

## Aporofobia, motivos discriminatorios y obligaciones positivas del Estado: el art. 22.4<sup>a</sup> CP entre la prohibición de infraprotección y la subinclusión desigualitaria \*

Miguel Bustos Rubio

*Universidad Internacional de La Rioja*

---

BUSTOS RUBIO, MIGUEL. Aporofobia, motivos discriminatorios y obligaciones positivas del Estado: el art. 22.4<sup>a</sup> CP entre la prohibición de infraprotección y la subinclusión desigualitaria. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2021, núm. 23-04, pp. 1-42.

<http://criminet.ugr.es/recpc/23/recpc23-04.pdf>

RESUMEN: La aporofobia aparece hoy definida como el odio o rechazo contra la persona en situación de pobreza. No solo las personas pueden ser aporófobas: también puede serlo el sistema jurídico. El Código Penal regula en su art. 22.4<sup>a</sup> la circunstancia agravante de odio discriminatorio, en la que no se contemplan motivos de odio contra otra persona por su situación socioeconómica. Sin embargo, los datos indican que esta forma de odio aparece hoy como una motivación delictiva frecuente, por encima incluso de otras circunstancias que sí contempla el precepto. En este trabajo, además de esquematizar otras razones que avalarían la introducción de la aporofobia en el art. 22.4<sup>a</sup> CP, se aporta una razón adicional imbricada con la Doctrina de las Obligaciones Positivas que, al albur de la jurisprudencia del TEDH, desarrolla una Teoría que exige hoy a los Estados actuaciones positivas legiferantes en pro de la tutela de ciertos Derechos e intereses de los ciudadanos, dilucidándose finalmente si el actual vacío legal responde a la idea de infraprotección por falta de proporcionalidad o realmente a una subinclusión desigualitaria.

PALABRAS CLAVE: Aporofobia, agravante, obligaciones positivas, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, infraprotección, desigualdad.

**TITLE: Aporophobia, discriminatory reasons and positive state obligations: art. 22.4th of the Spanish Criminal Code between proportionality and inequality**

ABSTRACT: Aporophobia is defined as hatred against the poor people. It is not only people who can hate the poor: legal system can also hate the person living in poverty. Art. 22.4th of the Spanish Penal Code regulates the aggravating circumstance of punishment of "discriminatory hatred". This legal provision does not contemplate motives of hatred against another poor people. However, the data indicate that this form of hatred appears today as a frequent criminal motivation, ahead of other circumstances that the law does contemplate. In this research, in addition to pointing out other reasons that confirm the need to include "aporophobia" in art. 22.4<sup>a</sup>, an additional reason connected with the Theory of Positive Obligations is provided. This theory stems from the jurisprudence of the ECHR, and requires States to take positive action in their laws systems, to achieve the protection of citizen rights. In this work, finally, it is discussed whether the current rule responds to a situation of proportionality or to a situation of inequality.

KEYWORDS: Aporophobia, aggravating circumstance, positive obligations, European Court of Human Rights, proportionality, inequality.

Fecha de recepción: 15 enero 2021

Fecha de publicación en RECPC: 22 marzo 2021

Contacto: [miguel.bustos@unir.net](mailto:miguel.bustos@unir.net)

*SUMARIO: 1. Introducción: la aporofobia como motivo discriminatorio. 2. Estado de la cuestión: tres razones que avalan la incorporación de motivaciones aporófobas en el catálogo de la circunstancia agravante del art. 22.4ª CP. 2.1. Oportunidad político-criminal desde criterios empíricos. 2.2. Mayor merecimiento de pena. 2.3. Mayor necesidad de pena. 3. Una (posible) razón adicional en el marco de la Doctrina de las Obligaciones Positivas del Estado. 3.1. La Teoría de las Obligaciones Positivas del Estado: una aproximación. 3.2. La Teoría de las Obligaciones Positivas del Estado en materia penal. 3.3. La Teoría de las Obligaciones Positivas del Estado y la actual imprevisión de motivaciones aporófobas en el art. 22.4ª CP: un nexo de unión. 3.4. Problemas, críticas y contracríticas a la Teoría de las Obligaciones Positivas en perspectiva general. 4. Traslación de la Teoría de las Obligaciones Positivas del Estado al ámbito del actual art. 22.4ª CP.: ¿infraprotección o subinclusión desigualitaria? 5. A modo de cierre. Bibliografía.*

---

\* Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación “Hacia un modelo de justicia social: alternativas político-criminales” (RTI2018-095155-A-C22) financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, dentro del Programa Estatal I+D+i Orientado a los Retos de la Sociedad (dentro del proyecto coordinado: “Aporofobia y Derecho Penal”).

El autor quiere agradecer la encomiable ayuda prestada por D. Faustino García de la Torre García, Becario FPU del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, y doctorando del Área de Derecho Penal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo (Universidad de Castilla La Mancha), en el proceso de indagación y selección de material bibliográfico, y discusión del contenido del texto, así como el haber impulsado en origen la realización del análisis desde esta original perspectiva.

## 1. Introducción: la aporofobia como motivo discriminatorio

En el año 2017 la Catedrática de Ética y Filosofía Política, Dra. Adela Cortina Orts, publicaba su interesante libro “Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia”, proponiendo a la Real Academia Española de la lengua (RAE) la adopción de un término de nuevo cuño, el de *aporofobia* (del griego *á-poros*, pobre, y *fóbeo*, espanto), entendido como el rechazo o el odio a la persona pobre<sup>1</sup>. En diciembre de ese mismo año la RAE incluyó en su diccionario esta palabra y la definió como la “fobia a las personas pobres o desfavorecidas”. No era esta, sin embargo, la primera ocasión en que Cortina Orts utilizaba esta palabra: la primera vez, en el año 1995, ya la utilizó como título de una columna de opinión en el diario “*ABC Cultural*”, que precisamente llevaba por título la que después sería declarada “palabra del año” por la Fundación del Español Urgente, la *aporofobia*.

Conceptualizar un término no solo nos permite identificarlo correctamente sino que además lo pone en el plano de lo “real”, de lo cognoscible o identificable, primer paso a nuestro juicio para, posteriormente, poder realizar una exégesis correcta del problema y plantear, en su caso, posibles vías de solución al mismo, máxime desde el punto de vista jurídico-penal, donde las palabras tienen una importancia vital a la luz del contenido garantista y limitador del principio de legalidad, en su vertiente de determinación, certeza y taxatividad<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> CORTINA ORTS, 2017, pp. 1 y ss.

<sup>2</sup> Ampliamente, cfr. nuestra investigación: BUSTOS RUBIO, 2020a, pp. 1 y ss.

La aporofobia presenta además, como dato particular (lo que aproxima este concepto a otros como el de racismo o xenofobia) que no se trata de una historia de odio o animadversión contra un individuo atendida su historia personal, sino de un rechazo a una persona por su pertenencia a un determinado grupo o colectivo al que algunos consideran despreciable. La existencia de una creencia en una cierta relación de asimetría por parte de quien odia o discrimina por algún motivo, es característica compartida en este tipo de “fobias” grupales, pues quien desprecia lo hace siempre motivado por una actitud de superioridad respecto al otro, a quien consideran inferior por uno o varios motivos concretos, considerando el primero su conducta como un “odio legitimado” por tal razón, y atentando contra la dignidad del otro. Y como bien señala Cortina Orts en su investigación “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 [...] el discurso asimétrico expresa ausencia de *reconocimiento*, siendo así que el reconocimiento mutuo es la clave de una vida social justa”<sup>3</sup>.

Del pensamiento de Cortina Orts se puede desprender una idea esencial: no solo las *personas*, a título individual o particular, pueden ser aporófobas; también pueden serlo el *sistema* social, económico, político o incluso jurídico en el que nos encontramos. Desde este punto de vista cobra fuerza en los últimos años lo que se ha venido a denominar *aporofobia institucionalizada*<sup>4</sup>. Con este fenómeno se quiere aludir, principalmente, a la existencia de ciertas instituciones sociales, de carácter público o privado, que resultan por sí mismas aporófobas, por el hecho de que son ellas las que generan pobreza y, consecuentemente, más aporofobia<sup>5</sup>.

También desde el punto de vista político y jurídico el sistema penal puede terminar resultando aporófono. Y puede serlo por exceso o por defecto<sup>6</sup>.

Existiendo hoy un término como el de *aporofobia* que identifica una forma específica de rechazo contra otra persona por razón de su situación socioeconómica, en las líneas que siguen centramos la cuestión en este último rasgo de nuestro sistema penal aporófono: cuando lo es por *defecto*. Y aunque son muchos y muy variados los ejemplos de esta situación a lo largo y ancho de nuestro Código Penal<sup>7</sup>, a

<sup>3</sup> CORTINA ORTS, 2017, p. 57.

<sup>4</sup> Ampliamente, cfr.: TERRADILLOS BASOCO, 2020, pp. 47 y ss.

<sup>5</sup> Cfr. extensamente: BUSTOS RUBIO, 2020c.

<sup>6</sup> Vid. con mayor amplitud: BUSTOS RUBIO, 2020b, pp. 117 y ss.

<sup>7</sup> En lo estrictamente jurídico nos encontramos, citando algunos ejemplos actuales, con un sistema que tiende a proteger escasamente los derechos laborales (que es la principal, cuando no única, vía de obtención de bienes por parte del ciudadano, que sin poder ejercitar los mismos y obtener recursos económicos suficientes se verá abocado a perder tales derechos y a verse apartado de la sociedad); un sistema jurídico que, por citar otro ejemplo, emplea términos como el de situación de “vulnerabilidad” que aún no han sido correctamente acotados ni por la ley ni por la jurisprudencia (así, verbigracia, en los artículos 173 CP. en el caso del maltrato, 177 bis CP. en el supuesto de trata de personas, o 187 CP. para el caso del proxenetismo y la prostitución), con toda la inseguridad jurídica que ello conlleva para, precisamente, la persona que se encuentra en tal situación de vulnerabilidad (en este caso, económica); o un sistema jurídico-penal que no contempla circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal que sancionen con mayor crudeza el ataque a una

continuación centramos la atención en los argumentos que a nuestro juicio permiten, de *lege ferenda*, avalar la introducción del odio o rechazo al pobre (esto es, de la aporofobia como motivo discriminatorio) en el catálogo de motivaciones que actualmente agravan la pena en virtud del art. 22.4ª CP., que de *lege data* no contempla tal motivo<sup>8</sup>, lo que ya hemos tenido ocasión de identificar como una omisión político-criminal por sí misma discriminatoria, un ejemplo patente de aporofobia jurídico-penalmente normativizada y por *defecto*, al no contemplarse dicha forma de odio como motivo agravatorio de pena<sup>9</sup>.

La discusión sobre lo anterior, además de estar ya más o menos arraigada en el debate doctrinal de los últimos años, está también sobre la mesa del legislador: en fecha 9 de junio de 2020 se aprobaba el texto del Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia (popularmente conocida como *Ley Rhodes*), que contempla la incorporación de las “razones de aporofobia o de exclusión social” en el art. 22.4ª CP<sup>10</sup>.

Como hemos sostenido con mayor profundidad en investigaciones anteriores<sup>11</sup>, es posible identificar hasta tres motivos que permiten sostener dicha inclusión en esta circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal: (1) razones de oportunidad político-criminal, desde una perspectiva propiamente empírica; (2) razones de mayor merecimiento de pena; y (3) razones de mayor necesidad de pena. En el epígrafe siguiente de este trabajo se resumen dichos argumentos para situar al lector.

Con todo, en el transcurso de nuestra investigación<sup>12</sup> hemos querido dar un paso

persona por motivos aporófobos. Ausencia hoy sumamente notable en el caso de la circunstancia agravante del art. 22.4º CP., que no contempla la circunstancia de odio al pobre como causa de agravación de la pena, a pesar de que los últimos datos contenidos en las memorias anuales del Ministerio del Interior sobre delitos de odio indican que esta circunstancia supera ya en número a otras agresiones presididas por diferentes motivos, como por ejemplo el antisemitismo o la discriminación por enfermedad, que por el contrario, y paradójicamente, sí integran el actual art. 22.4ª CP. En las sabias palabras de FERRAJOLI, 2011, p. 364, asistimos con ello a una *duplicación* del Derecho Penal: “derecho mínimo y dúctil para los ricos y los poderosos; derecho máximo e inflexible para los pobres y marginados. [...] la formación de un ‘sistema de justicia’ dividido entre una ‘justicia a la medida’ para quienes poseen el poder y una ‘justicia de masas para los consumidores ordinarios’”.

<sup>8</sup> Señala el actual art. 22.4ª CP. como circunstancia agravante: “cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad”.

<sup>9</sup> BUSTOS RUBIO, 2020a, p. 244.

<sup>10</sup> Cfr.: [https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-22-1.PDF](https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-22-1.PDF) [fecha de última consulta: 01/03/2021]. En estudios previos ya nos hemos pronunciado a favor de la previsión de la aporofobia en el art. 22.4ª CP, no así a favor de la incorporación de razones de “exclusión social” dado su carácter sumamente abierto e impreciso. Vid.: BUSTOS RUBIO, 2020a; y EL MISMO, 2021. El texto del anteproyecto trae causa del intento anterior, ya en el año 2018, cuando el Grupo Parlamentario Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea en el Congreso de los Diputados presentó para su toma en consideración por las Cortes una Proposición de Ley Orgánica de reforma de la LO. 10/1995, de 2 de noviembre, del Código Penal (nº 622/000025) en similares términos.

<sup>11</sup> BUSTOS RUBIO, 2020a, pp. 29 y ss.

<sup>12</sup> Para comprender los resultados de nuestra investigación *global* se recomienda al lector complementar la lectura de este estudio con la del resto de trabajos de nuestra autoría referidos en la bibliografía final.

más e identificar un posible cuarto argumento que vendría a sumarse a los ya sostenidos, y que en esta ocasión aparece ligado al ámbito de los Derechos Humanos y los Derechos Fundamentales, transitando de este modo por una senda relativamente novedosa en nuestro sistema jurídico (y en los sistemas de nuestro entorno), como lo es la de la *Doctrina de las Obligaciones Positivas del Estado* para lograr la tutela efectiva de derechos de los ciudadanos. En el ámbito de esta compleja teoría, que hunde sus raíces en la jurisprudencia alemana y que poco después se ha desarrollado en el seno del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, convergen nociones e ideas tan dispares como la de proporcionalidad penal, la de prevención general, o las relativas a los contornos y límites de los Derechos Fundamentales, por lo que también en las líneas que siguen se realizará un esbozo panorámico del núcleo esencial de esta doctrina para, a continuación, analizar si le es aplicable al actual estado de no-previsión de los motivos aporófobos como agravante en el art. 22.4ª CP., o si realmente el enfoque debe ser matizado y si, en definitiva, dicha tesis está en condiciones de aportar nuevas razones a favor del cambio que aquí se sostiene.

## **2. Estado de la cuestión: tres razones que avalan la incorporación de motivaciones aporófobas en el catálogo de la circunstancia agravante del art. 22.4ª CP**

Como se acaba de señalar, en otras investigaciones ya hemos tenido ocasión de argumentar sobre la pertinencia de introducir las motivaciones aporófobas en el catálogo de motivos discriminatorios de la circunstancia del art. 22.4ª CP. Y lo hemos hecho desde una triple perspectiva: oportunidad de la intervención, merecimiento de pena, y necesidad de pena<sup>13</sup>. Y aunque el objetivo directo de esta contribución es analizar la posible construcción de un nuevo argumento desde la Doctrina de las Obligaciones Positivas del Estado, entendemos necesario situar al lector sobre el actual estado de la cuestión, plasmando, siquiera sea someramente, esas tres razones<sup>14</sup>.

### **2.1. Oportunidad político-criminal desde criterios empíricos**

El primer argumento se sostiene desde razones de oportunidad de la intervención político-criminal mediante el conocimiento que nos proporcionan los datos existentes en materia de odio contra las personas en situación de pobreza.

Creemos haber acreditado con suficiencia que el significativo aumento de hechos delictivos cometidos contra las personas en situación de pobreza, y especialmente de sinhogarismo, es una dramática realidad que se ha puesto paulatinamente de relieve a distintos niveles y por distintas instituciones<sup>15</sup>. En este sentido, entidades como el

<sup>13</sup> Recientemente, sintetizando nuestra argumentación, vid.: BUSTOS RUBIO, 2021, pp. 1 y ss.

<sup>14</sup> Ya advertimos al lector que a continuación se recoge un resumen muy apretado de dichos argumentos, por lo que es esperable que puedan surgir algunas dudas o la explicación resulte parcial. Para conocer con mayor nivel de profundidad nuestra argumentación cfr. extensamente: BUSTOS RUBIO, 2020a, pp. 25 y ss.

