

INFORME JURÍDICO SOBRE APOROFOBIA, EL ODIO AL POBRE

El presente informe jurídico sobre aporofobia ha sido realizado para RAIS Fundación, dentro de la **Clínica Jurídica UNIR-FUNDACIÓN FERNANDO POMBO***, por los siguientes alumnos del Máster en el Ejercicio de la Abogacía de UNIR: Lorenzo Galiana Gallach, Vicente Hernández de Alba Mir, Esmeralda Iranzo Sánchez, Rafael Pardo Gabaldón y Blanca Pitarch Alcón.

Asimismo, dentro del Proyecto Exequo, en defensa de los derechos fundamentales de colectivos en situación de vulnerabilidad, han colaborado con RAIS Fundación los restantes alumnos de la Clínica Jurídica UNIR-FUNDACIÓN FERNANDO POMBO, tanto del Grado en Derecho como del Máster en el Ejercicio de la Abogacía.

*Clínica Jurídica de la Universidad Internacional de La Rioja. www.unir.net/clinicallegal

A) Hechos planteados en la consulta:

RAIS Fundación (www.raisfundacion.org), que se ocupa de dar asistencia a personas sin hogar a través de distintos programas de acción social, es la entidad beneficiaria de la primera edición del Proyecto EXEQUO de la Fundación Fernando Pombo, cuyo objetivo principal es “promover los derechos de las personas sin hogar, para favorecer su inclusión social” (<http://www.fundacionpombo.org/que-hacemos/proyecto-exequo/>). Dentro de los objetivos específicos que se pretenden alcanzar en el Proyecto EXEQUO, hay uno que consiste en la elaboración de un informe jurídico que analice los delitos de APOROFOBIA (“aporos”: pobres, sin recursos, “fobia”: rechazo), situaciones de violencia que se están cometiendo contra personas en situación de calle.

Para contribuir a la elaboración de dicho informe, se presenta a estudio este caso que consiste en analizar jurídicamente y partiendo del derecho fundamental de igualdad y no discriminación de nuestra Constitución Española, qué tratamiento penal y procesal penal reciben este tipo de delitos en la Legislación Penal vigente.

B) Respuesta a la consulta

La respuesta a la consulta se encuentra redactada en el **Anexo I** del presente documento. Como parte integrante del presente documento, los que suscriben hemos considerado importante la inclusión de los siguientes anexos:

- **Anexo II:** Artículo publicado el 7 de marzo de 2000 en el Diario El País por la Catedrática de Ética y Filosofía Política de la Universitat de València D^a. Adela Cortina

C) Conclusiones

(breve resumen de los principales aspectos que debe tener en cuenta el beneficiario de la Fundación Fernando Pombo, en relación con la consulta formulada).

Las conclusiones del presente documento se encuentran en el epígrafe 4 del Anexo I.

D) Bibliografía y webgrafía empleada:

Para la realización del presente dictamen se ha utilizado la siguiente bibliografía, así como información recogida de las siguientes páginas web.

Bibliografía

Libros publicados y código

- Álvarez Vélez, M.I. (2010) “Lecciones de Derecho Constitucional”. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia.
- Código Penal, 14ª Edición, 2014. Madrid. Colex.

Tesis doctorales inéditas

- Díaz López, J.A. (2012) “El odio discriminatorio como circunstancia agravante de la responsabilidad penal”. Tesis doctoral inédita. Universidad Autónoma de Madrid. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica Leída el 8 de noviembre de 2012.

Revistas jurídicas

- Landa Gorostiza, J-M. “Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995 – 2011) del art. 510 CP y propuesta de Lege Data”. Revista de Derecho Penal y Criminología 7 (2012), pp. 301 -350

Webgrafía

- Aranzadi (2014). Principal. Recuperado el 26 de junio de 2014 de www.aranzadi.es
- Consejo General del Poder Judicial (2014). Principal. Recuperado el 26 de junio de 2014 de www.poderjudicial.es
- Fundación Fernando Pombo (2014). Recuperado el 26 de junio de 2014 de www.fundacionpombo.org/quehacemos/proyecto-exequo
- Google, Inc. (2014). Principal. Recuperado el 26 de junio de 2014 de www.google.es
- Ministerio de Justicia (2014). Principal. Recuperado el 26 de junio de 2014 de www.mjusticia.gob.es
- RAIS Fundación (2014). Recuperado el 26 de junio de 2014 de www.raisfundacion.org
- Universidad Internacional de La Rioja (2014). Principal. Recuperado el 26 de junio de 2014 de www.unir.net

Enlace de descarga

- Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la víctima del delito
- Informe al Pleno del Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la víctima del delito

ANEXO I

DICTAMEN JURÍDICO APOROFOBIA

1.- Análisis del punto de partida del caso: el derecho fundamental de igualdad y no discriminación en el marco de la Constitución Española. Concepto y alcance del artículo 14.

Análisis de los derechos fundamentales

Uno de los principales problemas con lo que nos enfrentamos en el estudio de los derechos fundamentales es el de delimitar su concepto, es decir, establecer qué se entiende por derecho fundamental y cuáles recoge la Constitución Española. Puede considerarse que son derechos fundamentales aquellos que desprenden una eficacia directa desde el reconocimiento constitucional y vinculan a los poderes públicos, están sujetos a la reserva de ley que recoge el artículo 81 CE respetando su contenido esencial y son objeto de la protección recogida en el artículo 53 CE¹.

Como ocurre en otros campos de la investigación, una de las posibilidades que nos ofrece el conjunto de los derechos constitucionales es la de establecer una clasificación de los mismos en tres bloques: por la garantía, por la naturaleza y por el contenido.

En la elaboración del presente dictamen jurídico nos centraremos en los siguientes principios fundamentales: dignidad, igualdad, no discriminación y tutela judicial efectiva.

El principio de la dignidad

El artículo 10 de la Constitución Española recoge la dignidad humana en los siguientes términos:

“1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”

¹ Artículo 53 CE.

“1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).

2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.”

El principio de igualdad

Se encuentra consagrado en el primer sintagma del artículo 14 CE “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.”

Contiene el derecho subjetivo de los españoles a recibir un trato igual ante las leyes a la vez que impone límites a la potestad legislativa. De esto se desprende que las leyes deben considerar iguales a los españoles sin hacer distinciones no justificadas entre ellas. No obstante, éste no se configura como un derecho autónomo, sino relacional, pues para que una persona pueda constatar el haber sufrido una desigualdad, es necesario que ésta se encuentre en una situación de desventaja con respecto a una anterior, lo que hace necesario según la doctrina del Tribunal Constitucional un **tertium comparationis**. Es decir, un aforismo jurídico latino de comparación, en función del cual, se determinará el elemento relevante para concluir si la diferencia establecida en la norma está justificada o, por el contrario, conculca el principio de igualdad. De este modo, según lo ha dispuesto el Tribunal Constitucional, este carácter relacional del juicio de igualdad requiere, en primer lugar, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre personas y en segundo lugar, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte caprichoso o arbitrario (**Sentencia del Tribunal Constitucional 119/2002**).

Pero la igualdad ante la ley no se agota con el contenido del primer sintagma del artículo 14 CE, sino que hemos de tener en cuenta el segundo precepto “(...) *sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.*”

El principio de no discriminación

RUIZ MIGUEL, propone la siguiente definición de discriminación como una desigualdad especialmente caracterizada por la *“naturaleza odiosa del perjuicio social descalificatorio, que tiende a tomar como objeto de persecución un rasgo físico o cuasi físico hasta afectar de manera gravísimamente injusta a la dignidad y, por tanto, a la igualdad más básica de los portadores del rasgo.”*

El principio de tutela judicial efectiva

Este principio constitucional está debidamente recogido en el artículo 24 CE cuya redacción es la siguiente:

“1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.”

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.”

Estamos, probablemente, ante el artículo más completo de nuestra Carta Magna. Dicha afirmación viene refrendada porque el derecho de tutela judicial efectiva es el que más demandas de recurso de amparo constitucional genera.

La tutela judicial efectiva protege, antes que nada, a los individuos, personas físicas, nacionales o extranjeras, titulares de derecho e intereses legítimos, y frente a los poderes públicos. No obstante, el Tribunal Constitucional ha reconocido también la titularidad de este derecho a las personas jurídicas (**Sentencia del Tribunal Constitucional 19/1983, de 14 de marzo**), y excepcionalmente a las personas jurídico-públicas, exigiendo en este caso que la situación procesal de éstas sea análoga a la de los particulares, es decir, que la persona pública no goce de privilegios procesales (**Sentencia del Tribunal Constitucional 91/1991, de 25 de abril; Sentencia del Tribunal Constitucional 100/2000, de 10 de abril; Sentencia del Tribunal Constitucional 175/2001, de 26 de julio y Sentencia del Tribunal Constitucional 28/2008 de 11 de febrero, Recurso de Amparo nº 9316/2006**).

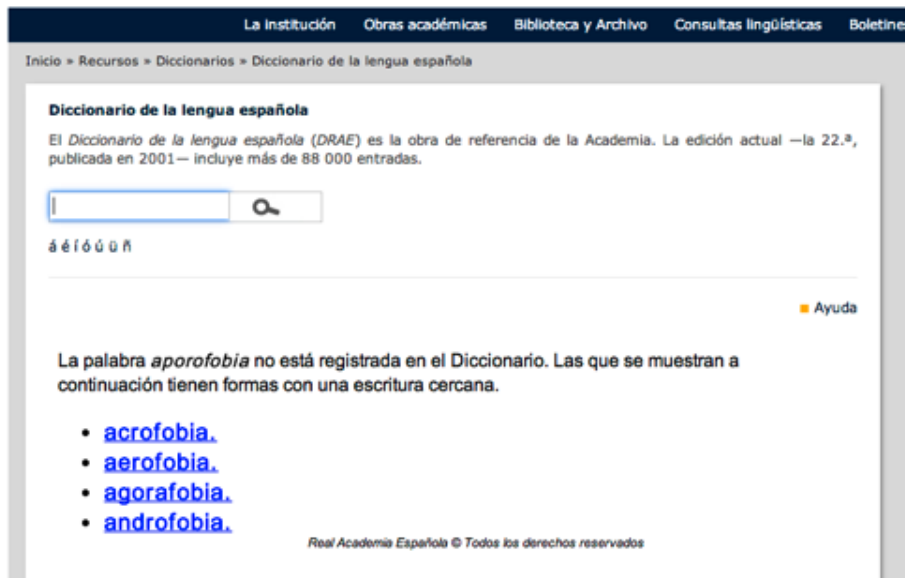
Concepto de aporofobia

El naturalista sueco Karl Von Linné, considerado como el padre de la taxonomía moderna, afirmó que “si ignoras el nombre de las cosas, desaparece también lo que sabes de ellas”. Es posible que por esta razón, hayan numerosos estudiosos que propugnan que la Real Academia Española reconozca el uso del término aporofobia, para de esta manera darle nombre a todos aquellos comportamientos que se dan por temor a la pobreza o a los pobres.

