

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

LES PRÉSIDES ET PRO

Revista

Enero 2021

47

Revista Penal

Penal

Enero 2021



tirant
lo blanch

tirant
lo blanch



Revista Penal

Número 47

Sumario

Doctrina:

– Mujer inmigrante y pobre: una mina para el Derecho Penal, por <i>María Acale Sánchez</i>	5
– Criminalizing Lifestyles of “Asociality” in Germany. The Historical Experience and a Potential Grounding in the Doctrine of “Functionalism”, por <i>Lars Berster</i>	24
– Algunas notas para el análisis del delito de administración desleal, por <i>María Victoria Campos Gil</i>	31
– Cumplimiento y responsabilidad penal. Sobre la responsabilidad del empresario en la existencia de un oficial de cumplimiento (compliance officer). Criterios generales de imputación. Observaciones sobre el Derecho penal brasileño, por <i>Alexis Couto de Brito</i>	41
– Algunas manifestaciones de la política criminal de exclusión. Derecho penal “del amigo”: corrupción pública (la criminalidad de cuello blanco), por <i>Beatriz García Sánchez</i>	61
– Aproximación al estudio del delito de prevaricación judicial, por <i>Pilar Gómez Pavón</i>	84
– La financiación ilegal de partidos políticos y el blanqueo de dinero, por <i>Daniel González Uriel</i>	104
– Los valores tradicionales como bienes jurídicos protegidos también en el ciberespacio: a propósito del confinamiento provocado por la crisis sanitaria del COVID-19, por <i>Jon López Gorostidi</i>	126
– Presente y futuro del protagonismo de la víctima en la justicia penal: perspectiva desde la justicia restaurativa, por <i>Daniel Montesdeoca Rodríguez</i>	153
– Reinhart Maurach. Vida y obra de un penalista alemán del siglo XX, por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	176
– Análisis del artículo 89 del Código Penal español, y unas reflexiones con perspectiva aporofóbica, por <i>Fernando Navarro Cardoso</i>	193
– 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, por <i>Héctor Olasolo y Clara Esperanza Hernández Cortés</i>	227
– El comunitarismo y el Derecho penal de aporofobia, por <i>Wendy Pena González</i>	248
– Las empresas transnacionales y la protección de la vida y salud de los trabajadores. Una propuesta político-criminal para la persecución global del delito de riesgos laborales, por <i>Lucía Remesaro Coronel</i>	263
Sistemas penales comparados: Aporofobia y Derecho Penal (<i>Aporophobia and criminal law</i>)	283

Bibliografía:

– Recensión: “The Right to Counsel and the Protection of Attorney-Client Privilege in Criminal Proceedings: A Comparative View”, de Lorena Bachmaier, Stephen C. Thaman y Veronica Lynn (eds.), por <i>Antonio Martínez Santos</i>	338
--	-----

* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



UCLM
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD
PABLO DE OLAVIDE



am
Arias Montano
Repositorio Institucional
de la Universidad de Huelva

tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferrreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Enzo Musco. Univ. Roma
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I ^o	John Vervaele. Univ. Utrecht
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío	

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Isabel I^o, Burgos), José León Alapont (Universidad de Valencia), Pablo Galain Palermo (Universidad Nacional Andrés Bello de Chile), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Waßmer (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Campo Elías Muñoz Arango (Panamá)
Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)	Blanka Julita Stefańska (Polonia)
Demelsa Benito Sánchez (España)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Lavinia Messori (Italia)	Pablo Galain Palermo y Renata Scaglione (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)	

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>



Aporofobia y Derecho Penal (*Aporophobia and criminal law*)

Revista Penal, n.º 47. - Enero 2021

El término aporofobia fue acuñado por la filósofa Adela Cortina en los años noventa para referirse al odio o aversión a las personas económicamente desfavorecidas. El mismo deriva de la unión de las palabras griegas *áporos* (pobre) y *fóbos* (miedo). El neologismo se hizo más popular a raíz de la publicación en 2017 de su obra *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*. En ese mismo año, la Real Academia Española incorporó la nueva palabra a su diccionario.

No solo los seres humanos podemos ser calificados como “aporófobos”, al rechazar al pobre, también el sistema político, económico y social lo puede ser y, de hecho, en numerosas ocasiones lo es. El Derecho, como parte de ese sistema, también puede revestir esa cualidad, y dentro de las distintas ramas que lo integran, el Derecho penal alberga claramente tintes aporófobos. El proyecto de investigación “Aporofobia y Derecho penal”¹ ha acuñado, precisamente, la expresión “Derecho penal de la aporofobia” para referirse a esas normas penales que criminalizan la pobreza y la exclusión. Aunque la expresión sea nueva, la idea que

traspasa no lo es pues nada hay más tradicional en el Derecho penal que la discriminación del pobre.

Cierto es que la ley, en su magnífica ecuanimidad, establece prohibiciones y califica conductas como delitos dirigiéndose a toda la ciudadanía sin distinción. Sin embargo, también es cierto que muchas de esas conductas que el legislador decide incorporar al código penal serán llevadas a cabo, esencialmente, por personas económicamente desfavorecidas. El Derecho penal refuerza así la desigualdad que ya existe en la sociedad.

