter funcional a los intereses de los grupos sociales hegemónicos de cada época histórica. Desde el empleo en un primer periodo de los calificados como vagos como mano de obra para los señores feudales y como galeotes para la guerra hasta su aseguramiento como mano de obra en un segundo periodo coincidente con la fase industrial del capitalismo.

Algunas de las definiciones sobre la vagancia contenidas en los textos analizados, claramente clasistas, por cuanto exigían la carencia de bienes y rentas, constituyen ejemplos evidentes de disposiciones legales aporofóbicas. La referencia por tanto a sujetos peligrosos y a leyes de peligrosidad desde una perspectiva histórica, al menos en el Derecho penal español, es una referencia a sujetos marginados y a leyes manifiestamente aporofóbicas.

BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, M., 2014. Medición de la respuesta punitiva: especial referencia al tratamiento del delincuente «deficiente mental» y del delincuente «habitual» en la legislación española. En: ARROYO ZAPATERO, L. (Coord.), *Securitarismo y Derecho penal. Por un Derecho penal humanista*. 1ª edición: Cuenca: Editorial Universidad de Castilla-La Mancha.

⁸⁹ Como advierte JORGE BARREIRO, A., 1976. *Las medidas de seguridad en el Derecho penal español*. op. cit., p. 149, la reprensión judicial y la multa constituían sanciones exentas de cualquier significado preventivo.

⁹⁰ MORENILLA RODRÍGUEZ, J.M., 1977. La aplicación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social: dificultades prácticas y aproximación a una solución. op. cit., p. 67, critica que la Ley incluyera «medidas de contenido análogo o idéntico al de penas establecidas en el Código penal y enteramente ajenas a toda finalidad readaptadora (multas, restricciones de libertad, privación del permiso de conducir, etc.)» y otras medidas de naturaleza claramente administrativas y ajenas a la resocialización.

⁹¹ MORENILLA RODRÍGUEZ, J.M., 1977. La aplicación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social: dificultades prácticas y aproximación a una solución. op. cit., p. 69.

⁹² MUÑOZ CONDE, F., 1981-1982. Monismo y dualismo en el Derecho penal español. op. cit., p. 219.

⁹³ Las modificaciones más relevantes son las efectuadas a consecuencia de la aprobación de la Constitución de 1978, como la supresión de varios estados peligrosos como la homosexualidad. Sobre ello, véase BALBUENA PÉREZ, D.E., 2014. *La libertad vigilada en la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal de 1995*. op. cit., p. 34.

⁹⁴ LEAL MEDINA, J., 2006. *La historia de las medidas de seguridad. De las instituciones preventivas más remotas a los criterios científicos penales modernos*. op. cit., p. 310.

- ANCEL, M., 1956. Penas y medidas de seguridad en Derecho positivo comparado. *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, no. IX.
- BALBUENA PÉREZ, D.E., 2014. *La libertad vigilada en la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal de 1995*. Tesis doctoral dirigida por GUIASOLA LERMA, C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Castellón: Universitat Jaume I.
- BARBERO SANTOS, M., 1980. *Marginación social y derecho represivo*. 1ª edición. Barcelona: Bosch.
- CASABÓ RUIZ, J.R., 1974. Actualidad del pensamiento histórico sobre la legislación penal preventiva. En: COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Peligrosidad social y medidas de seguridad (La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970)*. 1ª edición. Valencia: Universidad de Valencia.
- COBO DEL ROSAL, M., 1974. Prevención y peligrosidad social en la Ley de 4 de agosto de 1970. En: COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Peligrosidad social y medidas de seguridad (La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970)*. 1ª edición. Valencia: Universidad de Valencia.
- FAIRÉN GUILLÉN, V., 2014. El proceso por peligrosidad sin delito en el Derecho comparado. En: COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Peligrosidad social y medidas de seguridad (La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970)*. 1ª edición. Valencia: Universidad de Valencia.
- GACTO FERNÁNDEZ, E., ALEJANDRE GARCÍA, J.A., y GARCÍA MARÍN, J.M., 2006. *Manual Básico de Historia del Derecho*. 5ª edición. Madrid: Laxes.
- GARCÍA RIVAS, N., 2013. La libertad vigilada y el Derecho penal. En: DEMETRIO CRESPO, E. (Coord.), *Neurociencias y derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico penal de la peligrosidad*. 1ª edición. Madrid: Edisofer.
- GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., 2012. *La nueva medida de seguridad postdelictual de libertad vigilada: especial referencia a los sistemas de control telemáticos*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GUIASOLA LERMA, C., 2008. *Reincidencia y delincuencia habitual*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GRACIA MARTÍN, L., 2008. Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho. En: GARCÍA VALDÉS, C. et al. (Coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo I. 1ª edición. Madrid: Edisofer.
- JORGE BARREIRO, A., 1976. *Las medidas de seguridad en el Derecho penal español*. Madrid: Civitas.
- LANDECHO VELASCO, C.M., 1974. Peligrosidad social y peligrosidad criminal. En: COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Peligrosidad social y medidas de seguridad (La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970)*. 1ª edición. Valencia: Universidad de Valencia.
- LEAL MEDINA, J., 2006. *La historia de las medidas de seguridad. De las instituciones preventivas más remotas a los criterios científicos penales modernos*. 1ª edición. Pamplona: Aranzadi.
- LEAL MEDINA, J., 2008. *Un estudio de las actuales medidas de seguridad y los interrogantes que plantean en la moderna dogmática del Derecho penal*. 1ª edición. Pamplona: Aranzadi.
- MARÍN DE ESPINOSA Y CEBALLOS, E.B., 1999. *La reincidencia: tratamiento dogmático y alternativas político criminales*. 1ª edición. Albolote: Comares.
- MORENILLA RODRÍGUEZ, J.M., 1977. La aplicación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social: dificultades prácticas y aproximación a una solución. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 30, no. 1.
- MUÑOZ CONDE, F., 1981-1982. Monismo y dualismo en el Derecho penal español. *Estudios Penales y Criminológicos*, no. 6.
- PÉREZ FERRER, F., 2007. La literatura sobre Derecho penal durante el gobierno de Francisco Franco: (1939-1975). *Revista de Estudios Histórico-jurídicos*, no. 29.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., 1974. Algunas cuestiones jurídicas en relación con la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social. En: COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Peligrosidad social y medidas de seguridad (La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970)*. 1ª edición. Valencia: Universidad de Valencia.

- SALAT PAISAL, M., 2014. *La respuesta jurídico-penal a los delincuentes imputables peligrosos: especial referencia a la libertad vigilada*. Tesis doctoral dirigida por VILLACAMPA ESTIARTE, C., Lleida: Universitat de Lleida.
- SANTANA VEGA, D.M., 2009. La pena de libertad vigilada en delitos de terrorismo. *Estudios penales y Criminológicos*, no. 29.
- SIERRA LÓPEZ, M., 2013. *La medida de libertad vigilada*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch.
- SILVA FORNÉ, D., 2002. Antecedentes y presupuestos teóricos de las medidas de seguridad eliminativas. *Revista de Derecho Penal*, no. 13.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M., 1978. La vagancia habitual. Estudio de un supuesto de estado peligroso en el Derecho penal español. *Revue Internationale de Droit Pénal*, no. 1.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M., 1981. *Peligrosidad Social y Estado de Derecho*. 1ª edición. Madrid: Akal.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M., 1979. *Regulación española de las medidas de seguridad y garantías individuales*. Tesis doctoral dirigida por BARBERO SANTOS, M., Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- VALLÉS MUÑO, D., 2017. La privación de libertad de los homosexuales en el franquismo y su asimilación al alta en la Seguridad Social. *IUSLabor*, no. 1.

Revista
SISTEMA PENAL CRÍTICO

DUDAS QUE PLANTEA EL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL RESPECTO DE LA AGENCIA DE LAS MUJERES Y EL VALOR DEL CONSENTIMIENTO¹

DOUBTS RAISED BY THE DRAFT ORGANIC LAW ON THE COMPREHENSIVE GUARANTEE OF SEXUAL FREEDOM WITH REGARD TO WOMEN'S AGENCY AND THE VALUE OF CONSENT

María Concepción Gorjón Barranco

Profesora Contratada Doctora de Derecho penal. Universidad de Salamanca

¹ Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de investigación: “Diagnóstico y evaluación del cumplimiento por el Estado español del Pacto Mundial de Migraciones desde la perspectiva de género”, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades. Referencia: PID2019-106159RB-100. Duración: 01/06/2020 hasta 31/05/2023. IP. Nieves Sanz Mulas.

RESUMEN:

El caso de la Manada ocurrido en 2016 ha supuesto un antes y un después en materia de libertad sexual. Desde entonces se debate en nuestro país la necesidad de un cambio, quizás más de estructuras que de leyes, que comprenda mejor la realidad de la violencia sexual y ofrezca una mejor respuesta a las víctimas. Se ha evidenciado la necesidad de mejorar la recogida de datos en este ámbito, y así han empezado a hacerlo las últimas macroencuestas de violencia sobre la mujer. También se ha puesto de manifiesto la ausencia de campañas de prevención. Sin embargo, el recurso al Derecho penal no ha tardado en aparecer. Parte de la doctrina penal, amparándose en la necesidad de poner al día nuestra legislación con los compromisos internacionales, parece haber dejado de lado aspectos clave para el empoderamiento de las mujeres, cuando en verdad, el reto consiste en el diseño de políticas basadas en el fortalecimiento de la capacidad de agencia de las mujeres que se encuentran en esta situación.

ABSTRACT:

The Manada case in 2016 was a turning point in terms of sexual freedom. Since then, there has been a debate in our country about the need for a change, perhaps more in structures than in laws, to better understand the reality and offer a better response to victims. The debate has highlighted the need to improve data collection in this area, and the latest victim surveys on violence against women have begun to do so. The lack of prevention campaigns has also been highlighted. However, recourse to criminal law has not been slow to appear. Part of the criminal doctrine, under cover of the need to bring our legislation up to date with international commitments, seems to have overlooked key aspects of women's empowerment. In truth, the challenge lies in designing policies based on strengthening women's capacity for agency.

Palabras Clave:

Proyecto de ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual, empoderamiento, consentimiento sexual.

KEYWORDS:

Draft Organic Law on the Comprehensive Guarantee of Sexual Freedom, empowerment, sexual consent

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. DATOS: ESPECIAL REFERENCIA A LA MACROENCUESTA SOBRE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER. 2. EL FEMINISMO FRENTE AL DERECHO PENAL. 3. EL ORIGEN DE LA REFORMA: EL CONVENIO DE ESTAMBUL Y EL CASO DE LA MANADA. 4. PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL. 4.1. EL CONSENTIMIENTO EN LAS RELACIONES SEXUALES. UNIFICACIÓN DE LAS AGRESIONES Y ABUSOS SEXUALES. 4.2. CONSENTIMIENTO Y PROSTITUCIÓN. 4.2.1. PROXENETISMO COACTIVO Y NO COACTIVO. 4.2.2. ESPECIAL REFERENCIA A LA TERCERÍA LOCATIVA. CONCLUSIONES NO CONCLUSIVAS. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El 6 de julio de 2021 se aprobaba el Proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual por el Consejo de ministros, a propuesta de los ministerios de Igualdad y Justicia, que tiene como objetivo *la protección integral del derecho a la libertad sexual mediante la prevención y la erradicación de todas las violencias sexuales contra las mujeres, las niñas y los niños, en tanto que víctimas fundamentales de la violencia sexual* (art. 1). Se trata de un borrador que aun requiere de aprobación parlamentaria.

El proyecto en su Exposición de motivos define las *violencias sexuales* como: “*los actos de naturaleza sexual no consentidos o que condicionan el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, lo que incluye la agresión sexual, el acoso sexual y la explotación de la prostitución ajena*”. En este trabajo dejaremos de lado toda la reforma referida a menores de edad y lo que nos proponemos es analizar la relevancia del consentimiento tanto en las agresiones sexuales como en la prostitución, en base a la búsqueda de soluciones desde el empoderamiento y agencia femenina.

El principal motivo de la existencia de tal proyecto de ley, es que viene a dar cumplimiento a los compromisos internacionales asumidos por España, entre los que destaca en primer lugar el Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica del Consejo de Europa de 2011 (Convenio de Estambul). Aunque también se insiste de forma especial, tanto en su Exposición de motivos como en el Dictamen sobre el Anteproyecto emitido por el Consejo Económico y Social, en la necesidad de implementación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) adoptados en el seno de Naciones Unidas por Resolución de 25 de septiembre de 2015 sobre la Agenda 2030. El quinto de estos objetivos se propone “lograr la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres y las niñas”, incorporando entre sus metas *eliminar todas las formas de violencia contra todas las mujeres y las niñas en los ámbitos público y privado, incluidas la trata y la explotación sexual y otros tipos de explotación* (ODS 5.2)²”.

Por tanto, en las páginas que siguen se abordará en primer lugar, un análisis de los datos existentes sobre violencia sexual en España. En segundo lugar, la visión de los distintos feminismos respecto del papel del Derecho penal en la regulación de las conductas sexuales, para finalmente expresar el valor del consentimiento de las mujeres en dos de los fenómenos clave de la reforma: las agresiones sexuales y la prostitución. En este último aspecto la hipótesis de partida es la falta de coherencia interna en el proyecto, ya que el respeto al consentimiento y libre voluntad de las mujeres parece ser el eje de la regulación en las agresiones sexuales, pero no en la prostitución.

1. DATOS: ESPECIAL REFERENCIA A LA MACROENCUESTA SOBRE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

El propio Dictamen del Consejo económico y social sobre el anteproyecto objeto de análisis, deja clara la magnitud del problema pese a la escasez de datos sobre esta realidad criminal, afirmando que “a pesar de la insuficiencia de la información estadística sobre la realidad de la violencia sexual en España, una parte de la cual nunca llega a ser denunciada ni conocida, tanto los sucesivos informes del Observatorio estatal de violencia sobre la mujer, las Memorias del CGPJ, los informes sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexual (Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior, 2018) así como la reciente Macroencuesta de Violencia contra la Mujer (Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género del Ministerio de Igualdad, 2019) confirman la preocupante realidad de las distintas formas de violencia sexual en nuestro país³”. Por eso, hemos decidido hacer una especial referencia al análisis de esta última fuente de datos, la macroencuesta de violencia contra la mujer, puesto que al ser una encuesta de victimización creemos que puede cubrir de forma más precisa la realidad criminal relativa a la cifra negra del delito, la que nunca se denuncia, pero que puede aflorar en este tipo de encuestas.

De esta forma, en los trabajos de los últimos años se demuestra que el auge de la Victimología ha recaído de manera especial en las mujeres maltratadas, que figuran entre los “grupos de víctimas que más están representadas en las actuales encuestas de victimización⁴”. Sobre la dificultad de los datos registrados por la no repre-

² CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, 2020. Dictamen 4/2020 del sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía integral de la libertad sexual, aprobado en su Sesión ordinaria 25 noviembre.

³ Ídem., p. 8

⁴ HASSEMER, Winfried.; MUÑOZ CONDE, Francisco, 2001. *Introducción a la Criminología*, Tirant Lo Blanch, Va-

sentación de todos esos casos nunca denunciados, parece más fiable analizar las encuestas de victimización. En este tema, en España se vienen realizando macroencuestas sobre violencia ejercida sobre las mujeres cada cuatro años, por parte de la Delegación del Gobierno para la violencia de género. La primera se realizó en 1999, la segunda macroencuesta en 2002⁵, la tercera sobre la violencia contra las mujeres de 2006⁶, la macroencuesta de violencia de género 2011⁷, la macroencuesta de violencia contra la mujer 2015⁸ y finalmente, desde 2020, ya se pueden consultar los resultados de la macroencuesta de violencia contra la mujer 2019⁹. En cualquier caso, lo que nos interesa resaltar es que todas estas encuestas, hasta la de 2015, recogieron los datos sobre los distintos tipos de violencia ejercida sobre las mujeres en la relación de pareja, esto es, sólo en el ámbito privado.

Como novedad, la macroencuesta del año 2015 amplió el cuestionario para medir no sólo la violencia en la pareja, sino también la violencia física y sexual fuera de la pareja, recogiendo así las sugerencias de Naciones Unidas en sus Directrices para la Producción de Estadísticas de Violencia contra la Mujer del año 2013. De su parte, el cuestionario de la macroencuesta 2019 da cumplimiento a los requerimientos estadísticos del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul), así como a varias medidas del Pacto de Estado contra la Violencia de Género¹⁰. Por eso, amplía “*el módulo de violencia sexual fuera de la pareja para preguntar por todas las formas posibles de violencia sexual, conocer las denuncias, la petición de ayuda formal e informal, la satisfacción con la ayuda recibida, etc. (preguntas que hasta ahora solo se hacían para la violencia en la pareja), y saber detalles sobre los episodios de violencia sexual como las agresiones en grupo o el lugar de la agresión*”¹¹, así como una “*ampliación de los ítems para medir la violencia sexual... en la pareja*”¹². Creemos acertado que se abra esa medición a las violencias sexuales que enfrentan las mujeres en el ámbito público, pero otra cuestión bien diferente es, si esos datos hacen necesario reformar el código penal. Se trata más bien de conocer bien la realidad para poder trabajar en su detección y prevención, y no tanto en su castigo. Y parece que nada de esto se está haciendo en nuestro país. Así, el informe de Amnistía internacional de 2018 denominado *Ya es hora de que me creas. Un sistema que cuestiona y desprotege a las víctimas*, denuncia que “*hasta el momento, ningún gobierno ha desarrollado campañas estatales de sensibilización dirigidas a identificar la violencia sexual en sus diferentes manifestaciones, o encaminadas a desmontar los mitos, estereotipos y prejuicios que acompañan a la violencia sexual. Tampoco se han llevado a cabo campañas de sensibilización que puedan ayudar a las víctimas, los familiares o la sociedad en su conjunto, para poder actuar frente a la violencia sexual*”¹³. Entendemos, que antes de cualquier reforma penal para prevenir conductas delictivas, la educación resulta un arma mucho más recomendable y que, sin un propósito firme de remover estructuras sociales a través de la educación, ninguna reforma penal será válida. Precisamente en esta dirección apuntan las demandas de una parte del feminismo.

lencia, p. 190.

⁵ Macroencuesta 2002: La Violencia contra las mujeres, <http://www.inmujer.gob.es/publicacioneselectronicas/documentacion/Documentos/DE0607.pdf> (último acceso: 11 de octubre de 2021)

⁶ Macroencuesta 2006 sobre la violencia contra las mujeres, <http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application/pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1220373748592&ssbinary=true> (último acceso: 11 de octubre de 2021)

⁷ Macroencuesta 2011 de violencia de género, https://violenciagenero.igualdad.gob.es/ca/violenciaEnCifras/estudios/investigaciones/2012/pdf/IV_Macroencuesta_2011.pdf (último acceso: 11 de octubre de 2021)

⁸ Macroencuesta 2015 de violencia contra la mujer, https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/coleccion/pdf/Libro_22_Macroencuesta2015.pdf (último acceso: 11 de octubre de 2021)

⁹ Macroencuesta 2019 de violencia contra la mujer, https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/pdf/Macroencuesta_2019_estudio_investigacion.pdf (último acceso: 11 de octubre de 2021)

¹⁰ Resumen ejecutivo de la Macroencuesta 2019 de Violencia contra la mujer, en https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/pdf/Resumen_Ejecutivo_Macroencuesta2019.pdf (último acceso: 11 de octubre de 2021)

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*.

¹³ AMNISTÍA INTERNACIONAL, 2018. Informe “Ya es hora de que me creas. Un sistema que cuestiona y desprotege a las víctimas”, España, p. 17. Puede consultarse en <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/marcoInternacional/informesGREVIO/docs/InformeGrevioEspana.pdf> (último acceso: 11 de octubre de 2021)

2. EL FEMINISMO FRENTE AL DERECHO PENAL

A lo largo del siglo pasado se evidenciaron, sobre todo en Italia, las posturas del feminismo ante la regulación penal de determinados fenómenos relacionados con la libertad sexual. Una primera corriente, caracterizada por su populismo, que pediría castigos ejemplarizantes para los delincuentes sexuales, simplificando de esta forma la dimensión del asunto. Del lado contrario, la postura que desconfiaba del uso del Derecho penal al evidenciar que el sistema de responsabilidad penal estaría construido sobre la versión masculina¹⁴. Y finalmente destacaron las posturas ofrecidas desde el Feminismo de la igualdad y el Feminismo de la diferencia¹⁵: El primero de ellos, “el denominado modelo basado en la «política de la igualdad» opta por el instrumento penal como forma de expresar la gravedad de los delitos, con su poder simbólico y de coacción. Desde la «política de la diferencia», se parte en cambio de que el sistema penal no puede ser «neutral» aunque lo pretenda, de que su actuación deja insatisfechas las necesidades reales de las víctimas, y que su visión limitada oculta los problemas de fondo que subyacen al fenómeno de las agresiones sexuales contra las mujeres¹⁶”.

Sin embargo, la corriente que más influencia iba a tener en el feminismo español en este ámbito de lo sexual, fue la del feminismo cultural procedente sobre todo de EEUU¹⁷. Para las teóricas de este feminismo “la principal y definitiva diferencia entre hombres y mujeres, es decir, la esencial diferencia de género, radicaba en la diferencia de los impulsos sexuales, que en los hombres se caracterizaban por su agresividad, violencia y posesividad, mientras que, en las mujeres, el deseo sexual era más bien afectivo, difuso, sentimental¹⁸”. Un planteamiento que para Uría ha dejado dos consecuencias que despliegan sus efectos todavía en el presente: el puritanismo y el victimismo. Entiende que “si hasta el momento las feministas reivindicaban el orgullo de ser mujer, el valor de lo femenino, ahora empezábamos a aparecer como víctimas de la agresividad masculina. Ya no se trataba sólo de exigir derechos, sino también protección del Estado¹⁹”. Como vemos, las discrepancias son tan importantes que cabe hablar de diferentes concepciones del feminismo y distintos modos de defender los derechos de las mujeres²⁰.

Finalmente, con la llegada del socialismo en los 80 el Feminismo en España se institucionaliza, creando el Instituto de la Mujer, de forma que el movimiento pierde fuerza y la iniciativa queda en manos del partido socialista y del Gobierno, tomando muchos de sus postulados del feminismo cultural, como el mencionado puritanismo, que tiene su máximo exponente es el rechazo al reconocimiento de las trabajadoras del sexo²¹. Premisas que, aunque parecen insistir en el empoderamiento de las mujeres, acaban conduciendo al victimismo²². Con respecto de la prostitución, voces críticas como la de Maqueda, y a raíz del debate nacional sobre el tema en 2006, denunciaba que existe todavía “todo un sector del feminismo contemporáneo que apuesta por la construcción de una identidad de la mujer como sujeto -no deficitario, no sometido- en busca del reconocimiento y del respeto de su alteridad y de la conquista de espacios que garanticen su libertad y autonomía personales²³”. Demandando en este ámbito de la prostitución “reservar las fuerzas para intentar erradicar la prostitución forzada, que es hoy una de las formas más graves y persistentes de violencia de género. Para ello no se precisan nuevas leyes, que ya hay bastantes; es suficiente con un buen uso judicial y político de las que tenemos. Favorecer la transparencia en el mercado de la prostitución y garantizar condiciones de legalidad para quienes denuncien prácticas de explotación sexual puede ser un buen comienzo²⁴”.

¹⁴ Sobre estas cuestiones ASÚA BATARRITA, Adela, 1998. “Las agresiones sexuales en el nuevo código penal: imágenes culturales y discurso jurídico”, en *Análisis del código penal desde la perspectiva de género*, editado por Emakunde-Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria-Gazteiz, p. 6

¹⁵ Ídem., p. 6-8

¹⁶ Ídem., p. 8

¹⁷ URÍA, Paloma, 2016. “Feminismo y feminismos de ayer y hoy”, *Página Abierta*, 243, marzo-abril. Consultar en <http://www.pensamientocritico.org/paluri0416.htm> (último acceso: 11 de octubre de 2021)

¹⁸ *Ibidem.*

¹⁹ *Ibidem.*

²⁰ PINEDA, Empar, 2006. Un feminismo que también existe, *El País*, 18 de marzo

²¹ URÍA, Paloma, 2016. Feminismo y feminismos de ayer y hoy, *Página Abierta*, 243, marzo-abril. Consultar en <http://www.pensamientocritico.org/paluri0416.htm> (último acceso: 11 de octubre de 2021)

²² *Ibidem.*

²³ MAQUEDA ABREU, María Luisa, 2006. Feminismo y prostitución, en *El País*, 1 de abril.

²⁴ *Ibidem.*

La misma idea que se mantiene en el manifiesto “*Un feminismo que también existe*” donde se afirma ese recelo del sector sobre “el desarrollo de una excesiva tutela de las leyes sobre la vida de las mujeres, que puede redundar en una actitud proteccionista que nos vuelva a considerar incapaces de ejercer nuestra autonomía. Una legislación adecuada puede, sin duda, ayudar a mejorar la vida de las personas, pero es la movilización, el compromiso, la educación y la toma de conciencia individual y colectiva, de mujeres y de hombres, lo que puede finalmente hacernos conseguir nuestros objetivos²⁵”. En el tema concreto de la prostitución se contempla con preocupación la posición del Instituto de la Mujer al considerarla “una actividad indigna y degradante. Estas ideas, en línea con el feminismo puritano de reforma moral de fines del XIX, brindan una excusa para mantener las pésimas condiciones en las que las prostitutas ejercen su trabajo²⁶”.

En definitiva, parece obvio que “el poder de las normas jurídico-penales no reside únicamente en su fuerza coactiva para prevenir los hechos prohibidos. De forma más sutil pero decisiva, despliega su influencia en la generación de discursos y explicaciones que contribuyen a consolidar o a construir interpretaciones de la realidad, expectativas y modelos de conducta²⁷”. Para este sector del feminismo, sin duda las leyes penales hasta ahora aprobadas para la supuesta protección de las mujeres, y pese a su buena intención, no han dejado de reproducir el *status quo*²⁸.

En esta línea, ya se han producido “*Objeciones feministas al actual proyecto de ley de libertades sexuales*”, donde se denuncia “*que el abordaje penal de las violencias de género no se ha demostrado eficaz como estrategia de prevención del delito y no ha dado resultados significativos respecto de la disminución de los índices de violencia*²⁹”. Apuestan por la transformación de las conductas antes que la sanción y el castigo, donde la solución vendría de la mano de políticas basadas en el fortalecimiento de la capacidad de agencia de las mujeres. Para este sector del feminismo, la principal crítica al Proyecto es “la introducción en el Código Penal de delitos sexuales que quedan establecidos volviendo inválido e irrelevante el consentimiento de las mujeres³⁰”. Una cuestión que analizaremos más adelante.

3. EL ORIGEN DE LA REFORMA: EL CONVENIO DE ESTAMBUL Y EL CASO DE LA MANADA

El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, más conocido por el Convenio de Estambul por el lugar de celebración del mismo, en el año 2011, fue ratificado por España en el año 2014³¹. Hasta la fecha, la única consecuencia directa de su transposición al ordenamiento jurídico español, ha sido añadir la circunstancia discriminatoria por motivos de género a la agravante discriminatoria del art. 22.4 CP en la reforma de 2015.

En su art. 36 el Convenio, al definir la violencia sexual incluye la violación, y la define en su apartado 1 de la siguiente manera: “*Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionadamente:*

²⁵ PINEDA, Empar, 2006. *Un feminismo que también existe*, El País, 18 de marzo.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ ASÚA BATARRITA, Adela, 1998. “Las agresiones sexuales en el nuevo código penal: imágenes culturales y discurso jurídico”, en *Análisis del código penal desde la perspectiva de género*, editado por Emakunde-Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria-Gazteiz, p. 5

²⁸ Acerca del mantenimiento del *statu quo*, consultar; LAURENZO COPELLO, Patricia. 2008. “Violencia de género y derecho penal de excepción; entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo” en *Algunas cuestiones prácticas y teóricas de la LO 1/2004*, Cuadernos de Derecho Judicial, IX, CGPJ, Madrid, p. 67. Entiende que “al depositar en uno de los instrumentos más importantes para el mantenimiento del *statu quo*, en una herramienta básicamente opresora y autoritaria que controla los conflictos a base de limitaciones de derechos, las asociaciones de mujeres con mayor presencia en la vida pública española corren el serio riesgo de traicionar los grandes postulados del feminismo que siempre han estado asociados a la lucha por una sociedad más justa, menos autoritaria y con mayor espacio para las libertades”.

²⁹ GARAIZABAL, Cristina.; MACAYA, Laura.; PINEDA, Empar.; SERRA, Clara, 2021. “Objeciones Feministas al actual Proyecto de Ley de Libertades sexuales”, en El País 1 de marzo. Consultar en <https://elpais.com/opinion/2021-02-28/objeciones-feministas-al-actual-proyecto-de-ley-de-libertades-sexuales.html> (último acceso: 11 de octubre de 2021)

³⁰ *Ibidem*.

³¹ BOE: Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. Consultar en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-5947 (último acceso: 11 de octubre de 2021)

- a) la penetración vaginal, anal u oral no consentida, con carácter sexual, del cuerpo de otra persona con cualquier parte del cuerpo o con un objeto;
- b) los demás actos de carácter sexual no consentidos sobre otra persona;
- c) el hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero.”

En su ap. 2 se añade una cuestión importante, y es que, “el consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes”.

A diferencia de la regulación actual de nuestro código penal, ciertamente el Convenio no distingue las formas en las que se lleva a cabo la conducta, si con violencia o intimidación. Por eso, la redacción ofrecida por el Convenio ha provocado el debate doctrinal y jurisprudencial en las sucesivas sentencias que han recogido el caso de la Manada donde justamente fue el concepto de intimidación la clave del debate, y que ha abierto el camino hacia una reforma del código penal. En primer lugar, la SAP Navarra (secc. 2ª) 38/2008 de 20 de mayo, calificó los hechos como abuso sexual continuado con prevalimiento, con un voto particular discrepante del de la mayoría que no estima la comisión alguna de delito por parte de los acusados. El segundo pronunciamiento queda reflejado en la Sentencia del STJ Navarra 8/2018 de 30 de noviembre de 2018, que confirma la calificación jurídica de la anterior, y añade el delito contra la intimidad por la difusión de los vídeos. En esta ocasión con un voto particular discrepante que firman dos de los cinco magistrados, que entienden que los acusados en realidad “son autores de un delito continuado de agresión sexual, utilizando intimidación”. Finalmente, la sentencia del TS 344/2019 de 4 de julio, considera a los cinco miembros de la Manada “responsables en concepto de autores de un delito continuado de violación de los artículos 178 y 179 CP, con las agravaciones específicas del art. 180.1. 1ª y 2ª, a las penas de 15 años de prisión”. Como vemos, los mismos hechos probados, en dos años son calificados de forma muy diferente.

Además, el caso puso de manifiesto la ausencia de actividad de una Comisión de Codificación nombrada años atrás, y por tanto la duda sobre la falta de la visión de expertos incorporada en la redacción de las reformas de los contenidos penales a lo largo de estos años. Por eso, se reformó la Comisión General de Codificación después de la primera sentencia del caso de la Manada, que a su vez en 2018 destapó su falta de paridad ante la tradicional ausencia de expertas en la materia, cuando en España en los últimos años se habrían disparado en número de expertas al respecto³².

Por su parte, el primer informe del *Grupo de Expertas en la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (GREVIO)* publicado en 2020 para España, reconoce que “las autoridades españolas cuentan desde tiempo atrás con una agenda propia en la implementación de políticas públicas relacionadas con la prevención y la lucha contra la violencia contra la mujer. GREVIO elogia su papel pionero en el desarrollo de un marco legal progresista en relación con la violencia en el ámbito de la pareja y expareja establecido ya en 2004³³” y por eso, también “valora positivamente los esfuerzos legislativos en curso encaminados a eliminar los delitos actuales de violación y el delito de abuso sexual al objeto de reforzar el significado de violación como sexo sin consentimiento. GREVIO tiene la esperanza de que la introducción de un nuevo delito en su lugar traslade el mensaje de que la violación es violación y que cualquier acto sexual realizado con otra persona sin su consentimiento libremente dado equivale a violencia sexual, de conformidad con el artículo 36 del Convenio de Estambul. Cuando las circunstancias del acto sean particularmente violentas, abusivas y traumatizantes, deben aplicarse circunstancias agravantes que garanticen una sanción acorde con la gravedad del acto³⁴”.

³² CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA: “La Sección de Penal de la Comisión General de Codificación propone una composición equilibrada de mujeres y hombres para la posible reforma del Código Penal”. Consultar en <https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/la-seccion-de-penal-de-la-comision-general-de-codificacion-propone-una-composicion-equilibrada-de-mujeres-y-hombres-para-la-posible-reforma-del-codigo-penal/> (último acceso: 12 de octubre de 2021)

³³ GREVIO, 2020. Informe “Primer informe de evaluación sobre las medidas legislativas y de otra índole que dan efecto a las disposiciones del Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul, España)” del *Grupo de Expertas en la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (GREVIO)*, Convenio de Estambul, Consejo de Europa, p. 15

³⁴ *Ibidem*.

Lo que nos parece más interesante es que el propio informe insiste y “anima encarecidamente a las autoridades españolas a que introduzcan formación y orientaciones para todos los integrantes del sistema de justicia penal que garanticen la comprensión del significado de lo que es la violación y la violencia sexual en tanto que delitos basados en la ausencia de consentimiento, no en la utilización de la fuerza”. Nos preguntamos, si quizás un trabajo bien realizado en este ámbito evitaría una reforma penal.

4. PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL

4.1. EL CONSENTIMIENTO EN LAS RELACIONES SEXUALES. UNIFICACIÓN DE LAS AGRESIONES Y ABUSOS SEXUALES

Es la disposición final quinta del Proyecto, que es la que modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, se produce un cambio de rúbrica del Título VIII del Libro II del Código Penal, que pasa a denominarse “*Delitos contra la libertad sexual*”, suprimiendo de este modo, la referencia a la indemnidad sexual.

Como es sabido, tradicionalmente el bien jurídico protegido en los delitos sexuales fue la honestidad y no pasó a ser la libertad sexual hasta la reforma del código penal de 1989. Desde entonces se entiende que “no es la manifestación sexual en sí, sino la vulneración de la decisión autónoma de la víctima, lo que constituye el núcleo del desvalor de la conducta prohibida³⁵”. Por tanto, la regulación vigente gira en torno al consentimiento³⁶, y así lo pone de manifiesto el actual art. 181.1 CP al entender que comete un delito de abuso sexual “*el que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona*”. Sin embargo, esta idea ha resultado difícil de precisar en algunos casos debido al margen interpretativo existente entre los elementos que distinguen la agresión sexual, violencia y/o intimidación, del elemento prevalimiento exigido en el abuso sexual. Precisamente como hemos visto, la clave en el caso de la Manada.

Por eso, en el actual proyecto de ley, uno de los principales motivos de retirar la violencia y la intimidación de la redacción del tipo de agresión sexual, está directamente relacionado no solo con lo dispuesto en el Convenio de Estambul, sino con el caso de la Manada. Ciertamente venía siendo muy difusa en la jurisprudencia la frontera entre la violencia y la intimidación con respecto al prevalimiento, y precisamente esto hizo estallar el debate. Esta discusión fue la protagonista dentro del caso de la Manada en aquella primera sentencia del caso en la SAP de Navarra núm. 38/2018 de 20 de marzo³⁷. Tanto en los hechos probados de la sentencia como en la parte de la fundamentación jurídica se describe textualmente que la víctima se sintió “impresionada y sin capacidad de reacción”, con “un intenso agobio y desasosiego, que le produjo estupor y le hizo adoptar una actitud de sometimiento y pasividad, determinándole a hacer lo que los procesados le decían que hiciera, manteniendo la mayor parte del tiempo los ojos cerrados”. En dos vídeos, la joven aparece “agazapada, acorralada contra la pared por dos de los procesados”, y expresando “gritos que reflejan dolor”. En otras imágenes “se manifiesta la situación de sometimiento y sumisión de la denunciante a la voluntad de los procesados”, mientras uno de ellos hace un gesto de “jactancia, ostentación y alarde³⁸”. Sin embargo, el tribunal entendió los hechos como abuso sexual con prevalimiento en vez de agresión sexual con intimidación.