<sup>15</sup> Vid. ampliamente: BUSTOS RUBIO, 2020a, pp. 67 y ss.

*Observatorio Hatento* ya alertaban en el año 2015 sobre el porcentaje de personas en situación de sinhogarismo que afirman haber sufrido, al menos, una agresión presidiada por motivaciones aporóforas, esto es, por odio o rechazo hacia ellos dada su propia situación, que ascendía al 47,1% de la muestra. De entre todas ellas, el 81,3% de las víctimas habría sufrido el ataque en más de una ocasión (de entre los cuales, hasta el 49% de las mismas acreditaba haber sufrido algún ataque aporóforo incluso en más de cinco ocasiones)<sup>16</sup>. Otros informes y estudios publicados en los últimos años no solo avalan sino que además refuerzan la afirmación realizada relativa al aumento de delitos cometidos por razones aporóforas. Así el estudio de la *Fundación Mambré*<sup>17</sup> recopila informaciones significativas, en esta ocasión al albur de noticias de prensa atinentes a la delincuencia aporófora. Del estudio de estos datos se desprende que en el año 2006 fallecieron 85 personas sin hogar en España, ocurriendo un 73 % de los sucesos en vía pública. Por su parte, el *Centro de Acogida Assís*<sup>18</sup> publicó, en colaboración con el Ayuntamiento de Barcelona, un “Informe de violencia directa, estructural y cultural contra personas sin hogar 2006-2016”, que precisamente complementa algunas cuestiones todavía limitadas en el estudio de 2006 de Mambré, al comprender un análisis comparativo de diez años. Entre las conclusiones más significativas del informe, cabe señalar que en el período comprendido entre los años 2006 y 2016, de las noticias de prensa recogidas se deriva que han muerto un total de 633 personas sin hogar en España.

Resultan a nuestros efectos especialmente destacables los Informes del Ministerio del Interior sobre la *Evolución de los delitos de odio en España* (cuyo último estudio data de 2019)<sup>19</sup>, si bien solo recogen los casos de los que se ha tenido *notitia criminis* (y teniendo en cuenta que estas personas se muestran normalmente reacias a la denuncia, tal dato es limitado) demuestra que la aporofobia, como forma de odio discriminatorio, se sitúa en número de casos registrados (un total de 12) por encima de otras circunstancias personales que *de lege data* refiere el actual art. 22.4ª CP, como la de antisemitismo (5 casos) y la de discriminación por razón de enfermedad (8 casos), lo que permite concluir, desde un punto de vista comparativo y todavía simplemente apriorístico, que con mayor razón también la circunstancia de aporofobia debería integrar el catálogo de condiciones agravatorias previstas en el art. 22.4ª CP.

Además de los datos que se arrojan, y que reflejan un estado de patente vulnerabilidad y un elevado nivel de victimización, que en perspectiva comparada nos permite aseverar que no se está dando un trato igualitario desde el art. 22.4ª CP a las personas en situación de pobreza, hay que sumar el hecho de que la actual imprevisión de la aporofobia como circunstancia agravante en el mentado precepto impide a los operadores jurídicos (esencialmente a nuestros juzgados y tribunales) agravar la

<sup>16</sup> OBSERVATORIO HATENTO, 2015.

<sup>17</sup> VV. AA., 2006, <https://www.fundacionmambre.org/> [última consulta: 01/03/2021].

<sup>18</sup> VV. AA., 2016, <https://www.assis.cat/> [última consulta: 01/03/2021].

<sup>19</sup> MINISTERIO DEL INTERIOR, 2019, p. 6.

pena en supuestos de delincuencia aporófoba, y les conduce en ocasiones a intentar encajar en el hecho circunstancias tan diversas como las de alevosía, abuso de superioridad, o aprovechamiento de lugar y tiempo<sup>20</sup>.

Como ha señalado el Tribunal Supremo<sup>21</sup> “[...] 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 ideologías 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”.

Es cierto que encontramos mayor seguridad jurídica cuando el legislador opta por el diseño de un catálogo *numerus clausus* tasado o cerrado de motivos discriminatorios que pueden agravar la responsabilidad penal, en respeto del principio de determinación dimanante del principio de legalidad en Derecho penal. Ello, empero, deja la puerta abierta a una fundamentada modificación del precepto en la que, a la luz de los datos ya analizados, y atendidas razones de un mayor merecimiento y necesidad de pena, se termine por dar cabida a la aporofobia como motivo discriminatorio<sup>22</sup>.

## 2.2. *Mayor merecimiento de pena*

El segundo argumento que hemos enarbolado en favor de la inclusión de las motivaciones aporófobas en el actual art. 22.4<sup>a</sup> CP es el correspondiente al nivel de merecimiento de pena ante supuestos de delincuencia motivada por el odio a la persona pobre<sup>23</sup>. Consideramos que se acredita un mayor merecimiento de pena (*strafwürdigkeit*) toda vez que la delincuencia cometida por algún tipo de odio discriminatorio, y también por odio aporóforo, supone conculcar no sólo el derecho o bien jurídico protegido con el delito base al que la agravante aplica, sino también el valor superior de la igualdad entre todas las personas, fundamento de nuestro propio Estado Social y Democrático de Derecho (arts. 1, 9<sup>o</sup>2, y 14 de la Constitución Española)<sup>24</sup>. Así,

<sup>20</sup> Sobre la jurisprudencia al respecto, puede verse ampliamente: BUSTOS RUBIO, 2020a, pp. 115 y ss.

<sup>21</sup> STS 1160/2006, de 9 de noviembre (ECLI: ES:TS:2006:7728).

<sup>22</sup> En contra de esta opción político-criminal, considerando la existencia de otros mecanismos, recientemente: MOYA GUILLEM, 2020.

<sup>23</sup> Sobre la posible fricción de la circunstancia del art. 22.4<sup>a</sup> CP. con el principio *cogitationis poenam nemo patitur* (esto es: el pensamiento no delinque) vid. ampliamente las razones que nos conducen a sostener que la agravante no supone realmente una merma del mismo: BUSTOS RUBIO, 2020a, pp. 212 y ss.

<sup>24</sup> Hay consenso doctrinal generalizado en tal dirección. Así, v.gr.: LANDA GOROSTIZA, 2001, p. 179; LANDA GOROSTIZA, 2018, pp. 1 y ss.; y ROSTALSKI, 2018, p. 81. Reconduciendo el valor protegible

verbigracia, mientras que el delito de homicidio conculca el bien jurídico *vida*, el delito de homicidio aporóforo (esto es, concurriendo motivaciones odiosas contra un sujeto por su situación de pobreza) conculca tanto el bien jurídico *vida* como el bien jurídico *igualdad*.

La igualdad (y esto es importante a los efectos de la segunda parte de nuestra investigación) es un valor supremo de nuestro Ordenamiento Jurídico, fundamento de nuestro Estado Democrático de Derecho, y su protección es común para todos los individuos, por lo que su conculcación, en este caso a través del delito, ha de verse sancionada especialmente. En definitiva, el actual art. 22.4ª CP sería, en palabras de Díaz López, “un reflejo del principio de igualdad, entendido como respeto a todas y cada una de las condiciones personales de los ciudadanos que forman parte de una sociedad liberal-democrática, como presupuesto para que siga pudiendo enarbolar dicho adjetivo”<sup>25</sup>.

En síntesis: si con la ejecución del hecho delictivo se ven lesionados dos bienes o intereses, resulta lógico sostener un mayor merecimiento de respuesta penal, lo que se aplica igualmente a los delitos cometidos con un ánimo discriminatorio por razones de aporofobia.

### 2.3. *Mayor necesidad de pena*

El último de los argumentos que hemos defendido transita por la idea de una mayor necesidad de sanción penal en supuestos de delitos cometidos por odio contra la persona pobre. Y ello porque siendo más merecida la mayor sanción penal aplicable a supuestos delictivos presididos por motivaciones aporófobas, dicha sanción resultará también más *necesaria (strafbedürftigkeit)*. Tal necesidad se acredita en términos eminentemente preventivos: más necesidad de sanción penal desde la óptica preventivo-general positiva, ante todo, pues ahora acontecen dos valores a reafirmar (el conculcado con el delito base y el valor de la igualdad) mediante la aplicación de la sanción penal. Empero, tampoco pueden desecharse a priori adicionales argumentos preventivo-generales negativos o, incluso, preventivo-especiales<sup>26</sup>.

Si la función preventivo-general de la pena nos dice que la misma es necesaria para salvaguardar la vigencia de la norma que ha sido vulnerada con el delito

también al plano de la dignidad humana, vid. tb.: GORJÓN BARRANCO, 2019, p. 233; CÁMARA ARROYO, 2017, pp. 186 y ss.; DE PABLO SERRANO / TAPIA BALLESTEROS, 2017, pp. 1-2; y SALINERO ECHEVERRÍA, 2013, p. 276. También la jurisprudencia ha acudido al principio de igualdad como valor adicionalmente conculcado en este tipo de delincuencia discriminatoria; así, v. gr, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz 114/2004, de 18 de mayo; o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 621/2002, de 26 de junio, que consideraron que la circunstancia contenida en el art. 22.4ª CP. responde al “propósito de evitar, en la medida de lo posible, toda conducta que entrañe injusta discriminación de las personas con base en una serie de motivos, discriminación que pugna con el derecho a la igualdad proclamado en el art. 14 de la CE.”

<sup>25</sup> DÍAZ LÓPEZ, 2013, p. 183.

<sup>26</sup> Ampliamente, sobre esta argumentación desde la óptica de la prevención general y especial, vid.: BUSTOS RUBIO, 2020a, pp. 154 y ss.

cometido, entonces habremos de señalar que el delito aporóforo (y en general cualquier delito presidido por otra motivación discriminatoria cuya relevancia penal pueda ser afirmada) está vulnerando dos normas diferentes, por entrar en juego dos valores distintos. Existirá, por tanto, una mayor necesidad de pena en términos de prevención general positiva, al tener ahora que restablecer la vigencia de dos valores conculcados con la ejecución del delito (de un único delito)<sup>27</sup>.

### 3. Una (posible) razón adicional en el marco de la Doctrina de las Obligaciones Positivas del Estado

Expuestas, de modo muy sintético, las tres razones que hasta ahora se han sostenido para fundamentar la necesidad de incorporación de las motivaciones aporóforas al catálogo de motivos que prevé el actual art. 22.4<sup>a</sup> CP, y dibujado con ello el estado de la investigación, en la segunda parte de este trabajo se pretende construir un cuarto argumento adicional a los anteriores, desde el prisma de la Doctrina de las Obligaciones Positivas del Estado.

#### 3.1. *La Teoría de las Obligaciones Positivas del Estado: una aproximación*

La *Teoría de las Obligaciones Positivas de los Estados* en la protección de derechos de los ciudadanos, que lleva algunos años construyéndose a nivel europeo, puede definirse (en abstracto y todavía sin relacionarla con el sistema penal) como aquel proceso interpretativo que permite deducir desde disposiciones generales previstas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante: CEDH) obligaciones de los Estados de actuar en pro de la tutela de ciertos derechos (tradicionalmente derechos civiles o políticos). Se trata, en definitiva, de interpretar que desde dichas disposiciones no sólo es posible un control de la actuación de los Estados por lo que *hacen* sino también por lo que *no hacen* (o *dejan de hacer*). Esto es: supone el reconocimiento de la posibilidad de que los derechos derivados del CEDH no solo generen obligaciones negativas controlables sino también obligaciones positivas exigibles<sup>28</sup>.

La dicotomía se produce en los siguientes términos: por un lado, existen derechos *defensivos*, que imponen a los poderes públicos obligaciones negativas, esto es, límites a ciertas injerencias o actuaciones del Estado controlables por los Tribunales (por ejemplo, en el terreno propiamente penal, límites al ejercicio del *ius puniendi* como pudiera ser el principio de taxatividad o el de proporcionalidad de las penas); desde esta primera y tradicional perspectiva puede afirmarse que existe una doctrina tradicional de defensa contra el Estado, determinándose exclusivamente lo que no está permitido (*dürfen nicht – not allowed*). Por otro lado, existen derechos

<sup>27</sup> BUSTOS RUBIO, 2020a, p. 179.

<sup>28</sup> CARMONA CUENCA, 2017, p. 1216.

*prestacionales*, que imponen a los Estados obligaciones positivas de actuación efectiva para lograr la tutela de ciertos derechos ciudadanos (por ejemplo, nuevamente en el ámbito penal, la obligación de proteger penalmente un derecho para que su tutela sea realmente efectiva)<sup>29</sup>. Esta es la doctrina de los deberes estatales de protección, que viene a señalar aquello que resulta obligatorio para el Estado (*müssen – have to*). En el entorno de esta última idea es donde se inscribe la aludida teoría.

Como ha señalado Tomás-Valiente Lanuza, resulta hasta la fecha bastante desconocida la jurisprudencia emanada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante: TEDH) que enfatiza en la idea de vulneraciones de derechos de las víctimas por parte de los Estados al no prever suficiente tutela o protección jurídica a las mismas (y también, ya en concreto, protección jurídico-penal), en contraposición a la perspectiva tradicional de control del ejercicio negativo del *ius puniendi* estatal limitando los posibles excesos punitivos frente al reo, desde la perspectiva de sus propias garantías<sup>30</sup>. No obstante, siguiendo con la autora citada, puede aseverarse que este novedoso enfoque que llega desde Europa también tiene mucho que aportar a nuestro sistema penal<sup>31</sup>.

La idea en abstracto considerada no es, en absoluto, novedosa: las obligaciones positivas de los Estados en aras a tutelar derechos fundamentales de los ciudadanos data de antiguo, desde el instante mismo en que aquellos renuncian a una parcela de su libertad y la entregan a aquél primero encomendándole la gestión de dicha protección. En concreto en el terreno penal esta idea subyace también en diversos escalones de la propia teoría del delito, y muy especialmente en la necesidad de protección de bienes jurídicos (principio de ofensividad o exclusividad), y en la idea de prevención general como finalidad primordial (o al menos, una de las finalidades) de la pena: esta sirve al objeto de lograr que no se cometan hechos delictivos que dañen o pongan en peligro, concreto o abstracto, derechos ciudadanos. No obstante, como se apunta, el enfoque de los deberes del Estado se ha producido tradicionalmente desde el prisma del control de excesos punitivos, del control en el ejercicio correcto de un *ius puniendi* democrático y respetuoso con los Derechos Humanos y las Libertades ciudadanas. Pero como advierte Viganò “relativamente nueva es, en cambio, la pretensión de identificar vínculos *positivos* a la discrecionalidad del legislador penal, frente a un *déficit de protección*, por parte del legislador, de intereses que necesitan una tutela penal. No es el *exceso de punibilidad*, sino la *impunidad* lo que es asumido aquí como problema”<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> DOMÈNECH PASCUAL, 2006a, p. 33.

<sup>30</sup> TOMÁS-VALIENTE LANUZA, 2016, p. 6.

<sup>31</sup> Ídem. En palabras de la autora cabe advertir lo siguiente: “no se olvide que se trata de jurisprudencia determinante del sentido de un Convenio de valor constitucional en nuestro sistema *ex art.* 10.2 CE, y dotada de valor informador de la interpretación de la propia Carta Magna”.

<sup>32</sup> VIGANÒ, 2014, p. 431. Añade el autor, explicando esta interpretación: “el punto de partida teórico es la afirmación según la cual, del reconocimiento de parte del Estado, de un derecho fundamental, derivan, conjuntamente, obligaciones *negativas* y obligaciones *positivas* a cargo del mismo Estado. Las primeras son,

Entendida desde esta perspectiva, parece que la interpretación que se sostiene opera como un auténtico motor de expansión del Derecho penal<sup>33</sup>, de su intervención, y no como el tradicional instrumento de control y contención del *ius puniendi*. En palabras de Ambos, se trataría de dotar de contenido a un sistema de *obligatio puniendi*<sup>34</sup>. Con todo, esto no significa que dicha expansión deba asociarse, sin más, a una intervención injustificada que nos conduzca o derive en algo similar al *populismo punitivo* y al permanente estado de administrativización al que, por desgracia, nos tiene acostumbrados el legislador penal de los últimos tiempos<sup>35</sup>. Si existe un trasfondo exegético conforme a los principios de nuestro modelo constitucional y penal que avale la intervención, no habrá problema en seguir manteniendo que este proceder interpretativo del TEDH es un motor expansivo del sistema penal (eso sí, en la dirección correcta).