A priori, es extraño para quienes suscribimos que el término aporofobia no figure en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española tal y como desprende de la búsqueda realizada en su sitio web cuya justificación



REAL ACADEMIA ESPAÑOLA



La Institución Obras académicas Biblioteca y Archivo Consultas lingüísticas Boletines

Inicio » Recursos » Diccionarios » Diccionario de la lengua española

Diccionario de la lengua española

El *Diccionario de la lengua española (DRAE)* es la obra de referencia de la Academia. La edición actual —la 22.ª, publicada en 2001— incluye más de 88 000 entradas.

á é í ó ú ñ

■ Ayuda

La palabra *aporofobia* no está registrada en el Diccionario. Las que se muestran a continuación tienen formas con una escritura cercana.

- [acrofobia.](#)
- [aerofobia.](#)
- [agorafobia.](#)
- [androfobia.](#)

Real Academia Española © Todos los derechos reservados

Este vocablo fue acuñado en 1996 por Adela Cortina, profesora española que publicó un artículo periodístico refiriéndose a uno de los males de esta época: el rechazo y el odio hacia las personas pobres². La etimología de la palabra, tal como lo explicó el docente español Emilio Martínez Navarro en el Centro Cultural de España, proviene de los términos griegos “a-poros” (sin medios ni recursos) y “fobeo” (aversión, odio, rechazo)

² Véase Anexo II del presente documento.

2.-Análisis del tratamiento jurídico de la discriminación delictiva a través de situaciones de violencia contra personas sin hogar en el marco del vigente Código Penal: artículos 22.1, 22.4, 170.1, 173, 174, 197, 314, 510, 511 y 512.

Especial referencia al artículo 22.1. Circunstancia agravante: alevosía

Resulta necesario comenzar este estudio de los artículos del Código Penal relativos a la discriminación (CP, en adelante), haciendo referencia a una circunstancia agravante muy especial: la alevosía. Así en artículo 22.1, en su literalidad establece:

“1ª Ejecutar el hecho con alevosía.

Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido”.

Si buscamos el significado de la palabra alevosía en el diccionario de la Real Academia de la Lengua, observaremos que su definición poco dista de lo que contempla el derecho penal. Así, la RAE, entiende por alevosía, “la cautela para asegurar la comisión de un delito contra las personas, sin riesgo para el delincuente”. Por su parte el **Tribunal Supremo en su Sentencia, de 25 de abril de 1985**, establece que se entenderá por alevosía aquella “cobardía, ínsita en quien elimina cualquier posibilidad de riesgo en la ejecución material del acto”.

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

Las cuestiones más polémicas que se han planteado entorno a esta agravante, guardan relación con el elemento instrumental, es decir, con los medios o formas, y con el elemento teleológico, que supone la tendencia al aseguramiento. Ambos presentes tanto en el asesinato alevoso como en la agresión que revista la mencionada circunstancia. Pasamos a realizar un análisis de aquellas cuestiones más polémicas, circunscribiéndonos exclusivamente, a las circunstancias que puedan vivir las personas en situación de calle, y a los delitos que estas puedan padecer y que se cometan con alevosía.

Entre ellas, en primer lugar, cabe plantearse esta circunstancia agravante en el caso de muerte de seres indefensos, ya que entendemos que las personas en situación de calle, se encuentran en la mayoría de los casos en esta situación. Observamos, que en la definición de alevosía, que aporta el artículo 22.1, no se distingue la posibilidad de defensa de la víctima, por lo que entendemos que debe resultar indiferente cuál sea la causa de indefensión frente al ataque recibido. Así, el **Tribunal Supremo en su sentencia núm. 657/2008 de 24 de octubre**, estableció que esta agravante “es apreciable cuando el sujeto agente aprovecha una situación de absoluto desamparo de la víctima, como acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o personas ebrias en fase letárgica o comatosa, dormidas o privadas de conocimiento”. Esta sentencia del Alto Tribunal, aunque viene a determinar una

catálogo de circunstancias, este no queda cerrado, ya que lo realmente importante es la situación de absoluto desamparo de la víctima, por lo que una vez más, y como iremos viendo más adelante resultará fundamental, en el momento de la prueba probar, la situación de la víctima.

Respecto a la defensa que ha de valorarse para definir el grado de desvalimiento del agredido u ofendido, debemos considerar que esta no habrá de ser meramente pasiva, como pudiera ser correr u ocultarse, sino que deberá ser activa, y esta deberá referirse a los medios defensivos con los que cuente la víctima, así se desprende de la **Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1063/2009, de 19 de octubre**.

Resulta en este momento, bien interesante analizar en el delito, el momento del uso o empleo de alevosía. No resultará imprescindible que aquel que agrede a otro busque, y a su vez encuentre el momento más idóneo. Para el Tribunal Supremo, es suficiente, que se aproveche, de forma consciente de la “situación de indefensión de la víctima, así como de la facilidad que ello supone”, según **Sentencia núm. 2389/2001, de 14 de diciembre**.

Por todo lo expuesto, esta circunstancia agravante podrá ser de aplicación en todos aquellos delitos cometidos contra personas en situación de calle, cuando esencialmente concurra un medio o forma que tienda a asegurar la agresión, y que por tanto evite, la reacción y defensa del agredido. Pero a la hora de la prueba, que veremos resulta relevante, deberemos, sin duda, poner de relieve y de manifiesto, la situación de indefensión, que en el caso de personas de situación de calle resultará relevante por numerosos motivos. En ello resultará fundamental, la labor de investigación que lleven a cabo tanto, la policía judicial como el Ministerio Fiscal, así como nuestra capacidad de demostrar la vulnerabilidad de la víctima en el momento del ataque.

Agravante de discriminación en el marco del vigente código penal: artículo 22.4

Para realizar un análisis del contenido del artículo 22.4 del CP, comenzaremos citando el mencionado artículo, para continuar con una lectura exhaustiva de los términos y circunstancias que recoge. Así, entre las circunstancias agravantes del delito el artículo 22.4 CP contempla las siguientes:

“4ª. Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, la enfermedad que padezca o su discapacidad”.

De la lectura del precepto, lo primero que podemos concluir es que el mismo acude a una lista *numerus clausus*; la discriminación que debe sufrir la víctima para la aplicación de esta circunstancia agravante, debe centrarse en la ideología, la religión, las creencias, la etnia, la raza, la nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca. Estos dos últimos conceptos fueron introducidos por la reforma operada por la 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, que entró en vigor el 23 de diciembre de 2010.

No observamos entre la lista de circunstancias que han de producirse para la aplicación de esta agravante, la discriminación por circunstancias socioeconómicas. Sobre la aplicación de la agravante contemplada en el artículo 22.4 CP, a delitos de aporofobia, se ha pronunciado nuestro **Tribunal Supremo en la Sentencia de la Sala de lo Penal, Sección 1ª, núm. 1160/2006, de 9 de noviembre, RJ 2007\299**, que en su fundamento jurídico vigésimo tercero se pronuncia en los siguientes términos, refiriéndose a la aplicación que debe realizarse del artículo 22.4 CP en la circunstancia expresada:

“En el texto legal cabe diferenciar dos partes, aunque no quepa separar una de otra. En la primera, terminada con una cláusula de relativa apertura, se hace referencia a la comisión del delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación. Y, en esa fórmula abierta, ha de incluirse el caso que nos ocupa: los acusados atacaban a la víctima al diferenciarla peyorativamente con trato inhumano, por su condición de mendigo sin techo. En la segunda parte del precepto se acude a una enumeración en números clausus; la discriminación ha de centrarse en la ideología, la religión, las creencias, la etnia, la raza, la nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca (la víctima). Lo que refuerza la seguridad jurídica, exigible por los arts. 25.1, 9.3 y 81 CE y 1, 2 y 4 CP. Pero, con la utilización de tal cierre, corre peligro el legislador de dejar fuera otras modalidades de discriminación equiparables, desde la perspectiva del Estado social, democrático y de Derecho, a las que enuncia, casos de motivación discriminatoria que aumentarían el injusto subjetivo del hecho, por la negación del principio de igualdad. 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, como tampoco a su etnia, raza, nación, sexo y orientación sexual, enfermedad o minusvalía”.

Deja claro en esta sentencia el Alto Tribunal, que la agravante del delito contemplada en el artículo 22.4 CP, no puede aplicarse a los delitos cometidos contra las personas en situación de calle, sin que se acrediten otras circunstancias contempladas en la lista numerus clausus que recoge el CP. Para que resulte aplicable la mencionada agravante debe concurrir alguna de las circunstancias previstas en el artículo 22.4, y este no contempla como agravante, como decíamos anteriormente, la discriminación por circunstancias socioeconómicas.

Esta es la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo respecto a la consideración de la discriminación por circunstancias socioeconómicas, y la línea seguida por los tribunales de nuestro país, cabe citar que en los mismos términos se expresa, por ejemplo, **la Sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 7ª, 34/20013, de 19 de marzo de 2013**.

Añadir que, para la aplicación de la circunstancia agravante contemplada en el artículo 22.4 CP, es necesario probar no sólo el hecho delictivo, también habrá que demostrar la participación del acusado, y como hemos venido viendo la condición de la víctima. Esto unido a la intencionalidad, injerencia que, sin duda, debe ser motivada conforme a lo dispuesto en el artículo 120.3 CE. Estamos ante un elemento subjetivo referido al ánimo o móvil de actuar por alguna de las circunstancias citadas en el catálogo del artículo 22.4, excluyendo, por tanto, supuestos en los que las citadas circunstancias carezcan de relieve o no existan.

Cuestión que deberá abordarse en el futuro, es la adición en el listado de circunstancias agravantes del delito que hace el artículo 22.4 CP, de condiciones personales o sociales, características que no se encuentran enumeradas en el artículo 14 de la CE, pero si constan en el artículo 21 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea, el cual citamos de modo literal:

NO DISCRIMINACIÓN

1. *Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.*

2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados”.