Debido a lo anterior, y en lo relativo a las conductas, ya la Exposición de motivos del Proyecto de reforma actual deja claro el cambio fundamental que se pretende, asumiendo como novedad la eliminación “*de la distinción entre agresión y abuso sexual, considerándose agresiones sexuales todas aquellas conductas que atenten contra la libertad sexual sin el consentimiento de la otra persona, cumpliendo así España con las obligaciones asumidas desde que ratificó en 2014 el Convenio de Estambul*”.

³⁵ ASÚA BATARRITA, Adela, 1998. “Las agresiones sexuales en el nuevo código penal: imágenes culturales y discurso jurídico”, en *Análisis del código penal desde la perspectiva de género*, editado por Emakunde-Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria-Gazteiz, p. 2

³⁶ RUEDA SORIANO, Yolanda, 2020. “El desenfocado debate sobre el consentimiento en la ley de libertad sexual. El delito sexual suele plantear problemas de prueba. Pero esos problemas no se solucionan con una definición legal que revictimiza”, *El País*, 29 de diciembre

³⁷ MONGE FERNÁNDEZ, Antonia. 2020. “*Las manadas*” y su incidencia en la futura reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales, Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 280

³⁸ SAP Navarra (Secc. 2ª) 38/2018 de 20 de marzo.

Al margen del caso de la Manada, otra de las conductas más problemáticas necesitadas de revisión está en relación con los comportamientos introducidos en la reforma de 2010, donde se considera una conducta de abuso sexual el uso de fármacos o drogas para anular la voluntad de la víctima. La reforma actual plantea la necesidad de un cambio de perspectiva, pues el empleo de droga debería ser un tipo de violencia, y por tanto de agresión³⁹.

Pese a todo, el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), en su Informe sobre el Anteproyecto de Ley orgánica de Garantía Integral de la libertad sexual, se manifiesta crítico con la unificación de los abusos y las agresiones sexuales por incurrir en contradicción con el principio de proporcionalidad, en una doble dirección: Por un lado, entiende que el nuevo art. 178 CP podría incurrir en un defecto de protección, puesto que desde el prisma de la prevención general de la norma, el pretendido tratamiento unitario podría conducir a una desprotección de las víctimas. Una cuestión que el informe resuelve con la introducción de una modalidad agravada de agresión sexual cuando concorra un medio comisivo especialmente lesivo como la violencia o amenazas, imponiendo para el caso la pena en su mitad superior⁴⁰. Para Rueda Soriano, efectivamente “el medio puede servir para graduar la pena, pues la violencia o la amenaza de su uso son más graves que el tocamiento furtivo que la víctima no espera⁴¹”. Por otro lado, según el CGPJ la actual redacción del proyecto también estaría incurriendo en una prohibición de exceso, al castigar con gran severidad conductas que presentan un menor grado de lesividad. Aunque se haya previsto en el art. 178.3 CP un tipo penal atenuado facultativo determinado “por la menor entidad del hecho”, lo que critica el CGPJ en su informe, es la imprecisión del término, al no precisar si esa menor entidad del hecho refiere al tipo de acto sexual, al medio comisivo o al tipo subjetivo de injusto. Para mejorar la redacción, lo que se propone por parte del CGPJ es la redacción de un tipo autónomo atenuado en el que se vincule a la menor entidad del acto sexual⁴². Con esas dos mejoras en la redacción, el CGPJ salvaguarda el respeto al principio de proporcionalidad en la reforma de los delitos sexuales.

Finalmente, el debate fundamental ha girado en torno a la definición del consentimiento en las relaciones sexuales. En el proyecto de reforma, la redacción quedaría de la siguiente forma: “*Se entenderá que no existe consentimiento cuando la víctima no haya manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto*”.

A lo largo del debate generado a raíz del caso de la Manada, se ha producido un cambio desde el modelo del “no es no” pedido en los inicios del debate, al modelo de “sólo el sí es sí” que parece configurarse en la actualidad. En realidad, ambos modelos definen el delito a partir del carácter no consensuado del acto sexual, siendo que diferentes países europeos han optado por uno y otro. El “no model”, adoptado en Alemania, tipifica la infracción penal como la realización de la conducta ignorando la oposición de la víctima. De otro lado, el “yes model”, adoptado en Gran Bretaña y Suecia, entiende que existe delito cuando no se haya obtenido un consentimiento afirmativo⁴³.

En definitiva, en palabras de Gimbernat a raíz del caso de la Manada: “como ha confesado la propia denunciante, nunca dijo, en ningún momento de los dramáticos acontecimientos de aquella madrugada en Pamplona, y debido a su estado de shock: «No es no», lo cual, por otra parte, y en contra de lo que se parece sugerir, no constituye impedimento alguno para que pueda afirmarse la existencia de una eventual violación⁴⁴”. Por tanto, el silencio forzado de la víctima en un contexto intimidatorio difuso nunca puede entenderse equivalente a la prestación de consentimiento, en ese caso, el silencio de la víctima solo puede entenderse como una negativa (sólo sí es sí)⁴⁵. Por todo ello, de “una nueva concepción de la libertad sexual como aspecto inherente a la libertad gé-

³⁹ Así lo entiende también el CGPG, 2021. Informe sobre el Anteproyecto de Ley orgánica de Garantía Integral de la libertad sexual del aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 25 de febrero, p. 79

⁴⁰ Ídem., p. 79-80

⁴¹ RUEDA SORIANO, Yolanda, 2020. “El desenfocado debate sobre el consentimiento en la ley de libertad sexual. El delito sexual suele plantear problemas de prueba. Pero esos problemas no se solucionan con una definición legal que revictimiza”, El País, 29 de diciembre

⁴² CGPG, 2021. Informe sobre el Anteproyecto de Ley orgánica de Garantía Integral de la libertad sexual del aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 25 de febrero, p. 80-81

⁴³ Ídem., p. 76-77

⁴⁴ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, 2018. “La sentencia de la Manada”, en El Mundo, 28 de mayo

⁴⁵ MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, 2020. “Las manadas” y su incidencia en la futura reforma de los delitos de agre-

ricamente considerada, se deriva que las relaciones sexuales son fruto de una voluntad consciente y libremente manifestada, solo legitimada cuando medie un consentimiento expreso, debiendo procederse a un cambio en la interpretación, pasando del no es no” al “solo sí y la presencia del sí es consentir”, al modo de los textos internacionales y de otros códigos penales de nuestro ámbito cultural⁴⁶. Es el modelo que además parece sugerir el Convenio de Estambul. Los cambios más importantes proyectados sobre la redacción del delito pueden observarse fácilmente en el siguiente cuadro:

| Redacción actual LO 1/2015 de 30 de marzo | Redacción del Proyecto de reforma |
|---|---|
| Art. 178 CP | Art. 178 CP |
| <p><i>“El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años”.</i></p> | <p><i>1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como reo de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Se entenderá que no existe consentimiento cuando la víctima no haya manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto.</i></p> <p><i>2. A los efectos del apartado anterior, se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad.</i></p> <p><i>3. El o la juez o tribunal, razonándolo en la sentencia, y siempre que no concurren las circunstancias del artículo 180, podrá imponer la pena de prisión inferior en grado o multa de dieciocho a veinticuatro meses, en atención a la menor entidad del hecho.</i></p> |
| Art. 179 CP | Art. 179 CP |
| <p><i>“Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a 12 años”.</i></p> | <p><i>“Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de cuatro a diez años”.</i></p> |

Sin embargo, algunas voces críticas entienden que esta definición de consentimiento no va a acabar con los problemas de prueba que tradicionalmente plantea la violencia sexual, “porque la acusación tendrá que seguir probando que el acusado cometió un acto contra la libertad sexual sin contar con el consentimiento de la víctima. Pero sí potenciará la revictimización, pues el debate girará sobre la existencia de todos los elementos que componen la definición, lo que puede provocar que el interrogatorio se centre en el modo en que la víctima suele prestar su consentimiento sexual para aclarar el alcance de la cláusula circunstancias concurrentes⁴⁷”.

En general, se concibe desde el año 1989 un modelo que pivota sobre el consentimiento de las partes en la relación sexual, la dificultad radica en encontrar la mejor fórmula para hacerlo, puesto que “la definición de consentimiento recogida en el anteproyecto de ley, que establece que todo acto sexual en el que no se manifieste

siones y abusos sexuales, Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 296

⁴⁶ *Ibíd.*

⁴⁷ RUEDA SORIANO, Yolanda, 2020. “El desenfocado debate sobre el consentimiento en la ley de libertad sexual. El delito sexual suele plantear problemas de prueba. Pero esos problemas no se solucionan con una definición legal que revictimiza”, *El País*, 29 de diciembre.

la voluntad expresa de participar en el mismo puede ser considerado delito, nos parece que refuerza la imagen patriarcal tradicional de la vulnerabilidad y la fragilidad femeninas⁴⁸. Desde el sector del feminismo crítico se afirma que “esa forma de entender el consentimiento impide a las mujeres elaborar por sí mismas, y al margen del proteccionismo estatal estrategias para establecer límites sexuales ante conductas intrusivas de baja entidad⁴⁹”. Una cuestión que se manifiesta, si cabe, de una forma más radical dentro de las previsiones que hace el Proyecto de ley sobre el consentimiento en la prostitución.

4.1. CONSENTIMIENTO Y PROSTITUCIÓN

4.2.1 PROXENETISMO COACTIVO Y NO COACTIVO

Según la Exposición de motivos del Proyecto la “nueva redacción del tipo contribuye a clarificar la diferenciación entre el proxenetismo coactivo y no coactivo”. En este apartado trataremos de comprobar si efectivamente esa distinción es más nítida en la pretendida reforma.

El proxenetismo, o el lucro con la prostitución ajena, habría quedado fuera del código penal de 1995. Sin embargo, la reforma del entonces art. 187.1 CP a través de la LO 11/2003, de 29 de septiembre reintrodujo el delito de explotación de la prostitución ajena. Desde entonces, el tipo penal castiga a quien “*determine, empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o mantenerse en ella*”; Pero también a quien “*se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma*”. En definitiva, hasta el año 2003 se afirmaba la atipicidad del rufianismo, esto es, el vivir a expensas de quien se prostituye, así como las tercerías locativas, o el encargado del establecimiento en el que se lleva a cabo la prostitución⁵⁰, comportamientos que tras la reforma pasan a ser típicos. Voces críticas entendían que, en realidad, desde la perspectiva penal, “lucrarse con la prostitución ajena no constituye nítidamente una acción u omisión, susceptible de ser aislada en unas coordenadas espaciotemporales. Más bien se está describiendo una forma de ser o de vivir, cuando es una exigencia constitucional el que se persigan hechos⁵¹”.

Con esta redacción, entendía el legislador que ante estos actos no cabría el consentimiento de la víctima, poniendo “el acento, precisamente, en los abusos que rodean el ejercicio de la prostitución por extranjeras que, debido a su condición de migrante en situación de irregularidad administrativa, vienen a configurarse como un grupo sensible de ser explotadas por los proxenetes⁵²”. Sin embargo, debido a la amplitud de las conductas que podrían caer dentro de este tipo penal, el TS fijó unos criterios que ayudaran a una interpretación restrictiva el tipo. Así, mediante Sentencia 445/ 2008 de 3 de julio (Fundamento jurídico 4), dispone de cuatro requisitos:

Que los rendimientos económicos se deriven de la explotación sexual de una persona que se halle mantenida en ese ejercicio mediante el empleo de violencia, intimidación, engaño o como víctima del abuso de superioridad o de su situación de necesidad o vulnerabilidad.

Quien obtiene el rendimiento económico a costa de la explotación sexual ajena ha de ser conocedor de las circunstancias que determinan a la persona prostituida a mantenerse en el ejercicio de la prostitución.

La ganancia económica puede ser fija, variable o a comisión, pero es preciso, en cualquier caso, que se trate de un beneficio económico directo. Sólo la explotación lucrativa que está íntimamente ligada a la fuente de la prostitución ajena queda abarcada en el tipo

La percepción de esa ganancia ha de ser el fruto de algo más que un acto aislado o episódico. No basta con un mero gesto de liberalidad. Esa reiteración es exigible, tanto en la persona que ejerce la prostitución como en aquella otra que se lucra con su ejercicio.

⁴⁸ GARAIZABAL, Cristina.; MACAYA, Laura.; PINEDA, Empar.; SERRA, Clara, 2021. “Objeciones Feministas al actual Proyecto de Ley de Libertades sexuales”, en El País 1 de marzo. Consultar en <https://elpais.com/opinion/2021-02-28/objeciones-feministas-al-actual-proyecto-de-ley-de-libertades-sexuales.html>

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ DÍAZ MORGADO, Celia, 2015. “De los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores”, en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. y MIR PUIG, Santiago. (Dir.) *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 699

⁵¹ GÓMEZ TOMILLO, Manuel, 2015. “Art. 188”, en en GÓMEZ TOMILLO, Manuel. (Dir.), *Comentarios Prácticos al Código penal, Tomo II*, Aranzadi, Pamplona, p. 578

⁵² DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto.; “Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas”, en *INDRET, Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, 2020, p. 20

Con estos criterios, antes de la reforma de 2010 encontrábamos que la jurisprudencia del TS parecía distinguir la prostitución en algunos casos como un trabajo. Por tanto, parecía calar “el respeto a la idea de autodeterminación sexual en el ámbito de la prostitución en algunos pronunciamientos, tanto de la Sala Social de la Audiencia Nacional (2003) que admitió la licitud de la prostitución ejercida por cuenta propia, como por parte de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (2009), que daba un importante paso cualitativo a favor de la legalidad de la prostitución por cuenta ajena en la idea de que hay aspectos de la voluntad personal que no pueden ser coartados por el derecho⁵³”. De esta forma, quedaba claro, que “los Tribunales españoles no habían asumido una perspectiva abolicionista de la prostitución, sino que venían exigiendo algo más que la simple organización y planificación de la actividad y la consecuente obtención de un lucro por ello⁵⁴”.

En verdad, la doctrina pronto se percataría de que estos criterios no serían definitorios ni ayudarían a una interpretación restrictiva del tipo, sino que, de nuevo parecía confundirse y mezclarse la determinación forzada a la prostitución con la simple intermediación en el trabajo sexual voluntario y libre⁵⁵. Por eso, el art. 187.1 CP se modificó en el año 2015 para incluir una definición de vulnerabilidad, y así no atender a criterios jurisprudenciales, castigando la conducta de *quien, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, determine a una persona mayor de edad a ejercer o a mantenerse en la prostitución. Se entenderá que concurre explotación*, según la literalidad del precepto, *en todo caso, cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:*

a) *Que la víctima se encuentre en una situación de vulnerabilidad personal o económica.*

b) *Que se le impongan para su ejercicio condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas.*

Por tanto, el aspecto positivo de la reforma de 2015 es que aclara que la conducta no debe centrarse en el lucro o la ganancia sino en la explotación que de la actividad se realiza⁵⁶, por lo que podría entenderse que no habrá explotación cuando el ejercicio de la prostitución sea libre y voluntario y no haya una situación de vulnerabilidad personal o económica o imposición de condiciones gravosas⁵⁷. Pero, por otro lado, también podría interpretarse que el código penal parecía decantarse por el abolicionismo de la prostitución, al contemplar que cualquier situación económica precaria de una mujer la hace vulnerable. La realidad es que no hemos adoptado un modelo claro, lo que lleva a que la piedra angular de este mercado, casi siempre anárquico, siga en la condición de fuera de la legalidad de las mujeres que trabajan en la prostitución⁵⁸. Vulnerabilidad que proviene precisamente, de esta situación de alegalidad, pero “no puede afirmarse, como regla general, que la mujer migrante sufra una situación de vulnerabilidad que le aboque al ejercicio de la prostitución sino, simplemente que, ante las actuales condiciones del mercado de trabajo de los países receptores, algunas han optado por dicha actividad como la mejor alternativa para iniciar o continuar su proyecto migratorio⁵⁹”.

Coincidimos así con Maqueda en la idea de que la prostitución es una actividad económica diversificada en un mercado internacionalizado, y que las bases económicas de la industria del sexo se han hecho cada vez más sólidas, y “en este contexto, no hay que despreciar, por ejemplo, la decisiva importancia de las remesas enviadas por las mujeres migrantes a sus países de origen que justifica, en buena medida, la creciente exportación del trabajo femenino al extranjero⁶⁰”. Sin embargo, las estrategias, al menos en el código penal no van en la dirección de ese reconocimiento, entendiéndose que hay explotación, aun y cuando concurra el consentimiento de las víctimas. En el siguiente cuadro pueden contemplarse los cambios proyectados en el art. 187 CP:

⁵³ Más información al respecto en MAQUEDA ABREU, María Luisa, 2010. “Hacia una justicia de los derechos: Una aproximación a los últimos pronunciamientos judiciales favorables a la legalidad de la prostitución”, en *Diario La Ley*, núm. 7363, 2010, p. 1

⁵⁴ DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto, 2015. “La nueva criminalización del proxenetismo”, en *Revista penal*, núm. 36, Julio, p. 113

⁵⁵ *Idem.*, p. 111

⁵⁶ DÍAZ MORGADO, Celia, 2015. “De los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores”, en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. y MIR PUIG, Santiago (Dirs.) *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 700

⁵⁷ *Ibidem.*

⁵⁸ PÉREZ CEPEDA, Ana, 2004. *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, Comares, Granada, p. 33

⁵⁹ DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto, 2015. “La nueva criminalización del proxenetismo”, en *Revista penal*, núm. 36, Julio, p. 114

⁶⁰ MAQUEDA ABREU, María Luisa, 2009. *Prostitución, feminismos y Derecho penal*, Comares, Granada, p. 59

| Redacción actual LO 1/2015 de 30 de marzo. Art. 187 CP | Redacción del Proyecto de reforma Art. 187 CP |
|---|--|
| <p>1. El que, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, determine a una persona mayor de edad a ejercer o a mantenerse en la prostitución, será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses.</p> <p>Se impondrá la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses a quien se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma. En todo caso, se entenderá que hay explotación cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:</p> <p>a) Que la víctima se encuentre en una situación de vulnerabilidad personal o económica. b) Que se le impongan para su ejercicio condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas.</p> <p>2. Se impondrán las penas previstas en los apartados anteriores en su mitad superior, en sus respectivos casos, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:</p> <p>a) Cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. En este caso se aplicará, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.</p> <p>b) Cuando el culpable perteneciere a una organización o grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades.</p> <p>c) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.</p> <p>3. Las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las agresiones o abusos sexuales cometidos sobre la persona prostituida.</p> | <p>1. El que, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, determine a una persona mayor de edad a ejercer o a mantenerse en la prostitución, será castigado con las penas de prisión de tres a seis años y multa de doce a veinticuatro meses.</p> <p>2. Se impondrá la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de seis a dieciocho meses a quien se lucre explotando la prostitución de otra persona aun con el consentimiento de la misma. En todo caso, se entenderá que hay explotación cuando exista aprovechamiento de una relación de dependencia o subordinación.</p> <p>La pena se impondrá en su mitad superior cuando la prostitución se ejerza a partir de un acto de violencia, intimidación, engaño o abuso de los descritos en el apartado anterior.</p> <p>3. Se impondrán las penas previstas en los apartados anteriores en su mitad superior, en sus respectivos casos, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:</p> <p>a) Cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de esta o funcionario público. En este caso se aplicará, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.</p> <p>b) Cuando el culpable perteneciere a una organización o grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades. Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena superior en grado.</p> <p>c) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o la salud de la víctima, incluida la salud sexual o reproductiva.</p> <p>4. Las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las agresiones o abusos sexuales cometidos sobre la persona prostituida».</p> |

El Proyecto que ahora se debate incluye como novedad que “se entenderá que hay explotación cuando exista aprovechamiento de una relación de dependencia o subordinación”. En la exposición de motivos del proyecto se establece que en realidad los cambios en este ámbito producen una “*mejora de la tipificación penal del proxenetismo en aras a hacer más efectiva la persecución de las conductas, especialmente a través de una nueva redacción del tipo, que contribuye a clarificar la diferenciación entre el proxenetismo coactivo y no coactivo*”. Por el contrario, desde las posiciones críticas al Proyecto se insiste en la negación de la capacidad de decisión de las trabajadoras sexuales al establecer como delito el proxenetismo no coactivo⁶¹. De forma que rechazan

⁶¹ GARAIZABAL, Cristina.; MACAYA, Laura.; PINEDA, Empar.; SERRA, Clara, 2021. “Objeciones Feministas al actual Proyecto de Ley de Libertades sexuales”, en El País 1 de marzo. Consultar en <https://elpais.com/opinion/2021-02-28/objeciones-feministas-al-actual-proyecto-de-ley-de-libertades-sexuales.html>

“un texto legal que considera a las mujeres no aptas para otorgar consentimiento, dando por hecho que encontrarte en una situación de vulnerabilidad te convierte en alguien que no sabe lo que quiere⁶²”, demandando a las instituciones garantizar derechos para empoderar y ampliar la capacidad de negociación, pero nunca poner en duda la mayoría de edad de las mujeres.

4.2.1 ESPECIAL REFERENCIA A LA TERCERÍA LOCATIVA

La tercería locativa es el lucro por alquilar un espacio donde se prostituye a una persona⁶³ y en este punto, el actual proyecto de ley da un paso más, “sancionando penalmente a quien destine un inmueble a favorecer la explotación de la prostitución de otra persona⁶⁴”. Así, con la finalidad de responder más eficazmente a la explotación sexual, el Proyecto de Ley “incorpora la tercería locativa en un nuevo artículo 187 bis para perseguir a todo aquel que, con ánimo de lucro y de manera habitual, destine un inmueble o local para favorecer la explotación sexual de otra persona. No solo se incluye pena de prisión sino también el cierre del local siguiendo las reglas del artículo 194 del CP⁶⁵”. La redacción de este nuevo tipo penal quedaría de la siguiente manera: *“El que, con ánimo de lucro y de manera habitual, destine un inmueble, local o establecimiento, abierto o no al público, a favorecer la explotación de la prostitución de otra persona, aún con su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años, y multa de seis a dieciocho meses sin perjuicio de la clausura prevista en el artículo 194 de este Código. La pena se impondrá en su mitad superior cuando la prostitución se ejerza a partir de un acto de violencia, intimidación, engaño o abuso de los descritos en el apartado 1 del artículo 187”*. Sin duda, se trata de un paso más hacia la total negación de la actividad acorde con las políticas que vienen diseñándose en los últimos años en la materia.

En definitiva, ese sector del feminismo crítico manifiesta su “profunda preocupación por la posibilidad de que, en nombre del consentimiento de las mujeres, se apruebe un texto legal que supone la anulación del valor del consentimiento de las mujeres⁶⁶”.

CONCLUSIONES NO CONCLUSIVAS

Una vez más, creemos no se puede desconfiar de la buena intención del proyecto de reforma. Sin embargo, como hemos visto, plantea las mismas dudas sobre el respeto a la libertad y agencia de las mujeres que han venido planteando otras leyes penales que han abordado de forma específica otras violencias llevadas a cabo sobre las mujeres en nuestro país⁶⁷.

Como reflexión final acerca de las violencias sexuales, no cabe duda de la necesidad de evitar que nuestro sistema penal vuelva a incurrir en la interpretación de las normas penales como la dada a la víctima de la Manada en la primera de las sentencias. Pero para ello creemos que quizás no es necesario una reforma penal del calado que se pretende, sino más bien analizar y conocer la realidad de la violencia sexual y el contexto en el que ocurre, y sobre todo se trataría de identificar las fallas de nuestro sistema penal y los operadores jurídicos involucrados en el proceso, para poner a diseñar estrategias que faciliten la consecución de derechos a quienes hayan sido víctimas.

Tampoco hay duda sobre la necesidad de enfocar los esfuerzos en la persecución de la prostitución forzada y

⁶² *Ibidem*.

⁶³ CANO, Silvia, 2021. “Tercería locativa: un paso fundamental para luchar contra la explotación sexual, por Silvia Cano”, 25/07 <https://www.psib-psoe.org/terceria-locativa-paso-fundamental-luchar-explotacion-sexual-silvia-cano/>

⁶⁴ Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley

⁶⁵ CONSEJO DE MINISTROS, 2021. “Proyecto del Ley Orgánica de Garantía integral de la libertad sexual” <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeminstros/Paginas/enlaces/060721-enlace-libertad-sexual.aspx>

⁶⁶ GARAZABAL, Cristina.; MACAYA, Laura.; PINEDA, Empar.; SERRA, Clara, 2021. “Objeciones Feministas al actual Proyecto de Ley de Libertades sexuales”, en *El País* 1 de marzo. Consultar en <https://elpais.com/opinion/2021-02-28/objeciones-feministas-al-actual-proyecto-de-ley-de-libertades-sexuales.html>.

⁶⁷ En otros trabajos nos hemos pronunciado sobre las dudas generadas acerca de la incidencia no positiva del Derecho penal en la vida de las mujeres a través de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de género en: GORJÓN BARRANCO, María Concepción, 2010. “¿Empodera a las mujeres la Ley penal? Una difícil tarea”, en FARALDO CABANA, Patricia (Dir.), *Género y sistema penal. Una perspectiva internacional*, Comares, Granada. También en: GORJÓN BARRANCO, María Concepción, 2013. *La tipificación del género en el ámbito penal. Una revisión crítica a la regulación actual*, Iustel, Madrid.

la trata de seres humanos con fines de explotación sexual, sin necesidad de convertir en ilícita cualquier conducta relacionada con la prostitución. Por tanto, dudamos de que esa estrategia deba girar en torno al castigo penal, máxime cuando se ha demostrado la hipótesis de la que se partía en este trabajo y es que las normas penales finalmente, prescinden del consentimiento de las mujeres. Es por eso que coincidimos con ese sector del feminismo para quienes “resulta indefendible la introducción en el Código Penal de delitos sexuales que quedan establecidos volviendo inválido e irrelevante el consentimiento de las mujeres⁶⁸”.

BIBLIOGRAFÍA

AMNISTÍA INTERNACIONAL, 2018. Informe “Ya es hora de que me creas. Un sistema que cuestiona y desprotege a las víctimas”, España. Puede consultarse en <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/marcoInternacional/informesGREVIO/docs/InformeGrevioEspana.pdf> (último acceso: 11 de octubre de 2021)

ASÚA BATARRITA, Adela, 1998. “Las agresiones sexuales en el nuevo código penal: imágenes culturales y discurso jurídico”, en *Análisis del código penal desde la perspectiva de género*, editado por Emakunde-Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria-Gazteiz

CANO, Silvia, 2021. “Tercería locativa: un paso fundamental para luchar contra la explotación sexual”, por Silvia Cano”, 25/07/21. <https://www.psib-psoe.org/terceria-locativa-paso-fundamental-luchar-explotacion-sexual-silvia-cano/> (último acceso: 11 de octubre de 2021)

Consejo General del Poder Judicial, 2021. Informe sobre el Anteproyecto de Ley orgánica de Garantía Integral de la libertad sexual del CGPG, aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 25 de febrero.

CONSEJO DE MINISTROS, 2021. “Proyecto del Ley Orgánica de Garantía integral de la libertad sexual” <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/060721-enlace-libertad-sexual.aspx> (último acceso: 11 de octubre de 2021)

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, 2020. Dictamen 4/2020 sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía integral de la libertad sexual, aprobado en su Sesión ordinaria 25 noviembre

DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto, 2010. “Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas”, en *INDRET, Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1

DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto, 2015. “La nueva criminalización del proxenetismo”, en *Revista penal*, núm. 36, Julio

DÍAZ MORGADO, Celia, 2015. “De los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores”, en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. y MIR PUIG, Santiago. (Dir.) *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant Lo Blanch, Valencia

GARAIZABAL, Cristina.; MACAYA, Laura.; PINEDA, Empar.; SERRA, Clara, 2021. “Objeciones Feministas al actual Proyecto de Ley de Libertades sexuales”, en *El País* 1 de marzo. Consultar en <https://elpais.com/opinion/2021-02-28/objeciones-feministas-al-actual-proyecto-de-ley-de-libertades-sexuales.html> (último acceso: 11 de octubre de 2021)

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, 2018. “La sentencia de la Manada”, en *El Mundo*, 28 de mayo

GÓMEZ TOMILLO, Manuel, 2015. “Art. 188”, en en GÓMEZ TOMILLO, Manuel. (Dir.), *Comentarios Prácticos al Código penal, Tomo II*, Aranzadi, Pamplona

GORJÓN BARRANCO, María Concepción, 2010. “¿Empodera a las mujeres la Ley penal? Una difícil tarea”, en FARALDO CABANA, P. (Dir.), *Género y sistema penal. Una perspectiva internacional*, Comares, Granada.

GORJÓN BARRANCO, María Concepción, 2013. *La tipificación del género en el ámbito penal. Una revisión crítica a la regulación actual*, Iustel, Madrid.

GREVIO, 2020. Informe “Primer informe de evaluación sobre las medidas legislativas y de otra índole que dan efecto a las disposiciones del Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la vio-

⁶⁸ GARAIZABAL, Cristina.; MACAYA, Laura.; PINEDA, Empar.; SERRA, Clara, 2021. “Objeciones Feministas al actual Proyecto de Ley de Libertades sexuales”, en *El País* 1 de marzo. Consultar en <https://elpais.com/opinion/2021-02-28/objeciones-feministas-al-actual-proyecto-de-ley-de-libertades-sexuales.html>

lencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul, España)” del *Grupo de Expertas en la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (GREVIO)*, Convenio de Estambul, Consejo de Europa.

HASSEMER, Winfried.; MUÑOZ CONDE, Francisco, 2001. *Introducción a la Criminología*, Tirant Lo Blanch, Valencia

LAURENZO COPELLO, Patricia. 2008. “Violencia de género y derecho penal de excepción; entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo” en *Algunas cuestiones prácticas y teóricas de la LO 1/2004*, Cuadernos de Derecho Judicial, IX, CGPJ, Madrid

Macroencuesta 2002: La Violencia contra las mujeres, <http://www.inmujer.gob.es/publicacioneselectronicas/documentacion/Documentos/DE0607.pdf> (último acceso: 11 de octubre de 2021)

Macroencuesta 2006 sobre la violencia contra las mujeres, <http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=url-data&blobheader=application/pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1220373748592&ssbinary=true> (último acceso: 11 de octubre de 2021)

Macroencuesta 2011 de violencia de género, https://violenciagenero.igualdad.gob.es/ca/violenciaEnCifras/estudios/investigaciones/2012/pdf/IV_Macroencuesta_2011.pdf (último acceso: 11 de octubre de 2021)

Macroencuesta 2015 de violencia contra la mujer, https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/colecciones/pdf/Libro_22_Macroencuesta2015.pdf (último acceso: 11 de octubre de 2021)

Macroencuesta 2019 de violencia contra la mujer, https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/pdf/Macroencuesta_2019_estudio_investigacion.pdf (último acceso: 11 de octubre de 2021)

MAQUEDA ABREU, María Luisa, 2006. Feminismo y prostitución, El País. 1 de abril

MAQUEDA ABREU, María Luisa, 2009. *Prostitución, feminismos y Derecho penal*, Comares, Granada

MAQUEDA ABREU, María Luisa, 2010. “Hacia una justicia de los derechos: Una aproximación a los últimos pronunciamientos judiciales favorables a la legalidad de la prostitución”, en *Diario La Ley*, núm. 7363

MONGE FERNÁNDEZ, Antonia. 2020. “*Las manadas*” y su incidencia en la futura reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales, Tirant Lo Blanch, Valencia

PÉREZ CEPEDA, Ana, 2004. *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, Comares, Granada

PINEDA, Empar, 2006. Un feminismo que también existe, El País, 18 de marzo

RUEDA SORIANO, Yolanda, 2020. “El desenfocado debate sobre el consentimiento en la ley de libertad sexual. El delito sexual suele plantear problemas de prueba. Pero esos problemas no se solucionan con una definición legal que revictimiza”, El País, 29 de diciembre

URÍA, Paloma, 2016. “Feminismo y feminismos de ayer y hoy”, *Página Abierta*, 243, marzo-abril. Consultar en <http://www.pensamientocritico.org/paluri0416.htm> (último acceso: 11 de octubre de 2021)

Revista
SISTEMA PENAL CRÍTICO

**VALORACIÓN DE LOS ASPECTOS PENALES DEL PROYECTO DE LEY
ORGÁNICA DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA LIBER-
TAD SEXUAL DE 26 DE JULIO 2021**

**EVALUATION ABOUT CRIMINAL ASPECTS OF THE PROYECTO DE LEY
ORGÁNICA DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA LIBER-
TAD SEXUAL OF 26 JULY 2021**

María Acale Sánchez
Catedrática de Derecho penal
Universidad de Cádiz

RESUMEN:

El Proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual que hoy sigue su tramitación parlamentaria, incorpora al ordenamiento jurídico español una pluralidad de instrumentos de carácter preventivo con los que intenta evitar la victimización primaria, así como la revictimización o victimización secundaria que sufren mayoritariamente “mujeres, niñas y niños”. En este trabajo se somete a estudio las reformas que se pretenden implementar en el interior del Código penal, valorándolas individualmente dado que no es posible, por la envergadura del texto, estar -simplemente- a favor o en contra del mismo. El análisis crítico que se lleva a cabo no pierde de vista en ningún momento la garantía de la libertad sexual, como mandata el título del Proyecto, que es el prisma desde el que en puridad de principios, debía haberse enfocado su contenido.

ABSTRACT:

Nowadays, Parliament is working on the Proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual. The draft law has a lot of new preventive instruments aimed at preventing primary victimization, re-victimization or secondary victimization suffered mostly by “women, girls and boys”. In this paper it is subjected to study the changes that want to implement into the Criminal Law, assessing individually because it is impossible to be for or against all the draft. Our critical study about this takes into account the guarantee to sexual freedom, like mandated the name to the draft: it is possible that the author of the text may have forgotten this main object.

PALABRAS CLAVE:

libertad sexual, consentimiento, violación, prostitución, trabajo sexual, acoso sexual

KEYWORDS:

sexual freedom, consent, rape, prostitution, sexual work, sexual harassment.

SUMARIO:

1.INTRODUCCIÓN. 2. EL ORIGEN *POPULISTA* DEL PROBLEMA: EL CASO DE LA MANADA DE PAMPLONA. 3. LAS CRÍTICAS RECIBIDAS. 4. LOS ORÍGENES DE LA REFORMA: LOS COMPROMISOS INTERNACIONALES ASUMIDOS POR ESPAÑA. 5. ASPECTOS FUNDAMENTALES DEL *PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL*. 5.1 Acercamiento. 5.2 Cuestiones penales. 5.3 Especial referencia a la reforma de los delitos contra la libertad sexual. 5.3.1 La propuesta unificada de delito de agresión sexual. 5.3.1.1 Modelos de referencia en derecho comparado. 5.3.1.2 La propuesta de unificación de las agresiones y abusos sexuales en un solo delito de agresión sexual en el Proyecto de 26 de julio de 2021. 5.3.1.3 Los cambios incorporados en los delitos relativos a la prostitución. 5.3.1.4 La reforma del delito de acoso sexual. 6.VALORACIÓN DE LA REFORMA PROYECTADA. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

La regulación actual de los delitos sexuales en el Código penal español puede tener sus días contados si culminan con éxito los trabajos parlamentarios sobre el actual *Proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, de 26 de julio. Se trata de un texto cuyo origen se remonta al publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, el 20 de julio de 2018 que, bajo el nombre de *Proposición de Ley de Protección Integral de la Libertad Sexual y para la erradicación de las violencias sexistas*, se presentaba ante la Mesa de la Cámara por parte del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea¹. Meses después, el 3 de marzo 2020, en virtud del trámite previsto en el art. 26.4 de la Ley del Gobierno (50/1997, de 27 de noviembre) es presentado por el Ministerio de Igualdad ante el Consejo de Ministros con un título ligeramente modificado: *Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la libertad sexual*, texto que finalmente ha sido publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* de 26 de julio. Como es sabido, a los pocos días se decretó el Estado de alarma y el confinamiento domiciliario de la población si bien los trabajos parlamentarios no cesaron y fruto de ellos son los sustanciosos y sustanciales cambios que se incorporaron en octubre 2020 sin que, sin embargo, se procediera a la modificación de su nombre que sigue apostando no solo por proteger, sino por garantizar la *libertad sexual*.