El Derecho penal de la aporofobia se puede manifestar desde una doble vertiente. Por un lado, castigando conductas de bagatela, de escasa o nula lesividad, pero que son mayormente cometidas por personas pobres. Por otro lado, la aporofobia en la legislación penal se puede manifestar de manera negativa, es decir, no otorgando suficiente protección a los ataques contra los bienes jurídicos de las personas en una situación de penuria económica.

Esta sección ofrece un análisis de dichas manifestaciones del Derecho penal de la aporofobia en diversos países.

¹ El proyecto coordinado “Aporofobia y Derecho Penal” ha sido reconocido por el Gobierno de España, Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades para el período 2019-2021, referencia: RTI2018-095155-B-C21. Investigadora principal: Ana I. Pérez Cepeda, Universidad de Salamanca. De dicho proyecto coordinado forma parte el titulado “Hacia un modelo de justicia social: alternativas político-criminales”. Investigadora Principal: Demelsa Benito Sánchez, Universidad de Deusto.

Alemania

Prof. Dr. Dr. h.c. Martin Paul Waßmer

Universidad de Colonia

Traducción de Laura Zambrano Ochoa

Universidad Externado de Colombia

I. PROLEGÓMENOS SOBRE UN DERECHO PENAL APOROFÓBICO EN ALEMANIA

El tema de la aporofobia (hostilidad hacia los pobres) se ha tratado hasta ahora en el discurso académico del derecho penal alemán sólo con respecto a aspectos individuales y no de manera comprensiva. Ya en los datos oficiales de la Oficina de la Policía Criminal Federal presentados en las estadísticas anuales¹ demuestran la actualidad de la victimización debido a la pobreza. Demuestran, por ejemplo, que los delitos contra las personas sin hogar han aumentado constantemente en los últimos años². También en el ámbito de los prejuicios o „delitos motivados por el odio“ se registró en 2019 un aumento del 5,8% en comparación con el año anterior³. Un estudio realizado en 2016 también sugiere que una proporción significativa de los delitos motivados por el odio se dirigen contra personas pobres⁴. En junio de este año, el legislador reaccionó a esta evolución —aunque sin un enfoque explícitamente aporofóbico— con un proyecto de ley que prevé la adaptación de los delitos individuales y el aumento de la amenaza de pena⁵. Además, también se critica la penalización de la pobreza a través del derecho penal y su aplicación selectiva⁶. En el contexto de esta contribución, se señalan los puntos de entrada individual de un derecho penal aporofóbico. Pueden identificarse normativamente en ámbito de protección del derecho penal sustantivo, en la dogmática del derecho penal —es decir, el orden del derecho aplicable a la formación de principios jurídicos abstractos— y de manera formal en el derecho procesal penal. Además, se aprecia una irrupción sociológica criminal, que se expresa en la aplicación del derecho procesal en el caso concreto. Por consiguiente, el objetivo de esta contribución no es sólo llamar la atención sobre el descubrimiento de conexiones empíricas entre el delito y la aporofobia, sino también tratar de despertar el interés por el derecho penal interdisciplinario.

II. VICTIMIZACIÓN COMO CONSECUENCIA DE LA POBREZA

Los delitos contra los desfavorecidos están decisivamente marcados por el conflicto entre dos bienes jurídicos centrales para el derecho penal⁷: la garantía

de protección, por un lado, y la función defensiva por otro. Aunque puede parecer obvio en este contexto incluir la protección contra la discriminación en una disposición de derecho penal sobre la base de un concepto liberal del bien jurídico⁸, el Código Penal alemán no prevé tal delito. El derecho penal sólo interviene en última instancia⁹, es la „espada más afilada“¹⁰ de la intervención estatal y en esta función sólo proporciona una protección fragmentaria de los intereses jurídicos¹¹. Sin embargo, dado que el derecho penal alemán —como se verá en el futuro— permite sancionar comportamientos con un elemento aporofóbico en un gran número de delitos, el mandato de protección del Estado no obliga (al menos no en la actualidad) a la creación de una norma específica / para este fin. Una solución *de lege ferenda* también podría entrar en conflicto con el requisito de certeza del artículo 103.2 de la Ley Fundamental debido al necesario alcance fáctico de los hechos en cuestión¹². Si el legislador cumple plenamente los requisitos de este artículo, reduce a la vez el margen de maniobra del jurista en la esfera de la interpretación. Un contra-ejemplo pertinente al contexto es una sentencia reciente de los tribunales superiores que plantea la cuestión de la evolución del delito de incitación al odio (§ 130.1 y 2 del Código Penal) hacia un „delito general contra la discriminación“¹³. Esta norma materializa la protección de los intereses jurídicos y, por tanto, también manifiesta una intención aporofóbica mas en términos colectivos que individuales —relacionados con el grupo¹⁴. Con la amplitud del elemento constitutivo del tipo „partes de la población“, la disposición abre la posibilidad de una interpretación amplia para quien aplica la ley. En todo caso, la disposición también abarca a los grupos que son particularmente identificables por sus circunstancias sociales y económicas¹⁵.

