

LA LEY ORGÁNICA 8/2021, DE 4 DE JUNIO,
Y SUS IMPLICACIONES EN EL ÁMBITO PENAL:
ESPECIAL REFERENCIA A LA APOROFOBIA,
A LA EXCLUSIÓN SOCIAL Y A LA EDAD COMO
FACTORES DISCRIMINATORIOS

ORGANIC LAW 8/2021 OF 4 JUNE AND ITS IMPLICATIONS
IN THE CRIMINAL SPHERE: SPECIAL REFERENCE
TO APOROPHOBIA, SOCIAL EXCLUSION AND AGE AS
DISCRIMINATORY FACTORS

Marta Rodríguez Ramos
Universidad Pablo de Olavide

Sumario: *I. Introducción. II. La aporofobia como factor diferenciador penalmente relevante: la reforma de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección de Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia. A. Antecedentes. B. La reforma de la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia: la aporofobia, la exclusión social y la edad como factores penalmente relevantes. III. Conclusiones. IV. Bibliografía. V. Jurisprudencia.*

Resumen: Como es sabido, los *hate crimes* han estado ligados desde sus orígenes a la lucha contra la discriminación, dirigiéndose hacia la protección de grupos vulnerabilizados socialmente. No obstante, este objetivo se ha ido desvirtuando a raíz de las reformas que esta categoría delictiva ha sufrido, ya que todas, sin excepción, han seguido una *tendencia expansiva* que ha aumentado considerablemente el contenido de estas figuras. En este contexto se enmarca la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, objeto del presente estudio y responsable, entre otras medidas, de convertir la aporofobia, la

edad y la exclusión social en factores diferenciadores penalmente relevantes.

En lo que a la aporofobia se refiere, su inclusión en el Código Penal ha sido objeto de demandas civiles e institucionales desde hace años. Ciertamente, esta reacción era necesaria, ya que «los pobres» son el sector social más desprotegido y el que mayor exclusión social sufre. Ahora bien, cuestión distinta es la idoneidad del mantenimiento o la introducción de otros factores, así como de la incorporación de una cláusula final que permite aplicar la agravante independientemente de que el sujeto pasivo pertenezca efectivamente al grupo caracterizado por el factor que el sujeto activo le atribuye.

Palabras clave: Agravante, odio, exclusión social, discriminación, aporofobia.

Abstract: As it is known, hate crimes have been linked to the fight against discrimination since their origins, aiming at the protection of socially vulnerable groups. However, this objective has been undermined by the reforms that this category of crime has undergone, since all, without exception, have followed an *expansionary trend* that has considerably amplified the content of these figures. This is the context of Organic Law 8/2021, of June 4, which is the subject of this study and is responsible, among other measures, for converting aporophobia, age and social exclusion into criminally relevant differentiating factors.

As far as aporophobia is concerned, its inclusion in the Penal Code has been the subject of civil and institutional demands for years. This reaction was certainly necessary, since «the poor» are the most unprotected social sector and the one that suffers the greatest social exclusion. However, a different matter is the suitability of maintaining or introducing other factors, as well as the incorporation of a final clause that allows the aggravating circumstance to be applied regardless of whether the passive subject really belongs to the group characterized by the factor that the active subject attributes to him.

Keywords: Aggravation, hate, social exclusion, discrimination, aporophobia.

Recepción original: 01/09/2022

Aceptación original: 01/09/2022

I. INTRODUCCIÓN

Si bien el español es uno de los Códigos penales más duros del continente europeo, no son pocas las voces que se alzan exigiendo la tipificación de nuevas conductas, así como el endurecimiento de las penas que tienen atribuidos determinados delitos. Esta actitud no supone ninguna novedad para nuestro legislador, que ha ido respondiendo a los reclamos populares con reformas de distinto calado siguiendo una tendencia claramente expansiva. Buen ejemplo de ello lo constituye la agravante de discriminación del art. 22.4 CP, que fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico pocos meses antes de la entrada en vigor del Código penal de 1995, a partir de la Ley Orgánica (en adelante, LO) 4/1995, de 11 de mayo (de modificación del Código penal, mediante la que se tipifica la apología de los delitos de genocidio). Lo mismo ha ocurrido con los polémicos delitos de odio, que desde su inclusión en nuestra normativa no han hecho más que ver ampliado su ámbito de aplicación, desvirtuándose así su esencia¹.

En el caso concreto de la agravante de discriminación, todas las reformas que ha sufrido desde que entrara a formar parte de nuestro ordenamiento —esto es, desde 1995— han implicado la extensión de su contenido². Así, si bien en un principio su aplicación quedaba restringida a comportamientos de corte racista y antisemita, con el paso del tiempo ha ido sufriendo cambios que la han llevado a tener en cuenta factores que lo único que comparten es que sirven para diferenciar a una persona del resto de la población, pero nada más. Por su parte, los delitos de odio, que ya vieron considerablemente ampliado su ámbito de aplicación con la entrada en vigor del nuestro vigente

¹ En palabras de LAURENZO, «la esencia de los delitos de odio se encuentra (...) en el rechazo hacia el diferente», y lo que justifica su existencia es «la necesidad de protección reforzada de ciertos grupos que, por la minusvaloración social de alguna circunstancia que los distingue del modelo normativo aceptado, están especialmente expuestos a sufrir violencia u otros actos de discriminación» [LAURENZO COPELLO, P. «Sentimientos religiosos y delitos de odio: un nuevo escenario para unos delitos olvidados». En DE LA CUESTA AGUADO, P. M. (coord.); Ruiz Rodríguez, L. R. (coord.); ACALE SÁNCHEZ, M. (coord.); HAVA GARCÍA, E. (coord.); RODRÍGUEZ MESA, M. J. (coord.); GONZÁLEZ AGUDELO, G. (coord.); MEINI MÉNDEZ, I. (coord.); RÍOS CORBACHO, J. M. (coord.); TERRADILLOS BASOCO, J. M. (hom.). *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan M.^a Terradillos Basoco*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 1.295].

² Nos referimos, concretamente, a la LO 1/1995, de 23 de noviembre (del Código penal); a la LO 5/2010, de 22 de junio (por la que se modifica la LO 10/1995 de 23 de noviembre, del Código penal); a la LO 1/2015, de 30 de marzo (por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal); y, por último, a la LO 8/2021, de 4 de junio (de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia).

Código penal, han dibujado una estela paralela que se ha evidenciado, sobre todo, al aprobarse la LO 1/2015, de 30 de marzo.

Pues bien, esta inclinación del legislador perdura —y, además, con el mismo ímpetu— hoy en día. Así lo corroboran algunas de los cambios introducidos por la LO 8/2021, de 4 de junio (de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia)³, cuya entrada en vigor, entre otros aspectos, ha supuesto la modificación del conjunto de delitos que el legislador considera «de odio»⁴ (arts. 22.4, 314, 511, 512 y 515.4 CP) para introducir entre sus causas de discriminación tres factores de cuestionable trascendencia penal: la edad, la aporofobia y la exclusión social⁵. Por motivos de extensión, en el presente trabajo nos centraremos fundamentalmente en uno de ellos, la aporofobia, cuya inclusión en nuestro elenco normativo venía siendo demandada por parte de la doctrina⁶ y de distintas instituciones —como, por ejemplo, el Servicio de Delitos de Odio y Discriminación de la Fiscalía Provincial de Barcelona— desde hace años. También, aunque de forma más tangencial, reflexionaremos sobre la idoneidad de la introducción de los otros dos factores mencionados, teniendo en cuenta el necesario respeto a los principios que inspiran el ordenamiento jurídico español y la realidad social de nuestro país.

Veamos pues, a continuación, las implicaciones de este novedosa y —una vez más— arriesgada transformación jurídico-penal.