En el texto que ahora sigue su tramitación parlamentaria se han corregido algunos de los aspectos más discutidos durante estos meses. Sin embargo, la versión final contiene aspectos contradictorios, hasta el punto de que difícilmente puede darse acogida bajo el mismo título de *garantía de la libertad sexual* a cuestiones tan dispares como la unificación de los delitos de agresiones sexuales y abusos, por una parte y las cuestiones relativas al proxenetismo y a la tercería locativa, por la otra.

El contexto en el que se produce este debate no puede ser ignorado, en la medida en que los resultados que ha arrojado la Macroencuesta de victimización de 2019, realizada por la Delegación del Gobierno contra la violencia de género manifiestan que solo el 8% de las mujeres que han sufrido violencia sexual fuera de la pareja ha denunciado alguna estas agresiones ante las instancias oficiales (policía, guardia civil o juzgado) El porcentaje se eleva al 11.1% si se tienen en cuenta las denuncias interpuestas por personas distintas a la víctima. Los motivos que han alegado las mujeres que ha sufrido una violación para no denunciar están entre los más citados “la vergüenza” (40.3%), el haber sido menor cuando tuvo lugar la violación (40.2%) y el 36,5% refiere “el temor a no ser creída” y el 23,5% el miedo al agresor. De ahí la importancia de una propuesta de reforma legal, que pretende incidir en el origen del problema de la violencia sexual con un paquete de medidas que excede con mucho las de naturaleza penal que son, sin embargo, por razones de espacio, las que aquí interesa analizar.

2. EL ORIGEN POPULISTA DEL PROBLEMA: EL CASO DE LA MANADA DE PAMPLONA

El debate político, social y científico que se ha producido en torno a los puntos esenciales del texto ha sido de una enorme trascendencia, jalonado interesadamente por los medios de comunicación que se han encargado de llevar al corazón de nuestros hogares una discusión acalorada en torno a si es preferible la ley del *sí es sí* o la del *no es no* al tiempo que la sociedad en su conjunto presenciaba el desenlace jurídico de la agresión sexual colectiva que tuvo lugar en Pamplona el día de San Fermín de 2016. Este es el motivo por el cual un sector de la doctrina ha tildado a la reforma de ser netamente populista y punitivista. Una y otra afirmación merecen ser meditadas, con el sosiego que impone el hecho del tiempo y el surgimiento de nuevas preocupaciones.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (sección segunda) de 20 de marzo de 2018 castigó a los miembros de la *Manada* de Pamplona como autores de un delito continuado de abuso sexual con prevalimiento por su participación en la agresión sexual colectiva de la noche del 7 de julio de 2016 a las penas de 9 años de prisión y 15 de alejamiento de la víctima y a la medida de seguridad postpenitenciaria de 5 años de libertad vigilada (arts. 181.3 y 4 y 74 del Código penal)². De su lectura se concluye que el tribunal optó por la calificación jurídica como abuso por falta de elementos de juicio suficientes para dar por probada la intimidación que tantas veces habían puesto en entredicho medios de comunicación, tertulianos y un abogado defensor que se convirtió durante esos días en una de las personas más mediáticas de nuestro país. Probablemente este sea también el orden de la contaminación que sufrió el tribunal, de esa visión patriarcal de los delitos contra la libertad sexual,

¹ El 20 de diciembre de 2018, la Sección penal de la Comisión General de Codificación emitía sobre este texto su propuesta.

² Uno de los condenados, guardia civil cuando se produjeron los hechos, también es condenado como autor de un delito leve de hurto (art. 234.2) a la pena de multa de 2 meses a razón de 15 euros diarios.

palpable claramente, por ejemplo, cuando el ponente de la sentencia valora como poco “caballeroso” el hecho de dejar sola a la víctima en el portal después de los hechos, o cuando confunde “sexo” con “sensualidad”³. Con todo, la Sentencia contó con un voto particular en el que se absolvía a los acusados de todos los delitos imputados, con la excepción del delito de hurto leve al entonces guardia civil. El magistrado discrepante realizaba una serie de juicios de valor y de apreciaciones personales de los que se desprendía rigor con la mujer y comprensión con los cinco hombres, a los que consideraba por igual partícipes en “una desinhibida relación sexual, mantenida entre cinco varones y una mujer, en un entorno sórdido, cutre e inhóspito y en la que ninguno de ellos (tampoco la mujer) muestra el más mínimo signo de pudor, ni ante la exhibición de su cuerpo o sus genitales, ni ante los movimientos, posturas y actitudes que van adoptando” (p. 244). El simple hecho de que el magistrado discrepante focalizara en todo momento el comportamiento de la víctima (amparándose en el hecho de que, al haber solicitado una indemnización de 250.000 euros, se debe tener una suerte de *curriculum vital* inmaculado) estaba poniendo de manifiesto que la verdadera acusada era ella, en base a un Código victimario y patriarcal que le exige respeto hacia su ideal de justicia. Se trató, en cualquier caso, de un ejemplo destacado de la justicia patriarcal que ha revictimizado a las mujeres víctimas de delitos gravísimos por el simple hecho de sentarlas en el banquillo a ellas, mientras que los acusados contemplaban desde el estrado el espectáculo de la justicia patriarcal⁴.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 30 de noviembre, que resolvió los recursos de apelación por infracción de ley interpuestos por las defensas y las acusaciones contra la Sentencia de la Audiencia⁵, permite apreciar un cambio estético considerable, pues se comparten o no esos razonamientos -jurídicos-, se ofrece una respuesta -también- jurídica a los hechos que tuvieron lugar aquella noche de San Fermín, descontaminándose de aquella visión patriarcal de los delitos contra la libertad sexual que caracterizó a la primera de las sentencias -en parte, pero no solo- por aquel voto particular. Pero no es esa la única diferencia existente entre ambas sentencias, en la medida en que, si bien la de instancia fue firmada por dos magistrados que condenaron por abuso sexual con prevalimiento continuado, mientras que en el voto particular se defendía que no había habido más que sexo compartido entre seis adultos, en la del Tribunal Superior -que también se presentaba dividido-, tres miembros afirmaban con rotundidad que existió un abuso sexual con prevalimiento y otros dos decían con la misma rotundidad ya que hubo un delito de violación en la modalidad de agresión sexual intimidatoria, condenando a los cinco autores a la pena de 14 años, tres meses y un día de prisión⁶.

Finalmente, los hechos fueron recurridos por las partes ante el Tribunal Supremo, que en su Sentencia 344/2019, de 4 de julio, vino a rectificar la calificación jurídica, castigando por agresión sexual llevada a cabo con intimidación -ambiental⁷. Se trata de una sentencia que está construida intencionadamente a partir de párrafos de sentencias anteriores que se traen al cuerpo de la misma mediante un sistema de largos entrecomillados cuya finalidad no es otra que la presentar su resolución en el marco natural de sus pronunciamientos anteriores, transmitiendo una imagen de confianza en el Estado de Derecho. El cambio principal se ciñe a la valoración de los elementos que acompañaron a los actos de contenido sexual: en efecto, los cinco sevillanos son condenados como autores de un delito continuado de violación, a las penas de prisión de 15 años, y a las accesorias de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, así como al alejamiento de la víctima durante 20 años y a una medida de seguridad postpenitenciaria de libertad vigilada por tiempo de 8 años⁸. Además, en el fallo el Tribunal Supremo mantiene “el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida”, por lo que dejaba

³ ACALE SÁNCHEZ, María, 2018. “Ser o no ser (de la Manada): esa es la cuestión”. *Nueva Tribuna*, 28 de abril.

⁴ La publicación de esta sentencia dio lugar a que el Ministro de Justicia de un Gobierno del Partido Popular se comprometiera a reformar el Código penal, para lo que solicitó informe a la Comisión General de Codificación. La Ministra que le sucedió en el nuevo Gobierno del PSOE, comenzó su andadura presentando una propuesta de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para garantizar que desde la Escuela judicial se ofrezca a jueces y juezas la posibilidad de aprender a motivar una sentencia desde una perspectiva de género, lo que dio lugar a la aprobación de la Ley Orgánica Ley Orgánica 5/2018, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, sobre medidas urgentes en aplicación del Pacto de Estado en materia de violencia de género.

⁵ ACALE SÁNCHEZ, María, 2018. “Cuidado, Manada, la justicia anda suelta”. *Nueva Tribuna*, 8 de diciembre.

⁶ El mismo hecho determina que en el voto particular se aprecie también intimidación en el acto de apoderamiento del teléfono móvil de la víctima por parte del entonces guardia civil, por el que le correspondería una pena de prisión de 2 años más.

⁷ ACALE SÁNCHEZ, María, 2019. “Y finalmente hubo violación, no abuso”. *El Diario.es*, 21 de junio.

⁸ El ex guardia civil también ha sido condenado a una pena de prisión de 2 años por el robo del teléfono móvil.

pendiente que la Audiencia Provincial de Navarra dictara sentencia en la que valorase el atentado contra la intimidad sufrido por la víctima por la grabación y difusión de las imágenes, sentencia que finalmente se dictó el 19 de noviembre 2019 (núm. 239/2019) en la que se condena a dos de los acusados como autores de un delito contra la intimidad (art. 171.1) a la pena de tres años y tres meses de prisión y multa de 21 meses con cuota diaria de 9 euros.

La pena de prisión de quince años impuesta a cada uno de los cinco condenados, se trata de una pena muy elevada, que se corresponde no obstante con unos hechos muy graves que no están descritos con toda la sordidez que se merecen en la Sentencia de la Audiencia, que optó por no incluir en el apartado de “hechos probados” todos los hechos que tuvieron lugar en aquel habitáculo; y por esto era necesario leer en la fundamentación jurídica hechos como, por ejemplo, que la víctima estaba “acorralada” por dos de los hombres, “agazapada” y “gritando”, de “dolor”. Omitiendo estos hechos de los hechos probados, la sentencia de instancia rebajaba la intensidad del relato de unos hechos que parece que se pactaron después de acordar el fallo condenatorio por abuso sexual. Esto es lo que puede haber determinado también que la gravedad de esos hechos haya pasado desapercibida para un sector de la sociedad y de la doctrina que se limitaron a leer aquellos desagradables hechos probados en forma diagonal, perdiendo así toda la intensidad que en su momento supo captar el Tribunal Supremo que califica como “inexplicable” la no inclusión de todos los hechos dentro de los hechos probados. Atinadamente se afirma en la sentencia finalmente que el grito es una “actitud que sin duda es contraria al supuesto consentimiento de la víctima”, ni válido ni inválido: es plasmación del ambiente de intimidación impuesto interesadamente por los agresores. No se trata solo de que la víctima no dijera que no, es que el silencio es también una forma de comunicación: en ese contexto, con esa “sordidez” y “crueldad” el silencio de la víctima “solo se puede interpretar como una negativa”.

La calificación jurídica como agresión determinó que la sentencia se detuviese en el análisis de cuestiones que hasta ese momento las sentencias anteriores no habían tenido en cuenta, al margen ya del voto particular de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 20 de marzo. Así, la deducción de la intimidación ambiental de las circunstancias de tiempo, de lugar, la disparidad de fuerza existente entre los cinco agresores y la víctima, la diferencia de edad, de peso y de corpulencia física, vino a cerrar finalmente un debate encendido al que se han enfrentado un total de trece magistrados, de los que uno vio jolgorio, cinco vieron prevalimiento y siete vieron intimidación. Es más, el Supremo entiende que esa intimidación tuvo un carácter particularmente degradante y vejatorio, motivo por el cual agrava la pena. También la agrava por la actuación conjunta, lo que dio lugar a una violación múltiple sobre la que se han dejado hilos sueltos por la negativa del tribunal a entrar a analizar la continuidad delictiva. Con todo, parece que se insiste en una configuración falocéntrica del delito de violación, en el que se sigue identificando un acto principal -el de contenido sexual- y otros secundarios -la violencia o la intimidación-, cuando tanto uno como otros actos determinan la lesión del bien jurídico libertad sexual, ponen en peligro la propia vida de la víctima y son manifestación de las situaciones de desigualdad y de las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres.

Vistas las afirmaciones que lleva a cabo el Tribunal Supremo sobre la concurrencia de la intimidación y sobre la calificación de estos hechos como violación, es lícito plantearse como ha hecho un sector de la doctrina la necesidad de la reforma del Código penal encerrada en el Anteproyecto de 3 de marzo de 2020 y en la versión actual del Proyecto de 26 de julio de 2021, que surgió originariamente como reacción a la calificación de estos como abusos por parte de la Audiencia provincial. No les falta la razón, sin duda alguna: desde un principio la Audiencia de Navarra debió calificar los hechos como violación. Sin embargo, ha sido necesario que intervinieran sucesivamente la Audiencia Provincial, el Tribunal Superior de Justicia y el Tribunal Supremo: tres años para concluir que la víctima sufrió una violación múltiple, durante los cuales no debe haber sido fácil seguir con su vida diaria. Cuando leemos la carta que la víctima hizo llegar a un programa de televisión, reconociendo que “tras casi tres años este proceso por fin se ha terminado. Ha sido largo, intenso, y sobre todo agotador. Lo peor no fue la situación vivida, sino todo lo que vino después”⁹, refiriéndose de esta forma al proceso de revictimización o victimización secundaria sufrido. Esa revictimización ha sido apreciada por el Tribunal Supremo para elevar la cuantía de la responsabilidad civil de 50.000 euros por el estrés postraumático que apreció la Audiencia, a otros 50.000 por daño moral. No obstante, la cuestión que ahora se suscita no es ya reconocer que la revictimización es una realidad que se puede monetarizar en el ámbito de la responsabilidad civil, sino si penalmente puede ser amortiguada, porque, en efecto, todo esto se hubiera evitado si el Código penal suavizara

⁹ La carta íntegra de la víctima de la Manada de Pamplona, publicada el 27 de julio de 2018, puede verse -entre otras partes- en https://www.elplural.com/sociedad/lee-la-carta-integra-de-la-victima-de-la-manada_131016102.

la diferenciación que hoy potencia entre las agresiones y abusos sexuales, o si pusiera el acento en otros elementos de más fácil prueba, aunque para ello fuera conveniente llevar a cabo una reducción de las penas que en abstracto tienen establecidas.

Este es en esencia el cambio fundamental que presenta el *Proyecto de Ley Orgánica de Protección Integral de la Libertad Sexual* al equiparar -entre otros medios comisivos- la intimidación ambiental y el prevalimiento, aunque sea a costa de imponer menos penas, pues lo cierto es que se trata de un texto que en ningún momento se propuso ampliar el castigo, sino evitar los daños colaterales del mismo. Basta con pensar que, de estar vigente la regulación hoy proyectada, desde la primera de las sentencias pronunciadas -la de la Audiencia- se hubiera llegado a la conclusión de que existió un delito de violación sin imponer más pena, ahorrando mucho sufrimiento a la víctima, sin agravar la pena de los autores.

A la vista de estos hechos, debe replantearse si, en efecto, se trata de una reforma “populista” o si por el contrario, se trata de una reforma “democrática”, en la que la sociedad ha dejado de esperar a que pasen cuatro años para demostrar el sentido de su voto en las urnas, saliendo a las calles y a manifestar eso: que en el sentido común de todas ellas, los hechos ocurridos en Pamplona la noche de San Fermín de 2016, tal como posteriormente ha dicho el Tribunal Supremo, no fueron constitutivos de mero abuso sexual, sino de violación -múltiple.

3. LAS CRÍTICAS RECIBIDAS

Las críticas que ha recibido el texto dentro de la doctrina han provenido desde distintos frentes. Por un lado, un sector doctrinal se ha posicionado en contra de la reforma proyectada, entendiendo que “la eliminación de las graduaciones en los atentados a la libertad sexual dará lugar no solo a un derecho penal sexual superficial, carente de matices, sino a un derecho penal sexual moralista, que fácilmente terminará siendo autoritario”¹⁰. La coherencia de este planteamiento no va a ser discutida y sobre él se volverá posteriormente. Sin embargo, carece de sentido criticar -con tanto ímpetu- esa técnica legislativa solo en la nueva regulación y no en las otras ocasiones en las que hoy recurre a idéntica equiparación el Código penal vigente (en el delito de trata de seres humanos del art. 177 bis, en la regulación del sometimiento a condiciones de prostitución (art. 187) que, por cierto, es otro delito contra la libertad sexual y en el delito de genocidio del art. 607 bis 2.9).

El rechazo que en este punto suscitó el Anteproyecto se sostenía -además- en la incomprensible afirmación que se hacía en su Exposición de Motivos a que con la unificación del delito de agresión y abusos sexuales se pretendía “además reorientar el régimen de valoración de la prueba”¹¹, desde donde se interpretó que se llevaba a cabo la inversión de la carga de la prueba. La frase entrecomilla ha sido eliminada con muy buen criterio del mismo párrafo en la Exposición de Motivos del Proyecto de 2021¹², de modo que parece que se está recono-

¹⁰ DÍEZ-RIPOLLÉS, José Luis, 2018. “El ‘no es no’”. *El País*, de 10 de mayo; del mismo, 2019. “Alegato contra un derecho penal sexual identitario”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* RECPC 21-10, pp. 8 y ss. En la misma línea, CUERDA ARNAU, María Luisa. “Agresión y abuso sexual: violencia o intimidación vs. consentimiento viciado”. En Faraldo Cabana, Patricia y Acale Sánchez, María, *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2018, p. 109; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, 2020. “La garantía de la libertad sexual y el pensamiento jurídico de Podemos”. *elconfidencial.com*, 4 de marzo; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, 2020. “Sólo sí es sí”.

https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_justel=1197551; CARUSO FONTÁN, Viviana. “Reflexiones en torno a la aplicación de la continuidad delictiva en el caso de la Manada”, en Faraldo Cabana, Patricia y Acale Sánchez, María, *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales*, cit., pp. 217 y ss; LASCURAÍN, José Antonio, 2021. “Delitos sexuales: no todo vale”. *Claves de razón práctica*, 277, pp. 88 y ss.

¹¹ “Como medida relevante, se elimina la distinción entre agresión y abuso sexual, considerándose agresiones sexuales todas aquellas conductas que atenten contra la libertad sexual sin el consentimiento de la otra persona, cumpliendo así España con las obligaciones asumidas desde que ratificó en 2014 el Convenio de Estambul. Este cambio de perspectiva, además de reorientar el régimen de valoración de la prueba, contribuye a evitar los riesgos de revictimización o victimización secundaria. También se introduce expresamente como forma de comisión de la agresión sexual la denominada “sumisión química” o mediante el uso de sustancias y psicofármacos que anulan la voluntad de la víctima. Igualmente, y en línea con las previsiones del Convenio de Estambul, se introduce la circunstancia cualificatoria agravante específica de género en estos delitos”. Puede verse las afirmaciones que realiza OLIVAS DÍA, Amaya, 2021. “Breves apuntes feministas sobre el malestar acerca del consentimiento en los delitos contra la libertad sexual”. *Boletín de la Comisión penal de Juezas y Jueces para la Democracia*, N. 12, vol I, marzo, p. 16) sobre “no puede de ninguna manera excluir una audiencia imparcial para cualquier persona imputada”: sin justificar en forma alguna de dónde saca ese riesgo.

¹² “La disposición final cuarta modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Como medida

ciendo que se sobrepasó en el redactado del texto y que eliminándola y, como se verá posteriormente, introduciendo una serie de cambios en la definición de consentimiento del art. 178, basta para normalizar el debate procesal sobre la prueba de los hechos imputados. En cualquier caso, es preciso distinguir la “inversión de la carga de la prueba” con un proceso probatorio “ayuno de prueba alguna”: y en este sentido, como afirma la STS 565/2007, de 21 de junio “la acusación ha aportado una prueba de cargo que puede ser valorada razonablemente por el Tribunal alcanzando como conclusión la existencia del hecho y la participación del acusado. Para que quede desvirtuada la prueba de cargo o para demostrar la irracionalidad de la valoración del Tribunal sería precisa otra prueba de sentido diferente o algún elemento que debilite su poder demostrativo, pero esa aportación ya no corresponde a la acusación sino a quien alega la insuficiencia de la prueba aportada por aquella”.

Pero también desde el movimiento penalista feminista no abolicionista se han alzado las voces en contra de esta reforma, focalizando -fundamentalmente- la inclusión de tantos requisitos en el texto de 2020 para dar por pronunciado el consentimiento de la víctima, en la medida que consideran que se entran en una senda ultra protectora de las mujeres, abriendo una “deriva puritana, que no hace más que reforzar los argumentos patriarcales de la sacralidad del sexo de las mujeres y e identificamos medidas que van a suponer aún mayores obstáculos y dificultades para mujeres que ya sobreviven en condiciones de precariedad, como es el caso de las trabajadoras sexuales”¹³. Pero más allá de la visibilización de los requisitos que ha de reunir el consentimiento, lo que ya por sí solo es bastante crítica, este sector feminista ha criticado la inclusión durante la tramitación parlamentaria de la tercera locativa, que persigue el castigo de aquel sujeto que convierte en un negocio el trabajo sexual de otra persona, esto es, una conducta que no es delito, ni es considerada infracción administrativa, como sí lo es el ejercicio de la prostitución en vías públicas en determinadas ordenanzas municipales. La inclusión de esta nueva figura delictiva en el seno de una ley que persigue la garantía de la libertad sexual no tiene fundamentación común político criminal alguna, porque no persigue garantizar la libertad sexual, sino proteger un ideario de mujer: posteriormente se volverá sobre este asunto.

En el trámite de informes, el Consejo Fiscal emitió el suyo en sentido favorable, y propuso se le diera una vuelta al concepto de consentimiento del art. 178 y que las referencias a los delitos de explotación sexual se sacaran de la ley y se incluyeran en otra específica¹⁴.

El Informe del Consejo General del Poder Judicial -que se anunciaba que se iba a hacer público en la misma semana en la que parecía que los partidos políticos iban a ponerse de acuerdo en su renovación¹⁵- fue contrario y muy extenso. Si se centra la atención sus últimas 35 páginas de conclusiones, es posible encontrar sugerencias interesantes que pueden contribuir en positivo a mejorar el texto del Anteproyecto, aunque, no obstante, eclipsa la seriedad, solemnidad y credibilidad de su objetivo principal -informe técnico jurídico sobre el texto del Anteproyecto, no político criminal- el hecho de que se apueste por el castigo de la tercera locativa en una ley cuyo objetivo es garantizar la libertad sexual.

Y finalmente, la Asociación *Jueces y Juezas* para la Democracia también ha emitido su propio informe en el que también somete a críticas el texto del Anteproyecto, si bien es curioso que se vuelva a olvidar del castigo

más relevante, elimina la distinción entre agresión y abuso sexual, considerándose agresiones sexuales todas aquellas conductas que atenten contra la libertad sexual sin el consentimiento de la otra persona, cumpliendo así España con las obligaciones asumidas desde que ratificó en 2014 el Convenio de Estambul. Este cambio de perspectiva contribuye a evitar los riesgos de revictimización o victimización secundaria. También se introduce expresamente como forma de comisión de la agresión sexual la denominada “sumisión química” o mediante el uso de sustancias y psicofármacos que anulan la voluntad de la víctima. Igualmente, y en línea con las previsiones del Convenio de Estambul se introduce la circunstancia cualificatoria agravante específica de género en estos delitos”.

¹³ GARAIZABAL, Cristina, MACAYA, Laura, PINEDA, Empar, SERRA, Clara, y otras, 2021. “Objeciones feministas al actual proyecto de Ley de Libertades sexuales”, <https://www.accionenredmadrid.org/objeciones-feministas-al-actual-proyecto-de-ley-de-libertadessexuales/>, 4 de marzo (fecha de la última consulta: 26 de julio 2021). *Vid.* también MAQUEDA ABREU, M.L. “Cómo construir «víctimas ficticias» en nombre de las libertades sexuales de las mujeres □”. *Mientras tanto*, 29 de noviembre 2020 (<http://www.mientrastanto.org/boletin-196/notas/como-construir-victimas-ficticias-en-nombre-de-las-libertades-sexuales-de-las-mujeres>) (fecha de la última consulta: 26 de julio 2021).

¹⁴ Puede verse en <https://www.fiscal.es/documents/20142/290789/11-INFORME+DEFINTIVO.PDF/00f836e0-c5dc-8535-b3da-ffb8fcb83a?version=1.0&t=1612787258031> (fecha de la última consulta realizada: 21 de julio 2021).

¹⁵ Puede verse en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-anteproyecto-de-Ley-Organica-de-Garantia-Integral-de-la-Libertad-Sexual> (fecha de la última consulta realizada: 21 de julio 2021).

de la tercería locativa en este caso por completo, lo que pone en duda de nuevo la profundidad técnica de un informe que se olvida del objetivo principal: garantizar la libertad sexual¹⁶. Eso sí: reconoce como no podía ser de otra manera -más aún en la sede de la asociación de jueces y juezas para la Democracia- que la política criminal la diseña el Parlamento y al resto nos toca criticarla, pero no suplantarla a base de una crítica invasiva y subversiva con fin de acoso y derribo.

El texto presentado el pasado 6 de julio ante el Consejo de Ministros por la titular del Ministerio de igualdad y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales veinte días después, corrige algunas de las críticas fundamentales que había recibido el de 3 de marzo de 2020 y sin duda alguna ha salido robustecido de este proceso de revisión. El camino que aún le queda por recorrer hasta llegar convertido en ley al Boletín Oficial del Estado es largo y es de esperar que todavía salga enriquecido con las aportaciones de los distintos grupos parlamentarios, en un momento en el que parece haber pasado ya el fragor de la batalla política y mediática que se entabló en un principio.

4. LOS ORÍGENES DE LA REFORMA: LOS COMPROMISOS INTERNACIONALES ASUMIDOS POR ESPAÑA

En el origen de la presentación del Proyecto se encuentra la firma del Convenio del *Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica*, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 ratificado por España mediante el Instrumento de 6 de junio de 2014 lo que puso de manifiesto la existencia de una serie de diferencias entre la legislación española y la acaba de ratificar. A partir de este momento y a través de la LO 1/2015, se ha prestado especial atención a una serie de delitos nuevos que en el texto europeo se consideran formas de violencia de género contra las mujeres. Debe dejarse señalado que no todas las conductas consideradas en el Convenio de Estambul como delitos relacionados con la violencia de género estaban fuera del Código penal español, que tan solo ha llevado a cabo en este punto dos reformas principales: la inclusión del delito de acoso y el de matrimonios forzados. En estos momentos, sin embargo, se aprecian amplias diferencias entre la regulación de los delitos de agresión sexual/violación en el Convenio y en el Código penal español, en la medida en que puede decirse que siguen modelos distintos: el primero enfatiza la falta de consentimiento de la víctima y el segundo concede una importancia crucial a los medios que emplea el autor para conseguir llevar a cabo el acto de contenido sexual. Y esta es la fricción que el legislador español trata de corregir a través de la reforma proyectada.

Su ratificación dio lugar a que en 2017 España aprobara el Pacto de Estado contra la violencia de *género*, en cuya propuesta número 84 se asumía el compromiso de “ampliar el concepto de violencia de género a todos los tipos de violencia contra las mujeres contenidos en el Convenio de Estambul”.

En desarrollo del Pacto de Estado ya ha visto la luz la LO 5/2018, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, sobre medidas urgentes en materia de violencia de género que ha incorporado a nuestro ordenamiento jurídico previsiones específicas en torno a la inclusión de materias concretas en las pruebas de selección y de la formación especializada en la Escuela Judicial y la formación continua de las Carreras Judiciales y Fiscal, cuya finalidad es afrontar uno de los flancos más difíciles para atajar la violencia de género. En la misma línea va el art 176 del Borrador de nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Y así se lo acaba de recordar el GREVIO¹⁷ a las autoridades españolas en su *Baseline Evaluation Report* de 15 de octubre 2020, en el que tras realizar un estudio de la regulación y de la aplicación de los delitos sexuales en España por parte de los tribunales, termina recomendando a las autoridades españolas la reforma del Código penal “con la finalidad de garantizar la existencia de un delito de violación firmemente arraigado en la falta de consentimiento, que sea puesto en práctica y efectivamente aplicado por los organismos encargados de la ejecución de la ley, la fiscalía y los órganos judiciales. El objetivo debe ser asegurar la imposición de sanciones apropiadas para los actos de naturaleza sexual sin consentimiento de la víctima, incluyendo la ausencia de resistencia por la parte de la víctima y donde las circunstancias del caso impidan la otorgar validez al consentimiento. Con este fin, GREVIO exige encarecidamente a las autoridades españolas que facilite la formación y

¹⁶ Puede verse en <http://www.juecesdemocracia.es/2021/02/16/comunicado-la-comision-penal-jjpd-ante-proyecto-ley-organica-garantia-integral-libertad-sexual/> (fecha de la última consulta realizada: 21 de julio 2021). El número 13 de 2021 del *Boletín de Penal* “Monográfico Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual” pone de manifiesto el denso debate habido dentro de la Asociación.

¹⁷ Group of Expert son Action against Violence against Women and Domestic Violence del Consejo de Europa.

ofrezca directrices para que todos los operadores en el sistema judicial aseguren que el delito de violación y la violencia sexual son delitos basados en la ausencia del consentimiento, no en el uso de la fuerza (parágrafo 224)”¹⁸.

Pero no solo el Consejo de Europa, también Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021, sobre la estrategia de la Unión para la igualdad de género (2019/2169(INI)) en su punto 33: “pide medidas más enérgicas en relación con la legislación sobre delitos sexuales y subraya que el sexo siempre debe ser voluntario; pide a la Comisión que incluya recomendaciones dirigidas a todos los Estados miembros para que modifiquen la definición de violación en su legislación nacional de forma que se base en la ausencia de consentimiento”.

La claridad de estos mandatos de cumplimiento obligatorio para España no es vista sin embargo por un sector de la doctrina, que entiende que el Convenio de Estambul no se manifiesta en torno a la regulación de las agresiones sexuales¹⁹.

5. ASPECTOS FUNDAMENTALES DEL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL

5.1 ACERCAMIENTO

El texto que hoy sigue su tramitación parlamentaria es amplio y aborda la reforma integral del conjunto del ordenamiento jurídico español a fin no ya de proteger, sino de garantizar el ejercicio de la libertad sexual. Su envergadura recuerda la de la *Ley Orgánica 1/2004, de protección integral frente a la violencia de género*, cuando se comprueba en su texto articulado que, además del reconocimiento de derechos y de puesta en marcha de los nuevos mecanismos que incorpora, emprende la tarea de modificar en catorce de sus disposiciones finales, una pluralidad de leyes, incluidas el Código penal. En su interior se encuentran medidas dirigidas a la investigación y producción de datos, el reconocimiento de derechos, la actuación de los cuerpos y fuerzas de seguridad, y al acceso y obtención de justicia. Especialmente significativas son las disposiciones relativas a la prevención, sensibilización, detección y formación en materia de libertad sexual, ofreciendo a la ciudadanía un modelo educativo que incide en concienciar a toda la sociedad sobre la capacidad de las mujeres para determinarse en materia sexual a fin de evitar confundir, por ejemplo, el sexo con el sexo violento o con la pornografía, así como la sensualidad con la violencia²⁰. El hecho de que su Exposición de Motivos comienza situando el examen de la libertad sexual en el ámbito de los derechos humanos de “la ciudadanía” no impide en forma alguna pasar a continuación a reconocer que las violencias sexuales constituyen un fenómeno criminal que tiene como víctimas principales a “mujeres, niñas y niños” (art. 3), convertidos en meros objetos de placer por parte de los agresores, en vez de en sujetos del mismo. Nada obsta, llegado el caso, sin embargo, a que un hombre víctima

¹⁸ El Informe del GREVIO (Grupo de expertos creado por el Convenio de Estambul para seguir su implementación por los países firmantes) “Baseline Evaluation Report Spain”, puede verse en <https://rm.coe.int/grevio-s-report-on-spain/1680a08a9f>, p. 85 (fecha de la última consulta: 21 de julio 2021).

Por su parte, la Unión Europea en la Resolución de 21 de enero de 2021, sobre la estrategia de la Unión para la igualdad de género (2019/2169(INI)), en su punto 33 “pide medidas más enérgicas en relación con la legislación sobre delitos sexuales y subraya que el sexo siempre debe ser voluntario; pide a la Comisión que incluya recomendaciones dirigidas a todos los Estados miembros para que modifiquen la definición de violación en su legislación nacional de forma que se base en la ausencia de consentimiento”.

¹⁹ *Id.* DÍEZ-RIPOLLES, José Luis, 2019. “Alegato contra un derecho penal identitario”, cit., pp. 4 y 6; LASCURAÍN, Juan Antonio, 2021. “Delitos sexuales: no todo vale”, cit., p. 91.

²⁰ Pueden verse en este sentido las afirmaciones que realiza RAMÍREZ ORTÍZ (2021, “¿Cambio de paradigma o juego de espejos?”. *Boletín de la Comisión penal de Jueces y Jueces para la Democracia*, N.º. 12, vol I, marzo, p. 37) cuando en su crítica sobre la regulación de los delitos sexuales contenida en el Anteproyecto, en el sentido de afirmar que “crea más problemas que soluciones”, afirma con Agustín Malón “desde la sexología” que hay varios planos que deben distinguirse en cuanto al consentimiento sexual: “por un lado, el asentimiento interno al acto sexual, En segundo lugar, un comportamiento o manifestación externa de ese asentimiento. En tercer lugar, la interpretación del estado interno de la mujer por parte del hombre a partir de la conducta eterna. Finalmente, la valoración del estado interno del hombre por parte de un observador externo, como ser la persona que juzga el caso”. La lectura del pasaje no aclara si el autor se está refiriendo al consentimiento a los efectos de la sexología, porque de ser así, es de suponer que se tendría que estar refiriendo al consentimiento de las dos -o más- personas intervinientes en una relación sexual sin caer en la trampa de la que supuestamente se presume estar libre, esto es, la de rechazar los estereotipos, o al consentimiento en el ámbito de las relaciones sexuales delictivas que se caracterizan precisamente por su falta.

de violencia sexual a manos de otro hombre o de una mujer, pueda beneficiarse de los derechos que se reconocen, sorteando de esta forma alguno de los hándicaps principales que planteaba -y sigue planteándose- en el ámbito de la *LO 1/2004, de protección integral frente a la violencia de género*.

La lectura conjunta de todas estas disposiciones pone de relieve la fuerza de la apuesta por la prevención, en el sentido de reconocer que la violencia sexual obedece a unos patrones de comportamiento que parte de la instrumentalización de la voluntad de las personas con las que se mantienen ese tipo de relaciones sexuales violentas. Cuestiones de espacio imponen priorizar en este punto las reformas penales propuestas.

5.2 CUESTIONES PENALES

Las reformas del Código penal que prevé llevar a cabo el *Proyecto de Ley Orgánica de Garantía de la Libertad e Indemnidad Sexual* se centran fundamentalmente en el Libro II del Código²¹ y a pesar del nombre que se le ha dado, desbordan los límites del Título VIII dentro del que según la rúbrica del vigente Código se castigan los “delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, que en el Proyecto se contrae a la de “delitos contra la libertad sexual”²² y de extiende a los Títulos VI (delitos contra la libertad)²³, VII (contra la integridad moral)²⁴ y XIX (contra la Administración pública)²⁵. Por su interés y por la profundidad del cambio propuesto, se centrará la atención en las modificaciones previstas en los delitos contra libertad sexual.