El Código Penal también contiene normas que reconocen explícitamente los elementos socioeconómicos por medio de la característica de la dependencia económica o una situación específica de explotación. Entre los ejemplos figuran el artículo 232 del Código Penal (trata de personas), el artículo 232a del Código Penal (prostitución forzada), el artículo 232b del Código Penal (trabajo forzoso), el artículo 233 del Código Penal (explotación laboral), el artículo 180a del Código Penal (explotación de quienes se prostituyen) y el artículo 181a del Código Penal (proxenetismo). El problema de la explotación en relación con la industria cárnica alemana se ha convertido en un tema de actualidad. Mediante el trabajo temporal y la celebración de contratos de trabajo, laboran allí principalmente personas del Eu-

ropa del Este en las peores condiciones. Por lo tanto, a partir de enero de 2021, el sacrificio y el procesamiento de la carne sólo se permitirá, entre otras cosas, a los propios empleados de la empresa¹⁶. Queda por ver si las multas que se impongan en caso de infracción proporcionarán una protección suficiente de los intereses jurídicos.

El Código Penal también contiene delitos que, aunque no están explícitamente vinculados a la situación socioeconómica de la víctima, sancionan conductas cuyos efectos suelen afectar a grupos socialmente vulnerables. La crisis de los refugiados, por ejemplo, ha demostrado que las personas que no están familiarizadas con el sistema jurídico alemán son víctimas especialmente fáciles de los delitos de fraude (§ 263 StGB) utilizando técnicas péfidas. Lamentablemente, el uso de un intermediario remunerado para concertar una cita con el médico o la concertación de varios contratos de telefonía móvil, por ejemplo, ha gozado de una triste popularidad. Indirectamente, los hechos del artículo 266a del Código Penal también tienen¹⁷ elementos aporofóbicos; dado que la norma se aplica independientemente del pago efectivo del salario, el hecho de no alcanzar el salario mínimo legal es un delito punible por la retención de las contribuciones a la seguridad social. Además, hay que mencionar también los delitos de injuria del artículo artículo 185 y siguientes del Código Penal, el artículo 10 de la ley SchwarzArbG (explotación laboral de extranjeros sin permiso de trabajo)¹⁸ y, por último, los delitos de coacción (artículo 240 del Código Penal) y extorsión (artículo 253 del Código Penal). Con respecto a los dos últimos elementos, también se puede identificar un punto de ruptura dogmático para la idea de la aporofobia. Un juicio de antijuridicidad positivo de estos llamados tipos „abiertos“ presupone que el acto es reprobable. Según la jurisprudencia del Tribunal *Federal de Justicia*, la reprochabilidad, a su vez, debe determinarse mediante una evaluación global de la finalidad perseguida por el autor y los medios utilizados, y requiere un comportamiento socialmente intolerable¹⁹. Es concebible que se pueda aplicar la dogmática penal para localizar elementos aporofóbicos mediante la conexión interna entre el fin y los medios que se exigen. Si, por ejemplo, el autor amenaza a una víctima que se encuentra ilegalmente en Alemania con tratar de persuadir a la autoridad de extranjería de que lo deporten para hacer cumplir un requerimiento —justificado—, esto debe ser considerado reprobable en el sentido del § 240.2 del StGB²⁰.

Con la revisión del artículo 46, párrafo 2, frase 2, del Código Penal en 2015, los motivos aporofóbicos

también se sitúan ahora normativamente en el nivel de la graduación de la pena mediante la característica general de „otros motivos y objetivos inhumanos del delincuente“²¹. En el marco de la graduación, también se puede tener en cuenta de manera más estricta la necesidad especial de protección resultante de la situación social de la víctima²².

III. COMPORTAMIENTO DELICTIVO EN EL CONTEXTO DE LA DESVENTAJA SOCIAL

Los delitos contra la propiedad y los bienes (a menudo con pocos daños), el fraude de transporte (§ 265a del Código Penal), los delitos previstos en la Ley de estupefacientes (§§ 29ff. BtMG) y los delitos previstos en el § 95 AufenthG (violaciones de la ley de residencia) suelen estar asociados a una posición socialmente débil de los autores, pero también al aspecto de la inmigración. Por lo tanto, la idea de la aporofobia también se vuelve virulenta dentro de las “constelaciones de delincuentes”. Expresado en cifras, el informe de gestión “La delincuencia en el contexto de la inmigración” de la Oficina de la Policía Criminal Federal muestra un ligero aumento del nivel de inmigrantes sospechosos en el primer trimestre de 2020 en un 3,2% en comparación con el año anterior, mientras que en 2019 se produjo todavía un ligero descenso²³. En este contexto, se plantea la cuestión de si la pobreza en Alemania se convierte en última instancia en un delito porque las circunstancias socioeconómicas del (presunto) infractor no se tienen suficientemente en cuenta en la aplicación del derecho sustantivo y procesal.