³ El texto completo de la ley puede consultarse en el siguiente enlace: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-9347.

⁴ En mi opinión, el legislador confunde los «delitos de odio» con los «delitos discriminatorios», pero por cuestiones de espacio no podemos detenernos aquí a reflexionar sobre esta cuestión.

⁵ Cabe destacar que la reforma también se encargó de incluir la identidad de género entre los factores discriminatorios que recoge el artículo (en adelante, art.) 22.4 CP.

⁶ Así, por ejemplo, BUSTOS alertaba de que la anterior regulación penal, en concreto, del art. 22.4 CP dejaba

[...] extramuros de la norma cualquier referencia a motivaciones identificadas en el odio o rechazo hacia la persona pobre, o en atención a su condición socioeconómica desfavorable, pese a que los datos avalan el patente estado de vulnerabilidad y consecuente nivel de victimización en la práctica, y pese a que una comparación, también práctica, con otras circunstancias que de *lege data* sí se prevén aconsejaría, con mayor razón, incorporar la aporofobia a dicho catálogo.

Según el autor, este hecho constituía «una omisión del legislador por sí misma discriminatoria, carente de fundamento» que provocaba que las potenciales víctimas de delitos de odio cometidos por odio al pobre no obtuviesen una igual tutela penal que otras a las que se les aplicase el art. 22.4 CP (BUSTOS RUBIO, M. «Aporofobia, motivos discriminatorios y obligaciones positivas del Estado: el art. 22.4 CP entre la prohibición de infraprotección y la subinclusión desigualitaria». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 23, 2021, págs. 15-17. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/23/recpc23-04.pdf>).

II. LA APOROFOBIA COMO FACTOR DIFERENCIADOR PENALMENTE RELEVANTE: LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA 8/2021, DE 4 DE JUNIO, DE PROTECCIÓN DE INTEGRAL A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA

A. Antecedentes

Para poder comprender el porqué de la situación jurídica actual en lo que al fenómeno de la aporofobia se refiere, debemos, primero, saber a qué hace referencia esta palabra. El término «aporofobia» fue utilizado por primera vez por la filósofa Adela Cortina⁷ en el año 1995 para designar el «rechazo, aversión, temor y desprecio hacia el pobre, hacia el desamparado que, al menos en apariencia, no puede devolver nada bueno a cambio»⁸. La RAE, por su parte, no recogió el término hasta diciembre de 2017⁹, cuando lo definió como la «Fobia a las personas pobres o desfavorecidas». Este último entendimiento es el que ha adoptado efectivamente el legislador español, que explica en el Preámbulo de la LO 8/2021, de 4 de junio, que la decisión de introducir la aporofobia —junto con la exclusión social— como factor diferenciador penalmente relevante se debe a que esta «responde a un fenómeno social en el que en la actuación delictiva subyace el rechazo, aversión o desprecio a las personas pobres, siendo un motivo expresamente mencionado en el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea»¹⁰.

⁷ Para más información sobre el proceso de acuñación del término «aporofobia», *vid.* CORTINA ORTS, A. *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*. Paidós, Barcelona, 2017, págs. 22-27.

⁸ La autora explica que la aporofobia, «como actitud, tiene un alcance universal: todos los seres humanos son aporófobos, y esto tiene raíces cerebrales». En este sentido, indica que este órgano juega un papel importante a la hora de «legitimar opciones vitales más que dudosas», apresurándose a «tejer una historia tranquilizadora para poder permanecer en equilibrio. Y esta interpretación de la superioridad es una de las que más funcionan en la vida cotidiana, aunque esta presunta superioridad no tenga realmente la menor base biológica ni cultural». CORTINA ORTS, A. *Aporofobia, el rechazo al pobre...*, *op. cit.*, págs. 14, 15 y 19.

⁹ A pesar de su tremenda actualidad, el término *aporofobia* fue declarado por la Fundación del Español Urgente (Fundéu) como palabra del año en el mismo 2017 (RTVE.es/EFE. «'Aporofobia', la palabra de 2017 para la Fundéu BBVA». 29 de diciembre de 2017. RTVE.es. Disponible en: <https://www.rtve.es/noticias/20171229/aporofobia-palabra-2017-para-fundeu-bbva/1652464.shtml>).

¹⁰ Según el art. 21 de la Carta:

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.

Pues bien, no obstante la actualidad de esta ley, las demandas en favor de la inclusión de la aporofobia como factor diferenciador relevante penalmente no suponen ninguna novedad¹¹. El propio Tribunal Supremo (en adelante, TS), en su Sentencia 1160/2006, de 9 de noviembre, ya había abogado por la modificación del Código Penal (en adelante, CP) en este sentido explicando que, si bien era cierto que con la cláusula de relativa apertura que presentaba entonces el art. 22.4 CP¹² el legislador reforzaba la seguridad jurídica, también se arriesgaba a «dejar fuera otras modalidades de discriminación equiparables, desde la perspectiva del Estado social, democrático y de Derecho, a las que *enunciaba*, casos de motivación discriminatoria que aumentarían el injusto subjetivo del hecho por la negación del principio de igualdad» (Fundamento Jurídico —en adelante, F. J.— 23). De hecho, en esta resolución el Tribunal no pudo aplicar la agravante de discriminación por tratarse de un supuesto de odio discriminatorio aporóforo, ya que en aquel momento el art. 22.4 CP no contemplaba este factor discriminatorio y su aplicación habría supuesto «un ejercicio interpretativo prohibido por el muro infranqueable de la prohibición de analogía *in mala partem*»¹³.

A este respecto, BUSTOS¹⁴ explica que mientras nuestra Constitución —en positivo y *ex* art. 14 CE— reconoce la igualdad como derecho fundamental en cualquier Estado democrático de Derecho, el Código Penal —en negativo y *ex* art. 22.4 CP— agrava el castigo en el caso de delitos que manifiestan la negación del derecho a la igualdad. Es tal el paralelismo entre ambas normas que prácticamente coinciden las circunstancias a las que alude el art. 14 CE y las recogidas en el art. 22.4 CP para endurecer la pena; la diferencia es que la cláusula de cierre de referido artículo de nuestra Carta Magna se refiere a «cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Para el autor, esto permitía «contemplar en el art. 22.4 CP *de lege data* ciertas

2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados y sin perjuicio de sus disposiciones particulares.

¹¹ DE VICENTE MARTÍNEZ, R. *El discurso del odio. Análisis del artículo 510 del código penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 83.

¹² La LO 10/1995, de 23 de noviembre, había otorgado al precepto el siguiente tenor:

Son circunstancias agravantes: [...]

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

¹³ Como expresamente indica BUSTOS RUBIO, M. «Aporofobia, motivos discriminatorios...», *op. cit.*, pág. 29.

¹⁴ *Vid. Ibídem*, pág. 31.

situaciones (p. ej.: enfermedad o discapacidad)», así como fundamentar, «*de lege ferenda*, la inclusión de otros tipos de delincuencia discriminatoria, como la que se apoya en motivaciones de tipo aporóforo».

Pues bien, efectivamente, en la resolución del caso el Alto Tribunal confirmó la imposibilidad de aplicar la agravante del art. 22.4 CP dado que, a pesar de reconocer que «los causados *atacaron* a la víctima al diferenciarla peyorativamente con trato inhumano, por su condición de mendigo sin techo», el precepto recogía una lista cerrada de factores discriminatorios. En virtud de ello, desestimaba el recurso que se había interpuesto contra la sentencia previa concluyendo que «no *cabía* aseverar que la situación del indigente sin techo *respondiese*, sin que se *acreditaran* otros matices, a unas determinadas ideología o creencias que se *atribuyesen* a la víctima, sean o no por ella asumidas, como tampoco a su etnia, raza, nación, sexo y orientación sexual, enfermedad o minusvalía» (FF. JJ. 23 y 24).