Por tanto, en función de lo establecido en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el legislador en la próxima reforma del CP debería hacer un planteamiento que incluya circunstancias agravantes por razón de la edad y del patrimonio o condición social.

El legislador, al abordar la modificación de un listado de numerus clausus sobre circunstancias agravantes contemplado en el artículo 22 CP, no cabe duda, que deberá hacerlo con el mayor tino y acierto posible, y fruto de un debate democrático, pero sin obviar que, por imperativo legal del artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, deberá incluirse la aporofobia como circunstancia agravante del delito.

Así, el tribunal de la Audiencia Provincial de Barcelona en sentencia dictada el 5 de noviembre de 2008 por los delitos de asesinato con alevosía de una indigente que dormía en un cajero bancario, echa a faltar una agravante en tal sentido, una agravante por aporofobia. Los acusados después de maltratar físicamente a la indigente, la rociaron con líquido disolvente y le prendieron fuego mientras dormía. Murió a consecuencia de las graves quemaduras sufridas. El tribunal al hacer recuento de las diferentes agravantes a aplicar a ese asesinato comenta en el fundamento de derecho sexto: “No concurriendo tampoco la agravante impetrada por la acusación particular (...) en cuanto a móvil subsumible en el **apartado 4º del artículo 22 CP**, 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 (...)”.

Contenido y alcance de los delitos tipificados en los siguientes artículos del código penal

Resulta necesario continuar analizando diferentes artículos del CP que recogen tipos que, sin duda, se dan en los delitos de aporofobia y, por ende, contra personas en situación de calle. Comenzaremos viendo el alcance y transcendencia del **artículo 170 del CP**, concretamente, su primer inciso, el cual establece:

“1. Si las amenazas de un mal que constituyere delito fuesen dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o **colectivo social** o profesional, o a cualquier otro grupo de personas, y tuvieran la gravedad necesaria para conseguirlo, se impondrán respectivamente las penas superiores en grado a las previstas en el artículo anterior”.

Observamos que este artículo del Código Penal amplía la lista de víctimas objeto de amenazas respecto a lo analizado en el artículo 22.4 CP, referido a las circunstancias agravantes del delito. Se incluye en el catálogo que contempla este artículo, “colectivo social o profesional, o cualquier otro grupo de personas”, por lo que, a nuestro entender, las amenazas graves dirigidas a atemorizar al colectivo de personas en situación de calle cabría incluirlas en el tipo recogido en este artículo, siempre que se den los requisitos que la jurisprudencia viene requiriendo para la aplicación de este artículo. Estos vienen recogidos en la **Sentencia del Tribunal Supremo, (Sala de lo Penal), núm. 149/2007, de 26 de febrero**, que viene a establecer cuatro elementos fundamentales, que son:

- a) amenazar, que supone, atemorizar, intimidar, amedrentar a otros a la vista de lo que se les anuncia;
- b) el mal, con el que se amenaza, ha de constituir un delito, y este puede ser de cualquier clase;
- c) la amenaza, ha de dirigirse de modo inexcusable a “los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas”, lo que implica que el sujeto pasivo siempre será un colectivo, es decir, miembros integrantes de un grupo y no una persona individual;
- d) por último, las amenazas tengan aptitud de atemorizar, que sean graves y se realicen con seriedad, firmeza y determinación.

Por tanto, este artículo podrá resultar de aplicación en los supuestos de amenazas realizadas a un colectivo de personas en situación de calle, y será necesario que el mal anunciado constituya delito y que las amenazas resulten graves, serias y firmes.

Para clarificar, a modo de ejemplo, qué se sanciona como amenaza de este tipo delictivo, podemos recurrir a la **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 259/2006, de 6 de marzo**, que estima que una pintada en un edificio con expresiones y frases como “ha llegado tu hora”, es constitutiva de un delito de amenazas del artículo 170.1 CP. Así, el Alto Tribunal se expresa en los siguientes términos:

“María Consuelo ha llegado tu hora”, son incardinables en alguno de los tipos comprendidos en el art. 169 CP. (especialmente homicidio o contra la libertad), pues se trata de una influencia lógica y racional para el hombre medio, teniendo en cuenta los hechos notorios y conocidos y la concreción del mal amenazado es lo suficientemente explícita para integrar el tipo de amenazas, no siendo atendibles las alegaciones del recurrente en relación a no haberse producido perturbación en la paz y tranquilidad de los amenazados, pues con independencia de que ello no es cierto, al menos en relación al concejal Sr. Fermín, el delito de amenazas es de mera actividad y se consume con la llegada del anuncio a los destinatarios. Descansa efectivamente, en la comunicación de un mal con apariencia de seriedad y firmeza, pero sin la exigencia de que se haya producido la perturbación anímica perseguida por su autor”.

Por lo que se refiere al artículo 173 del CP, centraremos nuestra atención en su punto 1, ya que el segundo apartado del mencionado artículo está dedicado a la violencia física o psíquica realizada sobre aquella persona que es o hubiera sido cónyuge, o en el pasado se hubiera vinculado habitualmente a alguien con el que ha mantenido análoga relación. Así, **el artículo 173.1. del CP**, de modo literal expresa:

“1. El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima. Se impondrá también la misma pena al que de forma reiterada lleve a cabo actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda”.

Dado que se trata de realizar un informe jurídico, sobre personas en situación de calle, basaremos el

análisis de este artículo en su primer párrafo. No cabe duda, de que el bien jurídico protegido por este artículo, es la integridad moral de las personas. El derecho a la integridad moral, aparece recogido en el artículo 15 CE, que proscribire, con carácter general, los tratos degradantes y que se conecta directa e inevitablemente con la dignidad de la persona, fundamento del orden político y de la paz social contemplado en el artículo 10 CE. Se trata, en definitiva, tal y como ha expresado el **Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), en su sentencia núm. 213/2005, de 22 de febrero**, de que *“el concepto de integridad moral debe definirse desde el art. 15 CE que reconoce el derecho «a la vida y a la integridad física y moral». La jurisprudencia constitucional interpreta el concepto de integridad moral desde la idea de la inviolabilidad de la personalidad humana, es decir, del derecho a ser tratado como persona y no como cosa”*.

Una de las sentencias más relevantes del **Tribunal Constitucional**, que reflejan el concepto que acabamos de expresar, es la **número 120/1990, del Pleno, de 27 de junio**. Así la mencionada **Sentencia del Tribunal núm. 213/2005, de 22 de febrero**, resume de modo perfecto los elementos que conforman el concepto de atentado contra la integridad moral del siguiente modo:

- a) Un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo;
- b) La concurrencia de un padecimiento físico ó psíquico; y
- c) Que el comportamiento sea degradante o humillante con especial incidencia en el concepto de dignidad de la persona – víctima.

Fue la **Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso Tyrer contra Reino Unido), de 25 de abril de 1978**, la primera que vino a marcar la diferencia entre tortura y trato inhumano. Nuestro **Tribunal Constitucional**, recogiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, en su **Sentencia del Pleno núm. 120/1990**, citada anteriormente, ha declarado que las tres nociones que se recogen en el artículo 15 CE, torturas, penas o tratos *“inhumanos”* y penas o tratos *“degradantes”* son, en su significado jurídico, *“nociones graduadas de una misma escala”* que en todos sus tramos entraña, sean cuales fueran sus fines, *“padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre, y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente”*.

Entiende también la doctrina, que los *“tratos degradantes”* consisten esencialmente en *“infligir un sufrimiento físico o psíquico tendente a humillar a la víctima ante los demás o ante sí misma”*, según **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 233/2009, de 3 de marzo**.

El artículo 173.1 CP viene a castigar los ataques a la integridad moral de las personas, llevados a cabo por medio de tratos degradantes que reproduzcan menoscabo grave en la dignidad e integridad moral de la persona. Para observar si las personas en situación de calle reciben este trato al igual que en otro tipo de colectivo, el trato degradante requiere la concurrencia de un elemento medial, formado por *“infligir a una persona un trato degradante”* y un resultado, representado por menoscabar *“gravemente su integridad moral”*. Según la **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 1122/1998, de 29 de septiembre**, deberemos entender por trato degradante, *“aquel que pueda crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso, su resistencia física o moral”*.

Tendremos que tener presente que el núcleo de la descripción típica de la expresión *“trato degradante”*,

parece presuponer cierta permanencia, al menos repetición del comportamiento degradante, ya que en otro caso no habría “trato”, sino simplemente nos encontraríamos ante un ataque. Esta afirmación no debe entenderse como un obstáculo a la hora de estimar cometido el delito a partir de una conducta única y puntual, siempre que en esta pueda apreciarse una intensidad lesiva para la dignidad humana que resulte suficiente para su encuadre en el precepto; esto quiere decir que, un sólo acto si se prueba brutal, cruel o humillante puede ser calificado de degradante, si tuviera intensidad suficiente para ello.

Por último, tal y como se desprende de la **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 824/2003, de 5 de junio**, el atentado contra la integridad moral deberá ser grave, ya que cuando el atentado no revista gravedad estaremos ante una falta tipificada en el artículo 620.2º CP.

Continuando con el análisis de los siguientes artículos del CP, resulta interesante traer a colación, por el tema que nos ocupa, el **artículo 174 CP**, y ver las diferencias respecto a la aplicación en lo que a la definición del tipo se refiere. Citamos el mencionado precepto en su literalidad para proceder a su análisis:

“1. Comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación, la sometiere a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o que, de cualquier otro modo, atenten contra su integridad moral. El culpable de tortura será castigado con la pena de prisión de dos a seis años si el atentado fuera grave, y de prisión de uno a tres años si no lo es. Además de las penas señaladas se impondrá, en todo caso, la pena de inhabilitación absoluta de ocho a 12 años.

2. En las mismas penas incurrirán, respectivamente, la autoridad o funcionario de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores que cometiere, respecto de detenidos, internos o presos, los actos a que se refiere el apartado anterior”.