La doctrina del TEDH sobre deberes positivos de protección que corresponden a los Estados transcurre en paralelo a la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional (en adelante: TC) alemán<sup>36</sup> (sobre la que después volveremos) que desde una concepción dualista de los Derechos Fundamentales como derechos *subjetivos* y como valores *objetivos*, ha establecido esas obligaciones positivas en aras a su correcta preservación (algo que también se asume, aunque en sentido y extensión muy diferente, por la doctrina de nuestro TC como más tarde se comprobará).

Con todo, y a pesar de que este tipo de jurisprudencia pueda hundir sus raíces en iniciales interpretaciones dictadas por el TC alemán, lo cierto es que, como advierte Viganò, es también posible colegir que el espíritu supranacional, y en concreto europeo, ya transitaba implícita y explícitamente por este camino desde hace bastante tiempo: “esta lógica está en la base del derecho penal internacional. Su palabra clave, que ha inspirado la creación de los tribunales *ad hoc* y después la propia Corte Penal Internacional, es precisamente la *lucha contra la impunidad*”<sup>37</sup>, lo que permite deducir y comprender la actual jurisprudencia del TEDH enlazando tal idea superior de lucha contra la impunidad con el establecimiento de ciertas obligaciones positivas del Estado en aras a lograr la intangibilidad de intereses y Derechos Fundamentales de sus ciudadanos.

esencialmente, deberes de *abstención* de conductas directamente lesivas del derecho; estos deberes vinculan a los agentes estatales, y corresponden al contenido ‘clásico’ liberal de los derechos fundamentales, que nacen históricamente para tutelar al ciudadano *contra* los abusos de los poderes públicos. Las segundas corresponden, en cambio, a la pretensión de los ciudadanos a recibir tutela de parte del Estado *contra agresiones a sus derechos provenientes de terceros*, e implican, entonces, un *deber de actuar* a cargo del Estado: es decir, de tomar todas las medidas exigibles en grado de *prevenir* similares agresiones”.

<sup>33</sup> VIGANÒ, 2012, p. 312.

<sup>34</sup> AMBOS, 2020, p. 4.

<sup>35</sup> Ejemplos de este proceso expansivo y administrativizador del Derecho Penal en la actualidad pueden verse en: BUSTOS RUBIO, 2017, pp. 1 y ss.

<sup>36</sup> Así, entre otros: CARMONA CUENCA, 2017, p. 1217. Vid. el nacimiento actual de esta interpretación en Alemania, al albur del delito de aborto, en: AMBOS, 2020, p. 4.

<sup>37</sup> VIGANÒ, 2014, p. 434. Precisamente en relación con el posible tratamiento de la aporofobia en el Estatuto de la Corte Penal Internacional puede verse: OLASOLO / HERNÁNDEZ CORTÉS, 2021, pp. 227 y ss.

También en el ámbito jurídico americano es posible identificar esta línea interpretativa (así, verbigracia, en diversas e importantes resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)<sup>38</sup>, si bien es cierto que en directa conexión (no podía ser de otro modo) con la dogmática de los Derechos Humanos<sup>39</sup>. Dichas interpretaciones no deben ser obviadas o estudiadas someramente desde una perspectiva comparativista, máxime cuando ha resultado probado que el propio TEDH se ha inspirado en algunas de ellas para resolver asuntos en el ámbito europeo<sup>40</sup>.

En cualquier caso, como advierte la doctrina especializada, si no se realiza un esfuerzo de acotamiento esta teoría resultará excesivamente amplia. La misma se ha ido desarrollando de modo progresivo a partir de un entendimiento e interpretación teleológicos del CEDH, que reconoce que los Derechos del Título I deben ser protegidos de manera efectiva por parte de los Estados firmantes si no quieren quedar desprovistos de cualquier contenido en la práctica. No se trata, sin más, de analizar la actuación del Estado en aras a salvaguardar Derechos que por sí mismos requieren de algún tipo de actuación para resultar plenamente efectivos, sino de concebir que “cualquier derecho convencional obliga al Estado a emprender las actuaciones razonablemente exigibles para protegerlo —ya sea con carácter general o frente a comportamientos de otros ciudadanos [...]— y garantizar su efectividad”<sup>41</sup>. Dicho deber de protección alcanza a cualquier sector o rama del Ordenamiento Jurídico, incluido el penal<sup>42</sup>.

En concreto, hoy son identificables dos principios básicos que sustentarían este proceder interpretativo del TEDH. Por un lado, la obligación general de los Estados firmantes del Convenio, ya establecida en el art. 1 del mismo, que les compromete a reconocer a todo ciudadano dependiente de su jurisdicción el catálogo de Libertades y Derechos comprendidos en dicha norma. Por otro lado, el fundamento también radicaría en el principio de *interpretación efectiva*, esto es, en la exigencia de que los Derechos allí previstos han de ser aplicados de modo real y efectivo, y no solo desde una perspectiva teórica o “ilusoria”<sup>43</sup>.

### 3.2. *La Teoría de las Obligaciones Positivas del Estado en materia penal*

Descendiendo ya al ámbito jurídico-penal es posible identificar en la jurisprudencia del TEDH<sup>44</sup> hasta cinco deberes positivos del Estado: (1) deberes de

<sup>38</sup> Sobre tal jurisprudencia y su influencia en Ordenamientos internos de países latinoamericanos, cfr.: VIGANÒ, 2014, pp. 438 y ss.

<sup>39</sup> AMBOS, 2020, pp. 12 y ss. Sobre el Comité de Derechos Humanos de la ONU y sus pronunciamientos en esta línea, vid. ídem., p.14.

<sup>40</sup> VIGANÒ, 2014, pp. 438 y ss. Cfr. tb. sobre esta jurisprudencia y su influencia en posteriores interpretaciones a diferentes niveles: DOMÉNECH PASCUAL, 2006b, pp. 345 y ss.

<sup>41</sup> TOMÁS-VALIENTE LANUZA, 2016, p. 6.

<sup>42</sup> Sobre las críticas que, desde variados puntos de vista, se han efectuado contra este entendimiento, vid. ampliamente: TOMÁS-VALIENTE LANUZA, 2016, p. 6.

<sup>43</sup> En estos términos: CARMONA CUENCA, 2017, p. 1219.

<sup>44</sup> Ampliamente, sobre esta jurisprudencia a todos los niveles (no solo, aunque también, penal), vid.: DOMÉNECH PASCUAL, 2016a, pp. 87 y ss.

criminalización y previsión de penas suficientes, (2) deberes relativos a la función de investigación, (3) deberes relativos a la correcta celebración del proceso penal, (4) deberes de imposición de sanciones suficientes, y (5) deberes de correcta ejecución de la pena<sup>45</sup>. A los efectos que interesan en esta investigación, solamente manejaremos uno de estos deberes: el primero de ellos, relativo a las *tareas del Estado de criminalización y previsión de sanciones suficientes*. Matizamos que no se manejará el cuarto de estos deberes previstos en la jurisprudencia del TEDH, relativo a la imposición de sanciones suficientes, porque este viene referido a los deberes que corresponde observar a los juzgados y tribunales en la calificación de los hechos y su correcta imposición y determinación del *quantum* de la pena impuesta, mientras que aquél primer deber (el que nos interesa) se refiere directamente al legislador por no criminalizar correctamente un hecho o no prever para el mismo una pena *suficiente*. O en las ilustrativas palabras de Tomás-Valiente Lanuza al analizar ese deber de imposición de sanciones suficientes: “mientras en aquel caso la obligación positiva de prestación normativa recae sobre el legislador, en este caso atañe a los jueces y tribunales internos”<sup>46</sup>. El resto de deberes a que apunta dicha jurisprudencia lo son más bien de carácter procesal o investigador, o bien ya en sede de ejecución y cumplimiento de la pena, por lo que tampoco nos son de utilidad en esta investigación<sup>47</sup>.

En realidad, y como es fácilmente colegible, se trata en todo caso de una situación de *infraprotección* (o más concretamente, de protección defectuosa; *untermaßverbot*) de ciertos Derechos ciudadanos: “aunque el TEDH no suele servirse de este concepto, toda esta construcción entronca directamente, como es obvio, con la noción de la *prohibición de infraprotección*; una idea que en la doctrina suele aplicarse con mayor frecuencia respecto de deficientes previsiones normativas, pero que también late en las sentencias del TEDH que aprecian responsabilidad de los Estados por no haber satisfecho correctamente el resto de los deberes [...]”<sup>48</sup>.

Tal como alertábamos *supra*, la jurisprudencia del TEDH, ya en concreto, sobre deberes positivos de los Estados que conducen a la criminalización correcta de conductas lesivas de Derechos y de la previsión legal de penas suficientes, es posterior a la doctrina del Tribunal Constitucional alemán en tal dirección, dictada al albur del delito de aborto (BVerfGE 39, 1, de 25 de febrero de 1975) y en la que ya se establecía la obligación del legislador de proteger penalmente Derechos Fundamentales y bienes e intereses jurídicos de relevancia constitucional, como la vida humana en formación del *nasciturus*. En ese instante se produce un cambio de perspectiva respecto del análisis tradicional de las funciones del Estado: este ya no solo tendría que implementar los límites adecuados para ejercicio del *ius puniendi* respetándose

<sup>45</sup> Siguiendo la clasificación de TOMÁS-VALIENTE LANUZA, 2016, pp. 11 y ss.

<sup>46</sup> TOMÁS-VALIENTE LANUZA, 2016, pp. 22 y ss.

<sup>47</sup> En idéntico sentido, si bien identificando tres grandes grupos de deberes positivos en materia penal (deber de criminalizar, deberes procedimentales, deberes de correcto castigo): VIGANÒ, 2012, p. 315.

<sup>48</sup> TOMÁS-VALIENTE LANUZA, 2016, p. 12.

una serie de derechos y garantías del autor del delito, sino que ahora tendría además la obligación positiva de intervenir para proteger bienes o Derechos Fundamentales de las potenciales o actuales *víctimas*<sup>49</sup>.

Ocurre que, como señala la doctrina especializada, el TC alemán ha sido el “gran motor” de esta teoría. Incluso con apoyo en el art. 1,1 de su Ley Fundamental, ya se puede leer alguna Sentencia que afirma la obligación estatal de proteger positivamente a los ciudadanos frente a cualquier ataque contra la dignidad humana llevada a cabo por terceros. En otras resoluciones se va extendiendo tal obligación exigiendo que la misma resulte “amplia” y “eficaz” contra cualquier peligro o amenaza. Y si las medidas adoptadas por el Estado en cuestión son insuficientes para tutelar de manera efectiva un Derecho, entonces hay que exigir al mismo Estado una nueva obligación positiva de tutela que corrija tal deficiencia. El TC alemán reconoce el amplio margen de discrecionalidad del legislador en el diseño y puesta en marcha de la política criminal que considere más oportuna, pero siempre con el límite del debido respeto a las obligaciones de actuación positiva que dimanen de la propia Constitución, y que el propio TC puede controlar<sup>50</sup>.

Es a la luz del art. 1 CEDH donde se desarrolla inicialmente esta jurisprudencia del TEDH, considerando como elemento imprescindible para la tutela *efectiva* de Derechos Fundamentales la actuación positiva del Estado previendo sanciones adecuadas (aunque dependiendo de la resolución a la que se acuda, tal obligación positiva deriva de otros preceptos del CEDH, como sus arts. 2, 3 ó 4)<sup>51</sup>.

El *leading case* se identifica en el caso de “*X. e Y. contra Países Bajos*”. Se trataba de un supuesto en el que la legislación de los Países Bajos exigía la previa denuncia de la persona agraviada para poder perseguir por un delito de violación. En el caso concreto, la víctima padecía una minusvalía de tipo mental, y la legislación holandesa no era en absoluto clarificadora sobre si pudiera servir a tales efectos la interpuesta por sus representantes legales. Los Tribunales de Holanda rechazaron tal posibilidad para evitar llevar a cabo una interpretación mediante analogía *in mala partem*, terminando por absolver al autor del hecho. El TEDH condenó a Países Bajos por no proteger adecuadamente a la víctima de tales hechos, reconociendo el deber positivo del Estado de tutelar correctamente los Derechos de las víctimas (no solo penalmente, pero también, ante casos de suficiente entidad, recurriendo al ejercicio eficaz del *ius puniendi*)<sup>52</sup>.

Debe destacarse ya desde este momento, como hace Tomás-Valiente Lanuza, que “en todo este contexto de los deberes positivos el Tribunal suele cuidarse de proclamar la necesidad de reconocer a los Estados un amplio margen de actuación, y en modo alguno ha de entenderse, por supuesto, que el Tribunal parta de un deber

<sup>49</sup> Ídem.

<sup>50</sup> DOMÉNECH PASCUAL, 2006a, pp. 77 y ss.

<sup>51</sup> Ídem., pp. 92-93.

<sup>52</sup> DOMÉNECH PASCUAL, 2006b, p. 343; y EL MISMO, 2006a, pp. 91 y ss.

genérico de sancionar penalmente *cualquier* violación de *cualquier* derecho convencional”<sup>53</sup>. Tal obligación es solo predicable respecto de las violaciones más graves de Derechos Fundamentales y ante los ataques más relevantes (en virtud de la mínima intervención penal) esto es, de los denominados, por el propio TEDH, “valores esenciales”.

Esta interpretación se resume, pues, en la obligación positiva de los Estados de garantizar una protección *efectiva* de Derechos ciudadanos mediante el recurso al orden penal, en el que deberá establecerse la conducta y asignarse una pena adecuada y suficiente que disuada eficazmente de su violación. Y esto según el TEDH solo puede conseguirse mediante la correcta previsión de sanciones penales. Con todo, como se ha señalado, tal exigencia suele resultar casuística, y así lo acredita la mera lectura de los diferentes casos abordados por el TEDH desde dicha perspectiva<sup>54</sup>.

### ***3.3. La Teoría de las Obligaciones Positivas del Estado y la actual imprevisión de motivaciones aporófobas en el art. 22.4ª CP: un nexo de unión***

Cabe cuestionarse si también en el marco de esta teoría es posible hallar un cuarto argumento para sostener la incorporación de los motivos aporófobos como nueva circunstancia agravante. En efecto, como hemos sostenido *supra*, la actual redacción típica del art. 22.4ª CP deja 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, como se sostuvo. Tal situación nos hace recuperar en este punto la idea que ya mantuvimos: la actual imprevisión de tales motivaciones en el art. 22.4ª CP supone una omisión del legislador por sí misma discriminatoria, carente de fundamento, que hace que las potenciales víctimas de estos delitos no vayan a obtener la misma tutela penal que otras a las que aplique el actual precepto. ¿Conculca, esta situación, las obligaciones que de la doctrina acabada de explicar alcanzan a los Estados, para lograr una tutela efectiva y eficaz de Derechos de sus ciudadanos? ¿Puede vulnerarse el valor superior de la igualdad (íntimamente unido, en nuestro caso, a la dignidad humana) al *no ofrecerse* por el legislador una correcta y eficaz tutela penal al colectivo de personas en situación de pobreza *ex art. 22.4ª CP*, máxime ateniendo al hecho de que la norma existe y extiende su protección a otros casos de discriminación odiosa con igual fundamento? ¿La discusión se ha de producir en términos de desproporción punitiva, o de infraprotección por parte del Estado, o bien desde otra óptica?

La circunstancia de que actualmente la doctrina expuesta posea múltiples

<sup>53</sup> TOMÁS-VALIENTE LANUZA, 2016, p. 13.

<sup>54</sup> Ídem.

fricciones y genere numerosas dudas (como de inmediato comprobaremos) deriva, como se ha señalado, del hecho de que la aplicación de la misma se ha producido en términos de una resolución casuística: el TEDH ha ido analizando, caso a caso, si a la luz de una norma penal incompleta o inacabada (que no directamente inexistente) se produce la conculcación de tal deber de protección positiva por parte del Estado. A los efectos que aquí interesan, tal limitación no tiene por qué suponer una traba al momento de sumar un nuevo argumento a favor de la inclusión de las motivaciones aporóforas en el art. 22.4<sup>a</sup> CP, sino que, más bien al contrario, acudir al núcleo esencial de dicha jurisprudencia permite avalar que tal cometido encaja sin problemas con el contenido de esta obligación positiva de los Estados que exige el TEDH. Y ello porque mientras no es común encontrar esta exigencia ante supuestos de *absoluta falta de tipificación* de ciertas conductas (avalándose nuevamente el amplio margen de discrecionalidad de que goza el legislador penal para poner en marcha la política criminal que considere más adecuada), es habitual, por el contrario, encontrar dicho examen de ciertos defectos de intervención penal sobre instituciones normativas o tipologías delictivas *ya existentes*, pero que a juicio del Tribunal se tornan incompletas y por ello ineficaces para proteger un determinado Derecho<sup>55</sup>. Y es que “el Tribunal ha condenado también en casos en los que, aun existiendo leyes incriminadoras, las penas previstas resultan insuficientes a la luz de la importancia del derecho convencional vulnerado, e inidóneas para producir un verdadero efecto de prevención general: se aprecia con ello una suerte de vulneración del principio de proporcionalidad (en sentido estricto) ‘por defecto’”<sup>56</sup>. Hay que recordar, con Viganò, que el TEDH nunca ha llegado a afirmar una pretendida obligación *genérica* de los Estados de sancionar (y en su caso, de sancionar correctamente) todo tipo de violación de cualquier Derecho convencional. Más por el contrario, actúa valorando caso por caso, cuando se le presenta la ocasión, si el derecho en cuestión exige una tutela del mismo, de tipo penal<sup>57</sup>.