²¹ Solo se establecen dos cambios dentro del Libro I: el primero afecta al periodo de seguridad del art. 36.2 que además de ampliarse a los delitos de trata de seres humanos (Título VII bis), se renumera el actual art. 183 que en el Proyecto se corresponde con el 181 y se incluye un nuevo párrafo en el que se establece para los condenados por delitos sexuales a una pena de prisión de más de 5 años que “la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta la superación del programa de tratamiento para condenados por agresión sexual”. Esta nueva disposición lleva aparejada la eliminación de la propuesta que se preveía llevar a cabo en el Anteproyecto de 3 de marzo de 2020 del art. 66, de la Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria, incluyendo un nuevo número 4 en el que se establecía que “en aquellos casos en que se establezca un tratamiento farmacológico como coadyuvante del programa de tratamiento constará, previamente, un diagnóstico específico y el consentimiento informado y pleno del interno, sin que su aceptación o rechazo pueda conllevar consecuencias positivas o negativas para su situación penitenciaria. Instaurado el tratamiento, se seguirá y controlará su evolución médica por el equipo de tratamiento y los órganos competentes en la asistencia sanitaria penitenciaria”. La propuesta ha de ser bien recibida, por normalizar el tratamiento penitenciario para los condenados por delitos contra la libertad sexual en el ámbito del conjunto de disposiciones de la Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria, así como del Reglamento que la desarrolla. Ello no obsta para que desde la perspectiva de quien entiende que el periodo de seguridad no supone más que la introducción en el Código penal del mayor o menor rigor para ejecutar las penas, deba ser rechazado por pura cuestión de principios. Ampliamente, ACALE SÁNCHEZ, María, 2010. *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*. Pamplona: Aranzadi, pp. 91 y ss.

Además el Proyecto también prevé la reforma del apartado 2 del art. 83 en el ámbito de la suspensión de la ejecución de la pena, en virtud del cual, se establece que “las anteriores prohibiciones y deberes se impondrán asimismo cuando se trate de delitos contra la libertad sexual, matrimonio forzado, mutilación genital y trata de seres humanos”. De esta forma, se amplía el régimen expreso previsto en los casos de violencia sobre la mujer por parte de su pareja a estos otros delitos, con independencia ya de sexo, género y de relación que una a la víctima con el autor.

²² Los debates doctrinales en torno a si es o no necesaria la inclusión expresa junto a la libertad de la indemnidad sexual vienen desde antiguo. *Vid.* por todos DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, 1985. *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*. Barcelona: Bosch, pp. 24 y ss.

²³ Se incluyen dos reformas puntuales que afectan por una parte a los efectos civiles de los delitos de matrimonios forzados (art. 172 bis) y añade un criterio de agravación nuevo de la pena en el delito de *stalking* (art. 172 ter).

²⁴ En el delito de *mobbing*, se incorpora el castigo de las personas jurídicas. Además se incluye ahora una nueva figura delictiva en el nuevo art. 173.4 párrafo 2º que impone la pena de localización permanente de cinco a treinta días o trabajos en beneficio de la comunidad “a quienes se dirijan a otra persona con expresiones, comportamientos o proposiciones de carácter sexual que creen a la víctima una situación objetivamente humillante, hostil o intimidatoria, sin llegar a constituir otros delitos de mayor gravedad”. Se trata esta última figura de la que ha sido conocida por la opinión pública como “acoso callejero” aunque como puede comprobarse, el legislador no haga referencia alguna al mismo. En todo caso, además de las penas establecidas -leves- debe tenerse en cuenta que se trata de una disposición que requiere la denuncia de la víctima según el último párrafo del mismo art. 173.4.

²⁵ En relación con el art. 443 apartado 2 en el que se castiga el delito de acoso sexual en el ámbito de la función pública y al que por razón de la materia se hará referencia en el texto.

5.3 ESPECIAL REFERENCIA A LA REFORMA DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

5.3.1 LA PROPUESTA UNIFICADA DE DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL

Del conjunto de propuestas de reforma contenidas en el Proyecto, sin lugar a dudas, las más relevantes son las que llevan a cabo la unificación de los actuales delitos de agresiones y abusos sexuales en un solo delito que toma el nombre del primero de estos delitos, esto es, el de agresión sexual. Se trata además del aspecto más criticado por parte de la doctrina, lo que justifica que se lleve aquí un examen más detenido de la propuesta, comenzando por los modelos existentes en derecho comparado, con la finalidad de poder cerrar este apartado restándole gravedad a las críticas recibidas, y contextualizándolas en el mapa de la Unión Europea²⁶.

5.3.1.1 Modelos de referencia en derecho comparado

La regulación de los delitos sexuales -especialmente del delito de violación- en los países de nuestro entorno cultural es variada²⁷, y se pueden encontrar diferencias considerables entre regulaciones más clásicas²⁸ (como la de Italia o Reino Unido) y otras más modernas²⁹ (como la belga o la sueca), entre las que destacan un grueso número de Códigos penales que han sido reformados recientemente con la finalidad de hacer pivotar el castigo de los delitos sexuales en torno al consentimiento, sobre el que se establece que debe prestarse “voluntariamente”, como manifestación del “libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes”, tal como establece el Convenio de Estambul.

Con todos esos códigos penales podemos hacer dos grupos: por un lado, los que enfatizan el medio comisivo, y, por el otro, los que ponen el acento en la falta de consentimiento de la víctima, sobre el que en algunos casos se ofrecen pautas vehiculares muy precisas. Todo esto al margen en este momento de los actos de contenido sexual practicados³⁰.

Dentro del primer grupo, el más restrictivo de todos los códigos penales es el español, en la medida en que no solo es que ponga el acento en los medios comisivos, sino que además los restringe a la “violencia” o la “intimidación”, dejando en el ámbito de los abusos sexuales el resto de supuestos en los que, no existiendo tales medios instrumentales, conste la falta de consentimiento. Como se observa, en ambos casos se trata de supuestos de falta de consentimiento y la pena depende de los medios accidentales que utilice el autor. Todo ello determina

²⁶ Otra vía para normalizar la propuesta de regulación, restándole la gravedad que de la misma predica la doctrina es hacer un estudio sobre la evolución histórica de la regulación de los delitos sexuales en nuestros Códigos penales, de donde se desprende que probablemente ha llegado el momento de que nuestro ordenamiento jurídico mire hacia el futuro, sin romper en ningún caso con la regulación de uno de los delitos más relevantes del Código penal. *Vid.* por todos ACALE SÁNCHEZ, María, 2019. *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas. Especial referencia a los delitos de agresión y abusos sexuales*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 123 y ss.

²⁷ De los que llama la atención por su amplitud el art. 609 bis del Código penal italiano que castiga el obligar a una persona a llevar a cabo o a sufrir “actos sexuales”, dejando en manos de la jurisprudencia su concreción a los efectos de la determinación de la pena.

Vid. GULPILHARES, Fábio, 2016. “Crimes sexuais: uma nova *concepção* político-criminal?”. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Nº 1 a 4; HAMULIKA BUMBA, Yves, 2016. “Le droit international et l’évaluation judiciaire du préjudice individuel subi par les enfants et les femmes victimes de violences sexuelles”. *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal*, Nº 14; HÖRNLE, Tatjana, 2017. “The new german law on sexual assault and sexual harassment”, *German Law Journal*, Vol. 18, Nº 6; JABLONKA, Ivan, 2017. *Laëtitia o el fin de los hombres*, ed. Anagrama, Barcelona; THOMAS, Terry, 2016. *Sex Crime. Sex offending and society*, ed. Routledge, Londres; VIRGILIO, María, 1997. *Violenza sessuale e norma. Legislazione penali a confronto*. Ancona: Quaderni di Critica del Diritto.

²⁸ Como el Código penal italiano, o la *Sexual offences Act* de Reino Unido de 2003.

²⁹ Como la alemana o la francesa.

³⁰ En estos momentos la doctrina italiana discute una propuesta de reforma de su Código penal. Puede verse: BALBI, Giuliano, 2020. “I reati contro la libertà e l’autodeterminazione sessuale in una prospettiva di riforma”. *Sistema penale*, https://www.sistemapenale.it/it/documenti/balbi-2020-reati-contro-liberta-sessuale-riforma_ También puede verse: ACALE SÁNCHEZ, María, 2020. “La riforma dei reati sessuali in Italia vista da occhi stranieri”. *Rivista Sistema penale, Osservatorio sulla violenza contro le donne*, Nº. 1.

³⁰ Después de la *Funfzigstes Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches verbesserung des Schutzes der Sexuellen Selbstbestimmung* 10 novembre 2016.

que los delitos de agresión sexual sean delitos que se llevan a cabo no ya sin consentimiento sino “contra el consentimiento” de la víctima, que debe probarse a partir de la necesidad de que el autor lleve a cabo actos de violencia o intimidación para vencerlo: con todo lo que arrastra esta concepción tras de sí³¹. En este grupo también se encuentra el -vetusto- Código penal italiano, que en su art. 609 bis castiga a quien con “violencia o amenaza o con abuso de autoridad” lleve a cabo actos sexuales típicos indefinidos. Mientras, el art. 164 del Código penal portugués equipara la “violencia, amenaza grave, o después de, para ese fin, haber puesto a la víctima en situación de inconsciencia o en una situación de la imposibilidad de resistir”; y la actual regulación de la violación en el Código penal francés tras la reforma operada por la Ley n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, que lo define en el art. 222.22 como todo acto sexual cometido “con violencia, coerción, amenaza o sorpresa”.

El segundo grupo, formado por los Códigos que enfatizan la falta de consentimiento, está formado por el Código alemán, que tras la reforma que del mismo operó la *Funfzigstes Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches verbesserung des Schutzes der Sexuellen Selbstbestimmung* castiga en su art. 177 la violación en estos términos: “1. Quien sin el consentimiento de otra persona realice actos sexuales con esta persona, o la obligue a realizar actos sexuales sobre un tercero, será castigada con una pena de prisión de 6 meses a 5 años”. Junto a esta conducta, en el número 2 se establece que “también será castigado, quien realice un acto sexual sobre otra persona o le obligue a mantener relaciones sexuales con un tercero cuando: 1°. El autor abuse del hecho de que la persona no está en condiciones de formar o expresar una voluntad contraria; 2°. El autor abuse del hecho de que la persona está limitada en la formación o expresión de la voluntad, por su condición física o psicológica, a menos que se haya asegurado el consentimiento de esa persona; 3°. El autor abusa de un momento de sorpresa; 4°. El autor abusa de una situación en la que la víctima es amenazada con un mal grave en caso de resistencia, o 5°. El autor ha forzado a la persona a llevar a cabo o ha tolerado el acto sexual amenazando con un mal grave”³².

También Reino Unido pone el centro de gravedad de la regulación del delito de violación en la falta de consentimiento, al definirlo en su *Sexual offences Act* de 2003 en los siguientes términos: “una persona (A) comete un delito si penetra intencionalmente la vagina, el ano o la boca de otra persona; b) penetra a otra persona sin su consentimiento, y c) no cree razonablemente que B consienta”, añadiendo que “se determinará si una creencia es razonable teniendo en cuenta todas las circunstancias, incluidas las medidas que A haya adoptado para determinar si B da su consentimiento”³³.

Dentro de este grupo se encuentran también algunos Códigos que además de hacer pivotar la regulación en el consentimiento, dan pautas para su prueba a los jueces normativamente, limitando, por tanto, su discrecionalidad. Así, el Código penal de Suecia, tras la reforma de 2018, además de revitalizar el papel del consentimiento, señala que “quien mantenga un acto de penetración sexual u otro acto sexual a la vista de la entidad de la violación del bien jurídico sea comparable a la penetración, con una persona que no ha participado voluntariamente es culpable de violación y castigado con la pena de prisión no inferior de 2 ni mayor de 6 años. Al evaluar si la participación es voluntaria o no, se presta especial atención a si la voluntariedad se expresó de palabra o de hecho o de alguna otra manera. No puede considerarse nunca que una persona participa voluntariamente si: 1. su participación sea el resultado de una agresión, otro tipo de violencia o la amenaza de un acto delictivo, la amenaza de iniciar un proceso o denunciar a otra persona por un delito, o la amenaza de dar información perjudicial sobre otra persona. 2. el autor explota indebidamente el hecho de que la persona se encuentra en una situación particularmente vulnerable debido a la inconsciencia, el sueño, el temor grave, la influencia del alcohol o las drogas, la enfermedad, las lesiones corporales, los trastornos mentales o de otro tipo, dadas las circunstancias; 3. el autor induce a la persona a participar abusando gravemente de su posición de dependencia del autor”. Y en Bélgica también se establece una equiparación legal en el art. 375 de su Código penal a partir de

³¹ Vid. ampliamente ACALE SÁNCHEZ, María, 2019. *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas. Especial referencia a los delitos de agresión y abusos sexuales*, cit., pp. 167 y ss.

³² HÖRNLE, Tatjana, 2019. “The new german law on sexual assault and sexual harassment”. *German Law Journal*, Vol. 18, N° 6, p. 1311; VALLEJO TORRES, Carla. 2018. “Delitos contra la libertad sexual y perspectiva de género: una mirada hacia fuera para reflexionar desde dentro”. *Diario La Ley*, N° 9263, p. 6; AMNISTÍA INTERNACIONAL, (2018). *Right to be free from rape. Overview of legislation and state of play in europe and international human rights standards*, 24 de noviembre, p. 9; WOLTER, Jürgen, 2017. “Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung”, en el mismo, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, ed. Heymanns, Carl, pp. 1 y ss.

³³ THOMAS, Terry, 2016. *Sex Crime. Sex offending and society*. Londres: Routledge, pp. 5 y ss.

la reforma operada en febrero de 2016, en virtud de la cual es violación “todo acto de penetración sexual, de cualquier naturaleza y por cualquier medio, cometido contra una persona que no consiente en ello”, a lo que añade: “No existe consentimiento, en particular, cuando el acto ha sido impuesto mediante violencia, coacción, amenaza, sorpresa o engaño, o ha sido hecho posible debido a una discapacidad o a una deficiencia física o mental de la víctima)”.

Como puede observarse, todos estos Códigos penales tienen en común que parten de la libre disposición del bien jurídico libertad sexual³⁴, pasando *a posteriori* unos de ellos a definir normativamente qué se entiende por falta de consentimiento mientras que otro -el de Suecia- da pautas al juez a los efectos de concretarlo en el caso particular de que se trata. No son modelos de intervención distintos: es uno mismo en evolución.

5.3.1.2 La propuesta de unificación de las agresiones y abusos sexuales en un solo delito de agresión sexual en el Proyecto de 26 de julio de 2021

Como se decía, la regulación presentada en el Proyecto del delito de agresión sexual es el cambio más relevante que se introduce en el interior del Título VIII del Código penal y consiste en la eliminación de la frontera entre los actuales delitos de agresión y abuso sexuales. Dos son los elementos esenciales de los que depende la propuesta: las referencias expresas al consentimiento -normativizadamente- y el desplazamiento a un segundo lugar de los medios comisivos que hoy caracterizan -y definen- a los delitos de agresión y abusos sexuales. ambas cuestiones están íntimamente relacionadas con las previsiones del Convenio de Estambul; por su parte, los aspectos relativos a los actos sexuales constitutivos de violación en el Código penal coinciden hoy completamente con las previsiones europeas, por lo que no son objeto de reforma alguna³⁵.

El cambio fundamental que se propone se refiere al protagonismo que cobra el consentimiento en la nueva regulación, pues desplaza a un segundo plano a los elementos accidentales del delito. Esto con independencia de que al ser la libertad sexual un bien jurídico de carácter disponible, el consentimiento sea y siga siendo una causa de atipicidad³⁶: en este punto no se produce modificación alguna.

Con carácter general, puede coincidirse en el hecho de que el consentimiento es un elemento esencial en relación con los bienes jurídicos de carácter disponible, hasta el punto de que debería existir una cláusula general reguladora del mismo dentro del Libro I del Código, de manera que fueran innecesarias las previsiones que al respecto hoy establecen los arts. 143.4 (delito de eutanasia, tras la reforma sufrida por la LO 3/2021, de 24 de marzo) y 156 (en el ámbito de las esterilizaciones y cirugía transexual): de hacerse así, también sería del todo innecesaria la cláusula incorporada al art. 178 en el Proyecto, en el que se señalan las características que debe revestir el consentimiento en el ámbito de las agresiones sexuales.

En este sentido, el Anteproyecto de 3 de marzo 2020 establecía que “se entenderá que no existe consentimiento cuando la víctima no haya manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto”. La redacción era muy compleja al estar formulada en términos negativos. Con la finalidad de corregir estas dificultades, el Proyecto de 2021 presenta una construcción en positivo de cuándo se entiende que sí existe consentimiento: así, el art. 178 señala

³⁴ No entramos aquí ahora en torno a la edad a partir de la cual una persona puede disponer de su libertad sexual, hoy en España establecida en los 16 años.

³⁵ La discusión que esta propuesta ha suscitado en el ámbito doctrinal ha sido amplia. Al sector doctrinal que se ha manifestado en contra y al que se hacía referencia en la nota al pie 9, a favor de la equiparación ASÚA BATARRITA, Adela. “El significado de la violencia sexual contra las mujeres y la reformulación de la tutela penal en este ámbito. Inercias jurisprudenciales”. En Lorenzo, Patricia, Maqueda, María Luisa y Rubio, Ana, *Género, violencia y derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 154; RAMÓN RIBAS, Eduardo. “La intimidación en los delitos sexuales: entre las agresiones y abusos sexuales”. En Faraldo Cabana, Patricia, Acale Sánchez, María, *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2018, p. 147; FARALDO CABANA, Patricia y RAMÓN RIBAS, Eduardo, “La sentencia de la Manada y la reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales en España”. En Faraldo Cabana, Patricia, Acale Sánchez, María, *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales*, cit., 288; ACALE SÁNCHEZ, María, “Tratamiento penal de la violencia sexual, la forma más primaria de violencia de género”, en Faraldo Cabana, Patricia, Acale Sánchez, María, *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales*, cit., pp. 90 y ss.; DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, “El delito de violación: problemas que plantea su vigente redacción”, en Faraldo Cabana, Patricia, Acale Sánchez, María, *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales*, cit. p.182.

³⁶ Siempre que se trata de un sujeto mayor de 16 años “cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez”, según señala el art. 183 *quater*.

que “sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona”.

La comparación entre ambas propuestas de redacción del precepto viene a poner de relieve que además del giro dado a la definición, se ha eliminado la referencia que en el antecedente legislativo se hacía a que ese consentimiento lo fuera por “actos exteriores, concluyentes e inequívocos”³⁷. Ahora basta con que la víctima exprese de manera clara su voluntad libremente “en atención a las circunstancias del caso”, entendiéndose que no existe libertad y por tanto no hay consentimiento -en ningún caso- cuando se emplee violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como cuando la persona se halle privada de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad³⁸. Por tanto, fuera de estas circunstancias, si pudiendo hacerlo, no se emite el consentimiento, se entiende que sí consiente. Esto determina un cambio de planteamientos en la vulgarmente conocida como *ley del “solo sí es sí”*, pues no es necesario que la víctima consienta de palabra, de forma concluyente e inequívoca, sino que basta con que lo haga con la normal espontaneidad del sexo consentido. No obstante, los riesgos de que los debates que están por venir se limiten a hacer el juego de etiquetas típico de la política criminal de salón, poco efectiva para contrarrestar los atentados contra la libertad sexual, están ahí: en manos de la clase política, de los medios de comunicación, de la doctrina y de la jurisprudencia está evitar jugar y entrar a valorar jurídicamente la seriedad de la propuesta. En todo caso, el consentimiento de la víctima debe interpretarse a través de su comportamiento y de las circunstancias concurrentes. De manera que, si la víctima llora o grita de dolor, o de miedo, aunque guarde silencio, no está prestando su consentimiento.

Con todo, la redacción propuesta en el Proyecto de 2021 no plantea ningún cambio trascendental respecto a la interpretación que están haciendo nuestros tribunales: son las circunstancias del caso las que determinan la interpretación que se merezca el comportamiento de la víctima. Puede verse en este sentido la STS 344/2019, de 5 de julio, en la que se afirmó que no se trata solo del hecho de que la víctima no haya dicho que no, sino del hecho de que el silencio es también una forma de comunicación en este contexto, con esta “sordidez” y “crueldad” el silencio “puede ser interpretado como un rechazo”. El hecho de que coincidan la línea de interpretación del Tribunal Supremo y la letra de la regulación propuesta debe venir a suavizar las críticas que en este punto suscitó el texto de 3 de marzo 2020. Ahora bien, la disposición directa por parte del Código va a limitar la discrecionalidad judicial y a evitar que víctimas como la del caso de la Manada de Pamplona, tengan que peregrinar durante tres años por el proceso penal, revictimizándola.

Lo que ninguna regulación puede impedir es que se presente una denuncia falsa³⁹: contra ella no hay remedio eficaz, más allá del delito de denuncia falsa cometido (art. 456). En cualquier caso, si se atiende a los datos que proporciona la Macroencuesta de victimización de 2019 de la Delegación del Gobierno contra la Violencia de género⁴⁰, el problema que se plantea en el ámbito de las agresiones sexuales no es precisamente el de las denuncias falsas, sino el hecho de que solo el 8% de los delitos sexuales cometidos sobre una persona desconocida se denuncian. Y la práctica procesal señala que existen muchas denuncias que después se archivan por falta de prueba. Por otra parte, no hay ningún dato que corrobore el riesgo de que en materia sexual el número de denuncias falsas sea extraordinario y presumir lo contrario sin aportar dato alguno es reproducir los patrones machistas de comportamiento que señalan a las mujeres como mentirosas compulsivas, celosas y seres por naturaleza despechados.

Como se señalaba anteriormente, las críticas que en este punto suscitó el Anteproyecto de 2020 se sostenían -además- en la incomprensible afirmación que se hacía en su Exposición de Motivos a que con la unificación del delito de agresión y abusos sexuales se pretendía “además reorientar el régimen de valoración de la prueba”⁴¹, desde donde se interpretó que se llevaba a cabo la inversión de la carga de la prueba. Pues bien: la

³⁷ Críticamente: LASCURAÍN, Juan Antonio, 2021, “Delitos sexuales: no todo vale”, cit., p. 94.

³⁸ Si la anulación de la voluntad de la víctima por la ingesta de esas sustancias es llevada a cabo por el autor, se agrava la pena (art. 180.7).

³⁹ Como tampoco puede impedir ninguna regulación que se alegue falsamente por parte de la defensa de los acusados que existió consentimiento por parte de la supuesta víctima.

⁴⁰ Disponible en <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/Macroencuesta2019/home.htm> (fecha de la última consulta: 23 de julio 2021).

⁴¹ “Como medida relevante, se elimina la distinción entre agresión y abuso sexual, considerándose agresiones sexuales todas aquellas conductas que atenten contra la libertad sexual sin el consentimiento de la otra persona, cumpliendo así

frase entrecomilla ha sido eliminada con muy buen criterio del párrafo en la Exposición de Motivos del Proyecto de 2021⁴², de modo que si a ello se le une la eliminación de la referencia en la definición del consentimiento a los “actos exteriores, concluyentes e inequívocos” que haya sido sustituida por la más plausible referencia a actos que “en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la víctima”, las críticas recibidas deben tender a disminuir sin que en puridad de principios haya habido ningún cambio de planteamiento. En cualquier caso, es preciso distinguir la “inversión de la carga de la prueba” con un proceso probatorio “ayuno de prueba alguna”: y en este sentido, como afirma la STS 565/2007, de 21 de junio “la acusación ha aportado una prueba de cargo que puede ser valorada razonablemente por el Tribunal alcanzando como conclusión la existencia del hecho y la participación del acusado. Para que quede desvirtuada la prueba de cargo o para demostrar la irracionalidad de la valoración del Tribunal sería precisa otra prueba de sentido diferente o algún elemento que debilite su poder demostrativo, pero esa aportación ya no corresponde a la acusación sino a quien alega la insuficiencia de la prueba aportada por aquella”.

En realidad, más allá de toda esta normalización, visto que las referencias que se hacen a cuando existe consentimiento se limita a trasponer a la letra de la ley la forma de actuación de los tribunales, puede concluirse que se trata de una disposición que solo aporta seguridad jurídica, algo que en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual no debe ser despreciado.

En efecto, tanto el texto del Anteproyecto de 3 de marzo de 2020, como el Proyecto de 6 de julio de 2021, dinamitan la separación hoy existente entre los delitos de agresiones y abusos sexuales, que está basada en una criminógena, sutil y artificiosa diferenciación entre la intimidación y el prevalimiento, pasando a poner el acento en la falta de consentimiento para distinguir el ámbito de las conductas típicas de las atípicas⁴³. De esta forma, la regulación de las agresiones sexuales se pone en sintonía con el Convenio de Estambul y permite afirmar con PITCH que “la violencia empieza donde no hay consentimiento”, en tanto que no es ya que sea “la violencia la que revele la falta de consentimiento”, sino que es “la falta de consentimiento la que define una relación sexual como violenta”⁴⁴. Así, el art. 178.2 establece que “a los efectos del apartado anterior, se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad”⁴⁵. Esta equiparación legal entre medios comisivos de distinta significación, como el ataque sorpresivo o la violencia, no conlleva automáticamente la equiparación de la pena en el caso concreto -vulnerando así el principio de proporcionalidad- si se tiene en consideración,

España con las obligaciones asumidas desde que ratificó en 2014 el Convenio de Estambul. Este cambio de perspectiva, además de reorientar el régimen de valoración de la prueba, contribuye a evitar los riesgos de revictimización o victimización secundaria. También se introduce expresamente como forma de comisión de la agresión sexual la denominada “sumisión química” o mediante el uso de sustancias y psicofármacos que anulan la voluntad de la víctima. Igualmente, y en línea con las previsiones del Convenio de Estambul, se introduce la circunstancia cualificatoria agravante específica de género en estos delitos”. Puede verse las afirmaciones que realiza OLIVAS DÍA, Amaya, 2021. “A., “Breves apuntes feministas sobre el malestar acerca del consentimiento en los delitos contra la libertad sexual”, cit., p. 16 sobre “no puede de ninguna manera excluir una audiencia imparcial para cualquier persona imputada”: sin justificar en forma alguna de dónde saca ese riesgo.

⁴² “La disposición final cuarta modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Como medida más relevante, elimina la distinción entre agresión y abuso sexual, considerándose agresiones sexuales todas aquellas conductas que atenten contra la libertad sexual sin el consentimiento de la otra persona, cumpliendo así España con las obligaciones asumidas desde que ratificó en 2014 el Convenio de Estambul. Este cambio de perspectiva contribuye a evitar los riesgos de revictimización o victimización secundaria. También se introduce expresamente como forma de comisión de la agresión sexual la denominada “sumisión química” o mediante el uso de sustancias y psicofármacos que anulan la voluntad de la víctima. Igualmente, y en línea con las previsiones del Convenio de Estambul se introduce la circunstancia cualificatoria agravante específica de género en estos delitos”.

⁴³ Crítico con el hecho de la equiparación de los distintos medios a los que se refiere el art. 178, LASCURAÍN, Juan Antonio, 2021. “Delitos sexuales: no todo vale”, cit., p. 92.

⁴⁴ PITCH, Tamar. “Violencia sexual”. En la misma, 2003. *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*. Madrid: Trotta, p. 209.

⁴⁵ El engaño no es un elemento típico a estos efectos. Con la redacción vigente, si la víctima engañada que presta su consentimiento tiene entre 16 a 18 años, es de aplicación el abuso sexual del art. 182, que en el Proyecto se deroga. De esta forma, el engaño solo va a ser típico si se trata de un menor de 16 años en atención a lo dispuesto en el art. 181 en relación con el art. 183 bis.

por una parte, que el art. 178 se limita a proteger la libertad sexual y que el atentado a otros bienes jurídicos, como puede ser la integridad física, debe castigarse de manera separada a través de las reglas de los concursos de delito⁴⁶: todo ello es consecuencia de la decisión pre-legislativa de proteger dentro del título VIII la *nuda libertad sexual*, rompiendo por tanto la complejidad de los actuales delitos de agresión sexual, el título de imputación⁴⁷ y convirtiendo a la violencia, la intimidación, el prevalimiento, etc., en meros medios que muestran la violencia sexual sufrida por la víctima. Y esto es precisamente lo que viene a aclarar el art. 194 bis cuando establece que “las penas previstas en los delitos de este título se impondrán sin perjuicio de la que pudiera corresponder por los actos de violencia física o psíquica que se realizasen”⁴⁸: más adelante se abordará esta cuestión.

Lo que no parece que puede ser negado es el hecho de que esta propuesta reduce los riesgos de que permeen pensamientos personales de quien juzga en la resolución, en la medida en que al equiparar el desvalor máximo inherente del prevalimiento y el mínimo de la intimidación, hace innecesarios razonamientos judiciales conocidos que tantos efectos negativos han tenido en la configuración de la libertad sexual, en el sentido, por ejemplo, de confundir las relaciones sexuales con relaciones delictivas.

Es cierto que, como recuerda MUÑOZ CONDE⁴⁹, en otras parcelas del Código, el atentado al bien jurídico se gradúa en atención al medio comisivo; y en esta línea recuerda que en los delitos contra el patrimonio, el hurto es un atentado sin violencia o intimidación en el acto de apoderamiento, en el robo lo característico es la fuerza en las cosas o la violencia en las personas, mientras que en la estafa, el engaño se convierte en el elemento individualizador del atentado contra el bien jurídico protegido⁵⁰. Sin embargo, debe resaltarse que incluso en estos delitos, la fuerza que caracteriza al robo con fuerza es un elemento normativo definido en el art. 238, en el que se incluyen modalidades de fuerza que no son tales, como el uso de llaves falsas, o la inutilización de los sistemas específicos de alarma o guarda, y que el hurto tras las sucesivas reformas hay que entender que se trata de un acto de apoderamiento sin violencia o intimidación ni fuerza en las cosas en el momento del apoderamiento, además de que el núm. 3 del art. 234 agrava la pena “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 sustraídas”, acercando considerablemente la regulación del robo y del hurto. A esto debe añadirse que la jurisprudencia es mucho más “generosa” en su interpretación y en su calificación jurídica de los hechos, cuando viene a concluir que existe robo a pesar de que la violencia o intimidación empleada por el autor sea

⁴⁶ En cualquier caso, hoy no debe olvidarse que si la violencia, la intimidación, el prevalimiento, etc., son individualmente constitutivos de delito, debe abrirse la posibilidad de admitir el concurso medial de delitos: así lo hace el Tribunal Supremo en sus Sentencias 46/2012, de 1 de febrero, 1277/2011 de 22 de noviembre, 1078/2010 de 7 diciembre, 625/2010 de 6 de julio, 892/2008 de 11 de diciembre, 673/2007 de 19-7, 886/2005 de 5.7, 1259/2004 de 2.11, 1305/2003 de 6.11; 786/2017, de 30 de noviembre.

⁴⁷ Puede verse la STS 14-05-2020 (Caso «La manada de Valencia») en la que, si bien la Audiencia Provincial 18 de abril de 2019 castigó de forma separada las lesiones y la agresión sexual, el Supremo, siguiendo en este punto la interpretación llevada a cabo por el Tribunal Superior de Justicia (en su Sentencia de 31 de julio de 2019) entiende no existió tal delito autónomo de lesiones físicas leves).

⁴⁸ No cambia en este sentido el espíritu del Anteproyecto de 3 de marzo de 2020, pero sí su letra porque entonces se señalaba que “si en los delitos descritos en los artículos precedentes, además del atentado a la libertad sexual, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, integridad moral o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos cometidos, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código”

⁴⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco, 2019. “La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso ‘La Manada’”, *Revista Penal*, N° 43, pp. 290-292. En los mismos términos LASCURAÍN, Juan Antonio, 2021. “Delitos sexuales: no todo vale”, cit., pp. 91, recurriendo al ejemplo de los delitos de homicidios y asesinatos. Así afirma que la equiparación de medios llevada a cabo en el art. 178 del Proyecto “es regresiva hacer tabula rasa de todo ello”. El autor no tiene en consideración al hacer esta afirmación que el Proyecto hace *tabula rasa* pero en un sentido distinto al que él interpreta: no se trata de que equipare a efectos de desvalor la violencia, la intimidación, el prevalimiento, el abuso de situación de superioridad, etc., sino de ignorar a los efectos de la pena a imponer por la agresión sexual a todos ellos por igual, por cuanto la cláusula concursal del art. 194 bis está señalando ya que los actos de violencia o de intimidación, por ejemplo, que sean constitutivos de lesiones o de amenazas, serán castigados por separado.

⁵⁰ En la misma línea debe recordarse el debate surgido en sede jurisdiccional en torno a la interpretación del concepto de “violencia” a los efectos de los delitos de coacciones, en cuyo interior se admite tanto la violencia estrictamente hablando, como la intimidación cuando el mal con el que se amenaza se supone que se va a producir en el mismo momento o la fuerza en las cosas, con la rotura de la cerradura de una casa, por ejemplo, o el cambio de esa cerradura.

mínima, si la víctima al temer por su vida, decide no oponerse al atentado al que el autor la está sometiendo, entregando ella misma a su agresor los objetos materiales, interpretación que sin embargo no se sostiene tan cómodamente cuando se trata de analizar la presencia de esos mismos elementos en el ámbito de los delitos sexuales que además tienen la singularidad de que el agresor va a mantener siempre que la víctima consintió y, de apreciarse ese consentimiento, no hay delito, mientras que en el robo, la prueba de la violencia o intimidación no convierte en atípica la conducta, sino que la rebaja al ámbito del delito de hurto⁵¹.

En cualquier caso, el Proyecto tiene en cuenta la necesidad de llevar a cabo un reajuste penológico en atención a la gravedad del ataque que sufre el bien jurídico protegido, de ahí que la unificación de las agresiones y abusos sexuales en una sola modalidad delictiva se acompañe de un listado de circunstancias extraordinarias que ampliaban el injusto en la agresión sexual (art. 181), y de un tipo privilegiado que persiguiera precisamente poder ajustar la pena en casos en los que los hechos revistan una menor gravedad (art. 178.3).

La unificación en una sola figura delictiva de lo que hoy son dos distintas, castigándolas con una misma pena, es una tarea compleja, por cuanto de imponerse para todas ellas las penas hoy establecidas para las modalidades de agresión sexual, podía resultar excesivamente penados comportamientos que hoy solo son constitutivos de abusos, y viceversa, de imponerse a todas esas conductas las penas que hoy establece el Código para los abusos, las hoy constitutivas de agresión sexual podrían resultar desprotegidas.

Se trata de un problema de difícil solución al que, sin embargo, el Código ya se ha enfrentado al mismo en los artículos 153.2, 171.6, 172.2 último párrafo; 242.4, 270.4 párrafo 2º, 274.3, 286 bis.3, 307 ter, 318 bis 6; 368 párrafo 2º, así como en el art. 579 bis.4. En todos ellos se incluye una cláusula en la que se establece -tomando como ejemplo el art. 153.4- que “no obstante lo previsto en los apartados anteriores, el juez o tribunal, razonándolo en la sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado”. Se trata de una cláusula que al tiempo que reconoce la importancia de los bienes jurídicos en juego y la gravedad de las conductas típicas, permite que en el caso concreto, a la hora de la determinación judicial de la pena, el juez haga uso de su discrecionalidad. El Tribunal Constitucional ya ha tenido ocasión de manifestarse sobre este tipo de cláusulas en relación a las cuestiones de inconstitucionalidad presentadas por la reforma operada por la *Ley Orgánica 1/2004, de protección integral frente a la violencia de género* y en ella pone todas sus esperanzas de alcanzar la proporcionalidad en el caso concreto (Sentencia 59/2008, de 14 de mayo de 2008, 76/2008, de 3 de julio; 81, 82 y 83/2008, de 17 de julio; -95, 96, 97, 98, 99 y 100/2008, de 24 de julio, 45/2009, de 19 de febrero, 213/2009, de 26 de noviembre, 127/2009, de 26 de mayo).

En esta línea, sobre esta base, el art. 178.3 permite al *órgano sentenciador*⁵², razonándolo en la sentencia, y “siempre que no concurren las circunstancias del art. 180” imponer “la pena de prisión en su mitad inferior o multa de dieciocho a veinticuatro meses, en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable”. Si se interpreta esta cláusula en los mismos términos que lo ha hecho el Tribunal Constitucional en las sentencias acabadas de señalar, puede sacarse como conclusión que la cláusula concursal incorporada al art. 194 bis constituye un refuerzo de la garantía del principio de legalidad y a su vez de la interpretación judicial de un derecho que no puede venir petrificado por la ley, sin posibilitar a su intérprete dotarla de la vitalidad del caso concreto.