En esta misma línea jurisprudencial, otra resolución que sin duda debemos mencionar es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona dictada el 5 de noviembre 2008¹⁵, que vino a resolver un caso paradigmático en esta materia: el del asesinato de Rosario Endrinal, una mujer sin hogar que fue maltratada y quemada hasta fallecer mientras dormía en un cajero en la madrugada del 16 de diciembre de 2005. En su resolución, la Audiencia, al igual que le ocurrió al Tribunal Supremo, se vio impedida de aplicar la agravante de discriminación del art. 22.4 CP dado que «la marginalidad o desocialización y situación de exclusión social no *resultaba* contemplada en el elenco previsto en el mencionado apartado, cuya interpretación», además, «debe ser restrictiva en cuanto son circunstancias agravantes» (Fundamento de Derecho 7). Así las cosas, este «detalle» quedó exento de castigo y los autores fueron condenados a 17 años de prisión por un delito de asesinato con alevosía.

Dejando ahora a un lado los pronunciamientos de nuestros tribunales, el mismo compromiso en torno a la problemática de la aporofobia ha mostrado la sociedad civil a través de organizaciones como Movimiento contra la Intolerancia, Fundación Rais, Observatorio Hatento, HOGAR SÍ, etc., cuyos reclamos dan cuenta de la preocupación que existe en torno a los delitos de odio cometidos por razón de

¹⁵ La sentencia completa puede consultarse en el siguiente enlace: <https://e00-elmundo.uecdn.es/documentos/2008/11/11/cajero.pdf.pdf>.

este factor¹⁶. Y es que, como bien puntualiza GARCÍA¹⁷ «los pobres» —y, en especial, las personas sin hogar— son el sector de nuestra población más desprotegido¹⁸ y el que mayor exclusión social sufre en nuestros días¹⁹. Esta situación de vulnerabilidad ya la había puesto de manifiesto el INE en el año 2002 en su Encuesta sobre las Personas sin hogar, cuyos resultados son los únicos obtenidos a partir del testimonio de las víctimas que se encuentran disponibles de manera exhaustiva en nuestro país: en aquel momento, la mayoría de las personas sin hogar encuestadas afirmó haber sido objeto de alguna agresión mientras vivía en la calle, evidenciándose una clara brecha de género, en particular en el ámbito de los delitos sexuales²⁰.

En lo que hace a otras organizaciones civiles como las recién mencionadas, en orden a legitimar sus demandas, estas se han encargado de publicar los resultados de las investigaciones que han ido realizando a lo largo de estos años y que aportan datos empíricos en favor de la inclusión de la aporofobia como factor discriminatorio en nuestra normativa penal. Por ejemplo, Observatorio Hatento, en su *Informe de investigación* del año 2015 recoge que, de las 261 personas sin hogar que conformaron la muestra de su investigación, el 47 % había sufrido

¹⁶ DE VICENTE MARTÍNEZ, R. *El discurso del odio...*, op. cit., pág. 85.

¹⁷ GARCÍA ÁLVAREZ, P. «La agravante de discriminación: cuestiones problemáticas y su aplicabilidad en los ‘delitos de opinión’ como ‘delito de odio’». En DEL CARPIO DELGADO, J. (dir.); HOLGADO GONZÁLEZ, M. (dir.); DE PABLO SERRANO, A. L. (coord.). *Delitos de opinión y libertad de expresión: un análisis interdisciplinar. Cuestiones de la parte general de los delitos de opinión*. Aranzadi, Navarra, 2021, pág. 180.

¹⁸ Los ataques que se cometen contra este colectivo incluyen desde insultos hasta tratos vejatorios y agresiones físicas. De hecho, según recoge el *Informe de violencia directa, estructural y cultural contra personas sin hogar* del Centro de Acogida Assís, estas últimas se sitúan como la segunda causa de fallecimiento entre las personas sin hogar (CENTRO DE ACOGIDA ASSÍS. *Informe de violencia directa, estructural y cultural contra personas sin hogar*. 2016. Disponible en: <https://aporofobia.info/wp-content/uploads/2017/08/informe-violencia-2016.pdf>).

¹⁹ Según informa PÉREZ, en los últimos meses se han registrado varias palizas a personas sin hogar (PÉREZ SORRIBES, E. «Estaba dormido y le empezaron a meter patadas, le quitaron los zapatos y los tiraron al Ebro». *Cadena Ser*. 19 de octubre de 2021, pág. única. Disponible en: https://cadenaser.com/emisora/2021/10/19/radio-zaragoza/1634644026_975879.html). Episodios violentos como estos se pueden encontrar a lo largo y ancho del país; por ejemplo, otro caso de violencia motivada por aporofobia tuvo lugar en Palma en el mes de febrero de 2021, cuando un grupo de jóvenes prendió fuego a dos vehículos mientras una mujer dormía en el interior de uno de ellos, en el que vivía desde hace años (REDACCIÓN. «Varios menores incendian un coche donde vivía una persona en Palma». *Crónica Balear*. 23 de febrero de 2021. Disponible en: <https://www.cronicabalear.es/2021/varios-menores-incendian-un-coche-donde-vivia-una-persona-en-palma/>).

²⁰ De esta manera, ÁVILA VÁZQUEZ, V.; GARRIDO GAITÁN, E. *La aporofobia como delito de odio...*, op. cit., pág. 298.

do un delito de odio e indica que en el 87% de los casos este no fue denunciado (en el caso particular de los delitos de agresión sexual, solo denunció una persona de un total de cuatro afectadas). Los resultados mostraron, además, que, de los que decidieron no denunciar, un 70% considera que no sirve de nada hacerlo y un 11% aduce que tenía miedo a las posibles represalias de sus respectivos agresores. En cuanto otro tipo de manifestaciones de rechazo o animadversión hacia este colectivo en particular, la organización recoge que una de cada tres personas sin hogar ha sido insultada o ha recibido un trato vejatorio, mientras que una de cada cinco ha sido agredida físicamente²¹.

Pues bien, paralelamente a las recomendaciones de la jurisprudencia y de distintas organizaciones ciudadanas, nuestras instituciones se han hecho también eco de esta inquietud general²² favoreciendo la necesaria reforma. En este sentido podemos citar, por ejemplo, al Servicio de Delitos de Odio y Discriminación de la Fiscalía Provincial de Barcelona, que ya defendió en su Memoria del año 2015 la necesidad de reformar la agravante de discriminación por presentar, según su criterio, ciertas deficiencias que debían ser corregidas. Concretamente, la institución recordaba que no se encontraban contemplados en la Ley factores discriminatorios como «la edad, la situación familiar o el uso de lenguas oficiales [...], el origen territorial dentro del propio Estado, el aspecto físico» y, como laguna más llamativa, «la situación socioeconómica de la víctima o «aporofobia»». Expresamente, a este respecto señalaba que:

La inclusión de la «aporofobia» como motivo de discriminación resulta imprescindible, no solo por razones de Justicia y porque su inclusión viene siendo demandada por la propia sociedad civil [...], sino también porque existe una preocupación institucional en relación con este tipo de delitos de odio y así curiosamente vienen siendo contabilizados en las estadísticas de delitos de odio y discriminación desde hace tiempo.

A partir de lo anterior, el Servicio de Delitos de Odio aconsejaba la inclusión de una cláusula *in fine* al art. 22.4 CP que permitiese «aplicar la agravante con independencia de que las cualidades de raza, etnia, origen, orientación o identidad sexual, discapacidad, enfermedad, etc., *concurriesen* efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta»²³. Para justificar su posicionamiento, la institución ar-

²¹ Vid. OBSERVATORIO HATENTO. *Informe de investigación*. 2015, págs. 34 y 69. Disponible en: <http://hatento.org/wp-content/uploads/2015/06/informe-resultados-digital.pdf>.