Las „constelaciones de autores“ se caracterizan por la tensión entre la necesaria protección de los intereses jurídicos por un lado y la responsabilidad social por otro. Las normas pertinentes y la dogmática en que se basan resuelven en última instancia esta tensión a nivel de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad en favor de la protección de los intereses jurídicos en el marco del derecho penal. Esto se puede ilustrar en detalle con el caso de un delincuente sin recursos que se apropia ilegalmente de alimentos de otro para alimentarse. Esta conducta está comprendida en el delito de robo (artículo 242 del Código Penal), sin que la ley prevea una exclusión del delito basada en los antecedentes socioeconómicos del delincuente. En cuanto a la antijuridicidad y la culpabilidad, sólo se tienen en cuenta las disposiciones de la parte general, porque la ley prevé razones específicas de justificación o excusa vinculadas a la situación socioeconómica del delincuente. En el caso del ejemplo, debe descartarse en

primer lugar una justificación del delito. Mientras que la justificación de la legítima defensa (§ 32 StGB), en primer lugar, sólo permite una intervención de quien ejerce la legítima defensa en los intereses legales del agresor, la justificación —aquí agresiva—del estado de necesidad (§ 34 StGB o § 904 BGB) no es probable que se aplique en el caso concreto. A través del principio de solidaridad como base para sopesar los intereses de los bienes de conservación e intervención, también se expresan normativamente elementos aporofóbicos²⁴. No obstante, la resolución del conflicto se lleva a cabo a favor de la protección de los bienes jurídicos. En la segunda frase de la norma se exige que la acción sea adecuada, lo que no ocurre si el autor puede acudir a un procedimiento ordenado como el de la asistencia social, que le proporciona un medio de vida²⁵. El derecho social regula el equilibrio entre los intereses individuales y el deber de solidaridad mediante la creación de un sistema de seguridad social, eliminando el conflicto con la autonomía individual. El derecho penal debe reconocer estas normas, de lo contrario entraría en conflicto con el principio de la uniformidad del sistema jurídico. Esta evaluación, que a primera vista parece radical, se deriva del razonamiento de que la exclusión de la responsabilidad penal basada en una expectativa de sacrificio solidario equivale en última instancia a un espacio libre de castigo para todo un grupo de población, lo que choca con el deber de protección del derecho penal de los bienes jurídicos del resto de la población y, en última instancia, pone en tela de juicio la función del derecho penal como „medio último“²⁶ en cuestión²⁷. El potencial desequilibrio de intereses que se evidencia en este caso también se vería reforzado por el hecho de que no se permitiría al titular del objeto de la intervención no podría alegar la legítima defensa ante una acción justificada de su parte.

Sin embargo, se pueden concebir constelaciones especiales, como la existencia de un peligro actual de inanición. En este caso, se puede considerar una excusa para el acto ilegal a través del § 35 StGB²⁸. El estado de necesidad exculpante no elimina la injusticia del acto; sin embargo, normativamente aleja al perpetrador individual de la injusticia del crimen²⁹. Debido a que ciertas emergencias llevan a una afectan negativamente del comportamiento conforme a las normas³⁰, los elementos aporofóbicos en un estado de necesidad exculpante pueden ser situados dogmáticamente sobre la circunstancia de una preocupación particular objetiva-individual³¹. Sin embargo, incluso cuando se actúa en una emergencia económica aguda, se indica un examen

cuidadoso de la inminencia de peligro, la necesidad de invadir los intereses jurídicos ajenos y lo razonable de aceptar el peligro. Una exculpación no es posible si el autor tiene acceso a ofertas sociales de suministro de alimentos y, por lo tanto, a otras alternativas de acción —más suaves y más protectoras de los intereses legales—.

Aunque sólo es posible considerar el componente aporofóbico en la subsunción de los tipos penales y las normas de justificación de manera moderada, el usuario de la ley tiene a su disposición medios mucho más flexibles tanto en términos de derecho sustantivo como procesal. Por ejemplo, el artículo 46.2, inciso 2, del Código Penal alemán (StGB) prevé expresamente la consideración de las circunstancias personales y económicas del delincuente a la hora de dictar sentencia³². La cuantía de los daños y perjuicios en el caso de delitos menores es también un criterio decisivo para la evaluación de las penas³³. Apenas se ha podido demostrar hasta la fecha que existen desventajas en relación con la imposición de sanciones por pertenecer a una determinada clase social³⁴. La fiscalía y el tribunal también pueden hacer uso de los instrumentos del derecho procesal penal. Los puntos de entrada de elementos apófobos se encuentran en particular en las normas de los artículos 153 y siguientes del Código de Procedimiento Penal. Si se trata de un delito menor, la culpabilidad del autor es escasa y no hay interés público en el enjuiciamiento, puede considerarse la posibilidad de cesar el procedimiento, de conformidad con el párrafo 1 o el párrafo 2 del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, lo que tiene un efecto totalmente positivo en la aplicación de la norma si el autor ha actuado por necesidad³⁵. También es concebible terminar contra condiciones según el § 153a párrafo 1 o 2 del StPO. Las normas de cesación del procedimiento están concebidas como disposiciones discrecionales y, por lo tanto, representan instrumentos flexibles para tener en cuenta las circunstancias socioeconómicas especiales del acusado o el demandado en el proceso. La tensión entre la necesaria protección de los intereses jurídicos y el deber de solidaridad puede, por lo tanto, resolverse en el caso concreto sin que, como sucede con la solución a través de la disposición penal sustantiva, provoque el riesgo de una pérdida de validez del derecho penal de entrada. Sin embargo, la referencia a la solución procesal alberga fundamentalmente el peligro de que quienes son económicamente vulnerables se vean desfavorecidos y de que esto conduzca a una aplicación aporofóbica del derecho procesal por parte de la fiscalía y los tribunales. Un estudio más antiguo de 1978

pudo confirmar una práctica de ejecución selectiva de la fiscalía en detrimento de los acusados de las clases sociales más bajas, especialmente en el ámbito de la pequeña delincuencia³⁶. Un estudio relacionado con el delito de lesiones corporales (artículo 223 del Código Penal), realizado en 2013, se llegó a la conclusión de que la probabilidad de que se cesara el procedimiento con arreglo al artículo 153a del Código Penal aumentaba con el aumento de la condición social, por lo que se determinó que la condición social era el factor más influyente, además de la carga de las condenas anteriores³⁷.