Esto es precisamente lo que acontece en la inconclusa circunstancia del art. 22.4<sup>a</sup> CP: tutela de modo eficaz a las víctimas de delitos cometidos por motivos de odio discriminatorio que en el precepto se prevén de forma expresa (así v. gr.: racismo, antisemitismo, etnia, raza, sexo, discapacidad, enfermedad...), pero se torna incompleta al no extender dicha protección a supuestos de odio aporóforo, cuando ya se ha comprobado que el fundamento es idéntico desde la perspectiva del merecimiento y necesidad de mayor sanción penal, y cuando existe una clara oportunidad de intervención político-criminal avalada empíricamente. Se trata, en fin y como ya sostuvimos, de una omisión normativa propiamente discriminatoria, que impide otorgar una

<sup>55</sup> Ídem., p. 14.

<sup>56</sup> Ídem., p. 15. La autora maneja el ejemplo de la sentencia del caso *Siliadin contra Francia*, de 26 de julio de 2005, en la que se condenó a Francia por contemplar unas penas insignificantes ante conductas delictivas de explotación de trabajadores en condiciones incompatibles con el derecho previsto en el art. 4 CEDH.

<sup>57</sup> VIGANÒ, 2014, p. 447.

protección penal efectiva a las potenciales víctimas de delitos cometidos por odio al pobre. En definitiva: no se trata de instar al legislador a tipificar *ex novo* una norma que proteja en tal sentido a las víctimas de ataques presididos por motivaciones odiosas. Más por el contrario: la norma existe pero su protección no alcanza a las víctimas de un delito motivado por odio al pobre. Al menos apriorísticamente es posible entender que esta situación también se acomoda con facilidad al debate que orbita en torno a la doctrina de las obligaciones positivas del Estado.

Cuestión distinta es si el enfoque debe ser el mismo o es posible presentar matices de interés. A ello nos referimos más adelante. Conviene no obstante, con carácter previo, exponer, siquiera sea de modo esquemático, algunos de los principales problemas que se han identificado al albur de la citada teoría.

### ***3.4. Problemas, críticas y contracríticas a la Teoría de las Obligaciones Positivas en perspectiva general***

A pesar de lo “atractiva”<sup>58</sup> que a priori puede resultar esta jurisprudencia (pues no trata otra cosa que controlar el no-ejercicio correcto y adecuado del *ius puniendi* desde la perspectiva de las víctimas titulares de Derechos Fundamentales), al mismo tiempo genera una innegable “inquietud”<sup>59</sup>, principalmente por la amplitud de la materia y el excesivo campo de intervención y control del TEDH sobre la capacidad decisoria de los Estados, puesto que ahora, en virtud de este proceder interpretativo, ya no se va a limitar a controlar los excesos del legislador mediante el recurso al Derecho penal, sino también la inactividad u omisión legislativa en la tutela y protección de Derechos ciudadanos, lo que supone, en su concepción, una nueva forma de lesión de estos últimos.

Algunos autores han señalado que la existencia y reconocimiento de este tipo de obligaciones positivas conllevaría implícitamente un debilitamiento de Derechos ciudadanos frente al poder estatal, quebrándose los principios que actualmente sostienen un Derecho penal de corte liberal que hunde sus raíces en principios como el de subsidiariedad o *ultima ratio*<sup>60</sup>. No obstante, desde otra lectura puede colegirse justamente lo contrario: el que los Derechos Fundamentales se traduzcan también en

<sup>58</sup> Así lo califica TOMÁS-VALIENTE LANUZA, 2016, p. 26, aseverando que “ello no solo en razón de los sentimientos de solidaridad que pueda generar la situación de la víctima en la mayoría de los casos en los que se aprecia la responsabilidad de los Estados (que pueda hacernos proclives a saludar favorablemente un pronunciamiento condenatorio por parte del TEDH), sino también porque la construcción del Tribunal ofrece una respuesta ajustada a muchas de nuestras intuiciones sobre lo que parece claramente inadmisibles en ordenamientos que se pretenden respetuosos de los derechos humanos”.

<sup>59</sup> De nuevo trayendo a colación los términos empleados por TOMÁS-VALIENTE LANUZA, 2016, p. 26, quien apunta a una inquietud “no solo derivada (que también) de la amplitud del poder que parece quedar en manos del Tribunal de Estrasburgo a la luz del progresivo ensanchamiento de los ámbitos de la actividad (e inactividad) estatal sometidos a su control, sino (y sobre todo) relacionada con los múltiples interrogantes que empiezan a abrirse en el momento en que nos planteamos el traslado de toda esta doctrina al orden interno y a la tarea de nuestra propia jurisdicción constitucional”.

<sup>60</sup> Vid. referencias en: DOMÉNECH PASCUAL, 2006a, pp. 107 y ss.

garantías ciudadanas de obtención de una efectiva tutela y protección penal estatal frente a agresiones de terceros no menoscaba los pilares en los que se apoya hoy nuestro Derecho penal sino que, por el contrario, si se procede correctamente, permite su reforzamiento al garantizar un goce real y efectivo de los mismos. En esta dirección, asiste la razón a Doménech Pascual cuando sostiene que “las medidas penales adoptadas para proteger la libertad, cuando son realmente proporcionadas, son por definición beneficiosas para la misma. Si una sanción —o, en general, cualquier medida restrictiva— es útil, necesaria y no excesiva para salvaguardar los derechos fundamentales, entonces la lógica más elemental dice que imponerla es mejor para estos derechos que no imponerla; los beneficios para la libertad derivados de la sanción superan a sus costes”<sup>61</sup>. Efectivamente, el Parlamento goza de un margen muy amplio para proyectar normativamente los valores constitucionales, pero el margen no es absoluto y los Tribunales Constitucionales deben controlar esas actuaciones. En tal ejercicio de control “las obligaciones de protección tal vez perjudiquen la libertad de los más vigorosos, pero refuerzan la efectividad de los derechos de los ciudadanos en su conjunto, especialmente de los más débiles”<sup>62</sup>.

Por su parte, Carmona Cuenca subraya como, acogida esta interpretación y sus amplias posibilidades por parte del TEDH, por vez primera se está dando cabida a que sea el pueblo, y no los legisladores, quienes acudan ante un tribunal a impulsar la creación de normas positivas de protección de derechos: “supone un desplazamiento de la iniciativa legislativa del legislador al pueblo. Pero también supone la atribución de una cierta potestad legislativa al Tribunal de Estrasburgo. Se ha dicho que el Juez europeo sustituye a los Estados parte y a los legisladores nacionales en tanto que creador de Derecho”<sup>63</sup>.

Esta orientación es la que precisamente se mantiene, a modo de límite, en la jurisprudencia de nuestro TC, y también resulta identificable en otros pronunciamientos de nuestro entorno<sup>64</sup>. Algunos autores, incluso, llegan a realizar una objeción desde el punto de vista democrático: dado que con esta interpretación la obligación de penalizar ya no es expresa, permitiría finalmente al TEDH (y en el ámbito nacional, a nuestro propio TC) convertirse en una especie de “supercontrolador” de la política criminal del país: “los derechos fundamentales han sido consagrados por la Constitución en unos términos excesivamente abstractos como para deducir de ellos concretas obligaciones positivas de los poderes públicos, especialmente del legislador: admitir la existencia y justiciabilidad de estas obligaciones implicaría una invasión de los Tribunales en ámbitos reservados al legislativo, en la libertad de configuración social que le corresponde”<sup>65</sup>.

<sup>61</sup> DOMÉNECH PASCUAL, 2006b, p. 352.

<sup>62</sup> DOMÉNECH PASCUAL, 2006a, p. 108.

<sup>63</sup> CARMONA CUENCA, 2017, p. 1220.

<sup>64</sup> Así, por ejemplo, en Italia. Vid. al respecto, y ampliamente: VIGANÒ, 2014, pp. 431 y ss.

<sup>65</sup> Emplea estos términos, aún desde una perspectiva posteriormente crítica: DOMÉNECH PASCUAL,

Con todo, la crítica anterior parece fácilmente sorteable según otro grupo de autores, que afirman que precisamente dado el elevado grado de abstracción de los preceptos constitucionales que recogen Derechos Fundamentales las posibilidades de control del juez pueden serlo tanto por incumplimiento de las actuaciones del Estado como por sus omisiones de protección en virtud de aquellos Derechos, ante casos concretos y particulares<sup>66</sup>.

Esta última crítica, atinente a la invasión de potestades y competencias que se produciría desde el poder judicial hacia el poder legislativo, se ve incluso acrecentada en voz de algunos autores que dudan sobre la legitimidad real de los juzgadores en el plano internacional. En palabras de Viganò “podría de hecho argumentarse que jueces carentes de toda representatividad democrática, y designados por los gobiernos de los Estados parte, no tienen ninguna legitimación para dictar reglas vinculantes en materia penal, que están constitucionalmente [...] reservadas al legislador elegido por el pueblo. Ergo, el legislador debería siempre considerarse libre de no aceptar las indicaciones de aquellos jueces”<sup>67</sup>. Con todo, como después matiza el mismo autor, la premisa anterior no se revela cierta en términos absolutos: si el Estado, por voluntad democrática ejercida por sus representantes, se adhiere voluntariamente a un Convenio o Tratado (en general, a una norma) como ocurre con el CEDH, y acepta que existen organismos judiciales supranacionales que pueden también, como ocurre a nivel interno, controlar la actividad legiferante, entonces la afirmación anterior no solo se relativiza sino que realmente desaparece.

Hay que añadir a lo anterior el sentido del neoconstitucionalismo hoy, precisamente apoyado en la idea de reconocimiento de tareas de control conferidas o delegadas en órganos jurisdiccionales independientes de los poderes del Estado, máxime cuando se trata de tareas de vigilancia y control de Derechos Fundamentales<sup>68</sup>.

Conviene aclarar, con todo y como ya se adelantó más arriba, que el TEDH no llega a afirmar la existencia en sí misma de un *derecho subjetivo* de las víctimas de delitos a exigir del Estado una correcta tutela. La interpretación sostenida por el Tribunal consiste, más bien, en proteger a las víctimas potenciales de futuros actos delictivos, deber que incumbe a los Estados y que les exige conminar penalmente dichos comportamientos y asignarles penas adecuadas y suficientes. Es, en definitiva, un deber positivo de emplear *medios eficaces* para la consecución de finalidades

2006b, p. 352. Recoge el autor el voto particular de Rubio Llorente a la STC 53/1985 (ECLI:ES:TC:1985:53) en que se puede leer que esta interpretación supone “lisa y llanamente suplantar al legislador o, quizá más aún, al propio poder constituyente. Los valores que inspiran un precepto concreto pueden servir, en el mejor de los casos, para la interpretación de ese precepto, no para deducir a partir de ellos obligaciones”.

<sup>66</sup> DOMÉNECH PASCUAL, 2006b, p. 353; y EL MISMO, 2006a, pp. 108 y ss.

<sup>67</sup>VIGANÒ, 2014, p. 467.

<sup>68</sup> VIGANÒ, 2012, p. 327. Entiende el autor: “de las cenizas del segundo conflicto mundial y de su carga de horrores, surgió el convencimiento que la protección de los derechos fundamentales es una cuestión demasiado vital para la humanidad como para confiarla a cada uno de los Estados, y que la *comunidad y el Derecho internacional* deben directamente hacerse cargo de esta tarea. *Limitando*, correlativamente, *la soberanía* de los Estados en aquel crucial ámbito”.

preventivo-generales, en tanto pueda valorarse que aquellos instrumentos empleados por el Estado son suficientes para disuadir a los ciudadanos de cometer delitos y, con ello, de lesionar Derechos de las futuras víctimas<sup>69</sup>.

Empero, a pesar de que en las resoluciones emanadas por el TEDH sobre la materia se apuntalen siempre con la idea de *prevención general*, resulta del todo acertada la crítica efectuada por Tomás-Valiente Lanuza cuando advierte que “por mucho que desee mantenerse el recurso argumentativo a la prevención general, la intervención del Tribunal *solo puede desencadenarse a raíz de la demanda interpuesta por el ciudadano víctima de un delito concreto* —siempre bajo el presupuesto de no haber obtenido del Estado miembro una reparación suficiente a la vulneración de su derecho convencional—. De este modo, a la postre lo cierto es que la responsabilidad internacional del Estado parece derivarse de disponer de un marco normativo deficiente que le ha impedido no tanto prevenir como *castigar el concreto delito cometido sobre la persona concreta* —que va a percibir por ello una compensación económica—, lo que, como decimos, de algún modo relativiza la idea rectora de la prevención general”<sup>70</sup>. Y a ello puede añadirse, además, que en algunos pronunciamientos del TEDH el Tribunal enuncia la prevención general como principio que fundamenta su resolución, más sin embargo no acredita, por ejemplo, que el recurso a otros medios o instrumentos no-penales pueda resultar igualmente efectivo para disuadir en el caso concreto de la comisión del hecho<sup>71</sup>.

Por las razones anteriores, algún sector de nuestra doctrina ha querido identificar el fundamento (y podría afirmarse también, con ello, la necesidad) de esta interpretación con apoyo en la idea de *aseguramiento de la tutela judicial efectiva de las víctimas de violaciones de Derechos Humanos*, lo que de otro lado se desprendería del propio art. 13 del CEDH. Afirma en tal sentido Viganò que “la obligación de tutela penal, en esta óptica, tiene su inmediata razón de ser no tanto en la perspectiva de la imposición de la *pena* contra quienes sean reconocidos responsables al término del proceso, sino en la exigencia de consentir la realización de *investigaciones penales*, que a fin de cuentas constituyen el *presupuesto* esencial de cualquier tutela judicial efectiva para la víctima de la violación”<sup>72</sup>. Para el autor, pues, el fundamento del proceder interpretativo del TEDH se deriva de la necesidad de respetar el derecho a la tutela judicial de las víctimas, lo que necesariamente anuda una serie de obligaciones que son, en esencia, en las que se concreta tal interpretación: de tipo material, de proporcionalidad, de intervención procesal, etc. O en otras palabras: si no se prevé la norma penal de tutela (y no se prevé correctamente) es imposible que las víctimas puedan ver protegidos sus derechos. También explica esta justificación Ambos, afirmando que “si las autoridades no tienen en cuenta esa ‘condición de víctima’ de la

<sup>69</sup> TOMÁS-VALIENTE LANUZA, 2016, p. 27.

<sup>70</sup> Ídem., p. 28.

<sup>71</sup> VIGANÒ, 2014, p. 460.

<sup>72</sup> Ídem., p. 462.

persona afectada, tratándola ‘con el debido respeto’, se produce una violación de la dignidad humana. Esto significa que, allí donde la víctima tiene un *derecho*, las autoridades públicas tienen el deber de tomar en serio el caso e investigarlo de forma adecuada”<sup>73</sup>.

Pero acudir, en exclusiva, al fundamento de la tutela de las víctimas tiene también sus propios problemas. En esencia y sobre todo, porque hoy se ha extendido la idea de que la respuesta penal no ha de dirigirse a dar satisfacción a las víctimas, pues para eso ya existen otros mecanismos resarcitorios más allá del Derecho penal, que se ubica dentro de la rama que consideramos *Derecho público del Estado*. La función de la pena, y del propio Derecho penal, ha de ser siempre pública (sea desde una perspectiva preventiva o no). Y ello a pesar del actual estado de *redescubrimiento* de las víctimas ante el conflicto penal, que desde hace algunos años está haciendo aterrizar en este sector del Ordenamiento medidas de carácter privativo con el ánimo de tutelar mejor a las víctimas y darles el papel que les corresponde<sup>74</sup>.