Con todo, lo anterior es independiente de la decisión que finalmente ha tomado el Proyecto de 2021 al elevar los límites máximos de las penas previstas en los delitos más graves, que son los castigados en los arts. 179, 180 y 181.3. De esta forma, se pone de manifiesto que aquellas críticas que calificaban como punitivista a la reforma en relación con el texto de marzo 2020, carecían de fundamentación⁵³ porque en el fondo, lo que se ha detectado es que en algunas figuras bajaban las penas. La elevación del límite máximo de estas penas se traduce -ahora sí- en un endurecimiento de la respuesta penal frente a delitos ya de por sí gravemente penados. El hecho no obstante de que se trate de una elevación de los límites máximos y no de los mínimos reduce la aplicación de estas graves penas a los supuestos también más graves.

⁵¹ ACALE SÁNCHEZ, María. “El consentimiento de la víctima: piedra angular en los delitos sexuales”. En González Cussac, José Luis (dir.), León Alapont, José (coord.). *Estudios jurídicos en Memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2020, pp. 35 y ss.

⁵² En el Anteproyecto de 3 de marzo 2020 se hacía referencia al “juez o tribunal”: su sustitución en el Proyecto por “el órgano sancionador” ha de ser bien recibida, porque incide en la utilización no sexista de los términos jurídicos. Se espera una revisión del conjunto del Código que elimine en la medida que es posible el lenguaje sexista.

⁵³ LLORIA GARCÍA, Paz, 2019. “La violencia sobre la mujer en el siglo XXI: sistemas de protección e influencia de las tecnologías de la información y la comunicación en su diseño”. *La Ley Penal*, 138, mayo-junio 2019, p. 13.

5.3.1.3 Los cambios incorporados en los delitos relativos a la prostitución

Aprobado el Anteproyecto de reforma del Código de 3 de marzo de 2020, unos pocos meses más tarde, y sin que se diera mucha publicidad, el texto original sufrió una reforma de enorme calado y que afectó a los delitos relacionados con el ejercicio de la prostitución: en primer lugar, se modificaba el art. 187 en el que se castiga el sometimiento a condiciones de prostitución de personas mayor de edad, y se reincorpora en un nuevo art. 187 bis la tercería locativa: ambos cambios se consolidan en la versión del Proyecto de 2021. Siendo distintos, sin embargo, se trata de dos modificaciones que se refieren a una misma cuestión: el ejercicio de la prostitución. Sin embargo, se intenta que pase desapercibido un dato esencial y es que en el art. 187 se castiga el sometimiento de una persona mayor de edad con violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima a ejercer o a mantenerse en el ejercicio de la prostitución, esto es, la prostitución coercitiva, mientras que en el art. 187 bis se castiga al sujeto que con ánimo de lucro y de forma habitual “destina un inmueble, local o establecimiento, o cualquier otro espacio, abierto o no al público, a favorecer el ejercicio de la prostitución de otra persona, aún con su consentimiento”, es decir, es un dato intrascendente que se dedique ese espacio a favorecer el ejercicio de la prostitución forzada o voluntaria, lo que en todo caso no deja de sorprender porque ignora la desprotección en la que se encuentran las personas forzadas a ejercer la prostitución. De esta forma, por mucho esfuerzo que haya hecho el Proyecto para presentar de forma naturalizada la regulación de las conductas castigadas en los arts. 187 y 187 bis, se trata de realidades completamente opuestas: la prostitución coercitiva y la prostitución voluntaria o trabajo sexual⁵⁴.

En este sentido, las reformas que se incorporan en el art. 187 del Código, aún siendo puntuales, tienen una enorme significación⁵⁵. La más relevante se refiere a la conducta castigada en el art. 187.2 que, como es sabido, castiga el enriquecimiento con el ejercicio de la prostitución ajena “aun con el consentimiento” de la persona que ejerce la prostitución. En el Código vigente, tras la reforma operada por la LO 1/2015 se incluyó una disposición que pretendía reducir el ámbito de aplicación del precepto, incorporando una definición de “explotación” a los casos en los que a) “que la víctima se encuentre en una situación de vulnerabilidad personal o económica” y b) “que se le impongan para su ejercicio condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas”. El texto del Proyecto elimina esta definición normativa de lo que se entiende por explotación y se limita a decir que “en todo caso, se entenderá que hay explotación cuando exista aprovechamiento de una relación de dependencia o subordinación”.

La eliminación de las letras a) y b) del actual art. 187.1 párrafo 2º parece que viene a diluir la importancia que tuvo en su momento la incidencia en la conducta de la definición normativa de lo que se entiende por “explotación” a los efectos de reducir la aplicación automática del precepto a algunos casos en los que, en puridad de principios, no puede hablarse de explotación, como ocurre en los casos de enriquecimiento con el ejercicio consentido de la prostitución ajena. Reducir el concepto de explotación a los supuestos de dependencia o subordinación es dejar abierta la puerta a la aplicación del precepto de forma automática.

Pero la novedad más importante que en este punto se introdujo en octubre 2020 y que se mantiene en el texto publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 26 de julio es la reintroducción del delito de tercería locativa, una conducta que estaba castigada en el Código penal franquista y que el Código de 1995 dejó fuera⁵⁶.

La inclusión de esta *nueva* figura delictiva en el seno de una ley que persigue la garantía de la libertad sexual no tiene fundamentación común político criminal alguna, porque no persigue garantizar la libertad sexual, sino proteger un ideario de mujer. No ha tenido en cuenta el pre-legislador español que la Unión Europea le ha exigido a través de la Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021, sobre la estrategia de la Unión para la igualdad de género (2019/2169(INI)) en su punto 117 “Insta a la Comisión a que establezca un marco

⁵⁴ *Vid.* al respecto MAQUEDA ABREU, María Luisa, 2020. “Cómo construir «víctimas ficticias» en nombre de las libertades sexuales de las mujeres□”, cit., p. 2.

⁵⁵ Se agrava la pena en el art. 187, se incluye una previsión específica para los jefes, administradores o encargados de las organizaciones criminales en la letra b del art. 187.3. Novedosas son, por otra parte, las referencias a la salud sexual o reproductiva en la nueva letra c) del art. 187.3 así como la letra d): “cuando la víctima se encontrara en estado de gestación”.

⁵⁶ Críticamente CLEMENTE, Carolina, 2021. “Ley de libertad sexual, la paradoja de castigarnos por víctimas”. *El Salto*, 21 de julio. La autora, trabajadora sexual e integrante de *Putxs* en Lucha afirma que resalta que la penalización de la tercería locativa traerá consigo “la imposibilidad de que las trabajadoras sexuales denunciemos robos, violaciones o agresiones, por miedo a perder nuestro hogar o ser expulsadas del país”, afirmando que el fundamento de la vuelta al ordenamiento jurídico español de la tercería locativa a través de una ley de libertad sexual es tanto como castigar “a toda mujer a la que considere un mal ejemplo para el resto”.

concreto para los derechos y la protección de las trabajadoras del sexo durante y después de una crisis; insiste, además, en la importancia de incluir medidas y estrategias que combatan la discriminación a la que se enfrentan las trabajadoras del sexo en el acceso a la financiación, la vivienda, la asistencia sanitaria, la educación y otros servicios”.

La trascendencia que tiene la reforma de estas conductas relacionadas con el ejercicio de la prostitución en el interior de una ley que pretende garantizar el ejercicio de la libertad sexual no va a pasar desapercibida durante la tramitación parlamentaria que ahora se inicia. Se espera que el debate sobre las mismas sea muy difícil de concluir en ningún acuerdo y es posible que ralentice y que incluso paralice la aprobación del texto. En este sentido, si se quiere salvar el resto del texto del Proyecto, la vía más operativa es la de sacar estas dos propuestas de reforma del interior del texto. De lo contrario, como afirma Maqueda Abreu “al cuestionar la aptitud del bien jurídico para marcar los límites de la prohibición penal, la reforma en curso lo desnaturaliza, incurriendo en un verdadero disparate jurídico”⁵⁷.

5.3.1.4 La reforma del delito de acoso sexual

Y finalmente, del conjunto de conductas sexuales que son objeto de reforma, merece la pena prestar atención a los cambios que se introducen en el delito de acoso sexual porque también afectan a elementos de una gran relevancia. En efecto, se trata de una reforma que tiende a ampliar el ámbito de la tipicidad del delito de acoso. Dicha ampliación va en la línea de las críticas realizadas por el GREVIO a la regulación española del delito de acoso sexual⁵⁸, en las que viene a decir que es necesario eliminar los contextos relacionales señalados en el art. 184. Sin embargo, debe advertirse que esta crítica no tiene en consideración la existencia en el Código penal español de otros preceptos, como fundamentalmente el art. 172 ter en el que tienen cabida muchas de las conductas en las que se está pensando. En cualquier caso, la aplicación de los ámbitos típicos en el delito de acoso sexual traerá aparejado una ampliación de los problemas concursales que de seguir adelante la reforma propuesta, tendrán que ser analizados caso por caso por la jurisprudencia.

Así, por lo que se refiere a la conducta típica en el tipo básico, además de una elevación de las penas alternativas de prisión y de multa⁵⁹, se amplía el ámbito de relaciones en el que puede aplicarse a otros *análogos* a los que generan la relación laboral, docente y de prestación de servicio a los que hoy se refiere el art. 184 del Código penal vigente. Por su parte, el número 2º también amplía las situaciones de prevalimiento que pasan a abarcar junto a “una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica” a las que se producen “sobre persona sujeta a su guarda o custodia”⁶⁰. Todo apunta a que el *ámbito análogo* del tipo básico guarda relación con las situaciones de “*guarda o custodia*” a las que se refiere el tipo agravado, aunque tampoco queda delimitado y cerrado en este punto la coordinación entre uno y otro párrafo: hasta el punto de llegar a alcanzar, por ejemplo, el supuesto en el que un sujeto solicita sexualmente a otro con quien se encuentra compartiendo un campamento de verano.

En cualquier caso, abunda en la interpretación restrictiva propuesta que se ceñiría a los supuestos de personas sujetas a guarda o custodia el hecho de que se introduzca también un nuevo número 3 en el art. 184⁶¹ en el que se impone la pena de prisión de uno a dos años e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de 18 a 24 meses “sin perjuicio de lo establecido en el art. 443.2” en el caso de que “el culpable de acoso sexual lo hubiera cometido en centros de protección o reforma de menores, centro de internamiento de personas extranjeras, o cualquiera otro centro de detención, custodia o acogida, incluso de estancia temporal”. Como es sabido, el art. 443.2 castiga un delito de acoso sexual en el ámbito de la Administración pública y también el Proyecto se plantea su reforma en dos dimensiones distintas.

⁵⁷ MAQUEDA ABREU, María Luisa, 2020. “Cómo construir «víctimas ficticias» en nombre de las libertades sexuales de las mujeres□”, cit., p. 2.

⁵⁸ GREVIO, 2021. “Baseline Evaluation Report Spain”, cit., pp. 61 y ss.

⁵⁹ Así como de la imposición de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de doce a quince meses como pena principal que hasta este momento no podía imponerse ni si quiera como accesoria de la prisión de tres a cinco meses. La duración autónoma de una de la otra, así como el hecho de que ambas sean principales, las dota de autonomía, lo que debe ser subrayado en un contexto en el que es de muy probable la suspensión de la ejecución de la pena de prisión.

⁶⁰ También en el número 2º se eleva la duración de la pena de prisión a prisión de uno a dos años y se le añade con carácter de pena principal la inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o actividad de 18 a 24 meses.

⁶¹ Que no estaba en el Anteproyecto 2020.

Por una parte, la reforma tiene la finalidad de hacer coincidir los ámbitos de aplicación de uno y otro, de manera que en el Proyecto le da al art. 443.2 la siguiente redacción: “El funcionario de Instituciones penitenciarias, de centros de protección o reforma de menores, centro de internamiento de personas extranjeras, o cualquier otro centro de detención, o custodia, incluso de estancia temporal, que solicitara sexualmente a una persona sujeta a su guarda, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años”.

Pero por la otra, el nuevo número 3 del art. 184 establece que la pena allí prevista se va a imponer “sin perjuicio de lo establecido en el art. 443.2”, cláusula que determina la aplicación de las reglas del concurso de delitos, no de normas entre ambos. Se trata de una previsión que en todo caso es redundante, pues ya el art. 194 bis - como se ha visto anteriormente- establece que “las penas previstas en los delitos de este título se impondrán sin perjuicio de la que pudiera corresponder por los actos de violencia física o psíquica que se realizasen”, teniendo en consideración que en el interior del Título VIII se procede a la protección de la *nuda libertad sexual*. En cualquier caso, la posibilidad de que se esté violando el principio *non bis in idem* es clara. Habrá que esperar a la tramitación parlamentaria y, de seguir adelante, a la aplicación jurisprudencial del precepto. Porque es posible defender el concurso de delitos en el caso de que se acose sexualmente a la persona que se tiene en custodia entre el delito contra la libertad sexual de los tipos generales de los números 1 y 2 del art. 184 y el delito contra la Administración pública del art. 443.2, pero no del nuevo tipo agravado del art. 184.3 y el 443.2 porque habría *bis in idem*.

Con todo, a la hora de proceder a la resolución de todos los concursos de delitos que puedan plantearse en el ámbito del delito de acoso sexual, la cláusula del art. 194 bis del Proyecto cobra una enorme relevancia, en la medida en que viene a romper con la línea de interpretación seguida por nuestro Tribunal Supremo desde su Sentencia 1460/2003, de 7 de noviembre, en el conocido como caso Nevenka, que adoptó el acuerdo no jurisdiccional de considerar abarcados los daños psíquicos frutos de los delitos contra la libertad sexual en el marco penológico del concreto delito sexual cometido⁶²: de seguir adelante la reforma proyectada, el castigo del acoso sexual con las lesiones psíquicas vendrá en todo caso dirimido por las reglas de los concursos de delitos.

Las relaciones entre las modalidades de acoso sexual del art. 184 y la del 443 no son pacíficas: a ellas se refiere STS en la que se analiza un caso de acoso en la Universidad es la Sentencia 354/2019, de 10 de julio, que trae causa en la SJP de Ponferrada de 21 de octubre de 2016 ARP/2016/1049. Los hechos que se declararon probados en instancia fueron los siguientes: un Profesor Titular de Escuela universitaria dirige a una estudiante en distintos momentos comentarios e insinuaciones, sugiriéndole que podría aprobar o subir de nota si accedía a mantener relaciones de naturaleza íntima o sexual con él. La víctima es alumna del condenado en distintas asignaturas en las que venía suspendiendo y mostrando dificultades para aprobar. Ha de destacarse en este supuesto que la denuncia no es interpuesta por la víctima, sino por el delegado de estudiantes al quien aquella le cuenta lo sucedido con ocasión de un viaje de estudios. A consecuencia de la intervención del delegado y ante el hecho de que otras estudiantes relataron haber pasado por iguales circunstancias, el Rector abrió un expediente informativo, concluyendo las actuaciones de la Universidad con el traslado al Ministerio fiscal que formalizó finalmente denuncia ante el Juzgado. De la Sentencia debe destacarse en todo caso la estrategia procesal emprendida. Así, el acusado afirma en sus recursos que la víctima miente y que los distintos episodios que relata no son más que fruto de “rabieta” de una “alumna despechada o resentida” por no ser capaz de aprobar los distintos exámenes que realizaba con él. Este tipo de “comentarios” vienen a corroborar en cierta medida los propios hechos delictivos imputados, en la medida en que apuntan a la línea de la flotación de la violencia de género y de los estereotipos patriarcales que llevan a un profesor a solicitar estos favores sexuales. Por lo demás, la víctima también sufrió daños psicológicos que son tenidos en cuenta en el ámbito del cálculo de la responsabilidad civil añadiendo entre otras reflexiones que “el acoso sexual además no sólo tiene consecuencias para la persona que lo sufre directamente sino para todas las personas que comparten el mismo ambiente hostil creado por este tipo de comportamientos”. Por lo que se refiere a la calificación jurídica, la Audiencia Provincial primero (en su Sentencia de 15 de febrero de 2018) y posteriormente el Tribunal Supremo en su Sentencia 354/2019, de 10 de julio, la rectificaron con buen criterio, en la medida en que el Juzgado condenó al acusado como responsable de un delito de acoso sexual del art. 184.2 y como autor de un delito continuado de abuso de la función pública del art. 443 por solicitar favores sexuales “a una persona que... tenga pretensiones pendiente de la resolución de aquél”, produciéndose una clara vulneración del principio *non bis in idem* en la medida en que el recurso al

⁶² Admite el concurso ideal entre el delito de acoso sexual y el de lesiones psíquicas la Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 721/2015 de 22 Oct. 2015, Rec. 888/2015 (además se condena por agresión sexual). *Vid.* ampliamente ACALE SÁNCHEZ, María, 2019. *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas*, cit., pp. 296 y ss.

concurso debió ser, en todo caso, al concurso de normas, no al del delitos. En este sentido afirma el Tribunal Supremo el carácter de delito especial del art. 443 respecto del acoso del art. 184 “en el que el sujeto activo debe ser necesariamente un funcionario público y en el que precisamente el carácter de funcionario afecta a la propia esencial del injusto”⁶³.

Al margen ya de los cambios previstos en las conductas típicas, el Proyecto de reforma incorpora al art. 184 un nuevo número 5 en el que se procede al castigo de las personas jurídicas. Se trata de una previsión que ha de ser bien recibida si se tiene en consideración, por una parte, el hecho de que también se ha incluido esta clase de responsabilidad en el delito de *mobbing* del art. 173.1 párrafo 2º, en el que entran supuestos de acoso sexista en el trabajo⁶⁴, y, por otro lado, dada la interpretación amplia que ha hecho del “beneficio” que el delito cometido por la persona física debe generar en la persona jurídica, que como ha establecido la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2016, no tiene por qué ser económico en el sentido de “contante”, o en efectivo, sino que también cabe el ahorro de costes, y en general “todo tipo de beneficios estratégicos, intangibles o reputacionales”.

Por esta vía, tendrá mucha importancia la puesta en marcha de los programas de compliance en materia sexual por parte de las personas jurídicas en cuyo seno actúen los responsables de estas conductas. En su interior habrá que incorporar los Protocolos de actuación contra el acoso sexual y sexista previstos en la Ley Orgánica 3/2007, de Igualdad, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, de cuya eficacia preventiva no parece que pueda dudarse. Sin embargo, no pueden confundirse ambos instrumentos: según establece el art. 62 de la Ley Orgánica 3/3007, los protocolos de actuación deben dejar patente el compromiso en la prevención y no tolerancia del acoso sexual y del acoso sexista, el deber de respetar la dignidad de las personas, el derecho a la intimidad y la igualdad de trato entre hombres y mujeres, el tratamiento reservado de las denuncias-así como el procedimiento a seguir en el interior de la persona jurídica para proteger a las víctimas. Por su parte, el art. 31 bis 5 del Código señala como requisitos a cumplir por parte de los modelos de organización y gestión la identificación del mapa de riesgos, el establecimiento de los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas, la disposición de modelos de gestión de recursos financieros destinados a impedir la comisión de delitos, un sistema disciplinario así como la verificación periódica de su eficacia.

A la vista de lo anterior, todo apunta a que los *compliance* en materia de prevención del acoso deberán asumir como parte de su contenido los protocolos de actuación previstos en la Ley Orgánica de Igualdad, superando con creces los esfuerzos preventivos para eximir de responsabilidad criminal a las personas jurídicas⁶⁵.

6. VALORACIÓN DE LA REFORMA PROYECTADA

Como se ha visto, la propuesta de reforma del Código penal que encierra el Proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad sexual que hoy sigue su tramitación parlamentaria es tan amplia que difícilmente se puede estar a favor o en contra de todas sus previsiones, a pesar de que se comparta el espíritu que lo inspira en su conjunto: la garantía de la libertad sexual.

Desde el título del Proyecto se muestra el papel que desempeña en su interior la libertad sexual, que no es solo el bien jurídico a proteger, sino también, a garantizar frente a un conjunto de conductas que se etiquetan como *violencias sexistas*. Y en esa superposición de planos entre libertad sexual y violencia sexista se encuentra la esencia del texto de manera que todo lo que no tenga que ver con el ejercicio de la libertad sexual ni simultáneamente con las violencias machistas, debe quedar fuera. De ahí que carezca completamente de justificación la inclusión de la tercería locativa, ni la reforma de los delitos relativos a la prostitución consentida, porque no solo va en contra de la libertad sexual de quienes quieren ejercer la prostitución, sino que además puede estar creando el efecto criminógeno de abocar a estas personas al ejercicio más inseguro todavía de su profesión: marginándolas aún más. Las discusiones existentes dentro del movimiento feminista en cuanto a esta disposición ponen de manifiesto que el Proyecto, en su conjunto no es nada populista: al contrario, ha causado un enfren-

⁶³ Vid. ACALE SÁNCHEZ, María. “La protección frente al acoso en la Universidad: la lucha contra la brecha de oportunidades”. En ACALE SÁNCHEZ, María, SÁNCHEZ BENÍTEZ, Cristian, 2020. *Brecha de género u universidad: dos realidades que se retroalimentan*. Albacete: Bomarzo, pp. 141 y ss.

⁶⁴ ACALE SÁNCHEZ, María. “La protección frente al acoso en la Universidad: la lucha contra la brecha de oportunidades”, cit., pp. 164 y ss.

⁶⁵ Vid. GUTIÉRREZ ARRANZ, Roberto, 2018. *El acoso sexual: Prevención. Compliance y Marco Legal*. Pamplona: Aranzadi, pp. 49 y ss.

tamiento tan profundo entre sectores del feminismo que tendrán que hacer un gran esfuerzo para volver a encontrarse en las coordenadas de espacio y tiempo. Refleja, en todo caso, una orientación político criminal muy costosa en términos populares: no sirve para ganar votos, sino para perderlos. Lamentablemente, la inclusión de esta discutida disposición en el Proyecto en un momento extemporáneo ha eclipsado otras cuestiones que, sin duda, desde un punto de vista feminista, tienen mucha significación.

La crítica acabada de realizar es de tal envergadura que empaña cualquier otro tipo de razonamiento a favor de su contenido. Sin embargo debe hacerse el esfuerzo de acercarse a su contenido de forma parcelada, de manera que se puedan valorar positivamente algunos de los cambios que incorpora porque, en efecto, están orientados a garantizar la libertad sexual, al tiempo que se disminuye la revictimización.

En particular, la unificación de las agresiones y abusos sexuales en una sola figura delictiva tiende a evitar la revictimización que sufren muchas víctimas que interponen la denuncia y que comprueban cómo durante los distintos interrogatorios, se invade su privacidad hasta el punto de poder distinguir hasta el más mínimo detalle del acto sexual impuesto, el comportamiento del autor y su propio comportamiento; asimismo tiende a garantizar la discrecionalidad judicial que en el marco de las garantías inherentes al principio de legalidad, recubre de dinamicidad a la tarea más allá de aplicar la ley, de hacer *Justicia*. En atención a estos límites mínimos, puede decirse que la reforma proyectada desde 2020 del delito de agresión sexual no es una reforma punitivista, que persiga imponer más castigo. Sin embargo, la elevación de las penas que ha sufrido el Proyecto en su versión de 2021 en sus límites máximos en los arts. 179 180 y 181 no deja de ser un incremento penológico que no ha quedado debidamente justificado por una mayor afección al bien jurídico libertad sexual.

Por otra parte, las reformas previstas del delito de acoso sexual deben afinar las relaciones concursales en el sentido de que si bien el art. 194 bis deja bien claro que en el Título VIII se procede a proteger en exclusiva a la libertad sexual, la incorporación de un tipo agravado en el art. 184.3 que tiene en consideración la situación de dependencia que se produce en los centros de internamiento de la persona sometida a custodia de quien la lleva a cabo que a su vez agrava la pena también en el art. 443.2 vulnera el principio *non bis in idem*.

En todo caso, no parece que haya que desconfiar ni criticar que las leyes se expresen, que definan elementos y que ciñan las figuras delictivas: en esto consiste el principio de legalidad. Lo criticable es que existan leyes que dejan vacíos elementos esenciales de los que pende la calificación jurídica de unos hechos que se producen en la clandestinidad, sin muchos testigos y con graves dificultades probatorias, y cuya interpretación se deja en manos del órgano judicial interviniente (en fase de instrucción o de sentencia), por lo que los riesgos de que permeen pensamientos personales en la resolución son elevadísimos.

Pero la tramitación de esta nueva reforma de los delitos sexuales que se centraliza en el consentimiento de la víctima ha quedado enmarañada por las discusiones políticas durante su tramitación parlamentaria. Muy lejos queda ya aquel consenso que en 2004 cosechó la primera ley integral para la lucha contra una modalidad de violencia de género que se limitaba a las relaciones de pareja y que exigía en todo caso que el sujeto activo y el pasivo de aquellas conductas constitutivas de delito fueran hombres y mujeres, respectivamente.

BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, María, 2010. *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*. Pamplona: Aranzadi.

ACALE SÁNCHEZ, María. “Tratamiento penal de la violencia sexual, la forma más primaria de violencia de género”. En Faraldo Cabana, Patricia, Acale Sánchez, María. *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2018.

ACALE SÁNCHEZ, María, 2018. “Ser o no ser (de la Manada): esa es la cuestión”. *Nueva Tribuna*, 28 de abril.

ACALE SÁNCHEZ, María, 2018. “Cuidado, Manada, la justicia anda suelta”. *Nueva Tribuna*, 8 de diciembre.

ACALE SÁNCHEZ, María, 2019. “Y finalmente hubo violación, no abuso”. *El Diario.es*, 21 de junio.

ACALE SÁNCHEZ, María. 2019. *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas. Especial referencia a los delitos de agresión y abusos sexuales*. Valencia: Tirant lo Blanch.

ACALE SÁNCHEZ, María, 2020. “La riforma dei reati sessuali in Italia vista da occhi stranieri”, *Rivista Sistema penale, Osservatorio sulla violenza contro le donne*, N°. 1.

- ACALE SÁNCHEZ, María. “El consentimiento de la víctima: piedra angular en los delitos sexuales”. En González Cussac, José Luis (dir.), León Alapont, José (coord.). *Estudios jurídicos en Memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- ACALE SÁNCHEZ, María. “La protección frente al acoso en la Universidad: la lucha contra la brecha de oportunidades”. En ACALE SÁNCHEZ, María, SÁNCHEZ BENÍTEZ, Cristian, 2020. *Brecha de género u universidad: dos realidades que se retroalimentan*. Albacete: Bomarzo.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL, 2018. *Right to be free from rape. overview of legislation and state of play in europe and international human rights standards*, 24 de noviembre.
- ASÚA BATARRITA, Adela, “El significado de la violencia sexual contra las mujeres y la reformulación de la tutela penal en este ámbito. Inercias jurisprudenciales”. En Lorenzo, Patricia, Maqueda, María Luisa y Rubio, Ana, *Género, violencia y derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2008.
- BALBI, Giuliano, 2020. “I reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale in una prospettiva di riforma”. *Sistema penale*, <https://www.sistemapenale.it/it/documenti/balbi-2020-reati-contro-liberta-sessuale-riforma>.
- CARUSO FONTÁN, Viviana. “Reflexiones en torno a la aplicación de la continuidad delictiva en el caso de la Manada”. En Faraldo Cabana, Patricia y Acale Sánchez, María, *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2018.
- CLEMENTE, Carolina, 2021. “Ley de libertad sexual, la paradoja de castigarnos por víctimas”. *El Salto*, 21 de julio.
- CUERDA ARNAU, María Luisa. “Agresión y abuso sexual: violencia o intimidación vs. consentimiento viciado”. En Faraldo Cabana, Patricia y Acale Sánchez, María, *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2018.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, “El delito de violación: problemas que plantea su vigente redacción”, En Faraldo Cabana, Patricia y Acale Sánchez, María, *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2018.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, 1985. *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*. Barcelona: Bosch.
- DÍEZ-RIPOLLÉS, José Luis, 2018. “El ‘no es no’”, *El País*, de 10 de mayo.
- DÍEZ-RIPOLLÉS, José Luis, 2019. “Alegato contra un derecho penal sexual identitario”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* RECPC 21-10.
- FARALDO CABANA, Patricia y RAMÓN RIBAS, Eduardo, “La sentencia de la Manada y la reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales en España”, en Faraldo Cabana, Patricia y Acale Sánchez, María, *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2018.
- GARAIZABAL, Cristina, MACAYA, Laura, PINEDA, Empar, SERRA, Clara. y otras, 2021. “Objeciones feministas al actual proyecto de Ley de Libertades sexuales”. <https://www.accionenredmadrid.org/objeciones-feministas-al-actual-proyecto-de-ley-de-libertades-sexuales/>. 4 de marzo.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, 2020. “Sólo sí es sí”, https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1197551.
- GREVIO, 2021. “Baseline Evaluation Report Spain”, puede verse en <https://rm.coe.int/grevio-s-report-on-spain/1680a08a9f>.
- GULPILHARES, Fábio, 2016. “Crimes sexuais: uma nova concepção politico-criminal?”. *Revista Portuguesa de Ciência criminal*, Nº 1 a 4.
- GUTIÉRREZ ARRANZ, Roberto, 2018. *El acoso sexual: Prevención. Compliance y Marco Legal*. Pamplona: Aranzadi.
- HAMULIKA BUMBA, Yves, 2016. “Le droit international et l'évaluation judiciaire du préjudice individuel subi par les enfants et les femmes victimes de violences sexuelles”. *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal*, Nº 14.
- HÖRNLE, Tatjana, 2017. “The new german law on sexual assault and sexual harassment”. *German Law Journal*, Vol. 18, Nº 6.

- JABLONKA, Ivan, 2017. *Laëtitia o el fin de los hombres*. Barcelona: Anagrama.
- LASCURAÍN, José Antonio, 2021. “Delitos sexuales: no todo vale”. *Claves de razón práctica*. Nº 277.
- LLORIA GARCÍA, P., 2019. “La violencia sobre la mujer en el siglo XXI: sistemas de protección e influencia de las tecnologías de la información y la comunicación en su diseño”, *La Ley Penal*, 138, mayo-junio.
- MAQUEDA ABREU, M.L., 2020. “Cómo construir «víctimas ficticias» en nombre de las libertades sexuales de las mujeres□”. *Mientras tanto*, 29 de noviembre (<http://www.mientrastanto.org/boletin-196/notas/como-construir-victimas-ficticias-en-nombre-de-las-libertades-sexuales-de-las-mujeres..>).
- MUÑOZ CONDE, Francisco, 2019. “La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso ‘La Manada’”. *Revista Penal*, Nº 43.
- OLIVAS DÍA, Amaya, 2021. “Breves apuntes feministas sobre el malestar acerca del consentimiento en los delitos contra la libertad sexual”, *Boletín de la Comisión penal de Juezas y Jueces para la Democracia*, Nº. 12, vol I, marzo.
- PITCH, Tamar. “Violencia sexual”. En la misma, 2003. *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*. Madrid: Trotta.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, 2020. “La garantía de la libertad sexual y el pensamiento jurídico de Podemos”, *elconfidencial.com*, 4 de marzo.
- RAMÍREZ ORTÍZ, José Luis, 2021. “¿Cambio de paradigma o juego de espejos?”. *Boletín de la Comisión penal de Juezas y Jueces para la Democracia*, Nº. 12, vol I, marzo.
- RAMÓN RIBAS, Eduardo. “La intimidación en los delitos sexuales: entre las agresiones y abusos sexuales”. En Faraldo Cabana, Patricia y Acale Sánchez, María, *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2018.
- THOMAS, Terry, 2016. *Sex Crime. Sex offending and society*. Londres: Routledge.
- VALLEJO TORRES, Carla, 2018. “Delitos contra la libertad sexual y perspectiva de género: una mirada hacia fuera para reflexionar desde dentro”, *Diario La Ley*, Nº 9263.
- VIRGILIO, María, 1997. *Violenza sessuale e norma. Legislazione penali a confronto*,. Anona: *Quaderni di Critica del Diritto*.
- WOLTER, Jürgen, 2017. “Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung”, en el mismo, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Carl: Heymanns.

Revista
SISTEMA PENAL CRÍTICO

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

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

María Alberto Guerrero

Universidad de Cádiz

Becaria de Colaboración en el Departamento de Derecho penal

RESUMEN:

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

ABSTRACT:

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

PALABRAS CLAVE:

Delito de odio, circunstancias agravantes, discriminación, aporofobia.

KEYWORDS:

Hate crime, aggravating factors, discrimination, aporophobia.

SUMARIO:

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

1. CONCEPTUALIZACIÓN DE LA APOROFOBIA

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

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

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

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

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

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

⁴ Ibidem.

⁵ Ellison, R. (1947). Págs. 5-16.

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

⁷ Emcke, C. (2017). Págs. 10-32.

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

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

¹⁰ Picca, G. (1995). Págs. 175-180.

2. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LOS DELITOS CON MOTIVACIÓN APORÓFOBA

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

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

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

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

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

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

¹¹ STS de 24 de abril de 2002.

¹² STS de 22 abril de 2010.

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

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

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

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

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

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

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

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

3. LA APOROFBIA EN LA LEY RHODES

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

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

¹⁷ SAP de Barcelona de 5 de noviembre de 2008.

¹⁸ STC de 22 de abril de 2005.

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

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

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

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

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

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

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

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

4. NATURALEZA JURÍDICA Y FUNDAMENTACIÓN DE LA AGRAVANTE DE DISCRIMINACIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁴ Schuneman, B. (2002). Pág. 25.

²⁵ Díaz López, J.A. (2013). Pág. 435.

²⁶ Mir Puig, S. (2015). Pág. 652.

²⁷ Ibidem.

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

²⁹ Roxin, C. (1997). Pág. 314.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³⁴ Jakobs, G. (2000). Pág. 23.

³⁵ Mir Puig, S. (2007). Pág. 57.

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

³⁷ Ashworth, A. (1995). Pág. 35.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴² Ibidem.

⁴³ Ibidem.

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

⁴⁵ Roxin, K. (1997). Pág. 315.

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

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

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

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

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

6. POSIBLES ALTERNATIVAS EN EL PROCESO DE TIPIFICACIÓN

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

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

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

⁴⁷ Hassemer, W. (1984). Pág. 242.

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

⁴⁹ Hassemer, W. (1984). Pág. 242.

⁵⁰ Von Liszt, F. (2020). Pág. 14.

⁵¹ Hassemer, W. (1984). Pág. 243.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵⁴ Bustos Rubio, M. (2020). Pág. 246.

⁵⁵ Ibidem.

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

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

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

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

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

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

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

7. CONCLUSIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵⁷ Galeano, E. (1989).

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

Revista
SISTEMA PENAL CRÍTICO

**EL DERECHO PENAL FRENTE A LOS ATAQUES ECONÓMICOS CONTRA
LAS MUJERES: VIOLENCIA ECONÓMICA Y DOBLE DISCRIMINACIÓN¹**

**CRIMINAL LAW FACING THE ECONOMIC ATTACKS AGAINST
WOMEN: ECONOMIC VIOLENCE AND DOUBLE DISCRIMINATION**

Abraham Devis Matamoros

*Doctorando del programa Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional, Universitat de València
(Estudi General)*

¹ El presente trabajo ha sido elaborado en el marco del Congreso Internacional “Aporofobia y Derecho Penal en el Estado Social” celebrado en la Universidad de Deusto los días 20, 21 y 22 de abril como parte del proyecto I+D+I «Hacia un modelo de justicia social: alternativas político-criminales» (Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades del Gobierno de España, ref. RTI2018-095155-A-C22, perteneciente al proyecto coordinado «Aporofobia y Derecho penal», ref. RTI2018-095155-B-C21).

RESUMEN:

La crisis del covid-19 ha supuesto un incremento de la brecha económica entre hombres y mujeres en este último año. En consecuencia, han aumentado las posibilidades de ejercicio de control económico por parte del hombre a su pareja, así como de la vulnerabilidad de aquellas mujeres que viven en situación de pobreza y que sufren discriminaciones por sus condiciones socio-económicas y por el hecho de ser mujer. En esta línea, se muestra un estudio sobre las limitaciones penales que, tanto desde el punto de vista legislativo como de aplicación jurídica presentan ambos fenómenos en los que los elementos violencia de género y escasez de recursos económicos convergen. Asimismo, se exponen cuáles son los rasgos que caracterizan a cada una de ellos y cuáles son sus efectos sobre las mujeres que los sufren. Todo ello con la finalidad de ofrecer posibles propuestas de mejora que garanticen una respuesta penal adecuada frente a estos ataques económicos contra las mujeres.