²² DE VICENTE MARTÍNEZ, R. *El discurso del odio...*, op. cit., pág. 85.

²³ Memoria del año 2015 del Servicio de Delitos de Odio y Discriminación de la Fiscalía Provincial de Barcelona, pág. 41. El texto completo de la Memoria puede

gumentaba que esta fórmula es la que defiende la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa en su definición de delito de odio²⁴, y también la que ha adoptado EE. UU. en su Ley Matthew Shepard para la Prevención de Crímenes de Odio, la cual considera que concurre esta categoría delictiva siempre que la acción se cometa «por la real o percibida raza, color u origen nacional, o por la real o supuesta religión, origen nacional, género, orientación sexual, identidad de género o discapacidad».

Con todo, y a pesar de su pretendida justificación, debemos puntualizar que no compartimos la recomendación que hizo en aquel momento el Servicio de Delitos de Odio y Discriminación de la Fiscalía Provincial de Barcelona. En nuestra opinión, esta manera de aplicar el art. 22.4 CP supera con creces el contenido de la agravante, lo que creemos que generaría una enorme inseguridad jurídica y, por consiguiente, supondría vulnerar el principio de legalidad que rige en nuestro sistema penal. De hecho, otra institución de peso en España tomó posición a este respecto solo un año después de hacerlo el organismo catalán, corroborando la argumentación que aquí defendemos. Nos referimos a la Fiscalía para la Tutela Penal de la Igualdad y contra la Discriminación, que afirmó en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2016 que el art. 22.4 CP, con la regulación que presentaba anteriormente, se trataba en todo caso «de un catálogo cerrado en el que se *echaban* en falta algunos supuestos, como son los de aporofobia y gerontofobia»²⁵, sin aconsejar en ningún momento la introducción de una cláusula *in fine* como la que proponía el Servicio de Delitos de Odio.

Como última muestra de la preocupación generalizada a nivel institucional en torno al problema de la aporofobia, solo tres años después del referido pronunciamiento de la Fiscalía para la Tutela Penal de la Igualdad y contra la Discriminación, el propio Ministerio del

consultarse en el siguiente enlace: https://diesdagost.sobrevia.net/gestiobeta/arxiu/agost/documents/1484222824Memoria_Servicio_Delitos_de_Odio.pdf.

²⁴ Según dispuso este organismo en su Decisión sobre Tolerancia y No Discriminación (n.º 4/2003), constituye delito de odio

²⁵ Toda infracción penal, incluidas las infracciones contra las personas y la propiedad, cuando la víctima, el lugar o el objeto de la infracción son seleccionados a causa de su conexión, relación, afiliación, apoyo o pertenencia real o supuesta a un grupo que pueda estar basado en la «raza», origen nacional o étnico, el idioma, el color, la religión, la edad, la minusvalía física o mental, la orientación sexual u otros factores similares, ya sean reales o supuestos.

²⁵ FISCALÍA PARA LA TUTELA PENAL DE LA IGUALDAD Y CONTRA LA DISCRIMINACIÓN. *Memoria de la Fiscalía General del Estado*. 2016, pág. 677. Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2016/FISCALIA_SITE/recursos/pdf/MEMFIS16.pdf.

Interior se pronunció sobre esta misma cuestión al publicar su último *Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España*, del año 2019²⁶. En el documento, el Ministerio demostraba que el rechazo al pobre, como factor discriminatorio, se encontraba en cuanto casos contabilizados (12 en total) por encima de otras circunstancias personales que ya se recogían en el art. 22.4 CP, como el antisemitismo (5 casos) y las razones de enfermedad (8 casos). Como bien apunta BUSTOS, estos datos nos permiten concluir que, al menos desde una perspectiva apriorística, existían razones de peso para defender que la aporofobia debía integrar la relación de condiciones que agravan la pena en el art. 22.4 CP²⁷.

Dicho lo anterior, y para cerrar ya este epígrafe, dentro del ámbito doctrinal había asimismo varios autores que habían advertido la laguna de la que adolecían las disposiciones antidiscriminatorias en varias ocasiones²⁸. Como ejemplo de ello podemos citar a BUSTOS, que identifica la ausencia de la aporofobia como factor diferenciador penalmente relevante como una «omisión político-criminal por sí mismo discriminatoria, un ejemplo patente de aporofobia jurídico-penalmente normativizada y por *defecto*»²⁹. Este autor ha venido defendiendo la reforma en este ámbito basándose en tres motivos fundamentales: primero, razones de oportunidad político-criminal; segundo, razones de mayor merecimiento del castigo; y, tercero, razones de mayor necesidad del mismo.

Dejando a un lado el primero de los motivos, que encuentra su legitimidad desde un punto de vista empírico, el autor considera —y desde aquí lo compartimos— que en los casos en los que se comete un delito motivado por aporofobia se acredita una mayor necesidad

²⁶ El Informe puede consultarse en el siguiente enlace: <http://www.interior.gob.es/documents/642012/3479677/Informe+sobre+la+evoluci%C3%B3n+de+delitos+de+odio+en+Espa%C3%B1a%2C%20a%C3%B1o+2019/344089ef-15e6-4a7b-8925-f2b-64c117a0a>.

²⁷ BUSTOS RUBIO, M. «Aporofobia, motivos discriminatorios...», *op. cit.*, pág. 6.

²⁸ Es cierto que algunos autores habían tratado de justificar la ausencia de la aporofobia entre los factores discriminatorios de nuestro CP basándose en la contingencia de esta circunstancia; sin embargo, esta postura resulta fácilmente cuestionable por dos motivos fundamentales: en primer lugar, porque en muchos casos la pobreza constituye un problema estructural que persiste a lo largo de toda la vida de la persona; y, en segundo lugar, porque, de asumir el carácter contingente de esta circunstancia, la misma cuestión podría plantearse en torno a otros factores que conforman nuestro catálogo de factores discriminatorios, como pueden ser la religión o la ideología. En este sentido, FERRARI PUERTA, A. J. «La introducción del motivo de aporofobia en el delito de incitación al odio del artículo 510 CP. ¿Una vuelta a los orígenes?». (s.f.), pág. 4. Disponible en: <https://reglasdebrasil.uca.es/wp-content/uploads/2020/12/FERRARI-PUERTA.pdf>.

²⁹ BUSTOS RUBIO, M. «Aporofobia, motivos discriminatorios...», *op. cit.*, pág. 4.

de pena, ya que se ven vulnerados dos bienes o intereses distintos: por un lado, el derecho o bien jurídico que protege el delito base al que se le aplica la circunstancia agravante; y, por otro, el valor superior de la igualdad, que es a la vez fundamento de nuestro Estado de Derecho y de nuestra democracia, ya que supone negar *al otro* un trato como *igual*³⁰. En relación con esto último, CORTINA argumenta que «el solo hecho de establecer una *relación de asimetría, de desigualdad radical* entre «nosotros» y «ellos» atenta contra los principios más básicos de un *êthos* democrático», porque sin un carácter democrático no puede haber democracia, y para que este pueda darse deben respetarse ciertos valores que son esenciales, como la libertad y la igualdad. Y todo ello porque «La construcción de una libertad igual es el gran proyecto de las democracias radicales, de las que van a la raíz, que es la persona»³¹.

Pasando ahora a la tercera de las causas defendidas por BUSTOS, este la deriva directamente de la anterior, explicando que la necesidad de una mayor sanción penal en estos casos «se acredita en términos eminentemente preventivos», tanto desde la óptica preventivo-general como desde la preventivo-especial³². En este sentido no tenemos nada que objetar puesto que entendemos que, efectivamente y con carácter general, la agravación de la pena desincentiva en gran medida la comisión de cualquier delito. Es más, en el caso de los delitos discriminatorios puede decirse que el castigo es doble, ya que aumento del reproche penal se ve acompañado por un cada vez más evidente rechazo por parte de la sociedad española.