No obstante, el entendimiento de estos autores identificando en intereses de las víctimas el auténtico fundamento de la Doctrina de las Obligaciones Positivas del Estado todavía puede seguir teniendo algún sentido explicativo si se conecta con una perspectiva preventiva. Como ha señalado Viganò “las víctimas valoran, especialmente, que la condena de los responsables suene como una *advertencia* a todos quienes en el futuro puedan ser tentados a cometer nuevamente similares violaciones. Una función como ésta es de evidente sentido *general preventivo*, y se combina con la lógica en sentido amplio *reparatoria* para la víctima”<sup>75</sup>. Esta conexión entre intereses subjetivos de las víctimas y el restablecimiento en la confianza de la norma conculcada se expone también últimamente por Ambos, siguiendo a Holz: “detrás del derecho público-subjetivo a obtener una satisfacción, por así decirlo, *Holz* ve, sobre todo, un *interés (de la víctima) en la restitución de su confianza en la norma*”<sup>76</sup>. Siguiendo al último autor citado, puede afirmarse que esta obligación positiva de los Estados reposa en un fundamento combinado; primero, orientado a las víctimas, y segundo, conectado con la garantía de aquellas de acceder de modo efectivo a la justicia<sup>77</sup>.

Otro problema que consideramos de carácter “general”, que se añade a los anteriores y que ha puesto también de relieve la doctrina especializada, es el de cómo casar, en la práctica, la jurisprudencia sobre obligaciones positivas de los Estados mantenida por el TEDH con la jurisprudencia interna de nuestro TC.

Tradicionalmente han sido muy variadas las razones ofertadas por el TC para rechazar cualquier tipo de pretensión de reconocimiento de derechos sustantivos de las

<sup>73</sup> AMBOS, 2020, p. 8.

<sup>74</sup> Ampliamente al respecto puede consultarse: BUSTOS RUBIO, 2018, pp. 31 y ss.

<sup>75</sup> VIGANÒ, 2014, p. 466. Misma idea en: VIGANÒ, 2012, pp. 324 y ss.

<sup>76</sup> AMBOS, 2020, p. 9.

<sup>77</sup> Ídem., p. 18.

víctimas al castigo penal del autor (en una especie de *principio de legalidad a la inversa*). Se alude así, por ejemplo, a la incardinación del Derecho penal como forma de Derecho público, al ejercicio exclusivo del *ius puniendi* por parte del Estado, a la exacerbación (prohibida en tal sentido) de un pretendido derecho de defensa, a la inexistencia de derechos procesales de la víctima a *obtener condena* (sino más bien, en virtud del art. 24 CE, estrictamente a obtener tutela judicial efectiva), etc<sup>78</sup>. En definitiva: no se reconoce ningún derecho subjetivo de la víctima a obtener una correcta tutela penal exigiendo al Estado obligaciones de intervención positiva, ni consecuentemente la víctima puede acudir con tal motivación en amparo ante el TC<sup>79</sup>.

No obstante lo anterior, como puede leerse en el FJ 4º de la STC 53/1985, relativa a la despenalización del delito de aborto: “de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales ‘los impulsos y líneas directivas’”, obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa”<sup>80</sup>.

Puede decirse, por tanto, que nuestro TC sí reconoce un deber de intervención positiva del Estado también en la tutela penal de ciertos Derechos Fundamentales, que le exige tipificar conductas que puedan suponer una destrucción o puesta en peligro de bienes jurídicos de relevancia, aún sin llegar a reconocer dicha situación como derecho subjetivo de los ciudadanos que les permitiese acudir en amparo ante dicho Tribunal. Para el TC, en síntesis, la significación que los derechos adquieren dentro del orden constitucional impone al Estado el deber de garantizar su vigencia, y obliga al poder legislativo a proteger tales valores mediante la adopción de medidas que a tal fin sean *necesarias*<sup>81</sup>. Y el propio TC puede ejercer también en este sentido tareas de control.

Siendo esta (con toda seguridad) la resolución más importante, Doménech Pascual ofrece otro ejemplo que avala lo anterior, y que identifica en la STC 215/1994, en la que el TC enjuició la compatibilidad del precepto que despenalizaba la esterilización de incapaces y el derecho a la integridad física: “la mayoría del Tribunal consideró —en contra de la opinión de cuatro Magistrados— que el precepto era conforme con

<sup>78</sup> TOMÁS-VALIENTE LANUZA, 2016, pp. 34 y ss.

<sup>79</sup> En idéntico sentido, como ya señalamos *supra*, vid. la situación en Italia en: VIGANÒ, 2014, pp. 431 y ss. En la misma dirección: DOMÉNECH PASCUAL, 2006b, p. 334.

<sup>80</sup> Ya antes, en la STC 18/1984 (ECLI:ES:TC:1984:18) podía también leerse: “la sujeción de los poderes públicos a la Constitución (art. 9.1) se traduce en un deber positivo de dar efectividad a tales derechos en cuanto a su vigencia en la vida social, deber que afecta al legislador, al ejecutivo y a los jueces y a los Tribunales, en el ámbito de sus funciones respectivas”

<sup>81</sup> DOMÉNECH PASCUAL, 2006a, p. 85.

la Constitución, pero no porque el legislador fuese libre para penalizar o despenalizar la esterilización, sino porque la misma constituía una medida proporcionada para satisfacer determinados fines legítimos y las garantías de procedimiento previstas por el legislador protegían adecuadamente los intereses del incapaz”<sup>82</sup>.

Como hace notar Tomás-Valiente Lanuza, la CE y la jurisprudencia de nuestro TC prevalece sobre lo dicho por el TEDH solo en el caso en que resulte más favorable a la protección de Derechos Fundamentales. No obstante, la pregunta que aquí cabe hacerse es si una interpretación es *más favorable* que la otra en dicha tarea. En palabras de la autora “en el improbable caso de que como consecuencia de la jurisprudencia de Estrasburgo se produjera un cambio de rumbo de nuestro TC a este respecto, los efectos de una sentencia otorgante de amparo no podrían ser otros, entiendo, que los meramente declarativos (y potencialmente indemnizatorios)”<sup>83</sup>.

En todo caso, conviene volver a situar al lector aprovechando, a su vez, para volver a poner ‘las cosas en su sitio’: “de lo único que se trata es de resolver si y en qué circunstancias el Estado vulnera un derecho convencional de un ciudadano (vida, integridad física o moral, intimidad) por no haber puesto medidas que hubieran podido evitar un delito contra él por parte de un tercero; vulneración que, de ser apreciada, conduce simplemente a una declaración de responsabilidad internacional que se traduce en el deber del Estado condenado de satisfacer una indemnización al demandante”<sup>84</sup>.

Con todo, es cierto que la jurisprudencia del TEDH ha sufrido un impulso significativo en los últimos tiempos, pasando de instituir unas obligaciones estatales estrictas que se traducían en exigencias para evitar un delito concreto contra personas concretas, y de modo *previsible*<sup>85</sup>, a construir también deberes de protección general de la sociedad frente a sujetos *indeterminadamente* peligrosos. Es esta ampliación interpretativa la que genera actualmente más dudas en la doctrina: ¿hasta qué punto una jurisprudencia del TEDH puede terminar por obligar a los Estados a llevar a cabo

<sup>82</sup> DOMÉNECH PASCUAL, 2006b, p. 339.

<sup>83</sup> TOMÁS-VALIENTE LANUZA, 2016, p. 41.

<sup>84</sup> Ídem.

<sup>85</sup> Vid. así la resolución del caso de la Gran Sala *Osman c. Reino Unido*, como ejemplo paradigmático de la cuestión (y la construcción del criterio valorativo conocido como *test Osman*). Cfr.: TOMÁS-VALIENTE LANUZA, 2016, pp. 42 y ss. Se trata, en fin, de exigencias de actuaciones positivas del Estado para proteger correctamente derechos concretos, de víctimas concretas, y en supuestos concretos. Así, por ejemplo, supuestos de inactividad de protección de la policía (caso *Osman* aludido), supuestos de no protección frente a la violencia de género, supuestos de no protección de reos frente a ataques del resto, o supuestos de no intervención de servicios sociales ante peligros para una persona discapacitada por citar solo algunos ejemplos que es posible encontrar en la jurisprudencia. Como señala nuevamente TOMÁS-VALIENTE LANUZA (idem., p. 48): “el Tribunal delimita las obligaciones positivas del Estado con unos contornos relativamente estrictos: adopción de medidas razonablemente exigibles (según el estándar de la debida diligencia) para neutralizar un riesgo claro e inmediato de que un ciudadano cometa (o siga cometiendo) un delito sobre los bienes fundamentales de una (o unas) persona concreta, cuando se tenía o debería haber tenido conocimiento del mismo. No se trata, por tanto, de un deber estatal de proteger o brindar seguridad a sus ciudadanos (a la sociedad en su conjunto) en sentido genérico, sino de la obligación de protegerlos frente a *concretos delitos* que se están produciendo o cuya futura comisión aparece como probable”.

tareas positivas de tutela de sus ciudadanos, con carácter abstracto, incluso en sede penal? Ya no se trata de medidas positivas de protección que el Estado *pueda* adoptar para proteger a la sociedad (en general) sino de las que, según el TEDH, el Estado *debe* adoptar. Es esperable, no obstante, que el TEDH termine por respetar el amplio margen de actuación que tienen los Estados, en pleno ejercicio de su autonomía en el ejercicio del *ius puniendi*, conteniendo sus respuestas interpretativas y evitando pronunciamientos en términos tajantes y absolutos. Habremos, pues, de esperar sabiendo que realmente esta jurisprudencia supone “un importante potencial de legitimación y de refuerzo del modelo de Derecho penal de la seguridad [...], con los costes para los derechos individuales inherentes a esta concepción”<sup>86</sup>.

#### 4. Traslación de la Teoría de las Obligaciones Positivas del Estado al ámbito del actual art. 22.4ª CP.: ¿infraprotección o subinclusión desigualitaria?

Cuando centramos la atención en la jurisprudencia sobre deberes y obligaciones positivas de tutela de los Estados en materia de *suficiencia de criminalización* y de acompañamiento de *penas adecuadas* (lo que se traduce, como se señaló, no ya en la tradicional obligación de ser *proporcional* en el diseño del *ius puniendi*, tarea ya de por sí siempre complicada, sino realmente en la prohibición de *infraprotección* penal por parte del Estado; esto es: pasar de una *prohibición de exceso* a una *prohibición de defecto*<sup>87</sup>), es posible aventurar una serie de problemas puestos de relieve por la doctrina más autorizada<sup>88</sup>. Muchos de los problemas acaban de ser expuestos en el epígrafe anterior, desde una perspectiva más o menos generalista, y de igual modo, según un sector de la doctrina ya apuntado, serían sorteables acudiendo a ciertas contracríticas que también se han querido recoger.

Interesa no obstante apuntar los inconvenientes que resultarían directamente atribuibles a esta doctrina en su concreta aplicación al caso que nos ocupa: el de la inconclusa circunstancia agravante del actual art. 22.4ª CP, que como dijimos señala unos motivos discriminatorios pero no otros, como el del odio al pobre, lo que hace que, a la luz de los datos empíricos sostenidos, la cláusula resulte incompleta.

La objeción de mayor peso a tales efectos se puede relacionar con la legitimación del órgano de control de tal actividad (sea el TC español, sea el TEDH), en una tarea siempre compleja como lo es valorar la actuación legiferante de los Estados en materia penal<sup>89</sup>. *Primero*, porque no parece que pueda ser igualmente exigible al Estado la *prohibición de exceso* penal que la *prohibición de defecto*, pues la legitimación del fundamento de la punición resulta siempre más exigente y su control más necesario. Existe así un importante problema de valoración y límites a tal control. Y

<sup>86</sup> TOMÁS-VALIENTE LANUZA, 2016, p. 57.

<sup>87</sup> Ampliamente: DOMÉNECH PASCUAL, 2006b, pp. 361 y ss.

<sup>88</sup> Vid. ampliamente: LASCURAIN SÁNCHEZ, 2014, pp. 285 y ss.

<sup>89</sup> TOMÁS-VALIENTE LANUZA, 2016, p. 30.

*segundo*, porque en la práctica, en la mayor parte de ocasiones realmente se producirá la paradoja de que el control efectivo del defecto normativo requerirá de una norma despenalizadora de lo anteriormente regulado, siendo imposible efectuar un control de constitucionalidad sobre una norma directamente inexistente<sup>90</sup>. Los términos de control, en su caso, deberán ser contruidos de modo totalmente diferente a los tradicionales.

El enfoque del problema, pensamos, dista mucho del tradicional cuando nos disponemos a trasponer esta interpretación sobre obligaciones positivas al ámbito que nos ocupa: el de la agravante de motivos discriminatorios del art. 22.4ª CP. Y ello porque, pensamos, en este ámbito realmente no procede realizar tal valoración en términos de *infraprotección* por no protegerse proporcionalmente a las víctimas (si se prefiere: una especie de infraproporcionalidad o falta de suficiencia en la tutela de sus derechos), sino más bien en términos de *igualdad* o de *no-discriminación*. No se trata tanto (o solamente) de infraprotección por falta de proporcionalidad en la respuesta penal, sino realmente (y ante todo) de la existencia de un tratamiento normativo discriminatorio e injusto (por carecer de todo fundamento) derivado de una *omisión* o *no previsión* normativa por parte del Estado en el ámbito del Código Penal. El enfoque, y el reproche al Estado por su inactividad, lo es no desde postulados relacionados con una mayor o menor proporcionalidad en la respuesta penal que determine un estado de infraprotección, sino realmente con una quiebra del principio de igualdad proscriptor de discriminación. Esto, como en seguida argumentaremos, hace mucho más fácil exigir al Estado una intervención positiva en el sentido de incluir en el art. 22.4ª CP la *aporofobia* como nuevo motivo discriminatorio que determine la agravación de pena del delito al que aplique, y por tanto converge en un nuevo argumento a favor de nuestra tesis, aditivo a los tres ya expuestos páginas atrás.

Como han precisado autores como Molina Fernández<sup>91</sup> o Tomás-Valiente Lanuza, las objeciones apuntadas en términos de mayor o menor *proporcionalidad* no son automáticamente trasladables a supuestos en los que el legislador ya ha optado por la criminalización de un tipo de conducta pero en dicha tarea termina legislando una norma de modo discriminatorio, por ejemplo por mantener fuera de la misma conductas cuyo valor distintivo con la conducta sí sancionada se apoya en razones de discriminación por raza, sexo, ideología, religión o, en definitiva, cualquier otra circunstancia personal análoga. Esta *infrainclusión* o *subinclusión* vulnera no tanto el principio de proporcionalidad como, directamente, el principio de igualdad<sup>92</sup>. Y lo vulnera por omisión, por lo que la perspectiva es similar a la que ya se ha señalado en el ámbito de construcción de una Teoría sobre Obligaciones Positivas del Estado.

Es por ello que las críticas efectuadas, y que a priori resultaban aplicables al caso

<sup>90</sup> Ídem.

<sup>91</sup> MOLINA FERNÁNDEZ, 2009, pp. 57 y ss.

<sup>92</sup> TOMÁS-VALIENTE LANUZA, 2016, p. 31 (nota al pie nº 113).

que nos ocupa (valoración del actual estado, incompleto, del art. 22.4ª CP), no sólo son matizables sino que además son, pensamos, perfectamente superables:

Debe partirse del reconocimiento de que la arbitrariedad (controlable) del Estado en materia penal puede resultar por *hacer* pero también por *no hacer*, esto es, con la elección de “punir” o “no punir”<sup>93</sup>. Como ha ilustrado Viganò, parece que ese debate ya está superado, al haberse asentado en términos generales la jurisprudencia sobre obligaciones positivas: “la tutela (y la tutela *efectiva*) de los derechos fundamentales, después de todo, no puede depender de las contingentes decisiones de los detentadores del poder, aún cuando estos últimos hayan sido elegidos democráticamente. El principio democrático encuentra aquí un límite preciso, connatural al marco constitucional en el cual se ejercita la misma soberanía popular”, por lo que existe apoyo suficiente no solo para controlar excesos *activos* del legislador penal sino también defectos por inactividad en ciertos supuestos<sup>94</sup>. Se trata, como ya se aventuró más arriba, de reconocer el *Derecho de los Derechos Humanos*, y de hacerlo en un sentido amplio y omnicompreensivo, acabando así por prohibir “tanto el *exceso arbitrario* en el ejercicio del *ius puniendi* (en violación del llamado *übermassverbot*, según lo expresa la doctrina alemana), como la *falta de ejercicio* del *ius puniendi* en todos los casos en que esta inacción del Estado conduzca a una *manifestación infraprotección* de los derechos fundamentales por medio del derecho penal (en violación del principio contrario del *untermassverbot*)”<sup>95</sup>. Cuestión distinta es a qué responda, en concreto, ese estado de *infraprotección penal*, y es aquí donde la dicotomía (al menos para el caso de la incompleta circunstancia del art. 22.4ª CP) se produce en términos de falta de proporcionalidad o suficiencia VS. supuestos de subinclusión desigualitaria.