ABSTRACT:

Covid-19 crisis has meant a rise in economic inequality between men and women this year. In consequence, the possibilities of men exerting economic violence over their female partners have increased, as well as the vulnerability of those women who live in poverty and who suffer discrimination due to their socio-economic conditions. In this way, a study on criminal limitations is shown and which, from both legislative and legal implementation points of view, present both phenomena in which gender violence and the scarce economical resources converge. In turn, there is a mention of which are the patterns that follow those phenomena and a description of the effects on women who suffer such discriminatory phenomena. All of this with the aim of offering possible improvement proposals that guarantee a proper criminal response against these economic attacks against women.

PALABRAS CLAVE:

Violencia económica, doble discriminación, violencia de género, aporofobia

KEYWORDS:

Economic violence, double discrimination, gender violence, aporophobia.

SUMARIO:

1. Introducción. 2. Tratamiento penal de la violencia económica. 2.1. El ataque económico como forma de violencia. 2.2. Manifestaciones de la violencia económica según los tribunales españoles. 2.3. Barreras legislativas: la excusa absolutoria de parentesco. 3. Tratamiento penal de la doble discriminación a las mujeres pobres. 3.1. Una aproximación al concepto de doble discriminación. 3.2. La ausencia de reconocimiento judicial de la discriminación múltiple. El género y la aporofobia como motivos discriminatorios en el Código penal. 4. Consideraciones finales. 5. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

La irrupción de la pandemia del covid-19 ha desembocado en la crisis mundial sanitaria, social y económica más importante de los últimos años. Sin embargo y, en especial respecto de este último, cabe señalar que esta crisis no ha afectado a todos por igual ya que las mujeres se han visto afectadas de manera desproporcionada por dichos efectos, especialmente en los grupos más pobres y en situación de exclusión social como ha indicado la European Anti Poverty Network en su investigación de 2020 sobre los efectos del covid-19 en la pobreza².

Actualmente, continúa existiendo una gran desigualdad económica entre hombres y mujeres puesto que estas ganan menos, asumen la mayor parte de responsabilidad del cuidado familiar y sus empleos son menos seguros. En España los datos son buena prueba de ello pues las mujeres presentan una mayor tasa de paro (cuatro puntos por encima de los hombres), integran el 90% de las personas que no trabajan para dedicarse a labores domésticas y solo ocupan el 33% de los puestos directivos³. Una situación que, además, favorece el aumento de la posibilidad de ejercer control económico del hombre dentro del ámbito de la pareja.

Por otra parte, la pandemia ha ensanchado todavía más la brecha entre el número de hombres y mujeres que viven en situación de pobreza, habiéndose modificado la previsión que se esperaba de una disminución del 2'7% a un aumento del 9'1% entre 2019 y 2021 según revela el último informe de ONU Mujeres⁴.

Este hecho reclama una especial atención puesto que, junto con la posibilidad de sufrir discriminación por razón de su condición económico-social, se añade la posibilidad de sufrirla por el hecho de ser mujer, generándose lo que se denomina una “doble discriminación”.

En este contexto, es necesario poner de relieve la relevancia social que presentan estos ataques económicos contra las mujeres en los que el elemento escasez económica y violencia de género se interrelacionan, si bien de una manera distinta. Dos fenómenos que serán analizados desde una doble perspectiva, tanto en el momento de creación de la norma penal como de aplicación de la misma para exponer las deficiencias legislativas y de aplicación jurídica que se originan en nuestro ordenamiento penal y, de este modo, ofrecer algunas propuestas de mejora.

2. TRATAMIENTO PENAL DE LA VIOLENCIA ECONÓMICA

2.1. EL ATAQUE ECONÓMICO COMO FORMA DE VIOLENCIA

Desde un punto de vista restringido del término, el concepto de violencia hace referencia al ejercicio de la fuerza física⁵, asociándose desde sus inicios al poder masculino⁶; identificándose históricamente la violencia de género con la violencia física. Esto explica el motivo por el que la legislación penal española recogió como primera manifestación de la violencia contra la mujer el maltrato físico en el artículo 425 del Código penal de 1973 tras la reforma de la LO 3/1989. No obstante, con el paso del tiempo se fue reconociendo que las agresiones ejercidas contra las mujeres por el hecho de serlo implicaban otra serie de manifestaciones, castigando también las situaciones de violencia psíquica⁷, transformando el concepto de violencia estricto en uno más amplio y social que no solo admitía la *vis absoluta*, sino también las derivadas de la *vis compulsiva*⁸.

² European Anti Poverty Network, 2020. “The Impact of covid-19 on people experiencing poverty and vulnerability”, p. 48. Disponible en: https://www.eapn.eu/wp-content/uploads/2020/07/EAPN-EAPN_REPORT_IMPACT_COVID19-4554.pdf (Fecha de consulta: 08-05-2021).

³ Datos proporcionados en el Informe Adecco, *vid.*, Fundación Adecco, 2020. “Mujer en riesgo de exclusión”, p. 7. Disponible en: <https://fundacionadecco.org/wp-content/uploads/2019/03/INFORME-EMPLEOPARATODAS-2020.pdf> (Fecha de consulta: 08-05-2021).

⁴ ONU Mujeres. “From insights to action. Gender equality in the wake of covid-19”. 2020. Disponible en: <https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2020/gender-equality-in-the-wake-of-covid-19-en.pdf?la=en&vs=5142>. (Fecha de consulta: 08-05-2021).

⁵ BOIX REIG, Javier y MIRA BENAVENT, Javier, 2019. “Reflexión sobre el concepto de violencia en derecho penal”, *Revista Jurídica de Cataluña*, nº1, p. 11.

⁶ Como afirma FEMENÍAS, el término *violencia* deriva del latín *vis* o *vir* que significa “fuerza”, “poder” y “viril”. En el castellano, la palabra aparece en el siglo XIII vinculada a la imposición por la fuerza física del varón. En FEMENÍAS, M^a Luisa. “Violencia de sexo-género: El espesor de la trama” en Lorenzo Copello, P., Maqueda Abreu, M.L y Rubio Castro, A.M. (coord.), *Género, violencia y derecho*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008p. 63.

Este es el punto de vista que han adoptado los documentos internacionales al abordar la violencia ejercida contra la mujer⁹, aunque, desde un principio se limitaron los comportamientos a las agresiones físicas, sexuales y psicológicas, recogidas en la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de 1993 y la de Beijing de 1995¹⁰. Fue el Convenio de Estambul el instrumento internacional que también incluyó la violencia económica como un acto más de discriminación contra la mujer y de violación de los derechos humanos.

Lamentablemente, el mencionado Convenio no desarrolla el alcance de esta forma de agresión, ni tampoco ninguna ley de trascendencia penal en nuestro ordenamiento. Por ello, es necesario indagar en normas jurídicas autonómicas que regulan la violencia contra la mujer¹¹ las cuales ofrecen una definición legal del fenómeno apuntando a una doble vertiente. Por un lado, engloba aquellos comportamientos que obstaculizan o limitan la posibilidad de que la víctima obtenga recursos patrimoniales y, por el otro, el uso no autorizado de recursos compartidos o propios de esta para hacerlos suyos.

En cualquier caso, se trata de una forma de agresión que suele ejercerse dentro del ámbito de la pareja y que se manifiesta en numerosas ocasiones en conexión con otros actos violentos¹². Ahora bien, no todo ataque económico contra la mujer deberá entenderse de manera objetiva como una manifestación de violencia de género sino que será necesario, como matiza PÉREZ MANZANO, que dicho comportamiento se haga con el propósito de que la mujer no pueda adquirir cierta dependencia económica y se someta así a su poder y control¹³.

Las cifras, además, muestran que este tipo de ataque frente a las mujeres es una realidad que se debe tener en cuenta. En el ámbito europeo, la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea publicó en 2014 un estudio sobre la violencia contra la mujer en el que se refleja, entre otras cuestiones, que el 12% de las mujeres encuestadas residentes en la UE habían sufrido violencia económica por parte de su pareja actual o pasada¹⁴. Datos bastante similares a los acontecidos en nuestro país, pues según la última Macroencuesta de la Violencia contra la Mujer de 2019, el 11'5% de mujeres de 16 o más años que residen en España han sufridos esta violencia económica en algún momento de su vida. Entre las situaciones que más frecuentemente se han dado son la de que la pareja le haya impedido tomar decisiones relacionadas con la economía familiar y realizar compras de forma independiente, seguido de la negación de darle dinero para gastos, no dejarles trabajar fuera del hogar y el uso del dinero de la víctima sin su consentimiento¹⁵.

⁷ En el plano legislativo será la LO 14/1999 de modificación del Código penal de 1995 la que incorpore en el artículo 153 por primera vez la violencia psíquica como forma de agresión dentro del maltrato habitual.

⁸ En las últimas décadas, existe una tendencia a identificar la conducta delictiva con la conducta violenta, hecho que ha propiciado que la doctrina penal remarque la necesidad de distinguir entre el concepto normativo-penal de “violencia” del concepto social. En esta línea, cabe destacar las aportaciones de BOIX REIG, MIRA BENAVENT, LLORIA GARCÍA o DE LA CUESTA AGUADO, entre otros, que nos hablan de las repercusiones para las garantías penales de una confusión de ambos significados. Cfr. BOIX REIG, Javier y MIRA BENAVENT, Javier, 2019, “Reflexión sobre el concepto...”, cit., pp. 9 y ss; LLORIA GARCÍA, Paz, 2020. *La violencia sobre la mujer en el siglo XXI. Violencia de control y nuevas tecnologías. Habitualidad, sexting y stalking*, Madrid: Iustel, pp. 24-32 y DE LA CUESTA AGUADO, Paz. “El concepto jurídico-penal de violencia”, en Ruiz Rodríguez, L. R. y González Agudelo, G. (coords.), *Transiciones de la política penal ante la violencia. Realidades y respuestas específicas para Iberoamérica*, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2019, pp. 81 y 82.

⁹ PÉREZ MANZANO, Mercedes, 2016. “Algunas claves del tratamiento penal de la violencia de género: acción y reacción”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº34, p. 19.

¹⁰ El art. 2 de la Declaración de 1993 indica que la violencia contra la mujer abarca la violencia física, sexual y psicológica producida en la familia, dentro de la comunidad en general y la perpetrada o tolerada por el Estado. Del mismo modo se reitera en la Declaración de la ONU de la violencia contra la mujer de Beijing en 1995 en su apartado 113.

¹¹ Algunos ejemplos paradigmáticos los encontramos en la Ley andaluza 13/2007, de 26 de noviembre; la Ley valenciana 7/2012, de 23 de noviembre; la Ley catalana 5/2008, de 24 de abril de la y la Ley aragonesa 4/2007, de 22 de marzo.

¹² MAÑAS ALCÓN, Elena y GALLO RIVERA, Teresa, 2020. “La violencia económica en el ámbito de la pareja: otra forma de violencia que perpetúa la desigualdad de género en España”, *Mujeres y Economía. La brecha de género en el ámbito económico y financiero*, Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, Madrid, p. 114.

¹³ PÉREZ MANZANO, Mercedes, 2016. “Algunas claves...”, cit., p. 19.

¹⁴ European Union Agency For Fundamental Rights, 2014. “Violencia de género contra las mujeres: una encuesta a escala UE. Resumen de las conclusiones”, p. 27. Disponible en: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-vaw-survey-at-a-glance_es_0.pdf. (Fecha de consulta: 08-05-2021).

¹⁵ Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, 2019. Macroencuesta de Violencia Contra la Mujer, pp. 57-65.

Por desgracia, se trata de una de las formas de violencia de género menos estudiadas¹⁶, a pesar de constituir un auténtico mando de poder que puede conducir a la mujer a la pobreza, que es un factor de riesgo para seguir experimentando dicho abuso en un futuro¹⁷. Por estas razones el propio Convenio de Estambul establece la necesidad de que los estados adopten las medidas oportunas dirigidas al empoderamiento y la independencia económica de las mujeres víctimas de esta violencia en su artículo 18.

2.2. MANIFESTACIONES DE VIOLENCIA ECONÓMICA SEGÚN LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

La identificación del término *violencia*, desde un punto de vista social y criminológico, respecto de los comportamientos que integran los ataques económicos contra las mujeres no debe llevar al equívoco de que cualquier manifestación de dicha conducta merezca un reproche penal¹⁸, pues solo sus formas más graves adquieren el nivel de lesividad suficiente que permiten superar el principio de insignificancia. En este sentido, dos son las figuras penales que nuestros tribunales suelen asociar con el ejercicio de una violencia económica en los términos expresados en esta investigación: el maltrato habitual del artículo 173.2 y el impago de pensiones previsto en el artículo 227 del Código penal.

En relación con el primero, pueden destacarse dos resoluciones como son la SAP Madrid 85/2010, de 15 de noviembre y el AAP Navarra 289/2018, de 10 de diciembre que resaltan el ejercicio de violencia económica, incardinando dentro del maltrato habitual actos dirigidos para que la víctima no adquiriera una cierta dependencia económica, constituyendo ataques contra su integridad moral¹⁹. Entre dichos comportamientos se encuentran impedir que la víctima desarrolle una actividad profesional dignamente retribuida, que acceda a cualquier sistema de pensiones, negarle recursos económicos para que pueda satisfacer sus necesidades básicas y todo tipo de control económico. Toda una serie de formas de agresión que, por su reiteración en el tiempo y su habitualidad, junto con otras violencias físicas y psicológicas, adquieren esa entidad lesiva que permite aplicar el delito de maltrato habitual.

Con ello, se pone de manifiesto que uno de los bienes jurídicos susceptibles de lesionarse a través de las agresiones económicas contra la mujer lo constituye la salud psíquica y la integridad moral. Una idea que también recalca la literatura científica que analiza el abuso económico a la pareja, resaltándose los impactos de esta sobre la salud mental de la víctima y la existencia de sintomatologías asociadas con la incapacidad de vivir de manera segura e independiente, la depresión, el estrés postraumático y los desórdenes de ansiedad, entre otros²⁰.

Asimismo, la violencia económica también puede dañar la integridad personal de la mujer, en especial de las condiciones materiales que le garanticen una vida digna mediante el delito de impago de prestaciones económicas familiares²¹. Recientemente, este delito ha sido calificado como forma de agresión económica a través de la sentencia del Tribunal Supremo 914/2021, de 17 de marzo²². Una resolución de la que resulta indudable su relevancia en esta materia puesto que por primera vez la violencia económica es reconocida expresamente

¹⁶ POSTMUS, Judy L. et al., 2018. “Economic abuse as an invisible form of domestic violence: a multicountry review first”, *Trauma, Violence, & Abuse, Online First*, 21 (2), p. 17.

¹⁷ MAÑAS ALCÓN, Elena y GALLO RIVERA, Teresa, 2020. “La violencia económica...”, cit., p. 114.

¹⁸ En la misma línea que la argumentada por LLORIA GARCÍA, el término *violencia* se emplea en este trabajo por razones prácticas para referirme a todas aquellas conductas, en este caso de índole económica, que se dirigen contra el sujeto pasivo mujer como una forma de ejercer violencia de género, pero ello no determina *per se* que todas ellas sean objeto de atención penal. Cfr. LLORIA GARCÍA, Paz, 2020. *La violencia sobre la mujer...*, cit. p. 28.

¹⁹ SAP Madrid, sec. 27ª, S 15-11-2010, nº 85/2010, de 15 de noviembre y AAP Navarra, sec. 2ª, nº 289/2018, de 10 de diciembre.

²⁰ En este sentido, puede destacarse el estudio de VOTH SCHRAG, Rachel, 2019. “Experiences of economic abuse in the community: listening to survivor voices”, *Journal of Women and Social Work*, vol. 34, 3, p. 8 y STYLIANOU, Amanda M., 2018. “Economic abuse within intimate partner violence: a review of the literature”, *Violence and Victims*, vol. 33, 1, p. 9.

²¹ Sobre las posturas acerca del bien jurídico protegido del delito de impago de pensiones véase LAURENZO COPELLO, Patricia, 2001. *Los delitos de abandono de familia e impago de pensiones*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 60-69. Según esta autora existen cuatro puntos de vista: considerar que se tutela la administración de justicia y el respeto de las decisiones judiciales, la seguridad en el ámbito de las relaciones familiares, la protección del conjunto de derechos y deberes de la familia o bien la integridad personal de los beneficiarios entendido en un sentido amplio como el conjunto de condiciones materiales susceptibles de garantizar una vida digna. Esta última postura es la que defienden autoras como COLÁS TURÉGANO en COLÁS TURÉGANO, Asunción, 2014. “Breve reflexión sobre el delito de impago de pensiones, art. 227 CP”. *Revista boliviana de Derecho*, nº17, pp. 216-217.

por nuestro Alto Tribunal. Sea como fuere, todavía existen escasos pronunciamientos que identifiquen esta manifestación de la violencia de género, a pesar de su trascendencia internacional; si bien es cierto que esta sentencia parece que marca el camino a un reconocimiento más extendido.

El principal problema radica en que, en ocasiones, se lleva a cabo un tratamiento penal inadecuado de estas agresiones puesto que incardinan verdaderas lesiones al patrimonio de la víctima en ilícitos penales que protegen la integridad moral. A propósito de esto se puede traer a colación la SAP de Cáceres 445/2013, de 30 de septiembre o la propia SAP Madrid 85/2010 antes mencionada las cuales consideran el hecho de que el agresor se quede con el dinero ganado por su pareja en su trabajo o de apropiarse de objetos de valor que pertenecen a la víctima, respectivamente, como propios del delito del maltrato habitual. Una solución a todas luces insatisfactoria ya que cuando dichos comportamientos no reúnan los requisitos necesarios para condenar por el mencionado ilícito, la conducta quedará impune.

En mi opinión, considero que estas respuestas judiciales se deben, en parte, a la enorme limitación que la legislación penal española impone para poder castigar los atentados más graves de la violencia económica producida en el ámbito de la pareja debido a la previsión de la excusa absolutoria de los delitos patrimoniales no violentos del artículo 268 del texto punitivo.

2.3. BARRERAS LEGISLATIVAS: LA EXCUSA ABSOLUTORIA DE PARENTESCO

La excusa absolutoria de parentesco contenida en el artículo 268 es un precepto de arraigo histórico en nuestro ordenamiento jurídico puesto que ya existía en el Código penal de 1822²³. Una norma que, como acertadamente expone LLORIA GARCÍA, constituye un ejemplo de esa visión androcéntrica en la creación de la norma penal en la que determinados conflictos debían quedar en la esfera de lo privado, teniendo que resolverse por aquel que tenía potestad para hacerlo en su momento: el *pater de familias* que puede resolverlo todo con su *autoritas*²⁴.

En la actualidad, esta excusa se critica duramente por la mayoría de la doctrina²⁵ teniendo en cuenta que la jurisprudencia sigue manteniendo su fundamento en la razón político-criminal de no criminalizar los actos realizados en el seno del grupo familiar porque ello suele provocar una irrupción del sistema *per se* dentro de la familia, perjudicando la posible reconciliación familiar²⁶. Una idea que se opone frontalmente a la actual ten-

²² STS 914/2021, 17 de marzo. FJ cuarto. Ponente: Vicente Magro Servet. En este caso, el tribunal aprecia un delito de impago de pensión alimenticia con relación a sus propios hijos de corta edad, considerando que existe una violencia económica debido a que se ejerce una doble victimización que también afecta a la madre porque tiene que llevar a cabo “un exceso en su esfuerzo de cuidado y atención hacia los hijos, privándose de atender sus propias necesidades para cubrir las obligaciones que no verifica el obligado a hacerlo”. Cabe añadir que no se trata de la primera resolución que identifica el delito del artículo 227 como una forma de violencia económica pues en el auto AP Álava, sec. 2ª, 148/2018, de 27 de marzo establece que “desde una perspectiva criminológica tal impago se ha calificado como violencia económica”.

²³ El artículo 756 del Código penal de 1822 establecía: “El marido que quita o toma las cosas de su mujer, la mujer que toma o quita las de su marido, el viudo o viuda que toma o quita las que hubiesen pertenecido a su difunto cónyuge, el padre o madre que quita o toma las de sus hijos o descendientes; los hijos y descendientes que toman o quitan las de sus padres o madres, u otros ascendientes, y todos aquellos que se hallen en el mismo grado de afinidad, no pueden ser demandados sino para la restitución y resarcimiento. Pero todos aquellos que hubieren participado a sabiendas de la cosa tomada, o que lo hubiesen ocultado o hubieren auxiliado, serán castigados como reos o de hurto, o como encubridores o auxiliadores respectivamente”.

²⁴ LLORIA GARCÍA, Paz, 2020. “Algunas reflexiones sobre la perspectiva de género y el poder de castigar del estado”, *Estudios penales y Criminológicos*, vol. XL, pp. 317 y 318.

²⁵ Entre otros, MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli, 2014. *Las excusas absolutorias en Derecho Español. Doctrina y jurisprudencia*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 108; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, 2021. “Impago de prestaciones económicas familiares (art. 227 CP), insolvencia punible y excusa absolutoria de parentesco”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2021, 23, p. 11; COBO DEL ROSAL, Manuel, 2002. “Sobre el ejercicio de acciones penales entre parientes en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico”, *Cuadernos de política criminal*, 78, p. 557.

²⁶ Algunos ejemplos recientes se ofrecen, entre otras, en la STS 551/2019, de 12 de noviembre, 166/2018, de 11 de abril, 412/2013 de 22 de mayo. Según PÉREZ ARIAS esta fundamentación es una mera reinterpretación descontextualizada basada en un derecho penal de mínimos al que no pertenece el artículo 268 del actual Código penal. En PÉREZ ARIAS, Jacinto, 2019. “La excusa absolutoria familiar en los delitos patrimoniales y la imposibilidad de acción penal entre parientes”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 21, p. 29.

dencia de protección reforzada de los miembros de la familia frente a la violencia doméstica, generando en el sistema, como indica SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, una incongruencia en el que por un lado se defiende la necesidad de una intervención mínima y, por el otro, una mayor vulnerabilidad de los miembros de la familia frente a los ataques de quien se espera justo lo opuesto: afecto y protección²⁷. No es de extrañar, por ello, que algunos pronunciamientos recientes como la STS 436/2018, de 28 de septiembre e incluso no tan recientes como STS 950/2007, 13 de noviembre cuestionen este precepto que garantiza la impunidad de las conductas más graves contra los bienes del familiar.

Por otra parte, también el ámbito de aplicación de esta excusa se ha visto duramente criticado, sobre todo en lo que respecta a su limitación subjetiva. El artículo 268 expresamente solo hace referencia a los “los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho no separados en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio” junto con otros familiares como los ascendientes, descendientes, hermanos por naturaleza o por adopción y los afines en primer grado convivientes. No obstante, el Tribunal Supremo inició un camino de interpretación extensiva del precepto tras el Pleno no Jurisdiccional de 1 de marzo de 2005 en el que acordó que “a los efectos del art. 268 las relaciones estables de pareja son asimilables a la relación matrimonial”. Tras ello han sido numerosas las resoluciones que han considerado oportuno aplicar la excusa absolutoria a las parejas no casadas siempre que existan los requisitos de estabilidad y subsistencia del vínculo²⁸.

Un criterio que se ha sustentado, según la jurisprudencia, por un lado, debido a una interpretación sistemática y lógica motivada por la incongruencia del legislador en relación con la equiparación de las relaciones matrimoniales con las formas de análoga relación de afectividad prevista en otros preceptos²⁹ y, por otro, en aplicación de una interpretación a favor del reo³⁰.

Considero que esta ampliación subjetiva a la que ha llevado la interpretación jurisprudencial es incorrecta esencialmente por tres cuestiones. En primer lugar, en la misma línea que la argumentada por MANJÓN-CABEZA OLMEDA, porque esta solución se trata más bien de una aplicación analógica (que no de una interpretación extensiva) que por mucho que favorezca al reo, está vedada³¹. En segundo lugar, porque un estricto respeto al principio de legalidad, a través de una interpretación literal del precepto debe rechazar la aplicación de la excusa a las relaciones de pareja puesto que el legislador cuando lo ha querido incluir dentro del ámbito de aplicación del correspondiente precepto así lo ha hecho como ocurre con la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 CP, la exención de pena del art. 454 para el caso del encubrimiento o en delitos específicos como el maltrato ocasional y habitual de los arts. 153 y 173.2 CP³². En tercer lugar, porque esta interpretación muestra una falta de perspectiva de género en la aplicación del precepto al perjudicar a las víctimas mujeres de la violencia de género económica en aquellos supuestos en los que su pareja, como forma de dominación, se apodera de los bienes privativos de esta.

La razón es sencilla. Pese a ser la norma lo más objetiva posible, estas hay que interpretarlas según el momento histórico en el que deben ser aplicadas y la realidad demuestra que todavía continúa presentes estereotipos que afectan a la mujer como es la idea de que esta es la encargada de ocuparse de las tareas propias del hogar debiendo quedar su libertad económica supeditada a esta labor³³. Partiendo de este hecho, el operador jurídico

²⁷ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luís, 2021. “Impago de prestaciones económicas...”, cit., p. 13.

²⁸ En esta línea, STS 91/2005, de 11 de abril, 244/2010 de 22 de marzo, 577/2013 de 2 de julio, 424/2018 de 26 de septiembre.

²⁹ La STS 244/2010, de 22 de marzo es bastante ilustrativa al respecto.

³⁰ Así lo ha establecido el TS en su sentencia 424/2018 de 26 de septiembre y en su sentencia 577/2013 de 2 de julio.

³¹ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli, 2014. *Las excusas absolutorias...*, cit., p. 125. En el mismo sentido, QUINTERO OLIVARES en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.) y MORALES PRATS, Fermín (coord.), 2005. *Comentarios al nuevo Código Penal*, Cizur Menor: Aranzadi, 4ª Edición, p. 1363.

³² Esta era la línea que seguía el Tribunal Supremo antes del mencionado acuerdo no jurisdiccional de 2005. *Vid.*, STS 9891/1991, de 21 de mayo; 23/1995, de 22 de enero y 2176/2002, de 23 de diciembre. Resulta interesante esta última que resumía la doctrina jurisprudencial del momento considerando que:

“las excusas absolutorias las establece la ley por motivos de política criminal, y en cuanto normas de privilegio, no admiten interpretaciones extensivas a hechos distintos, a situaciones diferentes o a otras personas que las expresamente recogidas en el texto legal”.

³³ Un análisis pormenorizado de estas ideas y de la necesidad de aplicar la perspectiva de género como categoría analítica en el momento de interpretación de la norma penal se encuentra en LLORIA GARCÍA, Paz, 2020. “Algunas reflexiones sobre la perspectiva de género...”, cit., pp. 322-323 en la cual la autora afirma:

“La perspectiva de género solo implica que las normas deben ser aplicadas atendiendo a la situación de discriminación

encargado de evitar situaciones discriminatorias en aplicación de una norma aparentemente neutra, debería restringir al máximo las posibilidades de impunidad que se generan con una expansión subjetiva. Y más, todavía, cuando el propio precepto ni contempla estos supuestos (las relaciones análogas de afectividad), su fundamento se encuentra en un momento cuestionable y es posible realizar una labor correctora que favorezca al reo, según el caso concreto, mediante la aplicación de la circunstancia mixta de parentesco en su modalidad atenuadora³⁴.

En definitiva, la excusa absolutoria de parentesco debe entenderse como una opción legislativa que carece de un fundamento razonable en la actualidad y que supone una total desprotección para la mujer, en el ámbito de la pareja, convirtiendo en impune esta vertiente de la violencia económica. Una barrera que, en todo caso, requiere de una interpretación que restrinja al máximo sus efectos.

3. TRATAMIENTO PENAL DE LA DOBLE DISCRIMINACIÓN A LAS MUJERES POBRES

3.1. UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE DOBLE DISCRIMINACIÓN

El segundo de los fenómenos que cabría analizar lo conforma aquel supuesto en el que el ataque se produce por la doble condición de la víctima de ser mujer y, además, pobre. Los elementos género y escasez económica se interrelacionan como ocurría en el caso anterior, si bien en esta ocasión como dos factores de discriminación diferentes.

En este sentido, varias han sido las investigaciones encargadas de remarcar este problema como una situación que afecta a nuestro país. Algunos ejemplos a destacar se encuentran en la reciente investigación incluida en el primer encuentro de Jóvenes Investigadores de Criminología de 2019 así como el informe Hatento de 2015. Ambos son estudios que se dedican a analizar la realidad criminológica a la que se ven sometidas las personas sin hogar como víctimas de agresiones por su condición socioeconómica. Tanto en uno como en el otro, entre otras consideraciones, se concluye que el porcentaje de victimización de mujeres sin hogar es mucho mayor que el de hombres, destacando que las agresiones a mujeres en dicha situación posee una doble urgencia, resultando ser un colectivo aún más vulnerable³⁵.

De hecho, según los datos ofrecidos por en el Informe Hatento todas las categorías que recogen formas de agresión frente a las personas sin hogar marcan una tendencia en la que el porcentaje de victimización de mujeres es superior que el de hombres, salvo en el caso de las agresiones físicas en las que no existen diferencias³⁶. Sobre todo, resulta especialmente llamativo la diferencia significativa que se produce en el caso de la violencia sexual en la que los datos reflejan una marcada simbología de género. En esta línea, dicho informe revela cómo el 18'8% de las mujeres sin hogar entrevistadas afirmaron haber sufrido este tipo de agresiones frente al 0'05% en el caso de los hombres. Unos números que continúan el camino marcado por el Instituto Nacional de Estadística en su encuesta de 2012 que indicaba que el 24'2% de las mujeres sin hogar entrevistadas habían sufrido algún tipo de agresión sexual frente al 1'5% en el caso de los hombres³⁷.

que sufren las mujeres por su propia condición de tal manera que se garantice una aplicación igualitaria de la norma (no uniformadora) y que deje de lado las consideraciones subjetivas prevalentes en la sociedad sobre los papeles que las mujeres deben cumplir y que se relacionan con los tradicionales mitos de la mujer madre, del amor romántico y de la pasividad sexual femenina, así como de la idea del control por parte del Derecho a las propias mujeres a las que no se permite autodeterminarse libremente ni, por lo tanto, tomar decisiones que tengan que ver con su propio cuerpo o su propia libertad de pensamiento, religiosa e incluso económica”.

³⁴ En términos similares lo fundamenta QUINTERO OLIVARES quien, junto con el argumento de la prohibición de analogía *in bonam partem* derivada del art. 4 CP, manifiesta la posibilidad de una solución formal como es la de aplicar la circunstancia mixta de parentesco que sí contempla tal relación. En QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.) y MORALES PRATS, Fermín (coord.), 2005. *Comentarios al nuevo...*, cit., p. 1363.

³⁵ ÁVILA VÁZQUEZ, Virginia y GARRIDO GAITÁN, Elena. “La aporofobia como delito de odio y discriminación”. En Castro Toledo, F.J; Gómez Bellvis A.B y Buil-Gil, D (Eds.). *La criminología que viene. Resultados del I Encuentro de Jóvenes Investigadores en Criminología*, Red Española de Jóvenes Investigadores en Criminología, 2019, pp. 301-302 y AA. VV., Observatorio Hatento, 2015., “Los delitos de odio contra las personas sin hogar. Informe de investigación”, Madrid: RAIS Fundación, p. 38.

³⁶ AA. VV., Observatorio Hatento, 2015., “Los delitos de odio...”, cit., p. 39. En concreto, las categorías que expone la gráfica del informe son: insultos, trato discriminatorio, timo, acoso o intimidación, agresión física, daño de pertenencias, robo de pertenencias, agresión sexual y otros.

³⁷ Instituto Nacional de estadística, 2012. “Encuesta sobre personas sin hogar”, Disponible en: https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176817&menu=ultiDatos&idp=1254735976608 (fecha de consulta: 21-05-2021).

Este fenómeno, que ni mucho menos es novedoso³⁸, responde a lo que conceptualmente se ha denominado doble discriminación o discriminación múltiple³⁹. Un camino de comprensión que lo inició la jurista estadounidense KIMBERLÉ CRENSHAW tras analizar la discriminación que sufrían las mujeres negras, concluyendo que no todas las mujeres sufren la misma opresión, sino que hay mujeres que experimentan los efectos combinados de diversas prácticas discriminatorias⁴⁰. A partir de este planteamiento, la necesidad de identificar los efectos adicionales causados por la discriminación múltiple ha ido aumentando hasta el punto de poder afirmar que se trata de una de las mayores contribuciones del feminismo en los últimos años, pues en gran parte de los supuestos uno de los factores de discriminación que concurre es precisamente el hecho de ser mujer⁴¹.

Sin embargo, en España la discriminación múltiple ha sido escasamente tratado por la doctrina jurídica, siendo la tendencia la de abordar el análisis desde la perspectiva de una sola variable. Como ilustrativamente afirma REY MARTÍNEZ, la discriminación suele analizarse como si fueran “rectas paralelas que siempre guardan la misma distancia y nunca se cortan”⁴². En consecuencia, tanto sus aportaciones como las de SERRA CRISTÓBAL resultan esenciales, pues profundizan en los efectos que genera este fenómeno relacionándolo con la idea de “interseccionalidad”.

Por una parte, el primero entiende que la doble discriminación debe concebirse como el producto resultante de la unión de diversos factores de discriminación. Para ello, se basa en el concepto de intersección matemático (como conjunto de los elementos que son comunes a dos conjuntos) para explicar que la discriminación doble o múltiple no es un cruce aséptico de dos motivos de discriminación, sino que consiste en esa situación simultánea que genera un conjunto nuevo, distinto de los anteriores⁴³. Por el otro, esta segunda autora también se basa en la noción de “interseccionalidad” para explicar que la concurrencia de un mayor número de factores discriminatorios aumenta exponencialmente el daño que la mera suma que produciría cada uno por separado⁴⁴.

En definitiva, y trasladando estas ideas al caso concreto que nos ocupa, no se trata de concebir estos ataques como una suma aislada debida a razones de género y a razones aporóforas, sino que hay que entenderla como la discriminación que sufren como mujeres pobres. Consecuentemente y debido a que estas víctimas son discriminadas por dos campos que engloban una serie de estereotipos negativos profundamente arraigados en la sociedad, se produce una agravación del desvalor del acto sancionable, aumentando la gravedad de la lesión sobre su dignidad como bien jurídico⁴⁵.

³⁸ Textos internacionales de enorme relevancia internacional como la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) de 1979 ya señalaron las terribles consecuencias de la interacción de la discriminación de la mujer y la pobreza.

³⁹ Como afirma SERRA CRISTÓBAL, esta situación en la que interaccionan varios motivos de discriminación de manera simultánea ha recibido numerosas denominaciones: “doble discriminación”, “discriminación múltiple”, “discriminación interseccional”, “discriminación multidimensional”, “discriminación compuesta”, etc. En SERRA CRISTÓBAL, Rosario, 2020. “El reconocimiento de la discriminación múltiple por los tribunales”, *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, 27, p. 141.

En este trabajo, se utilizarán indistintamente los conceptos de “discriminación múltiple”, “discriminación interseccional” y “doble discriminación” que son más extendidos en la literatura académica.

⁴⁰ Sobre un análisis de la idea de doble discriminación de esta autora *vid.*, BARRÈRE UNZUETA, M^a Ángeles y MORONDO TARAMUNDI, Dolores, 2011. “Subordiscriminación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 45, pp. 28-31.

⁴¹ SERRA CRISTÓBAL, Rosario, 2020. “El reconocimiento de la discriminación múltiple...”, *cit.*, p. 141.

⁴² REY MARTÍNEZ, Fernando, 2008. “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 84, p. 254.

⁴³ *Ibidem*, p. 266.

⁴⁴ SERRA CRISTÓBAL, Rosario. “Mujer y doble discriminación”, en Fabregat Monfort, G (coord.), *Mujer y Derecho. Jornada de igualdad de la Facultad de Derecho de la Universitat de València*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 90. Para explicar esta idea, la autora se sirve de una comparación muy clarificadora expresando que la discriminación interseccional sería como un accidente de tráfico en una intersección de calles en la que chocan todos los vehículos que circulan por cada una de ellas.