Resulta interesante destacar que nuestro Código Penal creó un título que encuadra expresamente las torturas y otros delitos contra la integridad moral, por lo que define a la tortura como una forma específica de actos contrarios a lo que se denomina integridad moral, protegida ya como bien jurídico protegido. Según la **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 589/1998**: *“Parece que hay que entender, en ausencia de una clara definición, que ha sido el propósito del legislador que se entienda que se atenta contra la integridad moral de una persona cuando se veja su dignidad de ser humano recurriendo a formas de presión sobre su voluntad que puede tal vez ser necesarias para seres que carezcan de razón pero no utilizables sin humillar la dignidad del hombre cuando para él se emplean. En similar sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional cuando ha definido como torturas «los padecimientos físicos o psíquicos ilícitos inflingidos de modo vejatorio para quien los padece y con intención de doblegar la voluntad del sujeto paciente»”.*

Podemos observar que en la estructura típica concurren los siguientes elementos:

a) El elemento material que queda constituido por una conducta o acción en la que se manifiesta la tortura y que identificamos con sufrimientos físicos ó mentales, la supresión o disminución de facultades de conocimiento, discernimiento decisión, o cualquier otro modo de atentado contra la integridad moral.

b) La cualificación del sujeto activo: este debe ser una autoridad o funcionario público, que actúe con abuso de su cargo, aprovechando una situación de dependencia en la que se encuentra el sujeto pasivo.

c) Por último, el elemento teleológico, ya que sólo existirá delito de tortura si lo que se persigue es obtener una confesión de persona o castigarla por cualquier hecho que hubiera cometido o se sospeche que pudiera haberlo hecho.

Como podemos ver se requiere dolo, y según sentencia del **Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 726/2001, de 25 de abril**, este dolo consistirá en el conocimiento de la arbitrariedad del proceder y en la voluntad de ejecutar la acción típica.

El artículo 174 CP, establece una diferencia entre tortura grave y no grave, lo que determina una diferente duración de la pena de prisión a imponer. Para medir la gravedad deberemos atender al resultado lesivo y a las circunstancias de mayor o menor intensidad del atentado a la integridad moral, que pudiera llegar a ser extremo aunque no dejase huella visible o produjese lesión, para lo cual deberemos atender a las circunstancias concurrentes en cada caso, tal y como manifiestan diferentes **Sentencias del Tribunal Supremo**, entre las que cabe destacar, la **núm. 1644/2002, de 9 de octubre**.

Finalmente concretar, que el delito de torturas no admite continuidad delictiva, pues viola bienes personales que admiten “*suma*” de infracciones. Por lo que cada actuación es un delito y no una etapa del mismo.

Prosiguiendo con el análisis que estamos realizando del Código Penal, en sintonía con su pretensión última, fruto de distintas reclamaciones europeas, y que no es otra que la lucha eficaz contra el racismo, la xenofobia, el antisemitismo, la intolerancia, la violencia y la discriminación, además de las medidas que hemos estudiado hasta ahora adoptadas por el CP, el artículo 197 incluye otras referidas a la revelación de secretos y vulneración de la intimidad.

Es evidente que este tipo delictivo recogido en este artículo, entronca en el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar reconocido en el art. 18.1 CE, y como establecen **la STC (Sala 1ª) núm. 134/1999, de 15 de julio, RTC 1999\134 y la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 358/2007, de 30 de abril**, “*lo que el art. 18.1 garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea el contenido de ese espacio*”. Lo que implica la posibilidad de imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibir su difusión no consentida, lo que ha de encontrar sus límites en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos.

La **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 694/2003, de 20 de junio**, describe la conducta típica del art. 197, en ella pueden distinguirse dos modalidades:

a) apoderamiento de papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, y

b) la interceptación de telecomunicaciones o la utilización de artificios técnicos de escuchas, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o cualquier otra señal de comunicación. Esta última cláusula general trata de subsanar las posibles lagunas de punibilidad que se pueden derivar de los avances de la tecnología moderna.

Para finalizar el estudio jurisprudencial de este precepto, añadiremos que la **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 2684/1992, de 2 de diciembre**, recoge que: “Se trata en definitiva, de un delito que sólo admite la forma dolosa, aunque, obviamente, cabe el error de prohibición, vencible o invencible”.

Especialmente interesante resulta la referencia que hace este artículo en su punto quinto, que de modo literal establece:

“5. Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, se impondrán las penas previstas en su mitad superior”.

En este punto 5º, observamos una agravación de la pena, si los hechos afectasen a datos de carácter personal que revelen ideología, religión, creencias, salud, origen racial, vida sexual, o si la víctima fuere menor o incapaz. De nuevo, sucede en este artículo y en este apartado, lo mismo que hemos observado en el artículo 22.4 CP, y es la ausencia de agravante en los supuestos de discriminación por razones socioeconómicas, es cierto, que este artículo amplía la pena agravada a la edad, pero no lo hace con las discriminaciones económicas, en conclusión, difícilmente podrá ser aplicado este tipo a las personas en situación de calle.

Por su parte, **el artículo 314 CP** aborda otro tipo de discriminación, y es aquella que se lleva acabo en el empleo en los siguientes términos:

“Los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de 12 a 24 meses”.

Por lo que respecta a este artículo simplemente añadir, que difícilmente podrá aplicarse el tipo contemplado a las personas en situación de calle, ya que quienes se encuentran en esta situación no suelen disponer de un empleo y mucho menos de empleos regulares.

Finalizaremos este análisis de los artículos del CP, haciendo alusión al artículo 510 CP, en nuestra opinión artículo fundamental a la hora de analizar la relación del CP con la discriminación y en el caso que nos ocupa con las personas en situación de calle.

Lo recogemos en su literalidad, la cual se expresa en los siguientes términos:

“1. Los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

2. Serán castigados con la misma pena los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía”.

Tras la lectura de este precepto, lo primero que debemos establecer con claridad es qué entender por provocación. Siguiendo a una parte de los autores de la doctrina, encabezada por Jon Landa Gorostiza³, concretamos que la provocación contenida en este artículo del CP, no puede entenderse como una provocación en sentido técnico, es decir, de la contemplada en el artículo 18 CP, si no que estamos ante una de las modalidades de incitación al odio, que en cuanto sentimiento privado de la persona o emoción humana nunca puede considerarse delictivo.

Según la doctrina señalada debe realizarse una interpretación restrictiva de este precepto penal, resultando únicamente de aplicación en los casos en que los destinatarios de la provocación carezcan de autonomía suficiente, como por ejemplo los menores, o si se tratara de una situación de crisis extrema de un grupo especialmente vulnerable como el de las personas en situación de calle.

Para observar el alcance de este precepto penal resulta fundamental recurrir a la jurisprudencia, de la que podremos extraer los requisitos que debe reunir la provocación mencionada en este artículo. Así resulta de interés la **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), caso absolución para los responsables de la librería que vendía material de ideología nazi. Sentencia núm. 1172/2010, de 23 de julio**. Así el Alto Tribunal se pronuncia en los siguientes términos:

“El artículo 510, por su parte, sanciona a quienes provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones por los distintos motivos recogidos en el precepto. La utilización del término provocación ha conducido a sostener que es preciso que se cumplan los requisitos del artículo 18, salvo el relativo a que el hecho al que se provoca sea constitutivo de delito, ya que al incluir la provocación al odio se hace referencia a un sentimiento o emoción cuya mera existencia no es delictiva. En cualquier caso, es preciso que se trate de una incitación directa a la comisión de hechos mínimamente concretados de los que pueda predicarse la discriminación, el odio o la violencia contra los referidos grupos o asociaciones y por las razones que se especifican en el artículo. Aún podría añadirse como argumento concurrente que, en la interpretación constitucional del artículo 607.2 a la que luego se aludirá, el Tribunal ha considerado como una de las modalidades de la conducta típica la difusión de ideas o doctrinas que justifiquen el genocidio cuando impliquen una incitación indirecta a su comisión. De lo que resultaría que la incitación indirecta a la comisión del genocidio resultaría más levemente penada que la incitación, igualmente indirecta, a la ejecución de actos presididos por el odio, discriminatorios o violentos”.

³27. LANDA GOROSTIZA, JON – MIRENA, “Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de lege lata. A la vez un comentario a la STS 259/2011 -librería Kalki- y a la STC 235/2007”. Revista de Derecho Penal y Criminología 7 (2012), pp. 301 -350.

Por el extracto que acabamos de reflejar de la sentencia del Supremo, concluimos que la provocación deberá ser:

a) Directa.

b) Ante un colectivo de personas o procedimiento que facilite su publicidad.

c) Y que incite a la comisión de un delito, lo que quiere decir, que suponga la realización de un acto discriminatorio o violento constitutivo de delito.

La sentencia analizada concluye, por lo que se refiere al artículo 510 del siguiente modo:

“Por lo tanto, aunque la conducta descrita en los hechos probados desarrollada por los cuatro acusados constituya una difusión de ideas favorables al régimen nazi, que en ocasiones incluyen justificaciones del genocidio, y de contenido discriminatorio y excluyente para grupos raciales, étnicos o religiosos; aunque en atención a los valores constitucionales tales ideas o doctrinas, al igual que cualesquiera otras no respetuosas con la dignidad humana, nos merezcan el más claro rechazo, y aunque desde los poderes públicos no deba favorecerse la difusión de tales ideas contrarias a las bases de la convivencia basada en los valores de la Constitución vigente, los hechos probados no alcanzan el nivel de acciones delictivas previsto en el artículo 607.2 del Código Penal, según la interpretación que del mismo ha realizado el Tribunal Constitucional, al no poder identificarse como una provocación o incitación directa a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones por los motivos expresados en el artículo 510 del Código Penal; y al no poder afirmarse tampoco, que mediante la difusión de ideas o doctrinas justificadoras el genocidio a través de la edición, distribución o venta genérica de libros o revistas, constituyan una incitación indirecta a la comisión de actos constitutivos de tal delito, o una conducta creadora de un clima de hostilidad contra los mencionados grupos susceptible, por sus características, de concretarse en actos específicos de violencia contra aquellos. Por todo ello, los motivos se estiman y se dictará segunda sentencia en la que se acordará la absolución de los acusados por los delitos previstos en los artículos 510 y 607.2 del Código Penal”.

3.- Informar sobre los cauces procedimentales existentes en la legislación penal española para la denuncia y persecución de este tipo de delitos de aporofobia, denominados también delitos de odio: denuncia, querrela, persecución de oficio por parte de las Fiscalías españolas.

El término “aporofobia” fue acuñado por la catedrática valenciana de ética y filosofía política, Adela Cortina, para recoger un sentimiento humano deleznable: “el odio, repugnancia y hostilidad ante el pobre, el sin recursos, el desamparado”. Así pues, se entiende por delito de aporofobia aquel que se comete contra los excluidos sociales, los indigentes, personas en situación de calle.

El delito de aporofobia, como uno de los considerados delitos de odio, debe de integrarse en nuestra legislación criminal, bien como delito sustantivo o, al menos, como agravante de las penas. Las cosas tienen que empezar a cambiar.