También se observan tendencias aporofóbicas en relación con las multas y su aplicación mediante sanciones alternativas. Aunque no se pueda emprender un debate decisivo sobre el problema en este momento, hay que hacer referencia a la crítica central, que se expresa en la acusación de una „pena de prisión disfrazada“. El artículo 293 del Tratado de la EGStGB ofrece una opción de política penal alternativa para remediar el trato desigual resultante. Esta disposición abre la posibilidad, a nivel de ejecución, de convertir la pena de prisión sustitutiva de una multa irrecuperable en „trabajo gratuito“.³⁸³⁹

IV. RESUMEN Y PERSPECTIVAS

En conclusión, puede resumirse que las “constelaciones de víctimas” se caracterizan por el mandato protector del derecho penal con respecto a los intereses jurídicos, por una parte, y los límites de una aplicación normativa de los elementos aporofóbicos —el principio de último recurso y el principio de certidumbre—, por otra. Las “constelaciones de autores”, por otra parte, se mueven en el ámbito del conflicto entre la necesaria protección de los intereses jurídicos y la responsabilidad social, así como el principio de igualdad. El derecho penal alemán tiene numerosos puntos de entrada aporofóbicos que pueden contribuir al establecimiento de la igualdad, en particular a nivel de la aplicación de la ley en casos individuales. Un derecho penal moderno que sea capaz de actuar en una sociedad pluralista no podrá hacerlo sin una mayor integración de los aspectos socioeconómicos en la esfera de los delitos por prejuicios. En el caso de las “constelaciones de autores”, esto lleva a la demanda de una mayor conciencia de la cuestión de la aporofobia por parte de los fiscales y los tribunales. La consideración de las circunstancias socioeconómicas a lo largo de todo el proceso penal se logrará en particular mediante reglamentos de cesación de procedimiento y

un examen más específico de la situación económica del acusado o imputado antes de solicitar y pronunciar una multa. En lo que respecta a las “constelaciones de víctimas”, es aconsejable la vigilancia continua del peligro para los intereses jurídicos de las personas socialmente desfavorecidas. Aunque el Código Penal ya contiene un conjunto de normas con una dirección de protección correspondiente, en vista del desarrollo dinámico de la sociedad, el mandato de protección del derecho penal exige que los instrumentos de derecho penal se reevalúen y ajusten constantemente. En este contexto, la política penal exige tanto el reconocimiento explícito de la categoría de “aporofobia” en las estadísticas oficiales de delincuencia como la integración de elementos específicamente aporofóbicos en futuros proyectos legislativos en la esfera de los delitos motivados por el odio.

Notas

1 Disponible en: https://www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/StatistikenLagebilder/PolizeilicheKriminalstatistik/pks_node.html.

2 Como se indica en el correspondiente cuadro de víctimas 941, en 2017 se registró un total de 1389 delitos. En 2018, el número había aumentado a 1.618 casos, y en 2019 el número se elevó aún más a 1.670 casos.

3 Véase la lista “Politisch motivierte Kriminalität im Jahr 2019” del Ministerio Federal del Interior, pág. 5; disponible en: https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/2020/pmk-2019.pdf?__blob=publicationFile&v=8.

4 En un estudio realizado por la Oficina Estatal de Investigación Criminal de Baja Sajonia, el 15,1% de las víctimas de delitos interrogadas declararon su “condición social” y el 14,2% su “situación financiera” como presunto motivo del delito; disponible en: <https://www.lka.polizei-nds.de/a/presse/pressemeldungen/studie-zu-hasskriminalitaet-niedersachsen-legt-sonderbericht-vor-113627.html>.

5 Cf. el proyecto de ley correspondiente BT-Drs. 19/17741.

6 Véase la carta abierta del grupo de trabajo estudiantil “Strafrechtskritik als Herrschaftskritik” a los Ministros de Justicia, KJ 2017, p. 223.

7 Cf. en nombre de *BVerfGE* 21, 391 (403) y *Hassemer*, en: *Hefendehl/Hirsch/Wohlens* (ed.), *Die Rechtsgutstheorie*, 2003, pág. 57 (64); críticamente por ejemplo *Amelung*, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, pág. 302 y sig., 309 y sig.; *Jakobs*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1991, 2º párrafo, marginal 22 y siguientes.

8 *Ver Roxin/Greco*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Vol. 1, 5ª edición 2020, § 2, marginal 8.

9 Cf. *Beulke*, en: *Müller/Sander/Válková* (eds.), *Festschrift für Ulrich Eisenberg*, 2009, p. 245 (251 y sig.); explícitamente en el contexto de la discriminación también *Haverkamp/Lukas*, en: *Scherr/El-Mafaalani/Yüksel* (eds.), *Handbuch Diskriminierung*, 2020, p. 2.