Dicho esto, aparte de los tres elementos recién apuntados, el mismo autor ha venido recientemente a añadir un cuarto motivo en defensa de la introducción de la aporofobia como factor diferenciador penalmente relevante. Nos referimos a la *Doctrina de las Obligaciones Positivas del Estado*, que, si es trasladada al caso que nos ocupa, permite BUSTOS concluir lo siguiente:

[...] la no contemplación de la *aporofobia* entre el catálogo del actual art. 22.4 CP como motivo de odio termina siendo una omisión discriminatoria³³, un caso de subinclusión desigualitaria por parte del

³⁰ Vid. Ibídem, págs. 7 y 8.

³¹ CORTINA ORTS, A. *Aporofobia, el rechazo al pobre...*, op. cit., pág. 57.

³² BUSTOS RUBIO, M. «Aporofobia, motivos discriminatorios...», op. cit., pág. 8.

³³ En palabras de PÉREZ, BUSTOS y BENITO, la inclusión de este factor diferenciador

permite equiparar los ataques que sufren las personas pobres por el mero hecho de serlo con los que sufren otras por razón, por ejemplo, de su raza, religión, identidad sexual o enfermedad. No igualar estas situaciones, [...], puede considerarse un trato discriminatorio por parte del Estado; máxime si se tiene en cuenta [...] que los

legislador penal, que por tal razón hace que la norma resulte infraprotectora de estas personas (por defecto legal), y que permite la construcción de un nuevo argumento [...] a favor de la incorporación del odio al pobre entre el listado de circunstancias que actualmente prevé el art. 22.4 CP³⁴.

Nuevamente, no podemos más que suscribir las palabras del autor. De hecho, desde nuestro punto de vista, la «infraprotección» de la que este habla guarda una estrecha relación con la que es una de las funciones principales del Derecho; esto es, su función comunicativa y pedagógica. Y es que el hecho de introducir la aporofobia como factor diferenciador en el Código penal implica trasladar a la sociedad el mensaje de que la comisión de delitos por este motivo concreto se considera intolerable en nuestro Estado de Derecho por violarse con ellos «los valores que le dan sentido e identidad»³⁵, y esta es una idea que debe quedar clara de entrada si se pretende un verdadero cambio en la conciencia de nuestra sociedad. De esta manera, si se tienen en cuenta todos los argumentos expuestos, puede concluirse que con la inclusión de la aporofobia en nuestro catálogo de factores discriminatorios se logran cumplir las tres labores propias de nuestra disciplina: por un lado, su función punitiva o rehabilitadora, y, por otro, su función de comunicación con la sociedad.

Pues bien, para concluir esta aproximación al tema que nos ocupa, con el telón de fondo hasta ahora expuesto el legislador español ha tomado las riendas en el asunto y ha aprobado hace escasos meses la ya mencionada LO 8/2021, de 4 de junio (de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia)³⁶, que incorpora la aporofobia al catálogo de factores discriminatorios del art. 22.4 CP. Con la entrada en vigor de esta Ley no solo lleva a cabo una reforma que afecta a varios ámbitos jurídicos —entre ellos el penal—, sino que además convierte a España en uno de los países pioneros a nivel

ataques por motivos de aporofobia superan a los cometidos por otros motivos que están en el Código Penal

PÉREZ CEPEDA, A.; BUSTOS RUBIO, M.; BENITO SÁNCHEZ, D. «La aporofobia como agravante penal de discriminación». Agenda Pública. 4 de julio de 2020, pág. única. <https://agendapublica.es/la-aporofobia-como-agravante-penal-de-discriminacion/>.

³⁴ BUSTOS RUBIO, M. «Aporofobia, motivos discriminatorios...», *op. cit.*, págs. 5 y 37.

³⁵ Como expresamente indica CORTINA ORTS, A. *Aporofobia, el rechazo al pobre...*, *op. cit.*, pág. 41.

³⁶ Cabe destacar que tres años antes de la entrada en vigor de esta Ley, el Grupo Parlamentario Unidos Podemos-En común Podem-En Marea ya había presentado en el Congreso de los Diputados una proposición de ley para incluir la aporofobia en el art. 22.4 CP (Ibídem, pág. única).

europ³⁷ en la lucha contra este detestable fenómeno³⁸. Veamos, en el siguiente epígrafe, cuáles han sido las consecuencias que esta ha tenido en lo que al objeto particular de nuestra investigación se refiere.

B. La reforma de la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia: la aporofobia, la exclusión social y la edad como factores penalmente relevantes

Dentro de la LO 8/2021, de 4 de junio, es la disposición final sexta la que modifica específicamente el texto penal, realizando varios cambios de gran envergadura. En lo que se refiere concretamente a los delitos de odio, la reforma ha supuesto la incorporación, por una parte, de la edad «como una causa de discriminación, en una vertiente dual, pues no solo aplica a los niños y niñas adolescentes, sino a otro colectivo sensible que requiere amparo, como son las personas de edad avanzada». Por otra, y en línea, dice, con el «espíritu de protección» que inspira el texto, «se ha aprovechado la reforma para incluir la aporofobia y la exclusión social dentro de estos tipos penales». Dicho esto, vamos a presentar ahora el contenido de cada artículo³⁹ una vez acontecida la reforma.

Para empezar, la circunstancia 4ª del art. 22 CP quedaba redactada de la siguiente manera:

Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, *edad*, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, *de aporofobia o de exclusión social*, la enfermedad que padezca o su discapacidad,

³⁷ ÁVILA y GAITÁN explican que, al otro lado del Atlántico, EE. UU. sí recogía desde antes la aporofobia en su CP, pero no como delito de odio, sino como delito «contra víctimas vulnerables». Estos últimos tienen una finalidad parecida a los primeros: agravar el castigo del sujeto activo. La única diferencia entre ambos reside en los grupos diana [ÁVILA VÁZQUEZ, V.; GARRIDO GAITÁN, E. La aporofobia como delito de odio y discriminación. En CASTRO TOLEDO, F. J. (ed.); GÓMEZ BELLVÍS, A. B. (ed.); BUIL-GIL, D. (ed.). La criminología que viene: Resultados del I Encuentro de Jóvenes Investigadores en Criminología. Red Española de Jóvenes Investigadores en Criminología, 2019, pág. 297].

³⁸ Tal y como indica AGENCIAS. «La aporofobia, el odio contra el pobre, entra en el Código Penal». Público. 21 de mayo de 2021, pág. única. <https://www.publico.es/actualidad/aporofobia-odio-pobre-entra-codigo-penal.html>.

³⁹ Las cursivas que presentan los preceptos son todas añadidas.

*con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta*⁴⁰.

El art. 314 CP, por su parte, reza lo que sigue:

Quienes produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su situación familiar, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, *edad*, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, *de aporofobia o de exclusión social*, la enfermedad que padezca o su discapacidad, 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 doce a veinticuatro meses.

El art. 511 CP, puntos 1 y 2, dispone:

1. Incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años el particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su situación familiar, pertenencia a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, *edad*, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, *de aporofobia o de exclusión social*, la enfermedad que padezca o su discapacidad.

2. Las mismas penas serán aplicables cuando los hechos se cometan contra una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros por razón de su ideología, religión o creencias, su situación familiar, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, *edad*, orientación

⁴⁰ Cabe mencionar que en el momento en que el presente artículo sea publicado habrá entrado en vigor una nueva reforma del art. 22.4 CP: la operada por la LO 6/2022, de 12 de julio (complementaria de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal), que ha pasado a darle a este precepto el siguiente tenor:

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

⁴¹ El texto completo la Ley puede consultarse en el siguiente enlace: https://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/733625-lo-6-2022-de-12-jul-complementaria-de-la-l-15-2022-de-12-jul-integral-para.html.

o identidad sexual o de género, razones de género, *de aporofobia o de exclusión social*, la enfermedad que padezca o su discapacidad.