No obstante, veamos en este punto qué aspectos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECr), en su redacción actual, nos pueden ayudar a perseguir este tipo de delitos.

En nuestro sistema jurídico de todo delito o falta nacen dos posibles acciones: la penal, encaminada al castigo del culpable, y la civil, dirigida al resarcimiento del daño e indemnización de los perjuicios causados por el hecho punible (artículo 100 LECr).

Ahora bien, ¿quién puede ejercer la acción penal? Cualquier ciudadano. En España la acción penal es pública y, por tanto, cualquiera la podrá ejercitar aunque no sea la persona perjudicada por el delito o falta (artículo 101 LECr).

Y, ¿por qué medios?

Denuncia

Los artículos 259 a 269 LECr regulan la denuncia penal. Así el artículo 259 dice: *“El que presenciare la perpetración de cualquier delito público está obligado a ponerlo inmediatamente en conocimiento del Juez de instrucción, de paz, comarcal o municipal o funcionario fiscal más próximo al sitio en que se hallare, bajo la multa de 25 a 250 pesetas”*.

El artículo 262 LECr establece la misma obligación del denunciante, pero agravada cuando éste llega a conocer del delito público por razón de su cargo, profesión u oficio.

Las denuncias pueden formalizarse por escrito o verbalmente, personalmente o por medio de mandatario (265 LECr)

Por otro lado, el ciudadano que tuviere conocimiento de la perpetración de un delito de los que se deben perseguir de oficio, deberá denunciarlo ante el Ministerio Fiscal, Tribunal competente, Juez de instrucción o municipal, o funcionario de policía, sin que se sienta obligado a demostrar los hechos, ni a formalizar querrela y, además, sin contraer responsabilidad alguna (264 LECr).

El Juez, Tribunal, autoridad o funcionario que recibieren una denuncia, harán constar siempre la identidad del denunciador (268 LECr).

Queda claro pues que mediante la denuncia cualquier ciudadano puede poner los hechos en conocimiento de la autoridad judicial o policial y que lo puede hacer sea o no sea la víctima y habiéndose enterado de cualquier modo:

- Por motivo de su profesión u oficio.

- Por haber presenciado el hecho.
- Por cualquier otro motivo diferente.

Así pues, la denuncia es un medio magnífico para que el ciudadano pueda poner en conocimiento de la autoridad judicial o policial competente la comisión de delitos de odio y, específicamente, los de aporofobia. Es cuestión del todo necesaria la de concienciar al público, en general, de que estos delitos suelen quedar, en la mayoría de los casos, sin castigo al no ser denunciados por sus víctimas y que, por tanto, la ciudadanía tiene que mostrarse en actitud vigilante y proactiva en su persecución. No sólo por el deber de ayuda humanitaria que debemos a las personas marginadas y desocializadas, sino también porque dañan la construcción social y fragmentan las comunidades. Es decir, ponen en grave peligro la estabilidad social de cualquier comunidad.

Querella

Se regula en los artículos 270 a 281 del LECr. Así el 270 dice: “Todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, pueden querellarse, ejercitando la acción popular establecida en el artículo 101 de esta Ley. También pueden querellarse los extranjeros por los delitos cometidos contra sus personas o bienes o las personas o bienes de sus representados (...)”.

Su operativa es más restrictiva pues sólo se puede interponer ante el juez de instrucción competente, quedando sometido el querellante, para todos los efectos del juicio por él promovido, al Juez de instrucción o Tribunal competente para conocer del delito objeto de la querella.

La querella se presentará siempre por medio de Procurador con poder bastante y suscrita por Letrado. Debiendo el particular querellante prestar fianza de la clase y en la cuantía que fije el Juez o Tribunal, salvo el ofendido y sus herederos o representantes legales.

Así pues, el querellante solicita la apertura a de una causa criminal en la que se investigará un presunto delito en el que se constituirá como parte acusadora. El juez o tribunal decidirá si admite o no a trámite la querella interpuesta.

Este instrumento parece el más apropiado para que el ofendido por un delito lo ponga en conocimiento de la jurisdicción penal. Y ello, principalmente, porque su principal diferencia con la denuncia radica en que el querellante puede intervenir personalmente como parte acusadora en el desarrollo del proceso penal. Hay otra diferencia importante entre querella y denuncia: “la querella siempre progresa, en cambio la denuncia a veces no”. Esta es una frase que se utiliza mucho, ya que la mayoría de las querellas progresan y son admitidas por el juez con el subsiguiente inicio de la investigación y del proceso en sí. Y ello porque al formar el querellante, automáticamente, parte de la acusación, no se requerirá el burocrático y complejo procedimiento de esperar la aceptación del caso por parte del fiscal.

No obstante, si una denuncia progresa, el propio denunciante podrá solicitar formar parte de la acusación, por lo que, desde ese momento, la denuncia y la querella dejarán de tener diferencias.

Persecución de oficio por la Fiscalía

El papel del Ministerio Fiscal en cuanto a la persecución de los delitos queda clara en el artículo 105 de la LECr: “Los funcionarios del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador

particular en las causas, menos aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente a la querrela privada. También deberán ejercitarlas en las causas por los delitos contra la honestidad que, con arreglo a las prescripciones del Código Penal, deben denunciarse previamente por los interesados o cuando el Ministerio Fiscal deba, a su vez, denunciarlos por recaer dichos delitos sobre personas desvalidas o faltas de personalidad”.

Vemos como la ley le está imponiendo al Ministerio Fiscal una obligación genérica de persecución de oficio de los delitos, pero a su vez también una obligación concreta cuando dice: “(...) por recaer sobre personas desvalidas”.

La policía judicial

El artículo 126 de la Constitución Española establece que la Policía Judicial depende de los Jueces, Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la Ley establezca.

Su actuación en el terreno procesal se regula en los artículos 282 a 298 de la LECr. Así en el 282 se dice: “La Policía judicial tiene por objeto, y será obligación de todos los que la componen, averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la Autoridad judicial. Si el delito fuera de los que sólo pueden perseguirse a instancia de parte legítima, tendrán la misma obligación expresada en el párrafo anterior, si se les requiere al efecto. La ausencia de denuncia no impedirá la práctica de las primeras diligencias de prevención y aseguramiento de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial”.

El documento base de plasmación de hechos y diligencias de la actuación policial es el atestado que se regula en el artículo 292 de la LECr: “Los funcionarios de Policía judicial extenderán, bien en papel sellado, bien en papel común, un atestado de las diligencias que practiquen, en el cual especificarán con la mayor exactitud los hechos por ellos averiguados, insertando las declaraciones e informes recibidos y anotando todas las circunstancias que hubiesen observado y pudiesen ser prueba o indicio del delito. La Policía Judicial remitirá con el atestado un informe dando cuenta de las detenciones anteriores y de la existencia de requisitorias para su llamamiento y busca cuando así conste en sus bases de datos”.

Es un instrumento oficial en el que los funcionarios de policía judicial hacen constar las diligencias que se practican para averiguar y comprobar un hecho delictivo, especificando en él los hechos averiguados, las declaraciones e informes recibidos y todas las circunstancias que hubiesen observado y que pudiesen constituir indicio de delito.

El atestado se levantará bien directamente por la policía al tener conocimiento directo de unos hechos que puedan ser constitutivos de delito, por denuncia de un ciudadano o bien a consecuencia de las diligencias practicadas por el Ministerio Fiscal.

Anteproyecto de Ley orgánica de Estatuto de la Víctima del Delito

En su disposición final tercera, plantea unas modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a efectos de la transposición de algunas de las disposiciones contenidas en la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los

derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

Vamos, a continuación, a comentar aquellas modificaciones propuestas que puedan afectar a la materia objeto de este dictamen:

1. Modificación del artículo 109.- El texto del segundo párrafo del artículo que dice: “Si no tuviese capacidad legal, se practicará igual diligencia con su representante”; se plantea su sustitución por: “Si fuera menor o tuviera la capacidad judicialmente completada, se practicará igual diligencia con su representante o la persona que le asista”. Con esta pequeña modificación se incorpora la terminología prevista en la Convención de Naciones Unidas de 13 de diciembre de 2006 sobre la protección de los derechos de las personas con discapacidad, al regular expresamente las medidas a adoptar en relación con los hijos con la capacidad completada judicialmente, que hasta ahora se llamaban, simplemente, incapacitados.

No contempla, sin embargo, esta modificación dos cuestiones importantes de cara la protección de la víctima y que, desde la perspectiva de los delitos objeto de este dictamen, deberían incluirse en este precepto. Nos referimos a:

- La información de los derechos a que tiene la víctima y que se recogen en el artículo 5 del anteproyecto:

- o “Medidas de asistencia y apoyo disponibles, sean médicas, psicológicas o materiales. También la posibilidad de obtener un alojamiento alternativo.

- o Derecho a denunciar.

- o Procedimiento para obtener asesoramiento y defensa jurídica y, en su caso, condiciones en los que pueda obtenerse gratuitamente.

- o Posibilidad de solicitar medidas de protección y, en su caso, procedimiento para hacerlo.

- o Indemnizaciones a las que pueda tener derecho.

- o Servicios de interpretación y traducción (...).”

- El derecho a recibir información del artículo 7: “Toda víctima tendrá derecho a ser notificada de las siguientes resoluciones judiciales, si así lo solicita:

- o La resolución por la que se acuerde no iniciar el procedimiento penal.

- o Los autos de sobreseimiento y archivo.

- o La sentencia que ponga fin al procedimiento.

- o Las resoluciones que acuerden la prisión o la posterior puesta en libertad del infractor, así como la posible fuga del mismo.

- o Las resoluciones que acuerden la adopción de medidas cautelares personales o que modifiquen las ya acordadas, cuando hubieran tenido por objeto garantizar la seguridad de la víctima.

- o Las resoluciones referentes a la clasificación del penado en tercer grado antes de que se extinga la mitad de la condena, la concesión al penado de la libertad condicional en algunos supuestos concretos (...)

2. Introducción de un nuevo artículo 109 bis, con la siguiente redacción:

“1.- Las víctimas del delito que no hubieran renunciado a su derecho podrán ejercer la acción penal en cualquier momento antes de la apertura del juicio oral, si bien ello no permitirá retrotraer ni reiterar las actuaciones ya practicadas antes de su personación.