El problema práctico no es hoy, por tanto, el de reconocer o no la existencia de tales deberes de protección activa por parte de los Estados, sino más bien de *límites* ante tal modo de proceder y su posterior control jurisdiccional: “el método que debe emplearse en el caso de los derechos fundamentales prestacionales en general y a la protección estatal en particular dista mucho de estar tan pulido y asentado, lo que suscita serios interrogantes e incertezas”<sup>96</sup>.

Como advierte Ambos, lo único que parece claro a la luz de esta jurisprudencia es que “cuanto más importante sea el derecho o el bien jurídico constitucionalmente garantizado (y, por lo tanto, a ser protegido por el Estado), más aumenta la posibilidad de establecer un deber estatal de protección jurídico-penal”<sup>97</sup>. La idea cierta que se extrajo de la primera Sentencia del TC alemán sobre el delito de aborto es que el recurso al Derecho penal solo era una de las múltiples opciones de que disponía el

<sup>93</sup> VIGANÒ, 2014, p. 468.

<sup>94</sup> Ídem., p. 469.

<sup>95</sup> VIGANÒ, 2012, p. 327.

<sup>96</sup> DOMÉNECH PASCUAL, 2016a, p. 135.

<sup>97</sup> AMBOS, 2020, p. 4.

Estado para dar cumplimiento a la protección del derecho a la vida humana en formación. Por tanto, determinar qué medidas concretamente penales han de utilizarse para proteger bienes y derechos ciudadanos es, siempre, una decisión del legislador<sup>98</sup>. Con todo, parece existir hoy un consenso más o menos generalizado en el sentido de entender que el establecimiento de obligaciones positivas al Estado solo puede sostenerse en supuestos de violaciones graves de bienes jurídicos relacionados con la *dignidad humana*, siendo más discutible en otros supuestos relacionados con bienes jurídicos difusos o supraindividuales, alejados del núcleo de la persona (es lo que Ambos denomina *bienes jurídicos no negociables*, y ante supuestos en los que la persona potencialmente lesionada puede encontrarse indefensa<sup>99</sup>).

Por la doctrina más especializada se ha defendido el empleo de los cánones interpretativos derivados del principio de proporcionalidad, tradicionalmente empleado para la valoración de intervenciones negativas de los poderes públicos (en nuestro caso, por abuso en el ejercicio del *ius puniendi*), que servirían ahora también para valorar los límites de los deberes de intervención positiva por parte de aquellos. Así Doménech Pascual cuando apunta: “obsérvese que la proporcionalidad de una misma actuación estatal puede ser enjuiciada desde los puntos de vista del cumplimiento de las obligaciones negativas -ésta es la perspectiva tradicional- y del de las positivas. El Estado se encuentra así entre Escila y Caribdis, entre una prohibición de exceso [...] y otra de defecto [...], prohibiciones que constituyen las dos caras de la misma moneda: el mandato de proporcionalidad”<sup>100</sup>. Parece ser la misma postura la que posteriormente ha mantenido Ambos refiriendo los términos intermedios entre la “espada” y el “escudo” que poseerían los Estados en materia legiferante penal<sup>101</sup>. No obstante, detenernos a examinar las diversas posibilidades de ubicación de dichos límites excedería con creces del objetivo, más modesto, de esta investigación<sup>102</sup>; no sólo porque la tarea es en sí misma sumamente compleja sino, y sobre todo, porque ya hemos aseverado que el análisis, en el caso que nos ocupa, no debe producirse desde términos de *proporcionalidad* sino directamente desde la óptica de la *igualdad* y prohibición de discriminación. Por ello en las líneas siguientes nos limitamos a comprobar si esta crítica es salvable, o no, en el concreto caso de la actual imprevisión de la *aporofobia* como motivo discriminatorio agravante de pena en la circunstancia modificativa del art. 22.4<sup>a</sup> CP.

Pensamos, con todo, que es cierto que la situación *en abstracto* no es comparable: siempre va a ser más grave sancionar *por exceso* que dejar de sancionar o “sancionar a medias” (esto es, legislar penalmente *por defecto*). El control de lo primero es

<sup>98</sup> Ídem, p. 5.

<sup>99</sup> Ídem., pp. 24-25.

<sup>100</sup> DOMÉNECH PASCUAL, 2016a, p. 163.

<sup>101</sup> AMBOS, 2020, pp. 1 y ss.

<sup>102</sup> Ampliamente, sobre el establecimiento de límites a la Doctrina de las Obligaciones Positivas de los Estados, y en particular, sobre el método interpretativo oportuno, cfr.: DOMÉNECH PASCUAL, 2016a, pp. 143 y ss. En particular, sobre el criterio del “justo equilibrio” o proporcionalidad, vid. ídem., pp. 159 y ss.

absolutamente necesario en un Estado como el nuestro, bajo el paraguas de un Derecho penal de garantías. En tal supuesto se están castigando hechos que no merecen reproche penal, y se puede recurrir en amparo dada una completa falta de *proporcionalidad*. En el segundo caso, no obstante, si la norma existe y es incompleta por *defecto* de protección, de lege data la sanción impuesta al infractor por conculcar dicha norma puede aparecer a su vez como materialmente justificada cuando concurren en ella los elementos de desvalor, merecimiento y necesidad de sanción penal aplicables. En palabras de Molina Fernández “si los hechos se analizaran aisladamente, la conclusión sería que en uno se castiga a quien no lo merece y en el otro a quien lo merece, así que la asimetría entre ambos sería evidente”<sup>103</sup>.

Sin embargo, siguiendo con el último autor citado, debemos volver a recordar que el enfoque es completamente distinto, y la situación resulta consecuentemente alterada, cuando se da entrada al *principio de igualdad*, pues desde dicha óptica ambas situaciones, legislar por *exceso* y legislar por *defecto*, son igualmente disvaliosas, por lo que problema apuntado desaparece: “en el primer caso hay un tratamiento igual de hechos que lo merecen distinto; en el segundo lo hay distinto de hechos que lo merecen igual. Si el principio de igualdad significa que deben tratarse igual los casos iguales y desigual los desiguales, entonces, desde este punto de vista, la subinclusión es igual de nociva que la suprainclusión, y lo es, primero, para el ordenamiento y sus principios; segundo, para la víctima del hecho no sancionado; tercero, para el responsable del hecho sancionado”<sup>104</sup>.

Esto es precisamente lo que acontece en la actual norma inacabada del art. 22.4<sup>a</sup> CP: resulta reprochable al legislador que, por defecto, deje fuera del catálogo de motivaciones agravatorias la del odio a la persona por su situación socioeconómica, pues de facto está dando un tratamiento diferente (previsión de la agravante para ciertas motivaciones odiosas pero no para la de *aporofobia*), ante situaciones que lo *merecen* igual. Sobre el merecimiento y la necesidad de pena ya nos hemos pronunciado más arriba (y con mayor detenimiento en nuestra monografía ya citada<sup>105</sup>), identificándolo en la afección a un interés preponderante derivado del principio de igualdad, algo que es compartido por todas las circunstancias a las que se refiere el actual precepto. En las ilustrativas palabras de Molina Fernández “un ordenamiento ideal debe castigar sólo lo que merezca sanción y todo lo que merezca sanción. Si castiga más de la cuenta es desproporcionado (conculca la prohibición de exceso), pero si castiga menos incumple su deber de protección de los bienes jurídicos (conculca lo que podría denominarse prohibición de defecto). En otras ramas del derecho estas lagunas pueden cubrirse mediante analogía, pero no en Derecho penal, por imperativo del principio de legalidad”<sup>106</sup>. Por ello nuestros juzgados y tribunales ya han señalado

<sup>103</sup> MOLINA FERNÁNDEZ, 2009, p. 80.

<sup>104</sup> Ídem.

<sup>105</sup> BUSTOS RUBIO, 2020a, pp. 149 y ss.

<sup>106</sup> MOLINA FERNÁNDEZ, 2009, p. 80.

que con el actual art. 22.4<sup>a</sup> CP es imposible aplicar la agravante a supuestos de odio discriminatorio aporóforo, por más que se pueda encontrar un fundamento compartido con el resto de circunstancias que sí contempla la norma, pues ello supondría un ejercicio interpretativo prohibido por el muro infranqueable de la prohibición de analogía *in mala partem*.

En la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante: TS) nº 1160/2006, de 9 de noviembre, conociendo en casación de un caso juzgado por el TSJ de Madrid, se deja patente dicha incapacidad para el caso de la aporofobia. Dice el Alto Tribunal: “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 *numerus 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 ideologías 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. En consecuencia el TSJ se ajustó al texto del art. 22.4<sup>a</sup> cuando inaplicó la circunstancia agravante de discriminación”. En definitiva: no cabe interpretar análogamente para terminar por dar cabida a supuestos de motivaciones aporóforas, pues ello no lo permite el principio de legalidad penal. Y ello pese a que, como reconoce el propio TS, se trata de una forma de discriminación *equiparable desde la perspectiva del Estado social, democrático y de Derecho, a las que enuncia*, resultando por igual *casos de motivación discriminatoria que aumentarían el injusto subjetivo del hecho, por la negación del principio de igualdad*.

Si, como ya se ha argumentado, el fundamento de dicho merecimiento de pena en esta circunstancia agravante (y con ello la mayor necesidad de la misma) reposa en la misma idea de quebranto de un idéntico valor, el de la igualdad, entonces resulta claro que el legislador termina dando un peor trato por defecto, pero realmente ello obedece a una razón última: el tratamiento *desigualitario* por omisión legiferante para el caso de la aporofobia. Por ello pensamos que, existiendo de hecho en el art.

22.4<sup>a</sup> CP un estado de infraprotección para con las personas en situación de pobreza, el mismo no responde a razones de falta de proporcionalidad sino realmente a una situación de *subinclusión desigualitaria*, que constituye el fundamento último de tal imprevisión.

Al albur del análisis de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal Cuello Contreras y Mapelli Caffarena consideran que el art. 22.4<sup>a</sup> CP añade un específico desvalor al hecho delictivo al que aplica: “todas las circunstancias que dan lugar a esta agravante, desde las relacionadas con la raza hasta las sociales, pasando por las ideológicas, tienen en común dentro de su especificidad en la realidad, muy contradictoria, de la vida actual, basarse en el atentado al fundamental *principio de igualdad* entre todos los seres humanos, que en nuestro país, como en otros, tiene también rango constitucional (art. 9,2 CE.). La agravante, por tanto, contempla un *móvil*; contempla la gravedad que supone el odio hacia las personas, por cualquier razón de las aludidas por la agravante, le lleve al sujeto a atentar contra ella, es decir, que *a la gravedad intrínseca del hecho* delictivo, p. ej., injurias, vejaciones, etc., *se añade la vileza del motivo*, contrario a la igualdad entre los seres humanos y la dignidad de todos”<sup>107</sup>.

Para el caso que nos ocupa es menester acudir a la interesante y completa investigación sobre el alcance y fundamento del art. 22.4<sup>a</sup> CP llevada a cabo por Díaz López, donde se alcanza a concluir, sin ningún género de dudas, que realmente esta circunstancia agravante, en la que ahora pretendemos dar cabida a la aporofobia, se fundamenta en la existencia de una negación al valor de la *igualdad* como principio fundamental de nuestro Estado liberal y democrático de Derecho. Siguiendo a Malem Seña<sup>108</sup>, expresa el autor que “el principio de igualdad y el respeto a las características personales de nuestros conciudadanos (en nuestro caso, derivado ello del art. 14 CE, tan vinculado al art. 22.4<sup>a</sup>) son ‘*garantías para la libre actuación de las personas respecto de temas morales*’”<sup>109</sup>. De hecho, como señala el autor, este valor de la igualdad se encuentra reconocido entre los valores que inspiran y *fundamentan* la Unión Europea, por ser, además, comunes a los Estados miembros: “una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad”.

Como es conocido por todos, el valor de la igualdad se reconoce constitucionalmente tanto como principio superior del Ordenamiento jurídico (ya desde el art. 1 CE.) como Derecho fundamental del individuo. Si acudimos tanto al contenido del art. 9,2 CE (“corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la

<sup>107</sup> CUELLO CONTRERAS / MAPELLI CAFFARENA, 2011, p. 213.

<sup>108</sup> MALEM SEÑA, 1996, pp. 7 y ss.

<sup>109</sup> DÍAZ LÓPEZ, 2013, pp. 181 – 182.

participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”), como, ya más en concreto, al del art. 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”), encontramos que el legislador, a través del art. 22.4ª CP (obviamente, no sólo a través de este precepto) está dando cumplimiento al mandato constitucional dimanante, en este caso en sede penal<sup>110</sup>. Es más, al albur del art. 14 CE, es fácil encontrar un claro paralelismo entre lo que se ordena tutelar y lo que se sanciona por infringir lo tutelado: en una dicotomía “positivo” vs. “negativo”, según la función asignada a cada norma, encontramos que mientras la *Constitución en positivo*, ex art. 14 CE reconoce el valor de la igualdad como derecho fundamental en un Estado democrático de Derecho, del que evidentemente también forma parte el sistema penal, el *Código Penal en negativo*, ex art. 22.4ª CP agrava la sanción penal en delitos que manifiestan la negación de ese valor de igualdad. El paralelismo es tal, que prácticamente son absolutamente coincidentes las circunstancias a las que se alude en el art. 14 CE y a las que atiende el art. 22.4ª CP para agravar la pena (véase: raza, sexo, religión, etc.), si bien la cláusula de cierre de aquél primer precepto alude a “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, lo que permite contemplar en el art. 22.4ª CP *de lege data* ciertas situaciones (p.ej.: enfermedad o discapacidad), y nos permite también fundamentar, *de lege ferenda*, la inclusión de otros tipos de delincuencia discriminatoria, como la que se apoya en motivaciones de tipo aporóforo.

El fundamento que aquí sintetizamos, y que como se ha visto es compartido por la totalidad de la doctrina y jurisprudencia unánime, apoyado en el menoscabo del valor de la igualdad, es igualmente predicable para las actuales circunstancias que prevé el precepto y para otras como la de *aporofobia*, tal y como además se ha querido fundamentar con suficiencia en otras investigaciones (y mediante el recurso principal al contraste de datos empíricos). Incluso desde dicho empirismo, y a consultas del último informe del Ministerio del Interior (2019) sobre la *Evolución de los delitos de odio en España*, resulta que en perspectiva comparada la aporofobia, como forma de odio discriminatorio, se sitúa en número de casos registrados (un total de 12) por encima de otras circunstancias personales que *de lege data* sí refiere el actual art. 22.4ª CP., como la de antisemitismo (5 casos) y la de discriminación por razón de enfermedad (8 casos). ¿Qué razón subsiste todavía para omitir prever en el precepto el odio contra la persona en situación de pobreza?

Como también hemos recogido anteriormente<sup>111</sup>, es posible identificar la semejanza nuclear entre las circunstancias que recoge el actual art. 22.4ª CP y la de aporofobia. La principal guía interpretativa y punto de partida es el propio art. 14 CE,

<sup>110</sup> Sobre el contenido del derecho a no ser discriminado en sede penal, cfr.: PORTILLA CONTRERAS, 2016, pp. 380 y ss.

<sup>111</sup> BUSTOS RUBIO, 2020a, pp. 199 y ss.

que no sólo se refiere a *condiciones personales* sino también a *circunstancias sociales*: “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”. Muchas de las condiciones enumeradas en este artículo tienen su reflejo en el contenido del art. 22.4ª CP (así la raza o el sexo, por ejemplo). Otras no (así la discapacidad o la enfermedad, por ejemplo). Pero lo importante es que todas las circunstancias a las que se refiere la circunstancia agravante constituyen condiciones personales – identitarias del individuo, o bien alude a sus condiciones sociales.

Por su parte, el TC interpreta estas condiciones o circunstancias personales y sociales que señala el art. 14 CE conforme a dos tipos de criterios<sup>112</sup>: por un lado, engloba a sujetos que hayan sido históricamente fuente de prejuicios o discriminación, y ello con independencia de la pertenencia de éstos a colectivo alguno (como ocurre, por ejemplo, con la enfermedad o la discapacidad). Conviene advertir que el modelo del art. 22.4ª CP no lo es de selección discriminatoria en atención a grupos vulnerables (*discriminatory selection model*), sino que nos encontramos ante un modelo de ánimo (*animus model*). Por otro lado, el TC alude a que la circunstancia deba estar reconocida como tal en la Declaración Universal de Derechos Humanos o, más en general, en los Tratados internacionales en materia de igualdad que nuestro país haya ratificado (esto permitió, por ejemplo, la inclusión de la identidad sexual en el catálogo de la agravante, a pesar de que el art. 14 CE no la refiere de modo expreso). Estos, y no otros, son los requisitos exigidos por el TC para hablar de una condición personal de carácter tal que pueda encontrarse protegida según lo dispuesto en el art. 14 CE y de lo que, a efectos penales, se puede desprender del contenido del art. 22.4ª CP.