10 *Wessels/Beulke/Satzger*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 49ª edición 2019, § 1, marginal 15.

11 Cf. *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5ª edición, 1996, p. 53.

12 Véase *Wolf*, en: Joerden (eds.), Diskriminierung - Antidiskriminierung, 1996, p. 125 (140).

13 Cf. *OLG Köln*, juicio de 9.6.2020 - 1 RVs 77/20.

14 Las personas pueden quedar comprendidas en el ámbito del delito, siempre que sean elegidas como representantes de una asociación de personas, véase *BGH*, NJW 1968, 309 (310) y —más recientemente— *OLG Karlsruhe*, 26 de julio de 2018 - 2 Rv 4 Ss 192/18.

15 Véase *BGH*, NSTZ 2015, 512 (513).

16 El borrador del gobierno puede consultarse en: https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Gesetze/Regierungsentwurfe/reg-arbeitsschutzkontrollgesetz.pdf?__blob=publicationFile&v=1.

17 Véase *BGH*, NJW 2002, 2480.

18 Cf. *BGH*, NSTZ 2018, 546 y sig.

19 Ver *BGH*, NJW 1963, 1629 y NJW 2014, 401 (403).

20 Cf. *OLG Düsseldorf*, NSTZ-RR 1996, 5 (6).

21 Véase también BT-Drs. 18/3007 p. 15.

22 Ver *Maier*, en: Münchener Kommentar zum StGB, 4ª ed. 2020, § 46, número marginal 341.

23 Disponible en: https://www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/Statistiken/Lagebilder/Lagebilder/KriminalitaetImKontextVonZuwanderung/KriminalitaetImKontextVonZuwanderung_node.html. La Oficina de la Policía Criminal Federal no publica actualmente estadísticas que muestren explícitamente la conexión entre la pobreza y el comportamiento delictivo.

24 Véase *Kühl*, JuS 2007, 497 (499).

25 Véase *Erb*, en: Münchener Kommentar zum StGB, 4ª ed. 2020, § 34, marginal 255; *ders.*, JuS 2010, 108 (112); *Rengier*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11ª ed. 2019, § 19, marginal 62.

26 *Prittitz*, en: Albrecht et al (eds.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, 1995, p. 387.

27 Cf. *Eisele/Heinrich*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2017, Capítulo 9, párrafo 290.

28 Cf. *Eisele/Heinrich*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2017, Capítulo 9, párrafo 290.

29 Cf. *Müssig*, en: Münchener Kommentar zum StGB, 4ª ed. 2020, § 35, nota marginal 1ff.

30 Ver *Hörnle*, JuS 2009, 873 (874).

31 Cf. también *Momsen/Savic*, in: Beck'scher Online-Kommentar StGB, 47th ed. 1.8.2020, § 35, número marginal 3.

32 Cf. también *BGH*, NSTZ 1982, 113 y *BGH*, decisión del 15 de enero de 1988 - 2 StR 657/87 - para una consideración atenuante de la situación económica.

33 Véase, por ejemplo, *OLG Oldenburg*, decisión de 5 de junio de 2008 - Ss 187/08 - BeckRS 2008, 11453.

34 Véanse a este respecto *Meier*, Strafrechtliche Sanktionen, 5ª ed. 2019, pág. 261 (nota 360).

35 Cf. *Peters*, en: in: Münchener Kommentar zur StPO, 2016, § 153, párrafo 23.

36 cf. *Blankenburg/Sessar/Steffen*, Die Staatsanwaltschaft im Prozess strafrechtlicher Sozialkontrolle, 1978, p. 309.

37 Véase <https://www.jura.uni-hannover.de/de/meier/forschung/einzelansicht/news/projekt-soziooekonomische-ungleichheit-im-strafverfahren/> para lo anterior; para el resultado general del estudio: *Kolsch*, Sozioökonomische Ungleichheit im Strafverfahren, 2019.

38 Véase *Albrecht*, Strafzumessung und Vollstreckung bei Geldstrafen unter Berücksichtigung des Tagessatzsystems, 1980, pág. 317; *Janssen*, Die Praxis der Geldstrafenvollstreckung, 1994, p. 223.

39 Cf. el trabajo exhaustivo y crítico de *Wilde*, Armut und Strafe, 2016.

Argentina

Luis Fernando Niño¹

Universidad de Buenos Aires

1. Estadísticas sobre conductas aporófobas en el ámbito penal

¿Las estadísticas oficiales ofrecen datos sobre delitos motivados por el odio al pobre?

No hay estadísticas oficiales sobre delitos motivados por odio al pobre. En rigor, cabe imputar esa carencia a un defecto de la propia ley de actos discriminatorios, n° 23592², destinada, según su epígrafe, a la adopción de medidas respecto de “quienes arbitrariamente impidan el pleno ejercicio de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional”; puesto que el único precepto de dicha norma en el que se incluyen como “actos u omisiones discriminatorios” aquellos determinados por motivos tales como “posición económica” o “condición social”, se reduce a proveer al damnificado de una suerte de acción de amparo que obligue al autor a “dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados”³. Tan endeble soporte contrasta, como se verá en el punto 2, con la respuesta de claro corte punitivo que la ley prevé respecto de conductas cometidas con otros propósitos o móviles discriminatorios. La situación es análoga a la que se plantea con respecto al artículo 22.4. del código penal español.