En el caso de que la víctima hubiera fallecido o hubiera quedado incapacitada para ejercer este derecho

a consecuencia del delito, la acción penal podrá ser ejercida por su cónyuge, por la persona que hubiera mantenido con él una relación estable y análoga de convivencia y por sus hijos. A falta de los anteriores, la acción penal podrá ser ejercida por sus herederos.

2.- El ejercicio de la acción penal por alguna de las personas legitimadas conforme a este artículo no impide su ejercicio posterior por cualquier otro de los legitimados. Cuando exista una pluralidad de víctimas, todas ellas podrán personarse independientemente con su propia representación. Sin embargo, en estos casos, cuando pueda verse afectado el buen orden del proceso o el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, el Juez o Tribunal, en resolución motivada y tras oír a todas las partes, podrá imponer que se agrupen en una o varias representaciones y que sean dirigidos por la misma o varias defensas, en razón de sus respectivos intereses.

3.- La acción penal también podrá ser ejercitada por las asociaciones de víctimas y por las personas jurídicas a las que la Ley reconoce legitimación para defender los derechos de las víctimas, siempre que ello fuera autorizado por la víctima del delito.

Quando el delito o falta cometida tenga por finalidad impedir u obstaculizar a los miembros de las corporaciones locales el ejercicio de sus funciones públicas, podrá también personarse en la causa la Administración local en cuyo territorio se hubiere cometido el hecho punible”.

Como cuestiones nuevas, este nuevo artículo regula:

- La legitimación por fallecimiento de la víctima.
- El supuesto de pluralidad de víctimas.
- El ejercicio de las acciones penales por las asociaciones de víctimas y personas jurídicas legitimadas para la defensa de ciertos derechos de las víctimas.

Pero lo que más nos interesa destacar a los autores del presente dictamen es la tercera novedad, la que se establece en el apartado 3º de este artículo, pues entendemos que **activa la actuación de las organizaciones en defensa de los derechos de las víctimas de delitos de odio**.

Así es, en el número 3 de este nuevo artículo se legitiman las acciones penales ejercidas por las asociaciones de víctimas y aquellas personas jurídicas legitimadas para la defensa de determinados derechos de las víctimas. El legislador recoge así una dilatada doctrina constitucional en ese sentido. Véase la **Sentencia del Tribunal Constitucional 67/2011, de 16 de mayo**, donde el alto tribunal reconoce la titularidad del derecho de acceso a la jurisdicción, como vertiente del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, a las personas jurídico-públicas. Esta sentencia, recoge en el inciso 2º de sus fundamentos jurídicos un texto de otra anterior (**Sentencia del Tribunal Constitucional 175/2001, de 26 de julio**) que, a su vez, expresaba: *“las personas públicas son titulares, también, del derecho de acceso al proceso. El artículo 24.1 CE no exige de la Ley la articulación, en todo caso, de instrumentos procesales con los que las personas públicas puedan hacer valer los intereses generales cuya satisfacción les atribuye el Ordenamiento. Dicho de otro modo, según viene declarando este Tribunal, esta vertiente del artículo 24.1 CE sólo tutela a las personas públicas frente a los Jueces y Tribunales, no en relación con el legislador. Corresponde a la ley procesal determinar, entonces, los casos en que las personas públicas disponen de acciones procesales para la defensa del interés general que les está encomendado. Lógicamente, aquella tarea de configuración legal ha de ejercitarse con sometimiento al ordenamiento*

constitucional, lo que impide no sólo exclusiones procesales arbitrarias, sino incluso aquellas otras que, por su relevancia o extensión, pudieran hacer irreconocible el propio derecho de acceso al proceso (...) Así que la interpretación judicial de las normas de acceso al proceso estará guiada, también en relación con las personas públicas, por el principio <<pro actione>> o por el canon constitucional de interdicción de la arbitrariedad, la irrazonabilidad y el error patente, cuando se trate del acceso a los recursos legales”.

3. Se modifica el artículo 281.- Añadiendo un tercer supuesto de exención de fianza: cuando el querellante sea una asociación de víctimas o una persona jurídica a la que la Ley hubiere reconocido legitimidad para defender los derechos de las víctimas y siempre que el ejercicio de la acción penal se realice con autorización expresa de la propia víctima.

Con esta modificación se facilita la actuación como querellante a las organizaciones en defensa de los derechos de las víctimas de delitos de odio, incluyendo como entidades beneficiarias de la exención de fianza para presentar querrela a las asociaciones de víctimas y a las personas jurídicas que la Ley reconoce legitimación para defender los derechos de éstas.

4. Se modifica el párrafo primero del artículo 282, añadiendo a la Policía Judicial una obligación más: *“Asimismo, llevarán a cabo una valoración de las circunstancias particulares de las víctimas para determinar provisionalmente qué medidas de protección deben ser adoptadas para garantizarles una protección adecuada, sin perjuicio de la decisión final que corresponderá adoptar al Juez o Tribunal”.* Este tipo de víctimas presentan una peculiaridad con respecto a cualquier otra víctima de delito como es su alto nivel de desprotección social de partida, por lo que es importante, y así lo quiere prever el legislador al introducir esta modificación al texto del artículo donde se establecen las funciones y obligaciones de la Policía Judicial, obligar a ésta a realizar una valoración preliminar (luego ya decidirá el Juez) de las circunstancias particulares de las víctimas para, en caso de ser necesarias, se determinen provisionalmente medidas de protección añadidas a las que serían normales en todo caso.

Esta evaluación y valoración de las circunstancias particulares de las víctimas se debe de referenciar al artículo 23 del anteproyecto que se titula como *“evaluación individual”* y que tienen por objetivo determinar qué medidas de protección precisa la víctima. En ese artículo, sin embargo, se olvida el legislador de incluir una referencia concreta a los delitos de aporofobia o, por lo menos, de odio, cosa que sí realiza la Directiva 2012/29/UE cuando en su artículo 22.3 especifica: *“En el contexto de la evaluación individual, se prestará especial atención a las víctimas que hayan sufrido un daño considerable debido a la gravedad del delito; las víctimas afectadas por un delito motivado por perjuicios o por motivos de discriminación, relacionado en particular con sus características personales (...) y delitos por motivos de odio (...)”.*

El artículo 24 del anteproyecto establece que la competencia para esta valoración corresponderá al Juez de instrucción sin perjuicio de la evaluación y resolución provisional que deba hacer el Fiscal en las diligencias de investigación, o los funcionarios de policía en la fase inicial de sus investigaciones (modificación del artículo 282 LECr). Finalmente, en la fase enjuiciamiento, al Juez o Tribunal que conozca de la causa.

Las medidas de protección a la víctima pueden ser de diversa consideración y el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de las Víctimas del Delito comenta las siguientes:

- La protección de la intimidad de la víctima y sus familiares (artículo 22 del anteproyecto). A tal efecto, se modifican los artículos 681, 682 y 707 de la LECr, regulando medidas que como:

- o La celebración del juicio o de algunos de sus actos o sesiones a puerta cerrada.
- o La prohibición de la divulgación de información relativa a su identidad.
- o La prohibición de la grabación de la imagen y/o sonidos en determinadas pruebas.
- o La evitación de la confrontación visual de la víctima con el inculpado.
- o La protección de la víctima durante la investigación penal evitando que se produzca una victimización secundaria (artículo 21 del anteproyecto). Por ejemplo:

- Que se le reciba declaración solo cuando resulte necesario, sin dilaciones injustificadas.
- Que su reconocimiento médico se lleve a cabo cuando resulte imprescindible para los fines del proceso.
- Que la víctimas puedan estar acompañadas, además de por sus representantes procesales y legales, por una persona de su elección, durante la práctica de aquellas diligencias en las que deban intervenir.

5. Modificación del artículo 284, al que se le añaden los siguientes párrafos: *“Si hubieran (la Policía Judicial) recogido armas, instrumentos o efectos de cualquier clase que pudieran tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que éste se cometió, o en sus inmediaciones, o en poder del reo, o en otra parte conocida, extenderán diligencia expresiva del lugar, tiempo y ocasión en que se encontraren, e incluirá una descripción minuciosa para que se pueda formar idea cabal de los mismos y de las circunstancias de su hallazgo, que podrá ser sustituida por un reportaje gráfico. La diligencia será firmada por la persona en cuyo poder fueren hallados.*

La incautación de efectos que pudieran pertenecer a una víctima del delito será comunicada a la misma.

La persona afectada por la incautación podrá recurrir en cualquier momento la medida ante el Juez de Instrucción de conformidad con lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 334”.

Finalmente, es importante precisar que en el número 2 del artículo 23 del anteproyecto se establece el catálogo de delitos en los que se exige una especial valoración de la víctima y sorprende la falta de inclusión expresa de algunos delitos:

- Los delitos de odio en general y, como ya hemos mencionado más arriba, de manera más concreta los delitos de aporofobia. Es decir, delitos que, partiendo de una discriminación previa de la víctima, por su marginalidad y situación de exclusión social, inducen al autor del delito a su comisión con más saña y falso sentimiento de impunidad.
- Los delitos de homicidio, lesiones graves de los artículos 149 y 150 del CP y detenciones ilegales y secuestros.

4.- Conclusiones del dictamen jurídico

En el presente epígrafe quienes suscriben presentan las conclusiones del análisis realizado de los diferentes artículos del Código Penal, así como de los cauces procedimentales en la legislación penal española en relación con los delitos de odio.

Conclusiones del análisis realizado a los diferentes artículos del código penal

Como **primera conclusión**, cabe destacar, que esta circunstancia agravante, podrá aplicarse a aquellos delitos cometidos contra personas en situación de calle, cuando esencialmente concurra un medio o forma que tienda a asegurar la agresión, y que por tanto evite, la reacción y defensa del agredido.

Resultará fundamental, demostrar la situación de indefensión, que en el caso de personas de situación de calle resultará fundamental para la aplicación de esta circunstancia agravante a aquella persona que comete el delito. Habrá que concentrarse en la labor de investigación que lleven a cabo tanto, la policía judicial como el Ministerio Fiscal, y tener presente que será fundamental nuestra capacidad de demostrar la vulnerabilidad de la víctima en el momento del ataque.

La **segunda conclusión** a la que hemos llegado, una vez analizado el contenido del artículo 22.4 del Código Penal, es la necesidad de introducir, en el catalogo de de circunstancias agravantes del delito que este contempla, la discriminación por circunstancias socioeconómicas.

El motivo por el que el legislador deberá abordar esta cuestión, radica en que las “*condiciones personales o sociales*”, como circunstancias agravantes del delito, aunque no se encuentren enumeradas en el artículo 14 de la Constitución Española, si se recogen el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y por tanto, vinculan al Estado español.