Entiende Díaz López que “nada impediría que se añadan en un futuro, mediante reforma legislativa, otras condiciones personales, siempre que estén vinculadas con ese aspecto nuclear de la identidad, del mismo modo que en Derecho comparado encontramos ejemplos de listados más amplios”<sup>113</sup>. El autor analiza, no obstante y en concreto, la circunstancia de *aporofobia*, sometiéndola al test de idoneidad como condición personal o social del individuo, que permitiese solicitar su inclusión entre el referido catálogo. Tras valorar (y rechazar) otras condiciones como la edad, los estados civiles del sujeto, o la situación familiar<sup>114</sup>, el autor llega a la conclusión de que, a priori, tampoco la situación económica de las personas posee todas las características necesarias para integrarse en el precepto del art. 22.4ª CP. Considera el autor que las condiciones socioeconómicas del individuo están a “otro nivel” diferente al de las condiciones rechazadas (edad, situación familiar, estado civil...), pues cumple con los requisitos exigidos por el TC para entender que se trata de una

<sup>112</sup> DÍAZ LÓPEZ, 2013, pp. 224 – 225.

<sup>113</sup> Ídem., p. 228.

<sup>114</sup> Ídem., pp. 233-237.

condición personal del individuo a la luz del art. 14 CE, a saber: (1) se encuentra reconocida, ni más ni menos, que en el art. 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (si bien en este texto se alude, más en concreto, al *patrimonio*); y (2) ha sido tradicionalmente fuente de históricos prejuicios, tanto (asegura el autor) “hacia quien se encuentra en la indigencia como hacia quien nada en la abundancia”<sup>115</sup>. Empero, considera que estos requisitos son solamente *indiciarios* y que no cumplen con los dos adicionales que, según su criterio, serían también exigibles en este punto, derivados del debate sobre delitos de odio en el sistema anglosajón; en este sentido, por un lado, y siempre a criterio del autor, a priori pudiera parecer que la situación económica de las personas no depende de nuestras elecciones (al menos, no sólo de ellas); “sin embargo, también es cierto que un Estado liberal-democrático ha de admitir lo que en muchos casos es una ficción: la igualdad de oportunidades para mejorar de una situación económica a otra (de movilidad social, en definitiva). También, hay que admitir la posibilidad de que el sujeto con un inmenso patrimonio puede verse abocado a la pobreza”. Adicionalmente, el autor entiende que la situación socioeconómica (o en su caso patrimonial) de las personas es ciertamente circunstancial y mutable, no teniendo siempre que resultar permanente (se puede *salir*, por ejemplo, de un estado de pobreza). Añade, por último, Díaz López, que “existiría un riesgo importante de interpretación expansiva. Llegado el caso, sería aconsejable que la condición personal fuera introducida con un tenor similar a ‘situación económica extrema’. Aún así, tampoco llegaría a salvarse completamente el problema de definir cuándo dicha situación es extrema o no, debido al dilema derivado de la *gradualidad* del *status* económico”. Concluye por todo ello afirmando que, cuanto menos, se hace *desaconsejable* la inclusión de circunstancias económicas en el catálogo de condiciones agravatorias del art. 22.4ª CP.

Aunque, en efecto, el autor no excluye en términos absolutos la posibilidad de incorporación de la aporofobia en una futura reforma del precepto, sí manifiesta que, a su juicio, resultaría cuanto menos *desaconsejable*. No compartimos en este punto la opinión de Díaz López<sup>116</sup>.

En primer lugar, porque el autor, entre sus argumentos para rechazar la inclusión del *status* económico del individuo, cuenta con dos requisitos dimanantes del *hate debate* en un entorno concreto, el anglosajón, que superan con creces las exigencias,

<sup>115</sup> Ídem., pp. 237-238.

<sup>116</sup> Debemos precisar (y es sumamente importante) que el hecho de que el autor haya considerado inicialmente *desaconsejable* la incorporación de los motivos aporófobos en el art. 22.4ª CP, por las razones acabadas de exponer, no obsta a identificar que con posterioridad en otras investigaciones ha dejado abierta la puerta a tal posibilidad. Vid.: DÍAZ LÓPEZ, 2020, p. 63: “el análisis de los conceptos de esta clase de listados que aquí efectuaremos no pretende ser exhaustivo. Primero, porque se debate periódicamente la inclusión de nuevas condiciones personales (como por ejemplo la situación económica, en el marco de la lucha contra la aporofobia). Segundo, porque existen voces que abogan por establecer una cláusula abierta en estos listados, y de hecho ya se ha llevado a efecto esta opción en dos “delitos de odio” (artículos 48 y 50) del nuevo Código Penal Militar, LO 14/2015”. Igualmente, cfr.: CANCIO MELIÁ / DÍAZ LÓPEZ (2019).

quizá más limitadas (por qué no decirlo) que establece en nuestro sistema el TC, a saber: (1) condición que ha de venir referida a sujetos que hayan sido históricamente fuente de prejuicios o discriminación, como es el caso de las personas en situación de pobreza (v. gr.: *sinhogarismo*), tal y como avalan los datos empíricos manejados; y (2) que la circunstancia se encuentre reconocida como circunstancia de discriminación en la Declaración Universal de Derechos Humanos o en algún Tratado internacional suscrito por nuestro país, lo que acontece en el ya referido art. 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que 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” [cursivas añadidas].

Con el cumplimiento de ambos requisitos constitucionalmente exigidos, pensamos que se colma la suficiencia que en este punto avalaría la inclusión de las *condiciones económicas* (in genere) en el catálogo de la circunstancia agravante. Los dos requisitos añadidos por Díaz López, aún siendo lógicos a la luz del debate teórico mantenido, e incluso positivos en aras a la delimitación o contención de la expansión del precepto (no todo puede/debe ser considerado *condición personal* referido a la identidad del individuo), no suponen un muro de contención a la inclusión, en este caso, de las condiciones económicas como nuevo motivo discriminatorio agravante de pena. Y ello porque tales condiciones, como decimos, son de carácter personal a la luz de la interpretación que, en virtud del art. 14 CE, realiza nuestro TC. En cualquier caso hay que añadir que las consideraciones que realiza el autor al albur de las dos exigencias adicionales no son en modo alguno definitivas, como él mismo mantiene, y parece que la razón que finalmente le conduce a excluir esta circunstancia, a futuro, del catálogo del art. 22.4<sup>a</sup> CP, es la problemática probatoria que surgiría a la luz de la misma en la práctica. No obstante, también en lo que respecta a la situación económica de un individuo (nosotros preferimos el término *socioeconómica* dado que la pobreza responde a factores esencialmente económicos pero tradicionalmente ligados a otros de tipo social) se puede seguir hablando de una cierta vocación de *permanencia* (en tanto es muy complejo modificar esa situación, más desde una perspectiva cortoplacista en un Estado que parece que poco a poco deja de ser todo lo social que debiera), al igual que dicha circunstancia o estado no depende de la elección directa de individuo (sí puede responder a una serie de decisiones voluntarias que este haya adoptado, y que han podido generar su estado de, por ejemplo, pobreza, pero no es una “decisión” directa como tal, sino más bien una “consecuencia” de mejores o peores decisiones voluntarias; esto permite distinguir esta circunstancia de otras como, por ejemplo, el color preferido o el tipo de ropa que podemos vestir, lo que sí es en cualquier caso una *decisión*). En todo caso, esta última característica defendida por el autor, relativa a la decisión del individuo, podría poner en tela de

juicio la existencia de, por ejemplo, la circunstancia de religión o ideología que actualmente integran el art. 22.4<sup>a</sup> CP, por lo que no estamos seguros de que este sea siempre un carácter compartido por todas aquellas condiciones.

En segundo lugar, pensamos que la interpretación global del actual art. 22.4<sup>a</sup> CP. que realiza el autor, debe matizarse. Si bien es cierto que el conjunto del precepto parece atender exclusivamente a circunstancias de *identidad personal*, un análisis pormenorizado de las condiciones recogidas nos lleva a concluir que, realmente, la norma engloba dos tipos de circunstancias (en todo caso, no dejan de ser personales)<sup>117</sup>: aquellas que optamos por distinguir en *absolutas* (así la raza, la etnia, el sexo o la nación, si bien esta última no es global, ante la existencia de personas apátridas), que son aquellas condiciones personales que siempre tiene cualquier persona, de las condiciones personales *circunstanciales* (la enfermedad o la discapacidad, o en su caso la religión o ideología, aún reconociendo que es muy difícil sostener que alguien no tenga esta última, de algún modo; v. gr.: ¿el hecho de no tener una ideología, no es ya una forma de ideología?), que son aquellas otras condiciones en todo caso de carácter personal (cumplen los requisitos exigidos por el TC) que no todas las personas tenemos por qué ostentar, ejercer o padecer, en modo absoluto, esto es, siempre y en todo caso.

Así, mientras es cierto que todo el mundo tiene una raza o una etnia, no todos tenemos una enfermedad o discapacidad, por ejemplo. O, verbigracia, mientras que cualquier persona podrá ser discriminada por su raza o su etnia, quien no padezca una discapacidad o enfermedad, o no profese religión alguna, no podrá ser discriminado por este motivo.

El legislador ha optado por trasladar al contenido del art. 22.4<sup>a</sup> CP dos tipos de condiciones personales: las absolutas o innatas, y las circunstanciales o adquiridas; pero ello no aleja a estas últimas del idéntico carácter personal que las caracteriza, como tampoco la ejecución de un delito presidido o motivado por un odio discriminatorio hacia estas últimas personas deja de menoscabar o conculcar el referido valor superior de la igualdad, que es donde radica, en esencia, el mayor merecimiento de pena derivado de esta circunstancia agravante, y en definitiva, su auténtico fundamento material.

Las condiciones circunstanciales, que, insistimos, siguen ostentando un carácter

<sup>117</sup> En este sentido parece también pronunciarse: LANDA GOROSTIZA, 2014, p. 10 cuando señala, en relación con el principio de igualdad, que el legislador puede optar por una protección de dicho principio de manera homogénea para todas y cada una de las causas que apuntan a grupos diferenciados: grupos étnicos, nacionales, sexuales, de orientación o identidad sexual, grupos de discapacitados, ideológicos, religiosos, de creencias, etc.; o puede optar por políticas sectoriales y asimétricas que desplieguen su protección –con más o menos intensidad– a unos grupos y no a otros. El legislador puede también, es el caso del legislador español, optar por incorporar preceptos penales que en su dicción literal combine ambas pretensiones: esto es, políticas sectoriales de protección antidiscriminatoria por ejemplo específicas para la mujer o de combate de violencia político-ideológica (terrorismo) y políticas de pretensión universal con rasgos formales omnicomprendivos de los grupos –o identidades personales que diría el profesor Díaz López– en pie de igualdad”.

personal identitario en virtud del principio constitucional de igualdad, y que además cumplen con las exigencias constitucionales previstas para ostentar tal rango, probablemente responden a una *ratio legis* concreta en según qué casos: en unos (v. gr.: religión o ideología) por pertenecer a lo más hondo de la libertad del individuo, que merece ser tratado como *igual* por ello, en un Estado liberal, democrático y de Derecho; en otros (v. gr.: la enfermedad o la discapacidad), atendiendo a la específica *vulnerabilidad* o nivel de victimización que recae sobre las personas que las padecen o desarrollan, quienes ven afectado su derecho supremo a la igualdad (a ser tratados como *iguales*) cuando sufren un delito motivado por odio hacia su situación.

Que en la mente del legislador, y su posterior proceder confeccionando las normas penales, reposen razones que conectan con cualesquiera de estas *ratios* no excluye que sigamos manteniendo aquí que el art. 22.4<sup>a</sup> CP se inserta siempre y en todo caso en el llamado *animus model* o modelo de ánimo discriminatorio<sup>118</sup>. Y ello es así porque para todas las circunstancias del precepto, sean estas absolutas o circunstanciales, se sigue exigiendo que el autor del hecho actúe *por motivos* discriminatorios (sean estos motivos, por ejemplo, de discriminación a la raza de *cualquier* individuo, o a la enfermedad que pueda padecer *algún* individuo). Como ha referido entre nosotros Fuentes Osorio, “los motivos discriminatorios nos dan una doble información: sobre el ánimo subjetivo discriminatorio del autor y sobre el colectivo afectado. Esto se debe a que los motivos coinciden con las características de personas que pertenecen a colectivos identitarios. Los delitos de odio se pueden construir exigiendo ambos aspectos o dando prioridad a uno de ellos”<sup>119</sup>.

Es en este punto donde vuelve a cobrar todo el sentido el especial nivel de vulnerabilidad que padecen las personas en situación de pobreza, y que hemos acreditado empíricamente. Y es que esta justificación sociológica del problema de la aporofobia puede aterrizar ahora en el terreno de la política-criminal y, con ello, en el ámbito del propio Código Penal. En efecto, el legislador no puede ser ajeno a la existencia de este problema social, que ya ha traspasado las paredes de juzgados y tribunales,

<sup>118</sup> Lo que a nuestro juicio no conculca en modo alguno el principio del hecho, como ya sostuvimos *supra* en esta misma investigación (vid. nota al pie n° 23). Sobre los distintos motivos que se esgrimen para considerar que este modelo no vulnera el principio *cogitationis poenam nemo patitur*, y para no alejar al lector del objetivo directo de este trabajo, vid. extensamente: PANTALEÓN DÍAZ, 2020; LA MISMA, 2020b; BUSTOS RUBIO 2020a; y EL MISMO, 2021.

<sup>119</sup> FUENTES OSORIO, 2017, p. 6. Añade el autor que: “según la decisión adoptada aparecen tres modelos: en el *hostility model* se desvalora la comisión del delito contra una persona por alguno de los motivos discriminatorios indicados legalmente; en el *discriminatory selection model*, en cambio, se desvalora la selección de la víctima porque posee algunas de las características protegidas, pero no se demanda motivación; finalmente el modelo *mixto* exige los dos factores. Con todo, el factor discriminatorio, ya sea como motivación, ya sea como característica definitoria del grupo, estará siempre presente en cualquier definición del odio (como amenaza o como lesión). Esto es, el odio siempre tiene un componente de «aversión discriminatoria». En nuestra interpretación el modelo global del art. 22.4<sup>a</sup> CP. siempre lo será de *hostility model* o *animus model*, radicando la diferencia entre condiciones absolutas y circunstanciales en la *ratio* del legislador al contemplar aquellas: a veces por pertenecer a lo más íntimo del individuo y resultar innatas, otras veces por padecerlas o bien desarrollarlas y, en su caso, pertenecer a un colectivo necesitado de una especial protección. Vid. ampliamente: BUSTOS RUBIO, 2020a, pp. 209 y ss.

imposibilitados de aplicar la agravante del art. 22.4ª CP a supuestos de aporofobia por no estar esta circunstancia expresamente prevista en el catálogo referido. Que las personas en situación de pobreza sufren un alto grado de victimización en multitud de tipologías delictivas (homicidios y asesinatos; lesiones; violaciones; etc.), es un hecho constatable. La comisión de un delito contra estas personas presidido por un *odio al pobre* les niega su derecho concreto a la vida, integridad corporal o libertad sexual (entre otros) con la comisión del delito que se trate, pero adicionalmente les niega el derecho a ser tratados como iguales (a su agresor). El agresor, motivado por el odio aporóforo, rechaza a su víctima como *igual*, le priva de ese valor supremo que hemos identificado en la igualdad entre personas, en un Estado de Derecho que lo propugna como valor superior de su Ordenamiento, como pilar básico del mismo Estado. Esa concreta vulnerabilidad de ciertas personas ya ha sido tenida en cuenta por el legislador para integrarlas como condiciones de odio en el art. 22.4ª CP (ocurre así con la enfermedad o la discapacidad). ¿Qué impide, una vez acreditada empíricamente esta realidad y fundamentada la conculcación del valor de la igualdad, defender que también el odio al pobre puede incluirse como circunstancia que dé lugar a una agravación de pena ex art. 22.4ª CP? Es más: ¿hay alguna razón adicional, en los términos del debate que hemos desarrollado hasta este momento, que conduzca a defender su no-inclusión? Más por el contrario: con estas mimbres, la no contemplación de la *aporofobia* entre el catálogo del actual art. 22.4ª CP, como motivo de odio, termina siendo una omisión discriminatoria, un caso de subinclusión desigualitaria por parte del 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 (un cuarto argumento) a favor de la incorporación del odio al pobre entre el listado de circunstancias que actualmente prevé el art. 22.4ª CP.