En cuanto al art. 512 CP, establece lo siguiente:

Quienes en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su situación familiar, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, *edad*, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, *de aporofobia o de exclusión social*, la enfermedad que padezca o su discapacidad, incurrirán en la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio e inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre por un periodo de uno a cuatro años.

Y, por último, el art. 515.4 CP queda redactado como sigue:

Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración: [...]

4.º Las que fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, *edad*, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, *de aporofobia o de exclusión social*, situación familiar, enfermedad o discapacidad.

De todos los cambios que trae consigo esta reforma, resulta llamativo que el legislador no opte por aplicar los mismos en el caso del art. 510 CP, que regula los denominados «delitos del discurso de odio», conformadores también de la categoría «delitos de odio»⁴¹. Sea como

⁴¹ Estos han sido finalmente reformados, al menos en parte, por la ya mencionada LO 6/2022, de 12 de julio. Concretamente, esta Ley ha modificado los dos primeros puntos del art. 510 CP, que quedan redactados como sigue:

1. Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses:

a) Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel, por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar; la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, aporofobia, enfermedad o discapacidad.

b) Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel, por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u

sea, la entrada en vigor de la LO 8/2021, de 4 de junio, al menos en lo que al problema de la aporofobia se refiere, debe valorarse de manera positiva, ya que permite afrontar una realidad social que, según los datos, en estos momentos es incontestablemente relevante en nuestro país. Además, tal y como indica GARCÍA⁴², el legislador ha acertado al utilizar en particular el término «aporofobia» y no el de «situación económica» (propuesto, verbigracia, por el Servicio de Delitos de Odio y Discriminación de la Fiscalía Provincial de Barcelona), lo que permite excluir del ámbito de aplicación de estos delitos los casos en los que la víctima ha sido elegida como sujeto pasivo por su riqueza,

otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, aporofobia, enfermedad o discapacidad.

c) Quienes públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas, antigitanos, u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, aporofobia, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos.

2. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses:

a) Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, aporofobia, enfermedad o discapacidad, o produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos.

b) Quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, aporofobia, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución.

Los hechos serán castigados con una pena de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a doce meses cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos.

⁴² GARCÍA ÁLVAREZ, P. «La agravante de discriminación...», *op. cit.*, pág. 180.

opción que —si se pretende respetar el trasfondo discriminatorio de estas figuras— carece de sentido alguno.

Desde un punto de vista más general, creemos importante señalar que la reforma realizada por la LO 8/2021, de 4 de junio, adolece de defectos importantes. Sin entrar en detalles, porque no es este el lugar para una reflexión profunda al respecto, entendemos que esta ocasión podría haberse aprovechado para suprimir otras circunstancias personales reiteradas —y, en consecuencia, superfluas—, o bien que no poseen relevancia alguna en el contexto social actual de nuestro país⁴³. A modo de ejemplo de lo primero podemos citar la xenofobia o la referencia a la raza, que, como bien explica CORTINA, no son en realidad los factores que producen rechazo y aversión al sujeto que comete delitos de odio; sí lo es, en cambio, la situación de pobreza de la víctima⁴⁴. En palabras de esta autora:

[...] no repugnan los orientales capaces de comprar equipos de fútbol [...], ni los futbolistas de cualquier etnia o raza que cobran cantidades millonarias pero son decisivos a la hora de ganar competiciones. Ni molestan los gitanos triunfadores en el mundo del flamenco, ni rechazamos a los inversores extranjeros que montan en nuestro país fábricas de automóviles, capaces de generar empleo, centros de ocio, [...]. Por el contrario, lo cierto es que las puertas se cierran ante los refugiados políticos, ante los inmigrantes pobres, que no tienen que perder más que sus cadenas, ante los gitanos que venden papelinas en barrios marginales y rebuscan en los contenedores [...]. Las puertas de la conciencia se cierran ante los mendigos sin hogar, condenados mundialmente a la invisibilidad.⁴⁵

Con respecto a la segunda de las cuestiones planteadas, el legislador podría haber hecho uso de esta oportunidad para eliminar, por ejemplo, la referencia al antisemitismo, ya que esta puede reconducirse fácilmente a otros factores discriminatorios como, por ejemplo, la religión. Además, y vaya por delante todo el respeto que esta cuestión merece, si se atiende a las estadísticas oficiales, el antisemitismo no parece constituir «una problemática con entidad propia en la realidad social española actual»⁴⁶. Es cierto que estos datos no pueden ser los únicos a tener en cuenta a la hora de tomar una decisión trascendental en una materia tan delicada y fundamental como es el Derecho antidiscriminatorio; sin embargo, creemos que es importante que, al menos, nos planteemos si en este caso resulta pertinente recurrir de

⁴³ Vid. *Ibidem*, pág. 21.

⁴⁴ CORTINA ORTS, A. *Aporofobia, el rechazo al pobre...*, *op. cit.*, pág. 14.

⁴⁵ Vid. *Ibidem*, pág. 21.

⁴⁶ GARCÍA ÁLVAREZ, P. «La agravante de discriminación...», *op. cit.*, pág. 178.

manera automática a la que es la *ultima ratio* de nuestro Ordenamiento jurídico, con todas las consecuencias que ello implica.

Más allá de lo anterior, a nuestro modo de ver resulta más que cuestionable la introducción de la «exclusión social» y de la «edad» como factores discriminatorios en el art. 22.4 CP, dado que no ayudan a colmar ningún vacío legal. En caso del primero porque, previéndose ya la «aporofobia», ¿qué casos, no protegidos por esta última, se supone que protege la «exclusión social»? Más concretamente: si todos los factores recogidos en el art. 22.4 CP lo están precisamente por ser característicos de ciertos colectivos que se encuentran en situación de vulnerabilidad social, ¿no suponían estos ya, *per se*, la exclusión de los que lo ostentan?⁴⁷ ¿cuál es, entonces, el propósito de prever por separado la «exclusión social»?

Pero es que, aparte de esto, no puede perderse de vista que los términos «exclusión social» y «pobreza» no son sinónimos —al igual que no lo son la «exclusión social» y el resto de los factores diferenciadores que recoge el art. 22.4 CP—, y que el primero no conlleva necesariamente la concurrencia del segundo. Como bien indican PÉREZ, BUSTOS y BENITO⁴⁸,

[...] el término *exclusión social* se refiere a un proceso complejo, multicausal, que puede culminar en un estado de pobreza o no»; es un concepto con un contenido mutable, cambiante y, por ello, no apto para ser empleado en una norma penal.

Ahora bien, lo que sí se puede decir que ocurre en todos los casos es lo contrario; esto es, que una persona que, por encontrarse en situación de pobreza, se entiende que no tiene nada que «dar a cambio» a la sociedad, sufra exclusión social. Lo que intentamos explicar es que este rechazo puede responder a razones que no encuentran relación alguna con la protección de colectivos que han sido histórica y sistemáticamente marginados, que es a fin de cuentas la esencia de los delitos de odio. Esta idea se ilustra mejor con el siguiente ejemplo: un sujeto que fue condenado por un delito relacionado con la pederastia, al salir de prisión es altamente probable que sufra exclusión social, ya que la pederastia es una práctica especialmente repudiada por nuestra sociedad actual. Pero esto no convierte a esta persona en miembro de un colectivo vulnerabilizado en el sentido que tiene, entre otros,

⁴⁷ En palabras de VIDAURRI «hablar de pobreza es hablar de exclusión; hablar de exclusión es, en efecto, hablar de discriminación» (VIDAURRI ARÉCHIGA, M. «El derecho penal frente a la aporofobia». *Revista Criminalia*, n. ° Conmemorativo, diciembre de 2020, pág. 309).