Si desde aquí pudiéramos hacer llegar una recomendación al poder legislativo, le sugeriríamos, que llevase a cabo esta incorporación con el mayor acierto, fruto de un debate parlamentario serio en el que se tengan muy presentes las circunstancias en que viven y se desarrollan las personas en situación de calle, su especial vulnerabilidad, y la conciencia, de que es necesaria la inclusión de esta agravante por las diversas situaciones de riesgo a las que se ven sometidas estas personas.

La **tercera conclusión** extraída en el análisis realizado a los diversos artículos del Código Penal, gira entorno al delito de amenazas contemplado en el artículo 170 del Código Penal. Podemos concluir que éste artículo, amplía la lista de víctimas objeto de amenazas respecto al catalogo que hemos analizado del artículo 22.4 del Código Penal. Se incluye en este artículo, un “*colectivo social o profesional, o cualquier otro grupo de personas*”. Cabría, por tanto, la aplicación del tipo recogido en este artículo, a las amenazas graves, dirigidas a atemorizar al colectivo de personas en situación de calle, siempre que se den los requisitos que la jurisprudencia viene requiriendo para la aplicación de este artículo, y por tanto, el mal anunciado, constituya delito y que las amenazas resulte graves, serias y firmes.

La **cuarta conclusión** viene referida al artículo 173 del Código Penal, concretamente a su punto primero, el cual contempla el delito de trato degradante a los demás cuando esto suponga un grave menoscabo de la integridad moral. No tenemos duda alguna en lo que se refiere al bien jurídico protegido, que no es otro que la integridad moral, derecho recogido en el artículo 15 de la Constitución Española. Sin duda, el delito tipificado en este artículo está íntimamente relacionado con las personas en situación de calle, ya que todo aquel atentado contra su integridad moral, que contemple los elementos integrantes del mismo, y que contempla el Tribunal Supremo, podrá ser castigado con la pena contemplada en el. Así el Alto Tribunal exige: un acto claro de contenido vejatorio, que concurra un padecimiento físico o psíquico y que el comportamiento sea degradante o humillante. Este atentado contra la integridad moral deberá ser grave, sino estaremos ante una falta del artículo 620.2º del Código Penal.

La **quinta conclusión** extraída está referida al artículo 174 del Código Penal, el cual contempla el delito

de la tortura cometida por una autoridad o funcionario público, con abuso de su cargo, siempre que se pretenda con la referida tortura la obtención de una información o castigarla en base a algún tipo de discriminación. La pena contemplada en este artículo, sólo podrá aplicarse cuando, concurra la cualificación del sujeto activo, el elemento material constituido por la acción con la que se manifiesta la tortura y el elemento teleológico, que consiste en la obtención de información. Si estos elementos se dan en una actuación por parte de una autoridad o funcionario y el sujeto pasivo fuera una persona en situación de aquella, podría aplicarse la pena contemplada en el mismo al sujeto activo expresado.

Como sexta conclusión, nos referimos a lo analizado en el artículo 197 del Código Penal, el cual tipifica la revelación de secretos y vulneración de la intimidad. Admite dos modalidades: el apoderamiento de papeles y la interceptación de telecomunicaciones. Solo se admite su comisión de forma dolosa. Llama la atención, que el punto quinto de este artículo contempla agravación de la pena, si los hechos revelan ideología, religión, creencias, salud, origen racial, vida sexual, o si la víctima fuere menor o incapaz, de nuevo no se contempla las circunstancias socioeconómicas del individuo.

Continuando con el análisis de los artículos solicitados, entramos a realizar nuestra **séptima conclusión** del artículo 314 del Código Penal. Este artículo, tipifica la discriminación grave en el empleo por razón de etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, etc. La aplicación del tipo contemplado en este artículo, a quien lleve a cabo este tipo de conductas contra personas en situación de calle, es compleja y difícil, ya que las mencionadas personas, no suelen tener empleo y el artículo tampoco observa al discriminación por circunstancias socioeconómicas, por lo que debería contemplarse en el listado que ofrece este artículo, para que una discriminación contra una persona en situación de calle que pretenda acceder a un empleo pueda ser castigada, la mencionada circunstancia socioeconómica.

Finalmente, abordamos en este apartado de conclusiones, lo estimado respecto al artículo 510 del Código Penal como **conclusión octava**. Este artículo condena al que provoca a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referidos a la ideología, las creencias o la situación familiar, también la referida al sexo, origen, orientación sexual etc. De nuevo en este listado no se recogen discriminaciones socioeconómicas, pero si es cierto que podría abrirse camino al contemplarse la situación familiar entre el listado que refleja el artículo. En todo caso, debemos tener presente que la provocación habrá de ser: directa, realizada ante un colectivo de personas o con publicidad y que incite a la comisión de un delito.

Conclusiones el aspecto procesal del análisis

Desde el punto de vista procesal entendemos que la actual LECr dota, tanto a las víctimas como a la ciudadanía en general, de suficientes instrumentos de persecución del delito. La denuncia o la querrela, la especial función de protección de las víctimas por parte del Ministerio Fiscal o, por último, la definitiva participación de la Policía Judicial en el descubrimiento, la averiguación y la denuncia del delito, así como el descubrimiento y aseguramiento del delincuente, son cauces procedimentales idóneos para poder perseguir los delitos de aporofobia o de odio si queremos enmarcar los primeros en una categoría más amplia.

No obstante, algunas lagunas o imprevisiones de nuestro marco procesal penal pueden ser corregidas con el Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito que se encuentra en elaboración. De esta forma, en las páginas anteriores hemos desmenuzado algunas cuestiones que pueden mejorar la actual redacción reguladora de la LECr o mejorar el marco legal de protección a través del texto de la

propia Ley Orgánica. Por ejemplo:

- El ejercicio de las acciones penales por las asociaciones de víctimas y personas jurídicas legitimadas para la defensa de ciertos derechos de las víctimas.
- La regulación y establecimiento de efectivas medidas de protección a la víctima. Y ello en dos líneas de actuación: la protección de la intimidad de la víctima y de sus familiares y la protección de la víctima durante la investigación penal evitando que se produzca una victimización secundaria.
- Para establecer tales medidas de protección a la víctima se dictamina como necesaria una evaluación y valoración individual de las circunstancias particulares de las víctimas. La competencia para esta valoración corresponderá al Juez de instrucción sin perjuicio de la evaluación y resolución provisional que deba hacer el Fiscal en las diligencias de investigación, o los funcionarios de policía en la fase inicial de sus investigaciones.
- Se incluyen como entidades beneficiarias de la exención de fianza para presentar querrela, a las asociaciones de víctimas y a las personas jurídicas que la Ley reconoce legitimación para defender los derechos de éstas.
- Se introduce en el ordenamiento jurídico penal una dilatada doctrina constitucional en el sentido de legitimar las acciones penales ejercidas por las asociaciones de víctimas y aquellas personas jurídicas legitimadas para la defensa de determinados derechos de éstas.

A pesar de todo ello, el Anteproyecto adolece de algunos defectos y de algunas ausencias que ya han sido comentadas tanto en este dictamen como en el informe emitido por el Pleno del Consejo del Poder Judicial que se adjunta como Anexo IV. Pero debemos destacar lo que a nuestro juicio sería necesario y urgente conseguir que se incluyera en el Estatuto de la Víctima del Delito. Y nos referimos a que en ese futuro texto legal aparezca perfectamente referenciada, como una especialidad de los delitos de odio, el conocido como delito de *aporofobia* o delito contra la integridad personal y moral de las personas socialmente excluidas.

Estos delitos deben ser tratados de manera específica en nuestra legislación penal porque el infractor, al cometerlos, está emitiendo un doble mensaje. Uno directo sobre la víctima y otro, más genérico, al resto de la sociedad, que se traduce en el juicio que realiza sobre el derecho de la víctima a pertenecer o no a su mismo grupo social. Lo cual nos conduce a la necesidad de distinguir este delito de otros, aplicando un tratamiento diferenciado.

Por tanto, nos encontramos ante una oportunidad estupenda para intentar forzar mecanismos políticos y sociales e intentar convencer al legislativo para que introduzca referencias concretas al delito de *aporofobia* en la futura Ley Orgánica del Estatuto de la Víctimas del Delito. Y ello en dos vías:

- En su tipificación como delito sustantivo o agravante específica.
- En su tratamiento procesal diferenciado.

Sería especialmente negativo no conseguir esto ya que España se encuentra en estos momentos, tras seis años de profunda crisis, en un grave proceso de crecimiento de la pobreza y la exclusión social. Son alarmantes las noticias de cada día, que nos hacen testigos de desahucios, acciones desesperadas

de recogida y entrega de alimentos a familias necesitadas, comedores sociales desbordados... Pero más alarmante es lo que podríamos denominar “la otra cara de la moneda”:

- La proliferación de movimientos racistas o neofascistas nada tolerantes con lo distinto.
- La consolidación económica de una clase social alta elitista y poco tolerante.
- La desaparición de una clase media protagonista política durante la transición y consolidación democrática.

España, según las cuentas de Eurostat, presenta una de las mayores tasas de riesgo de exclusión social entre personas con trabajo asalariado, solo superada por Rumania y Grecia. Tenemos un 12,3% de trabajadores con unos ingresos por debajo del umbral de la pobreza.

Finalmente, es importante también definir la motivación en este tipo de delitos en aras a intentar encontrar soluciones procesales que ayuden a penalizarlos adecuadamente. La motivación más clara y definible es aquella en la que el infractor actúa impulsado por el odio u hostilidad hacia la víctima, por su pobreza, su marginalidad o, en definitiva, su situación de exclusión social. Pero cabe otro móvil, la selección discriminada de estas personas desprotegidas socialmente por, precisamente, su característica protegida, sin que el odio o la hostilidad formen parte de la motivación.

Pensando en desarrollos legislativos futuros, caben cualquiera de estas dos categorías de motivación:

- Una **emocional**: odio u hostilidad a la víctima por su condición social de marginación.
- Otra **causal**: existe una selección discriminatoria por su propia característica particular. El ejemplo más utilizado es el del delincuente que ataca a su víctima inmigrante, por considerar que este tipo de personas no suelen denunciar a la policía los ataques sufridos.

No cabe duda de que en cualquiera de las dos versiones el dolo preside la conducta del agresor, la tipifica como delito y, por tanto, debe ser perseguida.