Vale añadir que, hasta el momento, las únicas estadísticas oficiales relativas a delitos vinculados a la discriminación, son las referidas al feminicidio⁴. También es del caso apuntar que el Instituto Nacional contra la discriminación, la xenofobia y el racismo (INADI), dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, ha publicado en el mes de julio del corriente año estadísticas sobre las denuncias recibidas en todo el país por actos de discriminación, incluyendo los referidos al nivel socioeconómico, en el periodo 2008-2019⁵. Paralelamente, el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC) ofrece datos oficiales sobre los índices de pobreza e indigencia de la población⁶.

Haya o no estadísticas oficiales, ¿otras entidades (ONG) recogen estos datos?

Tampoco entidades no gubernamentales recogen datos estadísticos sobre delitos motivados por el odio al pobre. Las encuestas y sus resultados se ciernen sobre el índice de pobreza, sin relación con la criminalidad por aporofobia⁷.

¿Las estadísticas oficiales sobre-representan los delitos de bagatela mientras que infra-representan los delitos de cuello blanco?

A partir del propio diseño de las estadísticas oficiales es dable inferir tal sobre-representación: el último informe disponible sobre Estadísticas Criminales de la República Argentina elaborado por la Dirección Nacional de Estadística Criminal dependiente del Ministerio de Seguridad de la Nación, en el marco del Sistema Nacional de Información Criminal (año 2019), abarca treinta y dos categorías. Los delitos de hurto, robo simple, y robo calificado por el resultado —lesiones y/o muerte— conforman, cada uno en particular, una categoría de análisis específica, y lo propio ocurre con las respectivas tentativas. Frente a ello, la extorsión, las estafas, las restantes defraudaciones, la usura, la quiebra y demás deudas punibles, la usurpación y los daños se incluyen en una sola clase, bajo el título “otros delitos contra la propiedad”⁸. El hecho de que aquellas tres modalidades delictivas, junto con el abigeato —tipificado por separado, por capricho del legislador—, cuenten hoy, nada menos que, con veintiséis figuras calificadas en el Código Penal habla por sí solo de la hipertrofia punitiva reinante sobre el tópico y enlaza con el peculiar sistema contable referido.

2. Consideración de la aporofobia como motivo discriminatorio que puede agravar otros tipos penales

¿El Código Penal recoge, en general, la agravante de discriminación por diversos motivos (raza, religión, identidad sexual, etc.)?

Como se anticipó en el primer apartado de esta encuesta, la ley específica —nº 23.592— prevé, en su artículo 2º, un aumento de la escala penal —un tercio del mínimo y un medio del máximo, sin exceder del máximo legal de la especie de pena de que se trate— cuando el delito fuere cometido “*por persecución u odio a una raza, religión o nacionalidad, o con el objeto de destruir en todo o en parte a un grupo na-*

cional, étnico, racial o religioso”. Y el artículo 3º incorpora dos tipos legales: reprime con prisión de un mes a tres años, a “*los que participaren en una organización o realizaren propaganda basados en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma*”, y prevé igual penalidad para “*quienes por cualquier medio alentaren o iniciaren (sic) a la persecución o el odio contra una persona o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas*”.

En caso afirmativo, ¿se menciona expresamente la discriminación por la situación de pobreza/exclusión de la víctima?

Tal como se señaló en el primer apartado y se desprende de la respuesta anterior, no se incluye en los preceptos con respuesta penal la discriminación basada en la situación de pobreza y/o exclusión de la víctima. Tampoco se hacen referencias genéricas a la situación socioeconómica, condición social, o vulnerabilidad.

En caso afirmativo, indique algunas sentencias recientes donde se aplique.

Queda respondido precedentemente.

Si su Código Penal no recoge este motivo discriminatorio, ¿hay, no obstante, alguna propuesta de reforma?

El Anteproyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación, elaborado por la Comisión presidida por el Profesor E. Raúl Zaffaroni, creada por Decreto del Poder Ejecutivo nº 678/2012, definió, en el artículo 63, los conceptos “*discriminación*” y “*discriminatorio*”, aludiendo a “*toda distinción, exclusión, restricción o cualquier otra conducta que implique jerarquización de seres humanos basada en religión, cosmovisión, nacionalidad, género, orientación e identidad sexual, condición social, filiación o ideología política, características étnicas, rasgos físicos, padecimientos físicos o psíquicos, discapacidad, prejuicio racial o cualquier otro semejante.*” En la Parte Especial de dicha iniciativa, que no logró el debido trámite parlamentario, se incluían las “razones discriminatorias” como circunstancia de agravación del homicidio y de las lesiones (arts. 77 y 94, respectivamente), al tiempo que, entre los delitos contra el orden público, el artículo 211 pre-

veía, como delito autónomo, la incitación a la violencia y a la discriminación⁹. Cuadra destacar que, en un proyecto posterior de reforma integral, elaborado por la Comisión creada por el Decreto del Poder Ejecutivo n° 1037/17 y que tampoco ha logrado ser sometido a debate parlamentario, no se introdujo una definición similar.