⁴⁸ PÉREZ CEPEDA, A.; BUSTOS RUBIO, M.; BENITO SÁNCHEZ, D. «La aporofobia como agravante penal...», *op. cit.*, pág. única.

el art. 22.4 CP. Y es que no puede identificarse automáticamente el hecho de sufrir exclusión social con el hecho de ser merecedor de una mayor protección desde el punto de vista penal, no solo porque tal aseveración no sería cierta, sino porque no podemos olvidar que esta rama del Derecho es, según sus principios más elementales, la *ultima ratio* de nuestro ordenamiento jurídico. Por lo tanto, si el mismo sujeto del ejemplo, tras cumplir su condena, fuese víctima de un delito por razón de haber perpetrado en el pasado un delito de pederastia, no debería poder aplicarse la agravante de discriminación a su autor.

Para cerrar esta cuestión, por otro lado, si lo que pretendía el legislador con la inclusión del factor diferenciador «edad» era castigar más gravemente los casos en los que el sujeto activo elige a su víctima por contar esta con una edad que la convierte en persona especialmente vulnerable —por ejemplo, por tratarse de una persona anciana, o bien de un bebé—, entonces no existía un motivo real para reformar el CP. Y ello porque ya existía —y aún existe— antes de la entrada en vigor de la LO 8/2021, de 4 de junio, una circunstancia que agravaba el delito en caso de ser cometido «con abuso de superioridad» (art. 22.2 CP), superioridad esta que puede desprenderse, precisamente, de la diferencia de edad, tanto sensiblemente inferior como superior, que presenten los sujetos activo y pasivo del delito de que se trate. Y es que en estos casos la víctima no es elegida por el autor porque su edad le provoca rechazo, sino porque esta le facilita la comisión del delito. No existe discriminación alguna, lo que sí existe es un aprovechamiento de la situación de objetiva inferioridad del sujeto pasivo, que por su edad no cuenta con la posibilidad de defenderse de su atacante en igualdad de condiciones.

Por si lo apuntado hasta este punto fuera poco, la decisión final del legislador de introducir en el art. 22.4 la cláusula *in fine* que permite aplicar esta agravante «con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta», nos parece verdaderamente desafortunada. Si el contenido anterior del artículo ya superaba con creces los límites que impone el principio de legalidad y el de seguridad jurídica que rigen nuestro sistema penal, el tenor que le ha dado la reforma le otorga tal amplitud que deja a nuestros tribunales sin el asidero necesario para ejercer su labor salvaguardando las garantías de todos. Pero es que, por encima de esto, la previsión que impone la reforma resulta ilógica: ¿qué sentido tiene aplicar la agravante de discriminación en aquellos casos en los que el sujeto pasivo no presenta la característica que lo hace efectivamente merecedor de una especial protección por

pertenecer a un colectivo vulnerabilizado? Desde luego, esta opción no puede parecernos más lamentable.

Todo lo expuesto hasta ahora nos obliga a concluir que el resultado de la LO 8/2021, de 4 de junio, sabe a poco. Es cierto que la aporofobia merecía ser reconocida como lo que efectivamente es (un factor discriminatorio fuertemente arraigado en España que debe recibir una respuesta contundente por parte de nuestros poderes públicos), pero su inclusión en el CP no termina de compensar —más bien ni si quiera se acerca a hacerlo— los riesgos que generan los excesos del legislador en esta materia. Si queremos realmente acabar con el problema de la discriminación, debemos hacer el mejor uso de las herramientas que están a nuestra disposición, y para ello entendemos que resulta imprescindible contar con una normativa penal clara, sin ambigüedades y con sentido. Precisamente lo contrario a lo que nos tiene acostumbrados nuestro legislador.

III. CONCLUSIONES

Como hemos tenido la oportunidad de estudiar, el problema de la aporofobia se encuentra a la orden del día en el panorama jurídico-penal español. Después de años de reclamos doctrinales, jurisprudenciales, civiles e institucionales, el rechazo o la aversión hacia las personas pobres ha sido reconocido como un factor caracterizador penalmente relevante a partir de la aprobación de la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Desde nuestro punto de vista, esta Ley no puede ser considerada realmente como un ejemplo más de la corriente «punitivista» que viene guiando las últimas reformas en el ámbito penal, dado que con ella nuestro legislador ha dado un paso más hacia la protección de los colectivos que se encuentran especialmente expuestos a sufrir situaciones de menosprecio o humillación, lo que celebramos sin ningún tipo de reservas. Y es que resulta innegable que la inclusión de la aporofobia en el catálogo de factores diferenciadores que recogen los llamados «delitos de odio» supone, por fin, equilibrar un poco la balanza en favor del necesario respeto a la que es su razón de ser, que viene siendo desdibujada desde hace ya bastante tiempo gracias a las transformaciones cada vez más expansivas de su contenido.

Ahora bien, en este punto no debe olvidarse que el Derecho penal no es nunca la herramienta idónea para transformar la conciencia social; o, al menos, no lo es por sí solo. Si el objetivo en este caso es dejar de alimentar la cultura aporófoba en la que vivimos, entonces es

imprescindible contar con un firme compromiso de los poderes públicos en torno a políticas que mitiguen los altos índices de pobreza de nuestro país y que, además, fomenten la integración social, «de forma que los ciudadanos no veamos a otras personas, especialmente a los pobres, como diferentes»⁴⁹. Desde nuestro punto de vista, no existe otra vía que pueda asegurar el éxito ya que el problema de la aporofobia no es una cuestión individual, sino un fenómeno estructural: como indica el Informe de Violencia Directa, Estructural y Cultural contra personas sin hogar 2006-2016 del Centro de Acogida Assís, la sociedad percibe a las personas sin hogar —al igual que a otros grupos caracterizados por ciertos factores— «desde esquemas estereotipados generados a partir de prejuicios», gracias a la manipulación de la opinión pública que las distintas ideologías político-económicas trasladan a los medios de comunicación. De esta forma aparecen, se alimentan y se intentan legitimar los juicios tergiversados y discriminatorios de los que emana la violencia contra las personas pobres⁵⁰.

Teniendo en cuenta cómo funciona este fenómeno, atajar la espiral aporófoba en la que estamos sumidos resulta harto complejo. ¿Cómo va a dejarse únicamente en manos del *ius puniendi* una tarea en la que se encuentran implicadas todas las áreas que influyen en el comportamiento humano? Como bien expresa VIDAURRI,

Que la dignidad humana merece la más amplia protección jurídica no es algo que amerite mayor discusión, y que tal cosa se haga con el respaldo del Derecho penal tiene sentido en la medida del notable valor que se le asigna constitucionalmente. Cosa distinta será, en definitiva, asumir que la pura intervención penal pueda eliminar —o al menos reducir— la conducta discriminadora⁵¹.

Ante la insuficiencia del Derecho para hacer frente a esta problemática, CORTINA entiende que resulta indispensable la construcción de una ética cívica, responsabilidad de toda la sociedad, «que debe transmitirse a través de la educación formal e informal, a través de las escuelas, los medios de comunicación, la ejemplaridad de las figuras relevantes y la configuración de las organizaciones y las instituciones, conformando una peculiar «eticidad»». En caso contrario —prosigue la autora—, las leyes funcionarán únicamente «sobre la base de la

⁴⁹ En palabras de PÉREZ CEPEDA, A.; BUSTOS RUBIO, M.; BENITO SÁNCHEZ, D. «La aporofobia como agravante penal...», *op. cit.*, pág. única.

⁵⁰ CENTRO DE ACOGIDA ASSÍS. *Informe de violencia directa, estructural y cultural...*, *op. cit.*, pág. 25.