Consecuentemente en esa persecución del delito es definitiva la **obtención de la evidencia de esa motivación**, la emocional o la causal. Y llegamos al aspecto clave dentro del terreno procesal: ¿cómo dispondremos de la prueba?

Como en cualquier otro delito se presentará acusación o no en función de que exista una evidencia suficiente. En este caso, que exista o no una evidencia suficiente que pruebe una motivación prejuiciosa en relación con las personas en situación de calle.

Por ello, es muy importante conseguir que en las próximas modificaciones de las leyes procesales o, ahora mismo, incluyéndolas en el futuro Estatuto de la Víctima, se implique y obligue mucho más al Ministerio Fiscal y a la propia Policía Judicial a la hora de obtener las evidencias, sobre todo en los primeros momentos de las diligencias investigadoras. Es muy frecuente que los delincuentes actores de este tipo de delitos realicen declaraciones, bien durante o bien inmediatamente después de la agresión, que revelen su motivación. En el caso de la indigente quemada en un cajero bancario de Barcelona, las escenas quedaron grabadas en el vídeo de seguridad de la propia entidad y en él se pudo constatar las risas, los comentarios despectivos hacia la víctima... Evidencias necesarias para tipificar el delito.

Son importantes las campañas de concienciación ciudadana sobre la existencia de este tipo de delitos, su alarmante crecimiento y su necesaria tipificación individualizada para su persecución más eficaz. Y son importantes por la influencia necesaria que pueden ejercer sobre el Ministerio Fiscal y la policía y su implicación cada día mayor. Sin embargo, es también imprescindible que el ordenamiento recoja estos aspectos procesales, pues **la naturaleza de este delito necesita de la calidad de la investigación de las fuerzas de seguridad y del apoyo de la fiscalía.**

Insistimos en que este aspecto procesal es fundamental, pues sin evidencias, sin pruebas de la específica motivación, no tendremos delito de aporofobia.

ANEXO II

ARTÍCULO SOBRE APOROFOBIA DE ADELA CORTINA

Catedrática de Ética y Filosofía Política de la Universitat de València

ARTÍCULOS ESCRITOS POR: | MÁS TEMAS »

ADELA CORTINA



La Real Academia Española introduce de tanto en tanto en el Diccionario de la lengua nuevos términos por razones diversas. Son algunas de las más comunes que la expresión correspondiente venga usándose en la calle de forma habitual, o que proceda de una lengua extranjera y sirva para designar algún objeto o acción en un campo del saber. Pero existe una razón poderosa, tal vez la más poderosa, para acoger una nueva palabra en el seno de una lengua, y es que designe una realidad tan efectiva en la vida social que esa vida no pueda entenderse sin contar con ella. E importa ponerle un nombre, porque mientras es indecible actúa como hacen las ideologías: distorsionando, confundiendo para ocultar la verdad de las cosas. Poner nombre a las personas es imprescindible para darles carta de naturaleza (“te llamarás Eva”, “te llamarás Viernes”), tanto más a las realidades sociales, de las que falta clara conciencia mientras son inefables.

Es en este orden de cosas en el que quisiera brindar a la Real Academia un nombre, después de rebuscar afanosamente en mi viejo diccionario de griego, tan usado el pobre en los años del bachillerato: el nombre “aporofobia”. “Dícese -podría constar en la caracterización, por analogía con otras- del odio, repugnancia u hostilidad ante el pobre, el sin recursos, el desamparado”. Y en ese ilustrativo paréntesis que sigue al término diría algo así como: “(Del gr. á-poros, pobre, y fobéo, espantarse) f.”. Es, ciertamente, una expresión que no existe en otras lenguas, e ignoro si es la mejor forma de construirla. Pero lo indudable es que la repugnancia ante el pobre, ante el desamparado, tiene una fuerza en la vida social que todavía es mayor precisamente porque actúa desde un deleznable anonimato.

No figura en las relaciones de lo “éticamente correcto”, en esas moralinas burocráticas que repudian acciones casi sin pensarlo y las gentes repiten ya de un tirón, como los viejos catecismos. Cuentan en ellas el repudio de la xenofobia y el racismo, de la hostilidad hacia el “xénos”, hacia el extranjero, o hacia el que es de otra raza; nunca la repugnancia ante el “áporos”, ante el sin recursos, ante el que parece que no puede ofrecer nada interesante a cambio. Y, sin embargo, ése es el que molesta, es la fobia hacia el pobre la que lleva a rechazar a las personas, razas y etnias habitualmente sin recursos.

No repugnan los árabes de la Costa del Sol, ni los alemanes y británicos dueños ya de la mitad del Mediterráneo; tampoco los gitanos enrolados en una tranquilizadora forma de vida paya, ni los niños extranjeros adoptados por padres deseosos de un hijo que no puede ser biológico. No repugnan, afortunadamente y por muchos años, porque el odio al de otra raza o al de otra etnia, por serlo, no sólo demuestra una innegable falta de sensibilidad moral, sino una igualmente palmaria estupidez. Sólo los imbéciles se permiten el lujo de profesar este tipo de odios.

Sin embargo, sí que son objeto de casi universal rechazo los gitanos apegados a su forma de vida tradicional, tan alejada de ese febril afán de producir riqueza que nos consume; los inmigrantes del norte de África, que no tienen que perder más que sus cadenas; los inmigrantes de la Europa Central y del Este, dueños, más o menos, de la misma riqueza; siguiendo en la lista los latinoamericanos escasos de recursos.

El problema no es de raza ni de extranjería: es de pobreza. Por eso hay algunos racistas y xenófobos, pero aporófobos, casi todos.

La razón es bien simple, descubrirla no precisa grandes especulaciones. En sociedades, como las nuestras, organizadas en torno a la idea de contrato en cualquiera de las esferas sociales, el pobre, el verdaderamente diferente en cada una de ellas, es el que no tiene nada interesante que ofrecer a cambio y, por lo tanto, no tiene capacidad real de contratar.

Esto sucede en el ámbito de la economía, en el que buena parte de la humanidad queda excluida de consumir productos básicos para la supervivencia sencillamente porque no interesa lo que podrían ofrecer a cambio. “El libre mercado”, dice la teoría clásica, “garantiza mayor soberanía al consumidor”. Lo que no aclara a renglón seguido es que merece el título de consumidor quien puede pagarse el consumo, quien presenta una demanda solvente, porque es éste un juego de toma y daca, en el que ejerce su libertad no el que quiere, sino el que puede.

Si tuviéramos agallas para universalizar la ciudadanía social a través de un cierto keynesianismo universal profundamente reformulado en términos de justicia en vez de retirarlo de los lugares en los que se ha encarnado, si aumentáramos la capacidad adquisitiva de cada una de las personas y las protegíramos frente a las contingencias del mercado, aunque sólo fuera por aumentar el consumo, y con él la producción, podríamos empezar a hablar de soberanía del consumidor. “Es imposible”, replican los interesados en que lo sea. Y, sin embargo, es preciso replicar que es de justicia.

Como es doctrina bien sabida desde hace décadas, pero magistralmente expuesta por Michael Walzer en *Esferas de la justicia* (1983), los bienes socialmente producidos son bienes sociales y tienen que ser socialmente distribuidos con justicia. Como la globalización -añadimos por nuestra cuenta- muestra, entre otras cosas, que la producción es global, global debería ser también la justa distribución de la riqueza, y un buen comienzo en el proceso sería universalizar la ciudadanía social.

Sin embargo, los bienes no son sólo económicos, no sólo hay áporoi en la esfera de la riqueza material. Las sociedades distribuyen también otros bienes, que componen distintas esferas de justicia: la pertenencia a una comunidad política, la seguridad en tiempos de vulnerabilidad (asistencia sanitaria, jubilación, desempleo), los cargos que determinan el ingreso, la estima social y las oportunidades vitales, la educación, el poder político, la igualdad, por la que nadie debería poseer un bien de estas esferas con el que pudiera comprar todos los demás, el reconocimiento y los honores que condicionan la autoestima y el autorrespeto.

En cada una de estas esferas hay áporoi, justamente aquellos que en ellas no parecen tener nada interesante que ofrecer a cambio. Por eso en el mundo político, amén de los extranjeros, inmigrantes, asilados, con sus dificultades para pactar, reciben los ciudadanos distintas contraprestaciones, según lo que ofrecen a quien ostenta el poder. Y así sucede igualmente en la universidad y en el hospital, en el taller y en el banco, en la vecindad y en la empresa, que hay quienes tienen algo interesante que ofrecer a los poderosos y quienes bien poca cosa. Y éstos son en cada una de las esferas los débiles, los excluidos. Los áporoi. Mientras no se les nombra se confunden los perfiles, que es lo que gusta a los poderosos: esa difumina-

ción del lenguaje, en virtud de la cual ya ignoramos de qué estamos hablando. Y en manifiestos contra el terrorismo se dice: “Estamos en contra de los intolerantes”, confundiendo el tocino con la velocidad, porque la intolerancia es una actitud del carácter, y el que mata es un asesino. Los atentados contra las personas no son atentados contra la democracia, sino contra la vida concreta de las personas concretas, a quienes a partir de ese momento sus gentes ya no verán más. Excluidos, totalmente excluidos de la vida, supremamente marginados.

Ante una situación semejante cabe responder desde tres tipos de ética, encarnados en tres tipos ideales: la ética de los demonios estúpidos, la de los demonios inteligentes y la de las personas, amén de inteligentes, justas y solidarias. La sugerencia viene de Kant, quien en *La paz perpetua* aseguraba que hasta un pueblo de demonios, de seres sin sensibilidad moral, sacrificaría parte de su libertad y entraría a formar parte de un Estado de derecho, aunque tuvieran que someterse a la ley, “con tal de que”, añadía, “tengan inteligencia”. Podríamos decir, por analogía, que hasta un pueblo de demonios, sin sensibilidad moral, preferiría la paz a la guerra, la cooperación al conflicto, la colaboración a la exclusión, con tal de que tengan inteligencia.

Los demonios estúpidos excluyen a otros en cada esfera social, creyendo que no tienen nada interesante que ofrecer. Y en realidad sucede que los inmigrantes, tan vapuleados, asumen los trabajos que nadie quiere y traen sangre joven a una Europa avejentada. Los demonios inteligentes se aperciben de este tipo de cosas y tratan de averiguar con quiénes interesa sellar pactos, porque hasta el más débil te puede quitar la vida. Las personas con sentido de la justicia y la solidaridad van más allá del contrato: hacia el reconocimiento del valor en sí de cada ser humano, que es la divisa de la Ilustración.