La crítica, en fin, sobre el diferente desvalor de las normas desproporcionadas por exceso y las normas desproporcionadas por defecto, cuando estas últimas conculcan con su omisión normativa o no-previsión el *principio de igualdad*, se salva. No se trata, pues, de abrir la puerta a un exacerbado control de constitucionalidad sobre normas apelando, sin más y genéricamente, a una *prohibición por defecto*, sino de limitar dicho control a los casos más claros y extremos: “y entre ellos deben situarse los casos de subinclusión objetivamente discriminatoria, que abarca los supuestos de discriminación por motivo de raza, sexo, religión etc., tanto al seleccionar los sujetos pasivos del tipo penal, como al seleccionar los sujetos activos”<sup>120</sup>. Pero es que, además, la subinclusión en una norma puede también ser igualmente reprochable, en

<sup>120</sup> MOLINA FERNÁNDEZ, 2009, p. 81. Añade el autor: “la justicia no sólo exige poder responder a la pregunta del condenado ‘¿por qué yo?’, que se contesta con argumentos de proporcionalidad, sino también a otras dos: una más del propio condenado –‘¿por qué yo sólo?’– y otra de la víctima –‘¿por qué yo no?’–, que se contestan con argumentos de igualdad, y si en alguno de los dos casos la única respuesta es ‘por tu raza’ o ‘por tu sexo’ en contextos en los que este dato es irrelevante, habrá una inconstitucional vulneración de este principio”.

términos de igualdad, desde la perspectiva misma de las víctimas, tal como ocurre en el caso de la aporofobia a la luz del razonamiento acabado de dar: “dos personas con idéntica pretensión de protección deben ser igualmente protegidas, y si se discrimina a alguna de ellas por razones no atendibles, la norma, o el acto jurídico que así lo haga es contrario al principio de igualdad”<sup>121</sup>.

Una vez que se introduce en el debate la premisa del *principio de igualdad*, el reproche penal y la sanción de un comportamiento depende ya no sólo de que el mismo sea desvalorado penalmente (justificación subyacente) sino también de que dicha sanción alcance a otros hechos con idéntico fundamento material<sup>122</sup>. Es precisamente lo que ocurre en la inacabada circunstancia agravante del art. 22.4ª CP: el legislador ha decidido prever tal norma en atención a un fundamento que descansa en el principio de igualdad (que luego ha de concretarse en un mayor desvalor de injusto o de culpabilidad<sup>123</sup>), pero en la confección de dicha circunstancia ha dejado fuera un motivo discriminatorio referido al odio al pobre, que comparte idéntico fundamento material y cuya mayor necesidad y merecimiento de pena ha quedado avallada y complementada con datos empíricos. *Ergo* habremos de concluir que, de la mano de la Doctrina de las Obligaciones Positivas del Estado, procede exhortar al legislador a tipificar tal motivación para llenar esa omisión discriminatoria por su inactividad legiferante (por *defecto*, como se dijo). Y tal argumentación resulta, como se aventuró, mucho más asequible al entrar en juego el principio de igualdad y no tratarse, sin más, de un exhorto genérico a nuestro legislador apelando a una hipotética falta de proporcionalidad penal: la norma existe, y la omisión actual es por si misma discriminatoria, al no respetar el principio de igualdad, por lo que nos encontramos ante un caso de subinclusión desigualitaria por defecto normativo.

## 5. A modo de cierre

Muchos autores se han erguido en los últimos tiempos en favor del reconocimiento de *derechos fundamentales a la protección penal*, traducción práctica (y más concreta a nuestros efectos) de esta Doctrina de las Obligaciones Positivas del Estado también en el ejercicio del *ius puniendi*. Consideran que ya no es solo necesario asegurar y proteger los derechos de los ciudadanos “frente” al Estado (ejercicio tradicional de contención y control de dicho *ius puniendi*) sino también “mediante” el Estado.

Ese Estado tradicionalmente apoyado en concepciones liberales de finales del siglo XVIII y durante todo el siglo XIX, en el que la pretensión única era limitar el ejercicio abusivo de los poderes del Estado, ha mutado. Como afirma Doménech

<sup>121</sup> MOLINA FERNÁNDEZ, 2009, p. 81.

<sup>122</sup> Ídem., p. 82.

<sup>123</sup> Ampliamente, sobre tal desvalor y su discusión desde criterios de un mayor injusto o una mayor culpabilidad, vid.: BUSTOS RUBIO, 2020a, pp. 220 y ss.

Pascual, dicho cambio se produce por dos lados: primero, porque hoy los Estados han dejado de asumir múltiples tareas que antaño tenían encomendadas, en favor de entidades privadas que también pueden generar daños a bienes jurídicos; y segundo, porque el Estado ya no se encuentra exclusivamente dominado por intereses de la burguesía, sino que se conforma por un conjunto muy diverso de clases que reclaman protecciones distintas para intereses contrapuestos, y los individuos concretamente amenazados exigen, como es de todo punto lógico, una protección eficaz del Estado frente a intromisiones privadas<sup>124</sup>. Resulta claro, entonces, que “para que los derechos fundamentales puedan cumplir hoy su función de satisfacer *efectivamente* los intereses de la mayor importancia para cuya garantía se reconocen aquéllos, hay que abandonar la teoría decimonónica y reconocer que tales derechos facultan a sus titulares para exigir del Estado su protección activa”<sup>125</sup>.

La discusión sobre la cuestión que nos ha ocupado desde el comienzo continúa hoy abierta. A nuestro juicio, el debate se ha de producir desde parámetros de dignidad y Derechos Fundamentales del ser humano, de su libre personalidad o, en fin, de lo directamente reconocido en el art. 10,1 CE, o más concretamente, de su interpretación teleológica. De esta importante disposición se deduce, pensamos, que el Estado no es un fin en sí mismo, pues solo se encuentra legitimado si sirve a la persona, a la tutela efectiva y real de sus Derechos y Libertades. Para lograrlo, parece claro que será necesario seguir cultivando el ejercicio limitador del *ius puniendi* tradicional, pero también terminar por reconocer la existencia de deberes positivos de protección por parte de dicho Estado<sup>126</sup>.

Como se ha visto en las líneas anteriores, este parece ser el sentir generalizado de nuestra doctrina más especializada. El problema, como se señaló, no es de aceptación de tales obligaciones positivas del Estado (también en sede penal) sino más bien de establecimiento de límites ciertos a dicha teoría y a su posible control jurisdiccional. Con todo, creemos haber demostrado que en el caso concreto de la circunstancia del art. 22.4ª CP se trata, en realidad, de algo mucho más limitado, y por ello perfectamente exhortable ante el legislador: ante una norma que ya existe, y en la que el Estado ya ha desplegado la intervención desde el *ius puniendi* para la tutela del valor superior de la igualdad, el mismo Estado deja extramuros de dicho tratamiento penal el motivo discriminatorio que identificamos con la *aporofobia* o el odio contra la persona en situación de pobreza. Comete, así, una omisión desde la ley, que entendemos por sí misma contraria al principio de igualdad (y por tanto discriminatoria) al descansar su razón de ser en el mismo fundamento que el resto de circunstancias que de *lege data* sí contempla el precepto. Si se acredita con suficiencia la oportunidad de la intervención político-criminal, el merecimiento y la necesidad de pena, en

<sup>124</sup> DOMÉNECH PASCUAL, 2016b, p. 357; y EL MISMO, 2006a, pp. 115 y ss.

<sup>125</sup> DOMÉNECH PASCUAL, 2016b, p. 358.

<sup>126</sup> DOMÉNECH PASCUAL, 2016b, p. 359; y EL MISMO, 2006a, p. 120.

paralelo al resto de circunstancias, y el desvalor reposa en las mismas razones que las motivaciones odiosas que el legislador sí ha previsto de forma expresa, entonces nos encontramos ante una subinclusión desigualitaria carente de justificación. Y procede instar al legislador a subsanar, con una actuación positiva, dicha situación.

En realidad, como se ha señalado, la traslación de (al menos una parte de) la Doctrina sobre las Obligaciones Positivas del Estado al caso del art. 22.4ª CP se hace mucho más sencilla (y por ello posible) porque (1) la norma ya existe (no se trata de solicitar la actuación positiva del legislador penal *ex novo*, ni tampoco de analizar una norma derogada, sino plenamente vigente) y (2) en la misma se acredita un tratamiento desigualitario e injusto por omisión o inactividad, al no contemplarse un motivo discriminatorio que presenta idéntico fundamento que el resto de los expresamente contemplados (por todo el razonamiento ya ofrecido *supra*). Si la construcción de la Doctrina de las Obligaciones Positivas del Estado se ha visto expandida y acrecentada en los últimos años, resultando no obstante todavía bastante imprecisa y carente de límites ciertos (de ahí la crítica sobre la invasión de potestades del legislador que ya vimos), y ya muchos Tribunales Constitucionales (así el caso de Alemania o el propio TC español) reconocen implícita o explícitamente el deber de tutela positiva penal de los Estados, con mayor razón, pensamos, se puede alzar este nuevo argumento a favor de la introducción de la aporofobia en el art. 22.4ª CP cuando se comprueba que la norma existe y que el fundamento es idéntico al que sostiene su existencia en los términos actuales. Por tanto, si la Teoría abordada es mucho más amplia y ambiciosa, y ya está funcionando en casos particulares o concretos, e incluso ampliándose en el seno de ciertos sectores de la doctrina, ¿cómo no sostener un razonamiento más humilde y asequible, como el que aquí se defiende? ¿Acaso quien puede lo más no ha de poder lo menos?

## Bibliografía

- AMBOS, K. (2020), “Derecho penal y Constitución: ¿existe una pretensión al establecimiento de leyes penales, persecución penal e imposición de pena?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº. 22-15, pp. 1-27.
- BUSTOS RUBIO, M. (2020a), *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22.4ª CP.)*, Barcelona.
- BUSTOS RUBIO, M. (2017), *Delitos acumulativos*, Valencia.
- BUSTOS RUBIO, M. (2021). “El art. 22.4ª del Código Penal: una circunstancia inconclusa en una realidad social aporófoba”, *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, nº 7 (especial), pp. 1-18.
- BUSTOS RUBIO, M. (2018), “Justicia penal restaurativa: el redescubrimiento de la víctima ante el conflicto penal”, *Revista Penal*, nº 42, pp. 31-42.
- BUSTOS RUBIO, M. (2020b), “Pobreza y delito: algunos rasgos del actual sistema penal aporóforo”, en Cordero Verdugo Fonseca Diaz; Gómez Sota; et. al., VV. AA., *Grandes retos criminológicos del siglo XXI*, Madrid.

- BUSTOS RUBIO, M. (2020c), “Aporofobia institucionalizada: el Código Penal como herramienta”, en Pérez Adroher, A.; López de la Vieja de la Torre, M. T.; Hernández Martínez, E. (edits.), *Derechos Humanos ante los nuevos desafíos de la globalización*, Madrid.
- CÁMARA ARROYO, S. (2017), “El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LXX, pp. 139-225.
- CANCIO MELIÁ, M. y DÍAZ LÓPEZ, J. A. (2019). *¿Discurso de odio y/o discurso terrorista? Música, guiñoles y redes sociales frente al artículo 578 del Código Penal*, Navarra.
- CARMONA CUENCA, E. (2017), “Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Político*, nº. 100, pp. 1211-1238.
- CORTINA ORTS, A. (2017) *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*, Barcelona.
- CUELLO CONTRERAS, J. / MAPELLI CAFFARENA, B. (2011), *Curso de Derecho penal parte general*, Madrid.
- DE PABLO SERRANO, A. / TAPIA BALLESTEROS, P. (2017), “Discurso del odio: problemas en la delimitación del bien jurídico y en la nueva configuración del tipo penal”, *Diario La Ley*, nº 8911.
- DÍAZ LÓPEZ, J. A. (2013), *El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4ª CP.*, Navarra.
- DÍAZ LÓPEZ, J. A. (2020), “Informe de delimitación conceptual en materia de delitos de odio”, en *Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia*, Madrid.
- DOMÉNECH PASCUAL, G. (2006), *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos. El derecho del ciudadano a ser protegido por los poderes públicos*, Madrid.
- DOMÉNECH PASCUAL, G. (2006b), “Los derechos fundamentales a la protección penal”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 78, pp. 333-372.
- FERRAJOLI, L. (2011), *Principia Iuris. Teoría del Derecho y la Democracia*, Madrid.
- FUENTES OSORIO, J.L. (2017), “El odio como delito”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 19, pp. 1-52.
- GORJÓN BARRANCO, M. C. (2019). “Los derechos humanos ante los delitos de odio”, en Sanz Mula (dir.); Gorjón Barranco / Nieto Libroero (coords.), *Los derechos humanos 70 años después de la Declaración Universal*, Valencia.
- LANDA GOROSTIZA, J. M. (2001), *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal*, Granada.
- LANDA GOROSTIZA, J M. (2018), *Los delitos de odio*, Valencia.
- LANDA GOROSTIZA, J. M. (2014), “Recensión a Díaz López, J. A.: El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4º CP., Ed. Civitas Aranzadi, Navarra, 2013”, *Indret*, nº 3, pp. 1-13.
- LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A. (2014), “Cuándo penar, cuánto penar”, en Lascurain Sánchez/Rusconi(dirs.), *El principio de proporcionalidad penal*, Buenos Aires.
- MALEM SEÑA, J. (1996), “De la imposición de la moral por el Derecho. La disputa Devlin-Hart”, *Isonomía*, nº 4, pp. 7-16.
- MARTÍNEZ GARAY, L. (2020), “Terrorismo, proporcionalidad, seguridad y Derechos

- Fundamentales”, en González Cussac, J. L. (dir), y León Alapont, J. (coord.), *Estudios jurídicos en memoria de la profesora Elena Górriz Royo*, Valencia.
- MINISTERIO DEL INTERIOR (2019), *Informe sobre la Evolución de los Delitos de Odio en España*, Madrid.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F. (2009), “Desigualdades penales y violencia de género”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 13, pp. 57-88.
- MOYA GUILLEM, C. (2020), “Alternativas a la aporofobia como circunstancia agravante”, en *Sistema Penal Crítico*, nº 1.
- NAVARRO CARDOSO, F. (2021), “Análisis del artículo 89 del Código Penal español, y unas reflexiones con perspectiva aporofóbica”, en *Revista Penal*, nº 47.
- OBSERVATORIO HATENTO (2015), *Los delitos de odio contra las personas sin hogar. Informe de investigación*, Madrid.
- OLASOLO, H. y HERNÁNDEZ CORTÉS, C. E. (2021), “El tratamiento de la aporofobia en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: particular atención a las agresiones discriminatorias contra los habitantes de la calle”, en *Revista Penal*, nº 47.
- PANTALEÓN DÍAZ, M. (2020), “La aporofobia como móvil discriminatorio: ¿Derecho penal de autor?”, en *Sistema Penal Crítico*, nº 1.
- PANTALEÓN DÍAZ, M. (2020b), “¿Vulnera el principio del hecho considerar los móviles abyectos como agravante? El ejemplo de la aporofobia”, *La Ley Penal*, nº 147.
- PORTILLA CONTRERAS, G. (2016), “La represión penal del ‘discurso del odio’”, en Álvarez García (dir.); Manjón-Cabeza Olmeda / Ventura Püschel (coords.), VV. AA., *Tratado de Derecho penal español: parte especial. Tomo IV. Delitos contra la Constitución*, Valencia.
- ROSTALSKI, F. (2018), “Motivos y actitudes como fundamento de la agravación penal en los ‘delitos de odio’”, en Landa Gorostiza / Garro Carrera (dirs.), VV. AA., *Delitos de odio: derecho comparado y regulación española*, Valencia.
- SALINERO ECHEVARRÍA, S. (2013), “La nueva agravante penal de discriminación. Los ‘delitos de odio’”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, nº XLI, pp. 263-308.
- TERRADILLOS BASOCO, J. M. (2020), *Aporofobia y plutofilia. La deriva jánica de la política criminal contemporánea*, Barcelona.
- TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C. (2016), “Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH”, *inDret*, nº 3, pp. 1-73.
- VIGANÒ, F. (2014), “La arbitrariedad del no punir. Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales”, *Revista de Política Criminal*, Vol. 9, nº 18, pp. 1-49.
- VIGANÒ, F. (2012), “Sobre las obligaciones de tutela penal de los Derechos Fundamentales en la jurisprudencia del TEDH”, en Mir Puig / Corcoy Bidasolo (dirs.); Gómez Martín (coord.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Madrid.
- VV. AA. (2016), *Informe de violencia directa, estructural y cultural contra personas sin hogar 2006-2016*, Barcelona.
- VV. AA. (2006), *Violencia directa, estructural y cultural contra las personas en situación de sin hogar en España 2006*, Barcelona.