⁵¹ VIDAURRI ARÉCHIGA, M. «El derecho penal...», *op. cit.*, pág. 309.

coacción legal y de la coacción social, cuyas limitaciones han quedado sobradamente demostradas»⁵².

Dicho esto, y no obstante el reconocimiento que merece la decisión de nuestro legislador de introducir la aporofobia como factor discriminatorio penalmente relevante, lo cierto es que las modificaciones que hace en esta materia la LO 8/2021, de 4 de junio, no pueden valorarse positivamente si las observamos en su conjunto. Para empezar, si bien el legislador dispone que la reforma afecta a las figuras penales que considera conformadoras de la categoría de «delitos de odio», deja al margen la transformación del art. 510 CP, que regula los delitos del discurso de odio. Desde nuestro punto de vista, esta omisión resulta incomprensible porque estos delitos —al igual que los preceptos que han sido efectivamente reformados por la mencionada Ley Orgánica— forman parte también de la categoría «delitos de odio». Se nos ocurre que quizás el legislador ha caído en una confusión y, en realidad, su intención no era hacer referencia a los delitos de odio, sino a los delitos antidiscriminatorios, categoría en la que sí son encuadrables todos los preceptos penales que han sufrido alguna transformación. Sea como sea, creemos que la opción elegida merece una explicación razonada, para salvar cualquier incongruencia.

En segundo lugar, y en línea con la idea presentada anteriormente, la entrada en vigor de la Ley Orgánica ha implicado también la inclusión de factores diferenciadores de muy cuestionable trascendencia penal, o bien reiterativos. Tal es el caso de la «exclusión social» y de la «edad», que no contribuyen a completar el catálogo del art. 22.4 CP ya que los casos que están llamadas a proteger ya lo estaban, por varias razones, con anterioridad a la reforma. Aparte de esto, en tercer lugar, creemos que el legislador debería haber aprovechado la ocasión para eliminar algunos factores que, según los datos oficiales, carecen de relevancia a nivel social en nuestro país actualmente, como el antisemitismo. Sin duda, esto habría sido muy deseable teniendo en cuenta la amplitud que ya presentaban los delitos de odio en nuestro CP.

Por último, y como falta más evidente a nuestros ojos, la inclusión en el art. 22.4 CP de la cláusula *in fine* propuesta por el Servicio de Delitos de Odio y Discriminación de la Fiscalía Provincial de Barcelona que permite aplicar la agravante en aquellos casos en los que las circunstancias que recoge el precepto no concurren efectivamente en el sujeto pasivo del delito, nos parece el colmo de la inconveniencia y de la falta de tiento. Primero, porque esta decisión supone una ampliación, esta vez descarada, del contenido del artículo, que ya era

⁵² CORTINA ORTS, A. *Aporofobia, el rechazo al pobre...*, op. cit., págs. 53 y 54.

suficientemente extenso. Y segundo, por pura lógica: si, en efecto, la víctima no posee el factor caracterizador —el que sea— que la convierte en una persona especialmente susceptible de sufrir discriminación por pertenecer a un colectivo vulnerabilizado, ¿qué clase de discriminación pretende castigarse, aparte del castigo que ya lleva aparejado el delito base? Definitivamente, esta configuración legal no tiene ningún sentido.

Como consecuencia de todo lo anterior, y como ya habíamos atestiguado en anteriores reformas, no deja de vulnerarse el principio de legalidad que rige nuestro sistema penal, lo que además conlleva una inseguridad jurídica difícilmente manejable en una materia tan compleja como es el derecho antidiscriminatorio. Así las cosas, parece que aún queda lejos una solución efectiva en este ámbito, y es que un poco de luz no basta para iluminar todo el espectro de sombras que se ha venido labrando a conciencia durante años y que hoy nos deja sin un camino claro a seguir. Sin una regulación precisa, limitada y fiel a nuestra realidad cotidiana, ¿cómo pretendemos acabar con un fenómeno que tiene su origen en la propia naturaleza humana? ¿cómo pretendemos, en definitiva, salvar el Estado de Derecho? Desde luego, con semejante escenario, resulta difícil pensar que aún quedan esperanzas.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- Agencias. «La aporofobia, el odio contra el pobre, entra en el Código Penal». *Público*. 21 de mayo de 2021.
- Ávila Vázquez, V.; Garrido Gaitán, E. La aporofobia como delito de odio y discriminación. En Castro Toledo, F. J. (ed.); Gómez Bellvís, A. B. (ed.); Buil-Gil, D. (ed.). *La criminología que viene: Resultados del I Encuentro de Jóvenes Investigadores en Criminología*. Red Española de Jóvenes Investigadores en Criminología, 2019, págs. 295-306.
- Bustos Rubio, M. «Aporofobia, motivos discriminatorios y obligaciones positivas del Estado: el art. 22.4 CP entre la prohibición de infraprotección y la subinclusión desigualitaria». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 23, 2021, págs. 1-42.
- Pérez Cepeda, A.; Bustos Rubio, M.; Benito Sánchez, D. «La aporofobia como agravante penal de discriminación». *Agenda Pública*. 4 de julio de 2020.

- Centro de Acogida ASSÍS. *Informe de violencia directa, estructural y cultural contra personas sin hogar*. 2016.
- Cortina Orts, A. *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*. Paidós, Barcelona, 2017.
- De Vicente Martínez, R. *El discurso del odio. Análisis del artículo 510 del código penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- RTVE.es/EFE. «'Aporofobia', la palabra de 2017 para la Fundéu BBVA». 29 de diciembre de 2017. *RTVE.es*.
- Ferrari Puerta, A. J. «La introducción del motivo de aporofobia en el delito de incitación al odio del artículo 510 CP. ¿Una vuelta a los orígenes?». (s.f.), págs. 1-10.
- Fiscalía para la Tutela Penal de la Igualdad y Contra la Discriminación. *Memoria de la Fiscalía General del Estado*. 2016.
- García Álvarez, P. «La agravante de discriminación: cuestiones problemáticas y su aplicabilidad en los 'delitos de opinión' como 'delito de odio'». En DEL Carpio Delgado, J. (dir.); Holgado González, M. (dir.); De Pablo Serrano, A. L. (coord.). *Delitos de opinión y libertad de expresión: un análisis interdisciplinar. Cuestiones de la parte general de los delitos de opinión*. Aranzadi, Navarra, 2021, págs. 151-177.
- Laurenzo Copello, P. «Sentimientos religiosos y delitos de odio: un nuevo escenario para unos delitos olvidados». En de la Cuesta Aguado, P. M. (coord.); Ruiz Rodríguez, L. R. (coord.); Acale Sánchez, M. (coord.); Hava García, E. (coord.); Rodríguez Mesa, M. J. (coord.); González Agudelo, G. (coord.); Meini Méndez, I. (coord.); Ríos Corbacho, J. M. (coord.); Terradillos Basoco, J. M. (hom.). *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan M.^a Terradillos Basoco*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 1.287-1.300.
- Ministerio del Interior. *Informe de la evolución de los delitos de odio en España*. 2019.
- Observatorio Hatento. *Informe de investigación*. 2015.
- Pérez Sorribes, E. «Estaba dormido y le empezaron a meter patadas, le quitaron los zapatos y los tiraron al Ebro». *Cadena Ser*. 19 de octubre de 2021.
- Redacción. «Varios menores incendian un coche donde vivía una persona en Palma». *Crónica Balear*. 23 de febrero de 2021.

Vidaaurri Aréchiga, M. «El derecho penal frente a la aporofobia». *Revista Criminalia*, n.º Conmemorativo, diciembre de 2020, págs. 301-3016.

V. JURISPRUDENCIA

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona del 5 de noviembre 2008

Sentencia del Tribunal Supremo 1160/2006, de 9 de noviembre de 2006.