⁴⁵ Desde un punto de vista más amplio (al conjunto de posibilidades de discriminación múltiple) esta es la conclusión a la que llegan SERRA CRISTÓBAL, Rosario, 2011. “Mujer y doble discriminación...”, *cit.*, p. 91; REY MARTÍNEZ, Fernando, 2008. “La discriminación múltiple...”, *cit.*, p. 254 y ABRIL STOFFELS, Ruth, 2013. “TEDH. Sentencia de 25.07.2012, B.S.c. España, 47159/08. Arts. 3 y 14 CEDH – tratos inhumanos o degradantes - prohibición de discrimi-

3.2. LA AUSENCIA DE RECONOCIMIENTO JUDICIAL DE LA DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE

Afortunadamente, la normativa internacional lleva décadas identificando el problema de la discriminación interseccional en mujeres. En este sentido, tal vez una de las instancias que más ha propulsado su reconocimiento haya sido el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Obsérvese que ya desde 1991 este organismo utilizaba el término de “doble discriminación” para mostrar su preocupación sobre la situación particular de las mujeres discapacitadas en su recomendación general nº18. Por ello, su labor se considera esencial, destacando también su recomendación general nº19 en la que profundiza sobre los peligros que acarrea la concurrencia de diversos factores de discriminación en la mujer en varios campos, pero sobre todo, su recomendación general nº25 de 2004 en la que alerta expresamente del problema de la discriminación múltiple y conmina a los Estados Parte a adoptar medidas especiales para eliminar las consecuencias negativas y complejas que presenta⁴⁶.

Asimismo, no es posible comprender la importancia que en el ámbito internacional se le ha otorgado a la discriminación múltiple sin las aportaciones realizadas por el Comité de Derechos Humanos de la ONU que ya el año 2000 advirtió su preocupación sobre el hecho de que la discriminación contra las mujeres a veces se acompaña por otras causas de discriminación entre las que se encuadra la situación de pobreza⁴⁷. Ni tampoco sin la repercusión de la declaración de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y la Intolerancia celebrada en Durban en 2001 la cual introduzco dicho concepto⁴⁸.

Igualmente la Unión Europea ha seguido los mismos pasos mediante la elaboración de instrumentos cuyo enfoque apunta a la necesidad de atender las especiales circunstancias que rodea a las víctimas que sufren discriminación múltiple⁴⁹. Un proceso que culminó con la publicación en 2009 de la investigación que encargó la Comisión Europea a un grupo de expertos en derecho a la igualdad titulada “Multiple discrimination in EU Law. Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination”⁵⁰. En él se desprenden varias conclusiones muy interesantes. Por un lado, de nuevo se resalta el peso que tiene el “factor mujer” en la discriminación interseccional pues se constata su presencia en la mayoría de los casos. Y, por el otro, se confirma que el hecho de concurrir en una persona diversas causas de discriminación genera en ellas un efecto de exclusión más acentuado que cuando concurre un solo motivo.

En lo que respecta a nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 14 de la Constitución española no menciona de manera específica la posibilidad de la discriminación múltiple. Sin embargo, nuestra legislación ya ha reconocido este fenómeno como una realidad que debe tenerse en cuenta en la LO 3/2007, de igualdad efectiva entre

nación – deber de investigar en profundidad alegaciones de malos tratos de la policía -. El reconocimiento judicial de la discriminación múltiple en el ámbito europeo”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 44, pp. 323-324.

⁴⁶ Comité de la CEDAW, *Recomendación general N° 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal*, 2004. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/52d905144.html> (fecha de consulta: 24-05-2021). En su apartado 12 indica:

“Quizás sea necesario que los Estados Partes adopten determinadas medidas especiales de carácter temporal para eliminar esas formas múltiples de discriminación múltiple contra la mujer y las consecuencias negativas y complejas que tiene”.

⁴⁷ Apartado 30 del CPR General Comment No. 28: Article 3 (The Equality of Rights Between Men and Women). CCPR/C/21/Rev.1/Add.10. Disponible en: <https://www.refworld.org/pdfid/45139c9b4.pdf> (Fecha de consulta: 04-06-2021).

⁴⁸ Se trata de una de las primeras declaraciones internacionales que introducen el concepto de “discriminación múltiple” en este caso haciendo referencia a los motivos que agravan la discriminación junto a la raza, el origen nacional o étnico. En el caso concreto de las mujeres, esta declaración insta a los Estados a reforzar la colaboración y aplicar un enfoque integrado especialmente dirigido a las mujeres víctimas de discriminación múltiple (apartado 212).

⁴⁹ Un ejemplo se encuentra en la Estrategia marco contra la discriminación y por la igualdad de oportunidades para todos de 2005 en la que pidió a la Comisión que examinara muy especialmente la problemática de las discriminaciones múltiples. En Parlamento Europeo, 2005. “Resolución del Parlamento Europeo sobre la Estrategia marco contra la discriminación y por la igualdad de oportunidades para todos”, (2005/2191(INI)), apartado 27.

⁵⁰ BURRI, Sussane y SCHIEK, Dagmar, 2009. “The European network of legal experts in the field of gender equality: Multiple discrimination in EU Law. Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination?”, Bruselas: Comisión Europea.

mujeres y hombres⁵¹. En ella, además de reconocer la existencia del fenómeno, incluye ciertas obligaciones para las autoridades entre las que se encuentran la posibilidad de adoptar acciones positivas para abordarla y la necesidad de introducir mecanismos que muestren la incidencia que otras variables pueden generar en situaciones de múltiple discriminación en estudios y estadísticas que se realicen.

El principal problema radica, pues, en su reconocimiento judicial ya que, pese a los numerosos instrumentos que alertan sobre las consecuencias adicionales generadas por el fenómeno, nuestros tribunales han decidido no abordarlo desde una perspectiva interseccional⁵². Un inconveniente que ya se reflejaba en la investigación encargada por la Comisión Europea mencionada *supra* pues en ella, en relación con el caso concreto de España, se indica que la discriminación múltiple no se identifica en los supuestos en los que se produce y el enfoque ante los tribunales suele limitarse a un solo motivo, lo que explica la inexistencia de casos en los que se declara expresamente la concurrencia de este fenómeno, siendo necesario visibilizar mejor la forma de tratar las denuncias relacionadas con la discriminación doble⁵³.

Una situación que todavía continúa patente años después de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos B.S contra España de 24 de julio de 2012⁵⁴. Una sentencia de enorme relevancia puesto que en ella se reconocía por primera vez un caso de discriminación múltiple, en este caso debido a la condición del sujeto pasivo de ser una mujer africana que ejercía la prostitución. Ciertamente, su fundamentación jurídica sobre el problema es bastante escueta puesto que ni se desarrolla el contenido ni las consecuencias de esta forma de discriminación. No obstante, resulta innegable la eficacia internacional que tuvo⁵⁵ y el efecto corrector que trató de generar en una situación en la que nuestros tribunales penales habían sido incapaces de detectar una especial situación de vulnerabilidad.

⁵¹ De hecho, parece que el reconocimiento legal de la discriminación múltiple o interseccional va a ampliarse pues en el anteproyecto de “Ley Orgánica de Garantía integral de la libertad sexual” se hace alusión expresa al fenómeno a lo largo de su cuerpo normativo y en la Proposición de “Ley integral para la igualdad de trato y no discriminación” presentada por el Grupo Parlamentario Socialista se conceptualiza en el apartado tercero de su artículo 6. Concretamente, sobre la discriminación interseccional se indica: “Se produce discriminación interseccional cuando concurren o interactúan diversas causas de las previstas en esta Ley, generando una forma específica de discriminación”. Proposición de Ley Integral para la igualdad de trato y la no discriminación, *Congreso de los diputados*, XIV Legislatura, Diario núm. 146-1: 1-29, 29 enero 2021. Recuperado de: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-146-1.PDF (fecha de consulta: 24-05-2021).

⁵² Sobre un análisis en profundidad del tratamiento internacional del fenómeno de la discriminación múltiple por parte de los tribunales *vid.*, Serra Cristóbal, R., 2020. “El reconocimiento de la discriminación múltiple...”, *cit.*, *passim*.

⁵³ BURRI, Susanne y SCHIEK, Dagmar, 2009. “The European network of legal...”, *cit.* pp. 118-120.

⁵⁴ STEDH, sección 3ª, B.S. c. España, nº47159/08, 24 julio de 2012. Según relatan los hechos de la sentencia, la víctima (demandante) era una mujer nigeriana con residencia regular en España que ejercía la prostitución y que fue agredida por la policía mientras se realizaban labores de identificación. La demandante alegó que, pese a no estar penalizada la prostitución en el Código penal español, no existir normativa que impidiese permanecer en esa área y haber más prostitutas en la zona, sola a ella, que era la única que no presentaba un “fenotipo europeo”, se le increpó mediante insultos racistas como “puta negra, lárgate de aquí” y una serie de lesiones. La víctima denunció estos hechos antes los juzgados españoles correspondientes presentando varios partes médicos de hospitales públicos y una lista de tres testigos. No obstante, el órgano juzgador solicitó un informe escrito al superior de los policías imputados y terminó sobreseyendo el caso por falta de pruebas. El asunto fue recurrido, llegando al Tribunal Constitucional el cual lo inadmitió por falta de contenido constitucional. B.S. entendía que su condición de mujer negra y prostituta le hacía especialmente vulnerable y que la interacción de los factores que confluían debían analizarse en conjunto para comprender el fenómeno. Por ello, solicitó amparo ante el TEDH el cual estimó la demanda, considerando que su situación de discriminación múltiple la hacía más vulnerable y condenando a España no tanto por los hechos en sí mismos, cuya existencia no pudo ser constatada, sino por la desidia de las autoridades españolas en investigar el caso y castigar a los culpables. Sobre un análisis crítico de esta sentencia *vid.*, ABRIL STOFFELS, Ruth, 2013. “TEDH. Sentencia de 25.07.2012...”, *cit.*, *passim*.

⁵⁵ Una muestra de la importancia de esta sentencia se puede observar en el caso Gonzales Lluy y otros contra Ecuador de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2015. En ella, para respaldar su fundamento sobre cómo ciertos grupos de mujeres padecen discriminación a lo largo de su vida con base en más de un factor combinado utiliza como sustento precisamente el caso B.S. contra España del TEDH.

3.3. EL GÉNERO Y LA APOROFOBIA COMO MOTIVOS DISCRIMINATORIOS EN EL CÓDIGO PENAL

Como se acaba de exponer, la respuesta jurídica respecto de la discriminación interseccional no yerra en cuanto al ámbito de creación legislativa (puesto que existen normas nacionales e internacionales que reconocen el problema), sino más bien desde un punto de vista de aplicación de la norma ya que los tribunales penales españoles ignoran estos reconocimientos legales. En este punto queda solo analizar si, en el concreto supuesto que nos ocupa, la falta de aplicación jurídica podría deberse a una ausencia de tutela penal de las víctimas que sufren ataques por su doble condición de ser mujer y pobre.

En lo que respecta al primero de los elementos (tutela de la mujer por el hecho de serlo), la regulación penal española ha dado un gran paso en los últimos años tras la reforma del Código penal con la LO 1/2015 y la incorporación del agravante de discriminación por razones de género⁵⁶. Mediante su inclusión se ha pasado de un sistema específico de protección de difícil justificación⁵⁷ a un sistema mixto en el coexiste, por un lado, una circunstancia genérica que modifica la responsabilidad criminal (artículo 22.4 del Código penal) y, por el otro, se han mantenido una serie de delitos con agravantes específicas que se contemplan en el Libro II.

Independientemente de si esta solución es la más adecuada o no, lo cierto es que resulta innegable que ha abierto la puerta a extender su tutela a aquellas víctimas mujeres en las que no concurría el elemento de afectividad que se requería. Una idea que se ha materializado finalmente en la STS 444/2020, de 14 de septiembre, en la cual se ha aplicado por primera vez “las razones de género” como agravante fuera del ámbito de la pareja⁵⁸.

En cuanto al segundo de los factores, recientemente se acaba de publicar en el BOE la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia la cual en su disposición final sexta ha incorporado dentro del catálogo del artículo 22.4 del Código penal la “apofobia o exclusión social” como motivo discriminatorio⁵⁹. Reforma que se justifica por razones de oportunidad político-criminal así como por motivos jurídico-penales de merecimiento y necesidad de pena⁶⁰. Además, estos planteamientos se han visto reforzados con argumentos expuestos por autores como BUSTOS RUBIO quien, a propósito de la Teoría de las Obligaciones del Estado, considera que, ante una norma que ya existe, la omisión de dichas razones en el artículo 22.4 del Código penal podría entenderse como una discriminación a las personas pobres por parte del legislador⁶¹. En consecuencia, esta modificación ha derrumbado ese muro con el que se topaban nuestros jueces que,

⁵⁶ Un estudio en profundidad sobre el proceso legislativo y los principales problemas que plantea esta nueva figura incorporada como agravante del artículo 22.4 se ofrece en OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, Néstor, 2019. *La circunstancia agravante genérica de discriminación por razones de género*, Madrid: Iustel.

⁵⁷ Sobre los inconvenientes que generan los delitos género-específicos como vía de protección de la violencia de género entre los que se encuentran la plasmación de un Derecho penal simbólico, la sobreprotección estatal y el efecto de vulnerabilidad y victimización *vid.*, LAURENZO COEPLLO, Patricia, “¿Hacen falta figuras género específicas para proteger mejor a las mujeres?”, *Estudios Penales y Criminológicos*, nº35, 2015, pp. 783-830.

⁵⁸ En realidad, el Tribunal Supremo ya había admitido previamente en sentencias como STS 452/2019, de 8 de octubre; 223/2019 de 29 de abril; 565/2018, de 19 de noviembre y 420/2018, de 25 de septiembre la posibilidad de aplicarse este agravante fuera de la relación de pareja presente o futura. En contra, algunas autoras como RUEDA MARTÍN y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS han criticado esta expansión en el ámbito de aplicación, abogando por una interpretación teleológica y sistemática del precepto, lo que, según ellas, conlleva a circunscribir el ámbito de aplicación exclusivamente a las relaciones de pareja ya que el término “género” debe interpretarse en consonancia con el artículo 1 de la LMCVG. En RUEDA MARTÍN, M^a Ángeles, 2019. “Cometer un delito por discriminación referente al sexo de la víctima y/o por razones de género como circunstancia agravante genérica”, *RECPC*, 21, pp. 3, 4 y 23 y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena, 2018. “La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22.4 CP)”, *RECPC*, 20-27, pp. 12 y 13.

⁵⁹ En relación con la terminología empleada, BUSTOS RUBIO se ha mostrado en contra de la inclusión del concepto “exclusión social” puesto que no cumple con las exigencias derivadas del principio de legalidad en su vertiente de taxatividad y certeza en cuanto a hace referencia a un proceso estructural que no está actualmente determinado con exactitud, mientras que la noción “apofobia” sí que cumple con las garantías penales derivadas de dicho principio. *Vid.*, BUSTOS RUBIO, Miguel, 2020. *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (22,4ª CP)*, Barcelona: Bosch Editor, pp. 41-45.

⁶⁰ Estas ideas se desarrollan en profundidad en BUSTOS RUBIO, M., 2020. *Aporofobia y delito...*, cit. 154-220.

⁶¹ BUSTOS RUBIO, Miguel, 2021. “Aporofobia, motivos discriminatorios y obligaciones positivas del Estado: el art. 22.4ª CP entre la prohibición de infraprotección y la subinclusión desigualitaria”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 23-04, pp. 39-40.

en virtud del principio de legalidad, no podían apreciar esta circunstancia de agravación genérica para los casos de ataques a las personas sin hogar.

De estas ideas podemos afirmar que, efectivamente, la legislación penal española ya ofrece un sistema de tutela frente a los ataques contra las mujeres y a las personas pobres. El siguiente paso consiste en analizar de qué manera puede el Derecho punitivo abarcar los supuestos de doble discriminación; pero, para ello, es necesario tener en cuenta dos consideraciones esenciales.

En primer lugar, para aseverar la presencia de una doble discriminación sobre un sujeto pasivo por su condición de mujer pobre, será necesario comprobar, a través de los actos externos que rodean el hecho, que el correspondiente delito se comete por ambos motivos, aunque cabe señalar que se trata de una cuestión no unánime en la doctrina⁶². Esta afirmación se justifica en la medida en que ni todos los ilícitos cometidos frente a una víctima mujer el motivo de su comportamiento sean las razones de género⁶³, ni todo delito frente a una persona pobre se expliquen por razones aporóforas, ni mucho menos en todas las conductas delictivas frente a mujeres pobres confluyan ambos motivos discriminatorios⁶⁴. En todo caso la clave será, siguiendo a MAQUEDA ABREU en “el modo en que deba valorarse el efecto sobre sus víctimas, para evitar la incertidumbre que provoca cualquier investigación sobre la motivación subjetiva del autor y valorar el agravio que se les causa y que las identifica como grupo agraviado”⁶⁵.

En segundo lugar, tal y como se ha afirmado a lo largo de este trabajo, debe tenerse en cuenta que la lesión a la dignidad del sujeto pasivo se ve incrementada exponencialmente en los casos de doble discriminación. Por lo tanto, los supuestos en los que concurre un único motivo y aquellos en los que intervienen simultáneamente varios exigen un tratamiento diferenciado en virtud del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE, pues no son lo mismo. El problema estriba en que en el Derecho penal rige un principio esencial como es el de *non bis in idem* que podría verse afectado en el caso de aplicar dos veces el agravante de discriminación por razones de género y las razones aporóforas.

En efecto, algo que parece incuestionable es que todas las razones recogidas en el artículo 22.4 responden al mismo fundamento puesto que el legislador, acertadamente, ha decidido contemplar en una única circunstancia agravante distintos motivos, sin separarlos en diferentes preceptos⁶⁶. Aunque, si bien es cierto, en la actualidad existen grandes discrepancias en torno a cuál es el concreto fundamento que opera en todas ellas.

Tradicionalmente, el criterio dominante ha sido el de considerar que este residía en el plano de la culpabilidad debido a una mayor reprochabilidad que merece el móvil que impulsa al autor a cometer el delito⁶⁷. No obstante,

⁶² A favor de la exigencia de acreditar la actitud hostil frente al sujeto pasivo para aplicar la circunstancia genérica del 22.4, MAQUEDA ABREU, M^a Luisa, 2016. “El hábito de legislar sin ton ni son. Una lectura feminista de la reforma penal de 2015”, *Cuadernos de política criminal*, 118, pp. 17-18 y RUEDA MARTÍN, M^a Ángeles, 2019. “Cometer un delito por discriminación...”, cit., pp. 20-22. Y, respecto de las razones aporóforas, BUSTOS RUBIO, Miguel, 2020. *Aporofobia y delito...*, cit. p. 234.

En contra, SEOANE MARÍN, María Jéssica y OLAIZOLA NOGALES, Inés, 2019. “Análisis de la circunstancia agravante de discriminación por razones de género (22. 4^a CP)”, *Estudios penales y criminológicos*, n^o39, 2019, p. 467, quienes argumentan que no es acertado hacer depender la aplicación de la agravante a un elemento puramente subjetivo pues lo relevante no es analizar la parte subjetiva del hecho sino el elemento objetivo que condiciona la atribución del injusto a su autor, añadido al argumento de las dificultades probatorias que ello plantearía.

⁶³ RUEDA MARTÍN explica que precisamente la posibilidad de existir varias clases de violencia en las relaciones de pareja como la violencia de control, pero también la ejercida como respuesta a una agresión previa o la que se produce en el escalamiento de un conflicto obliga a constatar cuál es la que concurre en el caso concreto mediante la prueba pertinente para apreciar el agravante de discriminación por razones de género. En RUEDA MARTÍN, M^a Ángeles, 2019. “Cometer un delito por discriminación...”, cit., p. 22.

⁶⁴ Piénsese en el caso que recoge la SAP Barcelona, secc. 10^a, de 5 de noviembre de 2008 en el que un grupo de jóvenes quemaron a una mujer indigente que dormía en un cajero automático, falleciendo a causa de un fallo multiorgánico a consecuencia de tales quemaduras. De los hechos probados, se desprende claramente el aprovechamiento de vulnerabilidad de la víctima por la situación de sinhogarismo, pero en ningún momento quedan acreditadas razones de género como móvil discriminatorio.

⁶⁵ MAQUEDA ABREU, M^a Luisa, 2016. “El hábito de legislar...”, cit., p. 18.

⁶⁶ En esta línea, OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, Néstor, 2021. “Los sujetos pasivos en los delitos por discriminación”, *Revista General de Derecho Penal*, 35, p. 19.

⁶⁷ A favor, entre otros, COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás S., 1999. *Derecho penal, parte general*,

en los últimos años se observa una tendencia que desplaza su fundamentación en un incremento del injusto debido a que se considera que un aumento de la pena por las motivaciones subjetivas del autor supone asumir como válidos postulados propios de un Derecho penal de autor en el que se impone al sujeto activo una pena superior por su actitud interna o por su pensamiento y no por lo que ha realizado conscientemente como precisa el Derecho penal del hecho⁶⁸.

Aunque tampoco en este punto la doctrina parece ponerse de acuerdo. Por un lado, una línea que ha sido encabezada por MIR PUIG considera que lo que se incrementa en la agravante de discriminación es el injusto subjetivo⁶⁹ que algunos autores como OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS se han encargado, recientemente, de argumentarlo indicando que cuando se ataca por razones discriminatorias, además de menoscabarse el bien jurídico protegido por delito cometido, se lesiona la dignidad del individuo “como consecuencia del deliberado ánimo del sujeto activo de menospreciar y discriminar a personas o grupos por razón de una condición o circunstancia personal, étnica o social”⁷⁰. En cambio, por otro lado, se defiende que en estos casos se produce un mayor injusto objetivo porque, según LAURENZO COPELLO, lo que se da prioridad no debe ser al móvil discriminador en sí mismo sino al efecto que el delito realizado con esa motivación se produce en el sujeto pasivo⁷¹. Desde esta perspectiva, autores como DOPICO GÓMEZ-ALLER, han matizado la postura sosteniendo que la mayor penalidad se aplica por la infracción adicional a un plano supraindividual producido por la negativa al valor superior de la igualdad en nuestro ordenamiento jurídico⁷².

Sea como fuere, lo importante aquí es resaltar que dicho incremento del injusto que fundamenta un mayor castigo a la agresión discriminatoria realizada a una mujer pobre impide aplicar dos veces el agravante del 22.4 pues, como se ha expuesto, existe una identidad de hecho, sujetos y fundamento. Desde este punto de vista, la cuestión que cabe preguntarse entonces es: ¿en los casos de discriminación múltiple se puede atender a un principio penal del hecho que tenga en cuenta el incremento de lesión que se produce en estas circunstancias concretas respetando las garantías derivadas del *bis in idem*?, ¿es compatible el principio de igualdad y el respeto a las garantías esenciales del Derecho penal en estos supuestos?

4. CONSIDERACIONES FINALES

El contexto actual en el que vivimos exige un adecuado análisis jurídico de las formas de ataque económico que pueden sufrir las mujeres. Cuando el elemento socio-económico funciona como un instrumento para lograr la subdiscriminación de la mujer estaremos hablando de violencia económica entendida como una subcategoría de la violencia de género. Una forma de agresión que se suele producir dentro del ámbito de la pareja y que persigue la dependencia y el sometimiento de la víctima al poder del varón.

Por desgracia, y pese a ser en muchas ocasiones la antesala de violencias más dañinas, es una de las manifestaciones menos reconocidas y estudiadas. Aunque, en honor a la verdad, parece que este inconveniente se está superando no solo porque instrumentos internacionales alertan de esta forma de agresión, sino porque los tri-

Valencia: Tirant lo Blanch, 5ª edición, p. 897; CERZO MIR, José, 2004. *Curso de derecho penal español. Parte General III*, Madrid: Tecnos, p. 161 y ALONSO ÁLAMO, Mercedes. “La circunstancia agravante de discriminación”. En Díez Ripollés, J.L., Romeo Casabona, C., Gracia Martín, L. e Higuera Guimerá, J.F. (eds.). *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor Don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, 2002, pp. 538 y 539.

⁶⁸ OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, Néstor, 2021. “Los sujetos pasivos...”, cit., p. 21. En contra *vid.*, PANTALEÓN DÍAZ que considera que la fundamentación de los motivos discriminatorios en el incremento del injusto es todavía más incompatible con el principio del hecho que la fundamentación basada en la culpabilidad. En PANTALEÓN DÍAZ, Marta, 2020. “La aporofobia como móvil discriminatorio: ¿Derecho penal de autor?”, *Sistema Penal Crítico*, 1, p. 160.

⁶⁹ MIR PUIG, Santiago, 2016. *Derecho penal. parte general*, Barcelona: Editorial Reppertor, 10ª Edición. p. 656.

⁷⁰ OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, Néstor, 2021. “Los sujetos pasivos...”, cit., p. 22. También MAQUEDA ABREU considera que “la afirmación de su dignidad se constituye entonces en la razón de ese plus de tutela”. En MAQUEDA ABREU, Mª Luisa, 2016. “El hábito de legislar...”, cit., p. 18.

⁷¹ LAURENZO COPELLO, Patricia, 1996. “La discriminación en el Código Penal de 1995”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 19, p. 281.

⁷² 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. 165-168. Asimismo, también considera que el fundamento se encuentra en el injusto objetivo del hecho BUSTOS RUBIO, M., 2020. *Aporofobia y delito...*, cit., p. 235.

bunales españoles empiezan a darle cierta relevancia como ha mostrado el Tribunales Supremo en estos últimos meses.

Del estudio de sentencias y literatura científica podemos concluir que mediante la violencia económica el agresor puede lesionar la integridad moral, la salud psíquica, su dignidad y su patrimonio. Paradójicamente, respecto de este último, aunque parece ser el bien jurídico que más claramente se puede ver amenazado, en realidad, es el que más problemas presenta para poder tutelarse. Ello se debe a la existencia de un verdadero muro legislativo carente de una fundamentación razonable que impide, en la mayoría de los casos, considerar el hecho como punible. Por esta razón es necesario restringir al máximo el alcance de esta barrera regulada como excusa absolutoria en el artículo 268 del Código penal. Y no solo eso, sino que de *lege ferenda*, se aconseja derribarlo o, al menos, limitar los efectos que genera.

En esta línea, se propone eliminar esta excusa absolutoria teniendo en cuenta el poco peso que posee su fundamento en una sociedad en la que la comprensión de las relaciones exigibles dentro del seno familiar dista mucho de la concepción mantenida en el momento en el que se creó la norma hace ya varios siglos. O, al menos, limitar el ámbito de la excusa a los daños patrimoniales de escaso valor⁷³, sobre todo, teniendo en cuenta la necesidad de combatir este tipo de violencia cuando se perpetúa con la finalidad de obtener cierto control sobre la vida de la víctima.

En cambio, si el elemento socio-económico opera de forma autónoma como modo de discriminación (la aporofobia) su interrelación con la violencia de género como otro motivo independiente adquiere una entidad distinta. En este caso se habla ya de doble discriminación y su operatividad se produce fuera del ámbito de la pareja, menoscabando todavía más la dignidad del sujeto pasivo por su doble condición de ser mujer y por su situación de exclusión social.

A diferencia de lo que acontece con el fenómeno anterior, el problema de la discriminación interseccional no es tanto legislativo sino de aplicación jurídica por lo que un correcto tratamiento penal debe ir dirigido a un reconocimiento por parte de nuestros Tribunales de la incidencia lesiva del fenómeno. Efectivamente, la protección genérica de la mujer ya era posible desde 2015, pero no ocurría lo mismo respecto de las personas sin hogar como se ha encargado de indicar nuestro Tribunal Supremo en su famosa sentencia 1160/2006 y la Fiscalía en su Circular 7/2019. Un escollo que por fin podemos considerar superado con la introducción de las circunstancias aporóforas y de exclusión social como nuevas razones discriminatorias dentro del elenco del artículo 22.4 del Código penal.

Ahora que nuestros tribunales disponen de estas herramientas ya nada impide que estos puedan tutelar las agresiones a las mujeres pobres en las que los efectos derivados de esta doble discriminación produzcan un mayor desvalor de la conducta típica. No olvidemos que el rechazo a las personas sin recursos económicos que viven en la calle es una realidad patente en la sociedad en la que vivimos y la mayor vulnerabilidad que, en ocasiones se genera, al grupo de mujeres dentro de este rechazo es una variable que no podemos dejar al margen. Por eso la labor de identificación internacional de esta problemática ha sido tan relevante y que esta se traduzca en un reconocimiento judicial aplicado a los casos concretos en los que se produce resulta esencial.

Sin embargo, en el ámbito del Derecho penal esto no es tan sencillo pues existen una serie de garantías que no se pueden vulnerar como ocurre con la prohibición del *bis in idem* la cual debe estar presente en estos supuestos en los que los sujetos, hechos y fundamento de aplicación del agravante de género y de aporofobia son idénticos. Afortunadamente, nuestro sistema de graduación de la pena permite solventar este aparente choque de principios pudiéndose fundamentar un incremento de pena en la mayor lesividad resultante de la interseccionalidad de los factores de discriminación, eso sí siempre respetando los márgenes establecidos en el artículo 66 del texto punitivo⁷⁴. Solo de esta forma se compatibilizaría la necesidad de un tratamiento distinto frente a las situaciones en las que solo concurre un factor de discriminación con principios penales esenciales como el de proporcionalidad y el *non bis in idem*. Y esta reflexión se puede trasladar a todos aquellos supuestos en los que concurren otros motivos de discriminación múltiple recogidos en el artículo 22.4 del Código penal.

⁷³ Esta postura también la propone MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli, 2014. *Las excusas absolutorias...*, cit., p. 136. Esta autora propone, además, eliminar ciertos delitos o relaciones personales de la exención los cuales quedarían sometidos al régimen de persecución de los delitos perseguibles a instancia de parte.

⁷⁴ Una solución que también se defiende en OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, Néstor, 2019. *La circunstancia agravante...*, cit. p. 208.

BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV., Observatorio Hatento, 2015., “Los delitos de odio contra las personas sin hogar. Informe de investigación”, Madrid: RAIS Fundación.
- ABRIL STOFFELS, Ruth, 2013. “TEDH. Sentencia de 25.07.2012, B.S. c. España, 47159/08. Arts. 3 y 14 CEDH – tratos inhumanos o degradantes - prohibición de discriminación – deber de investigar en profundidad alegaciones de malos tratos de la policía - El reconocimiento judicial de la discriminación múltiple en el ámbito europeo”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 44, pp. 309-326.
- ALONSO ÁLAMO, Mercedes. “La circunstancia agravante de discriminación”. En Díez Ripollés, J.L., Romeo Casabona, C., Gracia Martín, L. e Higuera Guimerá, J.F. (eds.). *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor Don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, 2002, pp. 533 y 542.
- ÁVILA VÁZQUEZ, Virginia y GARRIDO GAITÁN, Elena. “La aporofobia como delito de odio y discriminación”. En Castro Toledo, F.J; Gómez Bellvis A.B y Buil-Gil, D (Eds.). *La criminología que viene. Resultados del I Encuentro de Jóvenes Investigadores en Criminología*. Red Española de Jóvenes Investigadores en Criminología, 2019, pp. 295-306.
- BARRÈRE UNZUETA, M^a Ángeles y MORONDO TARAMUNDI, Dolores, 2011. “Subordiscriminación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 45, pp. 15-42.
- BOIX REIG, Javier y MIRA BENAVENT, Javier, 2019, “Reflexión sobre el concepto de violencia en derecho penal”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1, p. 9-16.
- BURRI, Susanne y SCHIEK, Dagmar, 2009. “The European network of legal experts in the field of gender equality: Multiple discrimination in EU Law. Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination?”, Bruselas: Comisión Europea, pp. 1-132.
- BUSTOS RUBIO, Miguel, 2020. *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (22,4^a CP)*, Barcelona: Bosch Editor.
- BUSTOS RUBIO, Miguel, 2021. “Aporofobia, motivos discriminatorios y obligaciones positivas del Estado: el art. 22.4^a CP entre la prohibición de infraprotección y la subinclusión desigualitaria”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 23-04, pp. 1-42.
- CEREZO MIR, José, 2004. *Curso de derecho penal español. Parte General III*, Madrid: Tecnos.
- COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás S., 1999. *Derecho penal, parte general*, Valencia: Tirant lo Blanch, 5^a edición.
- COBO DEL ROSAL, Manuel, 2002. “Sobre el ejercicio de acciones penales entre parientes en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico”, *Cuadernos de política criminal*, 78, pp. 545-558.
- COLÁS TURÉGANO, Asunción, 2014. “Breve reflexión sobre el delito de impago de pensiones, art. 227 CP”. *Revista boliviana de Derecho*, 17, pp. 210-229.
- DE LA CUESTA AGUADO, Paz. “El concepto jurídico-penal de violencia”, en Ruiz Rodríguez, L. R. y González Agudelo, G. (coords.), *Transiciones de la política penal ante la violencia. Realidades y respuestas específicas para Iberoamérica*, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2019, pp.71-94.
- 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.
- FEMENÍAS, M^a Luisa. “Violencia de sexo-género: El espesor de la trama” en Lorenzo Copello, P., Maqueda Abreu, M.L y Rubio Castro, A.M. (coord.), *Género, violencia y derecho*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 61-88.
- LAURENZO COPELLO, Patricia, 1996. “La discriminación en el Código Penal de 1995”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 19, pp. 219-288.
- LAURENZO COPELLO, Patricia, 2001. *Los delitos de abandono de familia e impago de pensiones*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- LAURENZO COPELLO, Patricia, 2015. “¿Hacen falta figuras género específicas para proteger mejor a las mujeres?”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 35, 2015, pp. 783-830.

- LLORIA GARCÍA, Paz, 2020. “Algunas reflexiones sobre la perspectiva de género y el poder de castigar del estado”, *Estudios penales y Criminológicos*, vol. XL, pp. 309-357.
- LLORIA GARCÍA, Paz, 2020. *La violencia sobre la mujer en el siglo XXI. Violencia de control y nuevas tecnologías. Habitualidad, sexting y stalking*, Madrid: Iustel.
- MAQUEDA ABREU, M^a Luisa, 2016. “El hábito de legislar sin ton ni son. Una lectura feminista de la reforma penal de 2015”, *Cuadernos de política criminal*, 118, pp. 5-42.
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli, 2014. *Las excusas absolutorias en Derecho Español. Doctrina y jurisprudencia*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- MAÑAS ALCÓN, Elena y GALLO RIVERA, Teresa, 2020. “La violencia económica en el ámbito de la pareja: otra forma de violencia que perpetúa la desigualdad de género en España”, *Mujeres y Economía. La brecha de género en el ámbito económico y financiero*, Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, Madrid, pp. 108-148.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena, 2018. “La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22.4 CP)”, *RECPC*, 20-27, pp. 1-20.
- MIR PUIG, Santiago, 2016. *Derecho penal. parte general*, Barcelona: Editorial Reppertor, 10^a Edición.
- OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, Néstor, 2019. *La circunstancia agravante genérica de discriminación por razones de género*, Madrid: Iustel.
- OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, Néstor, 2021. “Los sujetos pasivos en los delitos por discriminación”, *Revista General de Derecho Penal*, 35, pp. 1-46.
- PANTALEÓN DÍAZ, Marta, 2020. “La aporofobia como móvil discriminatorio: ¿Derecho penal de autor?”, *Sistema Penal Crítico*, 1, pp. 153-164.
- PÉREZ ARIAS, Jacinto, 2019. “La excusa absolutoria familiar en los delitos patrimoniales y la imposibilidad de acción penal entre parientes”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 21, pp. 26-43.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes, 2016. “Algunas claves del tratamiento penal de la violencia de género: acción y reacción”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 34, pp. 17-65.
- POSTMUS, Judy L., et. al., 2018. “Economic abuse as an Invisible form of domestic violence: a multi-country review first”, *Trauma, Violence, & Abuse, Online First*, 21 (2), pp. 1-23.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.) y MORALES PRATS, Fermín (coord.), 2005. *Comentarios al nuevo Código Penal*, Cizur Menor: Aranzadi, 4^a Edición.
- REY MARTÍNEZ, Fernando, 2008. “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 84, pp. 251-284.
- RUEDA MARTÍN, M^a Ángeles, 2019. “Cometer un delito por discriminación referente al sexo de la víctima y/o por razones de género como circunstancia agravante genérica”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21, pp. 1-37.
- SEOANE MARÍN, María Jéssica y OLAIZOLA NOGALES, Inés, 2019. “Análisis de la circunstancia agravante de discriminación por razones de género (22. 4^a CP)”, *Estudios penales y criminológicos*, 39, pp. 455-490.
- SERRA CRISTÓBAL, Rosario. “Mujer y doble discriminación”, en Fabregat Monfort, G (coord.), *Mujer y Derecho. Jornada de igualdad de la Facultad de Derecho de la Universitat de València*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 87-98.
- SERRA CRISTÓBAL, Rosario, 2020. “El reconocimiento de la discriminación múltiple por los tribunales”, *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, 27, págs. 137-158.
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luís, 2021. “Impago de prestaciones económicas familiares (art. 227 CP), insolvencia punible y excusa absolutoria de parentesco”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 23, pp. 1-25.
- STYLIANOU, Amanda M., 2018. “Economic abuse within intimate partner violence: a review of the literature”, *Violence and Victims*, vol. 33, 1, pp. 3-22.
- VOTH SCHRAG, Rachel, 2019. “Experiences of economic abuse in the community: listening to survivor voices”, *Journal of Women and Social Work*, vol. 34, 3, pp. 1-12.

Revista
SISTEMA PENAL CRÍTICO

**EL DELITO DE FRAUDE DE PRESTACIONES SOCIALES (art. 307 ter CP):
UNA MANIFESTACIÓN DEL DERECHO PENAL APORÓFOBO¹**

**THE SOCIAL BENEFITS- FRAUD (art. 307 ter CC): AN EXPRESSION OF
THE APOROPHOBIC CRIMINAL LAW**

Adrián Viejo Mañanes

Doctorando en Derecho Penal

Universidad Complutense de Madrid

¹ Artículo desarrollado a raíz de la comunicación defendida en el congreso internacional “Aporofobia y Derecho Penal en el Estado Social” organizado por la Universidad de Deusto los días 20, 21 y 22 de abril de 2021 en el marco del proyecto de investigación “Hacia un modelo de justicia social: alternativas político criminales”, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades del Gobierno de España (Ref. RTI2018-095155-A-C22).

RESUMEN:

La entrada en vigor de la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 7/2012 supuso una modificación de los delitos contra la Seguridad Social al incorporar un nuevo delito de fraude de prestaciones sociales (307 ter CP). Ese nuevo injusto se separaba de los delitos homólogos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, permitiendo que independientemente de la cuantía defraudada toda defraudación de prestaciones sociales resultara típica, apostando a su vez por la inclusión de verbos típicos tan abiertos como facilitar. Respecto a estas cuestiones subyace un fundamento aporóforo, al penar conductas semejantes más gravosamente para el individuo o trabajador que para el empresario.

ABSTRACT:

The entry into force of the reform of the Criminal Code in Spain (brought about by the Ley Organica 7/2012) entailed a modification of the crimes against Social Security by incorporating a new crime of social benefit fraud (307 ter CP). This new offence was separated from the homologous offences against the Public Treasury and Social Security, allowing that regardless of the amount defrauded, all social benefit fraud would be a crime, betting on the inclusion of open verbs as "facilitating". These issues are based on an aporophobic basis, since similar criminal conducts are punished more severely for the individual or worker than for the employer.

PALABRAS CLAVE:

Fraude de prestaciones sociales; aporofobia; aporofobia institucionalizada.

KEYWORDS:

Social benefits fraud; aporophobia; institutionalized aporophobia.

SUMARIO:

1. Planteamiento de la cuestión. 2. Ausencia de condición objetiva de punibilidad. 3. La inclusión de la facilitación como modalidad típica. 4. Severidad en la aplicación de la excusa absolutoria. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

El Boletín Oficial del Estado publicaba el 28 de diciembre de 2012 la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica el Código Penal “en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social”. Con esta modificación el legislador introdujo un nuevo y específico tipo penal: el fraude de prestaciones sociales contemplado en el artículo 307 ter CP, el cual venía a colmar la laguna existente hasta entonces de subsumir los ataques a la vía del gasto de la Seguridad Social en otros tipos penales no específicos, ya fueran reconduciéndose al delito de estafa (artículo 248 CP) o al fraude de subvenciones (artículo 308 CP). Por ello, el legislador en la Exposición de Motivos justificó la creación de este nuevo ilícito sobre la base de que éste “permite dar un mejor y nuevo tratamiento penal a las conductas fraudulentas contra la Seguridad Social, y evita el riesgo de impunidad de aquellos fraudes graves que hasta ahora no superaban el límite cuantitativo establecido”².

Independientemente de la loable fundamentación que justificara la creación *ex novo* de esta figura, la opción político-criminal por la que se decantó el legislador fue la de prescindir de incorporar al tipo básico del delito importe mínimo alguno para su comisión delictiva, a diferencia de lo que ocurre en el resto de preceptos que castigan hechos delictivos contra la Seguridad Social o la Hacienda Pública, y ello por cuanto: “evita el riesgo de impunidad de aquellos fraudes graves que hasta ahora no superaban el límite cuantitativo establecido”. Este abandono del sistema de cuantías, utilizado para delimitar la infracción penal y el ilícito administrativo, deriva en una problemática sobre la que parece que no reparó el legislador penal: una prosecución y punición diferentes para conductas semejantes.

Y es que los comportamientos defraudatorios de prestaciones sociales contenidos en el apartado primero del artículo 307 ter CP no incluyen un límite cuantitativo mínimo, pues el legislador buscaba punir conductas –a su juicio– gravosas que por no alcanzar antaño una cuantía mínima no eran merecedoras de su persecución en vía penal. Empero, para la consecución de tal fin, no solo omitió la inclusión de esa cuantía mínima, sino que, a mayor abundamiento, al objeto de agravar y punibilizar toda conducta defraudatoria de prestaciones, introdujo como modalidades delictivas la obtención, la prolongación y la facilitación. Conducta típica esa de facilitación que tampoco está presente en el resto de delitos previstos en el Título XIV bajo la rúbrica <<*de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social*>>, separándose de nuevo de la tipología de los injustos allí contenidos, persiguiendo y penando conductas análogas de forma heterogénea.

Nos encontramos, pues, ante un más que plausible endurecimiento exacerbado por parte del legislador en la persecución de conductas defraudatorias contra la senda del gasto de la Seguridad Social con la inclusión en la Ley Sustantiva Penal del artículo 307 ter CP por dos vías: (i) vía cuantitativa –supresión de la cuantía mínima en el injusto– y (ii) vía cualitativa –ampliando el círculo de posibles sujetos *ad infinitum*–. Ello deriva, como analizaremos en las líneas que siguen, en un notorio ejemplo de desigualdad en la punibilidad de delitos cometidos por trabajadores e individuos de clases sociales más desfavorecidas por fraude de prestaciones sociales, en contraposición con aquellos cometidos por sujetos con un elevado poder adquisitivo por delitos contra la Hacienda Pública (305 CP) y por aquellos empresarios que defrauden cotizaciones a la Seguridad Social (307 CP). Endurecimiento éste del Código Penal en perjuicio de los más desfavorables que puede ser calificado como una suerte de aporofobia institucionalizada³. Este sistema penal es aporófobo⁴ por exceso, en terminología empleada por BUSTOS RUBIO⁵, al establecer penas ante conductas de bagatela, de escasa lesividad para el bien jurídico, y criminalizar conductas en forma de autoría que en muchos casos tampoco son lesivas para el bien jurídico.

² Ley Orgánica 7/2012. Preámbulo. IV. Párrafo 7º.

³ TERRADILLOS BASOCO, Juan María, 2020. *Aporofobia y plutofobia. La deriva jánica de la política criminal contemporánea*. Barcelona: Bosch Editor. ISBN 978-84-122015-3-6; BUSTOS RUBIO, Miguel, 2020. “Aporofobia institucionalizada: el Código Penal como herramienta”, en PEREZ ADROHER, A., LÓPEZ DE LA VIEJA DE LA TORRE, M. T., HERNÁNDEZ MARTÍNEZ E. (edits.), *Derechos humanos ante los nuevos desafíos de la globalización*. Madrid: Dykinson. ISBN 978-84-1377-310-0.

⁴ Sobre algunas facetas de este sistema confróntese: BUSTOS RUBIO, Miguel, 2021. Aporofobia, motivos discriminatorios y obligaciones positivas del Estado: el art. 22.4ª CP entre la prohibición de infraprotección y la subinclusión desigualitaria. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. nº 23-04. ISSN-e 1695-0194. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/23/recpc23-04.pdf>.

⁵ BUSTOS RUBIO clasifica la aporofobia del sistema político y jurídico por exceso o por defecto en BUSTOS RUBIO, Miguel, 2020. *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22,4ª CP)*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, p. 56. ISBN 978-84-121751-5-8.

2. AUSENCIA DE CONDICIÓN OBJETIVA DE PUNIBILIDAD

Como ya hemos puesto de manifiesto, en primer lugar, la opción político-criminal por la que se decantó el legislador en la LO 7/2012 fue la de endurecer la respuesta punitiva para todo aquel individuo que defraudara prestaciones sociales, pues el precepto no consigna importe mínimo alguno para entenderse consumado. Simplemente, el legislador se limitó a incluir un tipo atenuado “cuando los hechos, a la vista del importe defraudado, de los medios empleados y de las circunstancias personales del autor, no revistan especial gravedad, serán castigados con una pena de multa del tanto al séxtuplo”, sin embargo, si lo comparamos con el resto de supuestos relacionados con el sistema de la Seguridad Social –o incluso con los delitos contra la Hacienda Pública– observamos que es el único de ellos sin la previsión de una cuantía mínima, produciendo que toda conducta defraudatoria de prestaciones sociales por muy leve que esta fuere es susceptible de ser punible.

Sin entrar a analizar y fundamentar en este momento si la cuantía prevista en el tipo actúa como condición objetiva de punibilidad o elemento objetivo del tipo, la extrema severidad del legislador penal al punibilizar el fraude de prestaciones desde el primer euro defraudado deriva en una evidente desigualdad entre este delito y el tipo de fraude de cotizaciones del artículo 307 CP. Y es que no existe un paralelismo entre ambos ilícitos que tutelan el mismo bien jurídico, pues el castigo al empresario por el impago de cotizaciones ha de superar el importe de cincuenta mil (50.000) euros, mientras que la sanción contenida en el fraude de prestaciones del 307 ter CP al beneficiario de ésta es mucho más represiva, pues cualquier fraude de prestaciones es constitutivo de delito por ínfimo que sea el montante defraudado. Esta disparidad a la hora de punibilizar conductas que atenten contra la vía del gasto (307 ter CP) o contra la vía del ingreso (307 CP) ha tenido como consecuencia que algún autor haya calificado a este tipo penal como una suerte de Derecho penal de clase⁶.

Este Derecho penal de clase se materializa en la aplicación de normas penales que benefician a quienes ostentan una clase social superior o un mayor poder adquisitivo. Así pues, comportamientos delictivos cometidos por el empresario que supongan un delito contra la Seguridad Social en su modalidad recaudatoria del artículo 307 CP no serán perseguidos penalmente si no superan la cuantía típica de cincuenta mil euros. En cambio, todo individuo que cometa fraude de prestaciones sociales del 307 ter CP, con independencia del importe defraudado, se verá sometido a un procedimiento penal. Esta desigualdad implica el ensanchamiento de la brecha social entre individuos de un elevado estatus social (*white collar crimes*) y la delincuencia común o de una clase social más baja (*blue collar crimes*) que ven como la comisión de conductas semejantes para la lesión o puesta en peligro del mismo bien jurídico –el sistema de la Seguridad Social– conllevan aparejada una prosecución diferente⁷.

Pero es que, a mayor abundamiento, como bien apunta un sector de la doctrina, el artículo 307 ter CP, cuya función es la tutela del gasto de la Seguridad Social, tampoco encuentra su equiparación con el fraude de subvenciones (art. 308 CP), que protege la función del gasto de la Hacienda Pública, dado que para que sean perseguibles estas conductas de obtención de subvenciones o ayudas han de superar éstas los ciento veinte mil (120.000) euros⁸.

En consecuencia, construcciones penales homólogas, que tutelan el mismo bien jurídico penal, son desiguales en su punición y su persecución, lo que deriva en un Derecho penal de clase más beneficioso para empresarios e individuos de clases más altas; y ello pese a la buena fe que se le presume al legislador, quien justificó la incorporación del 307 ter CP en “el riesgo de impunidad de aquellos fraudes graves que hasta ahora no superaban el límite cuantitativo establecido”. No obstante, ese pretexto acarrea intrínsecamente una disparidad en el ejercicio del *ius puniendi* para según qué sujetos, al perseguirse conductas de forma más punitiva contra los menos afortunados.

⁶ TERRADILLOS BASOCO, Juan María, 2013. Nuevo tipo de fraude a la Seguridad Social (art. 307 ter). En ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, dir. DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, coord. *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 857. ISBN 978-84-9033-875-9.

⁷ CÁMARA ROYO, Sergio, 2018. Entre el Derecho Penal de clase y la expansión punitiva: el delito de obtención indebida de prestaciones sociales (art. 307 ter C.P.). *Revista Penal*, nº 41, p. 53. ISSN 1138-9168.

⁸ CHAZARRA QUINTO, María Asunción, 2017. Un nuevo tratamiento de la participación delictiva en el artículo 307 ter del Código Penal. *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 127. ISSN 1697-5758.

Del planteamiento anterior nace a su vez la idea de la constatación de una manifestación aporofóbica difícilmente explicable en el delito del 307 ter CP⁹, pues se evidencia una mayor punibilidad en delitos cometidos por trabajadores e individuos con rentas bajas, en contraposición con aquellos cometidos por sujetos con un elevado poder adquisitivo. De esta forma, conductas que no acaban de ser lesivas *per se* para el bien jurídico son constitutivas de un delito que lleva aparejada una pena de multa, lo cual generaría más pobreza para el trabajador o individuo que tiene que hacer frente al abono de multas por conductas que no son en ningún caso lesivas para el bien jurídico, estigmatizando al trabajador por el mero hecho de serlo dilatando con ello su permanencia en ese estado de pobreza.

Y es que la deficiente redacción del tipo penal del 307 ter CP supone un rechazo frontal contra una persona por razón de su situación económica, pues el individuo o trabajador que defrauda prestaciones sociales, sin que revistan una especial gravedad por razón de la cuantía, será siempre condenado como mínimo a una pena de multa y a la pérdida de la posibilidad de acceder temporalmente a ayudas o subvenciones públicas o de gozar de beneficios o incentivos fiscales de la Seguridad Social, además de la consecuencia accesoria de la inscripción en el Registro Central de Penados de antecedentes penales, mientras que conductas defraudatorias llevadas a cabo por individuos contra la Hacienda Pública de hasta ciento veinte mil (120.000) euros o por empresarios de fraude de cotizaciones por importe inferior a cincuenta mil (50.000) euros no serán constitutivas de delito alguno.

Ese acentuado punitivismo respecto del delito de fraude de cotizaciones y contra la Hacienda Pública en contra de los más vulnerables supone una manifestación aporofoba de nuestro Código Penal; además, conculca el principio de lesividad, dado que abandonar un sistema de cuantías provoca que todo fraude de prestaciones sea reputado como delito, a pesar de que no todo fraude prestacional lesiona o pone en peligro al bien jurídico protegido de la Seguridad Social, sino acumulándose con otras acciones¹⁰; extremo que a su vez supone la derogación *de facto* de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), pues si toda defraudación de prestaciones sociales es típica a efectos penales a partir del primer euro defraudado supone dejar en parte vacía de contenido la legislación sectorial en materia sancionadora de infracciones en el orden social¹¹.

O lo que es igual, de la deficiente redacción del tipo penal del 307 ter CP al no incorporar un límite cuantitativo mínimo se colige que conductas que no son lesivas *per se* para el bien jurídico son constitutivas de delito, y ello a pesar de que el legislador posee otras herramientas para la persecución de estos hechos con una escasa gravedad de perjuicio económico. Insistimos, pues, en la necesidad básica de que todo individuo deba responder penalmente por comportamientos que muestren una efectiva peligrosidad real para el bien jurídico de la Seguridad Social. De ahí que, desde una perspectiva de lesividad concreta, las afectaciones más insignificantes de bienes jurídicos no constituyen lesividad suficiente a los fines de la tipicidad objetiva; máxime cuando el delito exige la causación de <<un perjuicio a la Administración Pública>>, luego nos debemos de preguntar qué perjuicio se puede llegar a causar a la Administración por hacer típica toda defraudación cometida por un individuo desde el primer euro defraudado¹².

En definitiva, la punición de estos comportamientos defraudatorios leves o de bagatela que no revisten una especial gravedad para la lesión o puesta en peligro del bien jurídico son punibles a consecuencia de la deficiente redacción del artículo 307 ter CP, por cuanto no se consigna condición alguna de punibilidad derivada del importe de la defraudación, debiéndose entonces reconducirse al ámbito administrativo al objeto de no conculcar (i) el principio de intervención mínima y última ratio del Derecho Penal, pues es imposible que defraudaciones de bagatela sean merecedoras de un reproche penal, (ii) el principio de lesividad de bienes jurídicos, toda vez que el Derecho Penal sólo ha de intervenir para tutelar los bienes jurídicos de los ataques más intolerables, y (iii) el principio de igualdad ante la ley, dado que se punibilizan conductas de forma más gravosa para los individuos más desfavorecidos económicamente hablando.

⁹ TERRADILLOS BASOCO, Juan María. *Aporofobia y plutofobia...* op. cit. pp.153 y ss.

¹⁰ Sobre los delitos acumulativos, ampliamente: BUSTOS RUBIO, Miguel, 2017. *Delitos acumulativos*. Valencia: Tirant Lo Blanch. ISBN 978-84-9143-973-8.

¹¹ TERRADILLOS BASOCO, Juan María. Nuevo tipo de fraude a la Seguridad Social... op. cit. p. 861.

¹² Sobre que el bien jurídico protegido de este delito es el patrimonio de la Seguridad Social, por todos: MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos, 2015. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 738. ISBN 978-84-9086-964-2.

Asimismo, la Sala Segunda en su Sentencia núm. 42/2015, de 28 de enero, (ECLI: ES:TS:2015:1582), también se posiciona en favor de una tesis patrimonialista.

3. LA INCLUSIÓN DE LA FACILITACIÓN COMO MODALIDAD TÍPICA

Con la promulgación de la LO 7/2012, de 27 de diciembre, que introdujo el 307 ter CP, el legislador tipificó expresamente tres modalidades delictivas que abarcan la autoría en este delito, a saber: obtener, prolongar y facilitar. Así, el tenor literal de la norma prevé que “*quien obtenga, para sí o para otro, el disfrute de prestaciones del Sistema de la Seguridad Social, la prolongación indebida del mismo, o facilite a otros su obtención (...) causando con ello un perjuicio a la Administración Pública, será castigado con la pena de seis meses a tres años*”. Focalizándonos en la facilitación, pues las anteriores no poseen un elevado interés para la cuestión que el presente trabajo nos ocupa, observamos *prima facie* que este verbo típico vuelve a apartarse del resto de injustos previstos en el Título XIV, de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, cuyas modalidades típicas se alejan de verbos tan abiertos como “facilitar”.

Semánticamente, facilitar de acuerdo con el diccionario de la RAE, en su primera acepción, es <<*hacer fácil o posible la ejecución de algo o la consecución de un fin*>> y, en su segunda acepción, <<*proporcionar, entregar*>>¹³. Por otro lado, teleológicamente hablando, inferimos que la expresión “facilitar a otros su obtención” alude a al disfrute, es decir, esta modalidad delictiva punibiliza la facilitación (indebida) a otros del disfrute de prestaciones sociales, y no el dictado de la resolución administrativa, toda vez que carecería de sentido que esta modalidad delictiva adelantara la consumación a un momento anterior, como es el reconocimiento al sujeto activo de la prestación indebida y que el resto de verbos típicos aludieran al disfrute como el momento consumativo, pues al exigir el precepto la constatación de un efectivo perjuicio para la Administración Pública colegimos que la consumación no se produce con la mera obtención sino con el disfrute que es cuando se constata un efectivo perjuicio en el patrimonio de la Seguridad Social. En consecuencia, aquello que el tipo penal punibiliza es la conducta de facilitar a otros el disfrute de prestaciones sociales. Se trata, en definitiva, de hacer fácil o posibilitar la ejecución del disfrute de una prestación a la que no se tiene derecho.

Centrándonos ya en la cuestión que nos ocupa, la singular regla de autoría prevista en el precepto al incorporarse expresamente la facilitación como modalidad típica, individuos que no se benefician directamente del fraude y cuyas conductas no poseen una especial identidad para lesionar el bien jurídico *per se* responden como autores por un delito de fraude de prestaciones. Esa extensión del concepto de autor a sujetos cuya participación puede resultar incluso tangencial respecto del hecho principal puede traer consigo numerosos problemas en la casuística diaria; máxime cuando, además, supone expandir el círculo de posibles autores *ad infinitum*. Es por ello que la principal crítica que ha esbozado la doctrina con respecto a esta modalidad delictiva es la singular regla de autoría que se produce al elevar a la categoría de autor la mera complicidad delictiva¹⁴. No desde la posición de cooperador necesario, pues a efectos penológicos resultan idénticas ambas conductas, sino desde el punto de vista de la complicidad, que pierde el beneficio de la menor condena que le hubiera correspondido. Por consiguiente, este problema técnico en la redacción de la norma consagra la equiparación a efectos penológicos del autor no beneficiado con el autor beneficiado de dicho fraude. Y es que el tenor literal del artículo 307 ter CP define como autor aquel que “*facilite a otros su obtención*”, de tal forma que “facilitar” es una conducta de autoría que busca abarcar al máximo el círculo de posibles sujetos activos, permitiendo así considerar autor del hecho delictivo a meros cómplices que no se han beneficiado del ilícito o no han tenido una intervención material en el hecho pero que sí “facilitan” el disfrute ilícito de prestaciones.

Así las cosas, del uso de descripciones típicas abiertas gracias a verbos como “facilitar”, que acaparan cualquier tipo de conducta, así como sujetos que participen en aquéllas, puede subyacer un fundamento aporóforo al incorporar estos verbos únicamente en aquellos delitos que son cometidos por individuos de clases menos pudientes, en contraposición con delitos cometidos por empresarios o individuos de alto poder adquisitivo. Simplemente, si uno analiza los verbos típicos de otros delitos del mismo Título del Código Penal observará que: (i) el 305 CP consigna como modalidades típicas la defraudación a la Hacienda Pública, eludir el pago de tributos u obtener indebidamente devoluciones; (ii) por su parte, el 306 prevé como verbo típico la defraudación a los presupuestos generales de la Unión Europea; (iii) el 307 CP estipula la elusión del pago de cuotas a la Seguridad Social y/u obtener devoluciones como acciones típicas; y (iv) finalmente el 308 CP recoge de nuevo la obtención indebida, en este caso de subvenciones o ayudas incluidas las de la Unión Europea.

¹³ <https://dle.rae.es/facilitar> (fecha última revisión: 16 de mayo de 2021).

¹⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal económico y de la empresa...* op. cit. p. 739.

En este sentido, BUSTOS RUBIO, Miguel, 2015. La tipificación del fraude en las prestaciones del sistema de Seguridad Social: el nuevo artículo 307 ter del Código Penal. *Revista Penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, nº 35, p. 9. ISSN 1138-9168.

Por ende, observamos que la modalidad típica de facilitar encuentra su previsión dentro del Título XIV del Código Penal exclusivamente en el delito de fraude de prestaciones sociales. Así pues, resulta evidente que el delito del 307 ter CP constituye un notorio ejemplo de respuesta penal discriminante en la exacerbada respuesta punitiva para aquellos sujetos que sin verse beneficiados del fraude responden a título de autor, y no de partícipe, por la inclusión por el legislador de verbos típicos como “facilitar”. Y ello por cuanto el resto de delitos incluidos en este Título no prevén entre sus modalidades típicas la facilitación. Y ello pese a que las posibles cuantías que operan como condiciones objetivas de punibilidad son ridículamente superiores en algunos casos, luego más justificación tendría si cabe abarcar la facilitación como conducta típica en el resto de delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, pues la lesión al bien jurídico resulta más gravosa en aquellos injustos cuyos tipos básicos incluyen cuantías mínimas para su prosecución penal como ciento veinte mil euros (305 CP), cincuenta mil euros (307 CP) o cien mil euros (308 CP). Empero, en el injusto cuya ausencia de importe mínimo, que de por sí evidencia que toda defraudación de prestaciones sociales sea típica, además, incluye una modalidad delictiva como facilitar, lo que supone la punición a título de autor de conductas de complicidad, que por el importe defraudado podrían ser calificadas de bagatela, esto es, que no son en ningún caso lesivas para el bien jurídico, pese a que existen otros preceptos previstos en el mismo Título del Código Penal que no prevén tal modalidad delictiva, cuando los importes para su prosecución son en contraposición con el 307 ter CP absurdamente superiores y justificarían a mayor abundamiento esa inclusión.

Es por ello que constatamos de nuevo la existencia de un nuevo fundamento aporófono en este delito cuando el legislador incorpora fórmulas tan abiertas como facilitar exclusivamente en delitos cometidos generalmente por individuos de clases sociales menos pudientes o por trabajadores. Por el contrario, si el sujeto activo del delito es de un elevado poder adquisitivo (305 CP), es empresario (307 CP) o si el ataque es a la vía del gasto de la Hacienda Pública (308 CP) omite tal inclusión, pese a que los ataques a las vías de los ingresos y gastos de la Hacienda Pública o a la vía del ingreso de la Seguridad Social únicamente pueden ser perseguibles si superan sumas de una considerable importancia lesionando, es decir, si el ataque contra el bien jurídico resulta de notoriamente gravoso y flagrante en comparación con el 307 ter CP se omite modalidades típicas previstas para la delincuencia organizada como es el verbo facilitar.

4. SEVERIDAD EN LA APLICACIÓN DE LA EXCUSA ABSOLUTORIA

Habiendo constatado que el diseño de la tipificación de la norma del 307 ter CP es una muestra de aporofobia institucionalizada por exceso dado que se punibilizan prácticas de forma más gravosa asociadas a grupos concretos, al punir con multas conductas que no son lesivas en ningún caso para el bien jurídico y elevando meras conductas de complicidad a autoría, dilatando su permanencia en ese estado, finalmente debemos aludir a otra posible manifestación aporófoba en este delito, que no es más que la constatación de una mayor severidad en el acceso a la excusa absolutoria regulada en el 307 ter.3 CP.

Quedará exento de responsabilidad criminal en relación con las conductas descritas en los apartados anteriores el que reintegre una cantidad equivalente al valor de la prestación recibida incrementada en un interés anual equivalente al interés legal del dinero aumentado en dos puntos porcentuales, desde el momento en que las percibió, antes de que se le haya notificado la iniciación de actuaciones de inspección y control en relación con las mismas o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado, el Letrado de la Seguridad Social, o el representante de la Administración autonómica o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.

De ese modo, la aplicación de la excusa absolutoria del fraude de prestaciones sociales opera cuando el trabajador o individuo reintegra la totalidad del valor de la prestación defraudada incrementada en un interés anual equivalente al interés legal del dinero aumentado en dos puntos porcentuales, desde el momento en que las percibió. Por el contrario, si lo comparamos con la excusa absolutoria prevista en el injusto del fraude de cotizaciones observamos que ésta puede resultar ser de aplicación más laxa.

Así pues, el fraude de cotizaciones que tutela la vía de ingreso de la Seguridad Social prevé en su artículo 307.3 CP que la excusa absolutoria se aplica cuando el empresario haya procedido al completo reconocimiento y pago de la deuda antes de que se le hayan iniciado las actuaciones inspectoras o con anterioridad de que por el Ministerio Fiscal o el Letrado de la Seguridad Social interpongan querrela o denuncia dirigidas contra aquél.

Pero es que, a mayor abundamiento, tampoco encuentra su paralelismo el 307 ter CP con los delitos contra la Hacienda Pública contenidos en el mismo Título del Código Penal. El delito que castiga la vía del gasto de la Hacienda Pública prevé una excusa absolutoria para aquellos que disfrutaron de subvenciones o ayudas de las Administraciones Públicas, incluida la Unión Europea, “cuando se proceda a devolver las subvenciones o ayudas indebidamente percibidas o aplicadas, incrementadas en el interés de demora aplicable en materia de subvenciones desde el momento que las percibió” (308.6 CP). Y el delito contra la vía del ingreso de la Hacienda Pública se aplica cuando el sujeto regularice su situación con el reconocimiento y pago de la deuda tributaria, antes de que por la Administración Tributaria se proceda al inicio de las actuaciones inspectoras o antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado, o el representante de la Administración territorial, foral o local interpusiera querrela o denuncia por esos hechos dirigida contra aquél (305.4 CP).

O dicho con otras palabras, para acceder al levantamiento de pena en el fraude de cotizaciones se exige únicamente el completo pago y reconocimiento de la deuda, mientras que para la aplicación de la excusa absolutoria en el fraude de prestaciones se conmina al completo reintegro del valor de la prestación más el interés legal, correspondiente al del dinero más dos puntos. Este extremo puede constituir una diferenciación injusta en favor del empresario que resida en una discriminación arbitraria en tanto en cuanto se obliga al trabajador a abonar un interés para aplicársele la excusa absolutoria (307 ter.3 CP) que no se le aplica al empresario en el 307.3 CP, luego no encuentra paralelismo la excusa absolutoria aplicada al trabajador con la excusa absolutoria destinada al empresario.

Esta circunstancia puede ser fundamentada en una posible razón aporófoba, si bien no podemos rechazar que pueda existir otro tipo de fundamentación que logre explicar este trato diferencial. Por ejemplo, que cuando un sujeto disfruta de una prestación el valor del dinero cambia a futuro, luego es lógico exigir un interés como hace el 307 ter CP y si el empresario deja de abonar unas cuotas o conceptos de recaudación conjunta normalmente el valor de la cuota es el que es, luego puede existir un sentido explicativo que no sea la constatación de una discriminación aporófoba. Empero, no comulgamos completamente con ese razonamiento toda vez que si el valor del dinero cambia cuando un individuo disfruta indebidamente una prestación, también lo hará cuando un empresario deja de abonar las cuotas correspondientes a la Seguridad Social, luego no cabe diferenciar entre estos levantamientos de pena por el referido motivo; en cualquier caso, dejamos planteada aquí esta posibilidad porque no resulta del todo evidente que no sea otra manifestación aporófoba.

5. CONCLUSIONES

La reforma del Código Penal operada por la LO 7/2012 supone la creación *ex novo* del artículo 307 ter CP el cual, tal y como hemos constatado, se trata de una manifestación de una aporofobia institucionalizada, una suerte de Derecho Penal aporóforo que estigmatiza al trabajador y a las rentas de clases más bajas por el mero hecho de serlo, dilatando con ello incluso su permanencia en ese estado.

Habida cuenta de cuanto antecede, del afán regulatorio del legislador por penalizar toda conducta de fraude de prestaciones del sistema de la Seguridad Social subyace:

la constatación de un Derecho Penal de clase, el cual se materializa la evidente desigualdad entre la persecución del fraude de cotizaciones cometido por el empresario que únicamente serán punibles a partir de cincuenta mil (50.000) euros, mientras que todo fraude de prestaciones será típico;

una conculcación de los principios de lesividad y de ultima ratio, pues no fijando el tipo penal del 307 ter CP cuantía mínima alguna produce que todo fraude prestacional sea típico, a pesar de que no supongan una afectación suficiente al bien jurídico;

la derogación de facto de la normativa administrativa sancionadora de infracciones y sanciones en el orden social, pues si toda defraudación es típica queda vacía de contenido la LISOS;

comoquiera que a todo individuo condenado le será impuesta como mínimo una pena de multa, pese a que la defraudación puede resultar ni siquiera lesiva para el bien jurídico, ese trabajador debe hacer frente al abono de multas, ampliando con ello la desigualdad y generando más pobreza para las clases más de rentas más bajas;

la inclusión de verbos típicos tan abiertos como facilitar en el 307 ter CP, con respecto a sus homólogos, que permite considerar autor del hecho delictivo a meros cómplices que no se han beneficiado del ilícito o no han tenido una intervención material en el hecho, supone otra patente manifestación aporófoba al agravar este delito con respecto a injustos previstos en el mismo Título, más si cabe cuando las cuantías mínimas en aquellos, que no prevén la facilitación como modalidad típica, superan con creces en todos los casos a la ausencia de cuantía prevista en el 307 ter CP;

la posible constatación de otra manifestación aporófoba en el acceso al levantamiento de pena en el 307 ter CP, en comparación con el 307 CP toda vez que el fraude de prestaciones sociales exige, aparte de la restitución de la cuantía, un interés que no se prevé en el fraude de cotizaciones; finalmente, el quebrantamiento del principio de igualdad ante la Ley pues, de acuerdo con lo expuesto, la ley es más favorable para aquellas clases de rentas más altas que defrauden cotizaciones de la Seguridad Social que para aquella gente trabajadora que defraude prestaciones del sistema de la Seguridad Social.

Por ende, proponemos de *lege ferenda* su modificación, asimilándolo de alguna forma al injusto de fraude de cotizaciones cometido por el empresario al objeto de acabar con la manifestación de aporofobia institucionalizada acreditada en el presente trabajo, incluyendo alguna cuantía mínima que separe el injusto administrativo del ilícito penal, suprimiendo la modalidad delictiva de facilitar y equiparando la excusa absolutoria del 307 ter CP con la del 307 CP.

6. BIBLIOGRAFÍA

BUSTOS RUBIO, Miguel, 2015. La tipificación del fraude en las prestaciones del sistema de Seguridad Social: el nuevo artículo 307 ter del Código Penal. *Revista Penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, nº 35. ISSN 1138-9168.

BUSTOS RUBIO, Miguel, 2017. *Delitos acumulativos*. Valencia: Tirant Lo Blanch. ISBN 978-84-9143-973-8.

BUSTOS RUBIO, Miguel, 2020. “Aporofobia institucionalizada: el Código Penal como herramienta”, en PEREZ ADROHER, Ana; LÓPEZ DE LA VIEJA DE LA TORRE, María Teresa, HERNÁNDEZ MARTÍNEZ Eva (edits.), *Derechos humanos ante los nuevos desafíos de la globalización*. Madrid: Dykinson. ISBN 978-84-1377-310-0.

BUSTOS RUBIO, Miguel, 2020. *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22,4ª CP)*. Barcelona: J.M. Bosch Editor. ISBN 978-84-121751-5-8.

BUSTOS RUBIO, Miguel, 2021. Aporofobia, motivos discriminatorios y obligaciones positivas del Estado: el art. 22.4ª CP entre la prohibición de infraprotección y la subinclusión desigualitaria. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. nº 23-04. ISSN-e 1695-0194. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/23/recpc23-04.pdf>.

CÁMARA ROYO, Sergio, 2018. Entre el Derecho Penal de clase y la expansión punitiva: el delito de obtención indebida de prestaciones sociales (art. 307 ter C.P.). *Revista Penal*, nº 41. ISSN 1138-9168.

CHAZARRA QUINTO, María Asunción, 2017. Un nuevo tratamiento de la participación delictiva en el artículo 307 ter del Código Penal. *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 127. ISSN 1697-5758.

MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos, 2015. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, Valencia: Tirant Lo Blanch. ISBN 978-84-9086-964-2.

TERRADILLOS BASOCO, Juan María, 2013. Nuevo tipo de fraude a la Seguridad Social (art. 307 ter). En ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, dir. DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, coord. *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*. Valencia: Tirant lo Blanch. ISBN 978-84-9033-875-9.

TERRADILLOS BASOCO, Juan María, 2020. *Aporofobia y plutofobia. La deriva jánica de la política criminal contemporánea*. Barcelona: Bosch Editor. ISBN 978-84-122015-3-6.