Existen iniciativas puntuales de reforma del régimen actual sobre la materia. Uno de ellos, presentado bajo el expediente Nro. 0419-D-2020, propicia la derogación de la ley 23592 e impulsa, como agravante para todos los delitos, su comisión por persecución u odio, incluyendo, entre las motivaciones, “la situación socioeconómica, la situación social y el origen social”¹⁰. Otro, identificado bajo el expediente Nro. 4135-D-2020, se limita a reformar aquella ley especial, incluyendo, como fundamento de la elevación de la escala penal prevista en el actual artículo 2°, la persecución u odio a un grupo étnico en particular, identidad de género, orientación sexual o situación de vulnerabilidad extrema, motivos que también pugna por incorporar en la redacción de las figuras del artículo 3°¹¹.

3. En la parte general del Código Penal, ¿existen fórmulas para mitigar la pena de quien comete un hecho tipificado como delito cuando lo hace, precisamente, por su condición de pobre /excluido?

Por ejemplo, ¿se podría aplicar el “estado de necesidad” como causa de justificación a, por ejemplo, hurtos mínimos, ocupación de bienes inmuebles, ataques mínimos a la propiedad intelectual, etc.? Tanto en caso afirmativo como negativo, indique alguna sentencia reciente al respecto.

Se responde en el orden propuesto. En el Código Penal argentino, dentro de las reglas de dosimetría penal, se incluye, como atenuante particular, la calidad de los motivos que determinaron al autor a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos¹²; pero no se prevé una reducción más allá del mínimo legal. Sin embargo, algunos tribunales han aplicado, en casos concretos, penas inferiores al mínimo de la escala penal correspondiente (perforación del mínimo legal), apelando al principio de proporcionalidad y a los conceptos de inequidad manifiesta y apartamiento írrito del principio de igualdad¹³.

Sin perjuicio de lo expuesto, el artículo 34, inc. 3° del mismo cuerpo de leyes prevé el estado de necesidad justificante, según el cual no es punible quien causare un mal por evitar otro mayor, inminente, al que ha

sido extraño, lo que supone una diferencia esencial de afectación entre el mal que se provoca y aquel que se pretende evitar¹⁴.

¿Se recoge alguna causa de exclusión de la culpabilidad que pudiera ser aplicable a quien comete un delito por su condición de exclusión social, cuando no sea posible aplicar una causa de justificación? En caso afirmativo, ¿puede citar alguna sentencia

El artículo 34, inciso 2°, del Código Penal estatuye el llamado estado de necesidad exculpante, al desechar la punibilidad en caso que el sujeto hubiera actuado bajo “amenazas de sufrir un mal grave e inminente”. En relación al tema que nos ocupa, la norma en cuestión puede aplicarse ante cuadros en los que la particular situación del autor, en términos de exclusión social o extrema vulnerabilidad, funciona como un claro supuesto de coacción, tornando inexigible el obrar conforme a la ley¹⁵.

4. En la parte especial del Código Penal, identifique manifestaciones del Derecho penal de la aporofobia en relación con la criminalización de conductas de escasa lesividad

Por ejemplo, para el caso español se podrían mencionar la tipificación del top-manta (venta callejera de productos falsificados), la criminalización del narcomenudeo y la criminalización de las conductas que favorecen la inmigración.

En el sistema jurídico penal argentino, un ejemplo de la criminalización de hechos de escasa lesividad lo proporciona la ley de tenencia y tráfico de estupefacientes (23.737). La norma abarca desde la simple tenencia, incluyendo la destinada al uso personal¹⁶, hasta la siembra, cultivo, transporte, preparación, comercio, suministro y demás comportamientos. Las escalas penales son de un mes a dos años de prisión, en el caso de la tenencia para consumo personal, de uno a seis años, para la simple tenencia, y de cuatro a quince años para el resto de las conductas mencionadas, sin incluir aquí las circunstancias agravantes. Lo esencial, a los fines del presente informe, es que la Dirección Nacional de Estadística Criminal, ya citada, menciona al respecto que el 53,7% de las infracciones detectadas estuvieron relacionadas con la tenencia simple atenuada para uso personal de estupefacientes, el 12,5% con la tenencia simple y 22,7% con otros delitos previstos en dicha norma¹⁷.

Cabe consignar, análogamente, ciertas figuras insertas en la ley argentina 25871 de política migratoria, como la de quien facilita la permanencia ilegal de extranjeros con el fin —difusamente descrito en el tipo legal— de “obtener directa o indirectamente un beneficio”¹⁸; así como la de contrabando simple, prevista en el Código Aduanero, que conmina con igual sanción acciones u omisiones de muy diverso grado de lesividad, dando lugar a situaciones de criminalización desatinadas, a la luz de principios básicos como los de racionalidad y proporcionalidad¹⁹.

5. En la parte especial del Código Penal, señale si se aprecia una insuficiente protección de los bienes jurídicos de las personas en situación de pobreza / exclusión / vulnerabilidad

Explique si hay conductas contra colectivos vulnerables que no tienen (suficiente) reproche penal pese a afectar a bienes jurídicos dignos de tutela penal. Como paradigma de colectivo vulnerable están los migrantes en situación irregular y, aún más, las mujeres migrantes en situación irregular. ¿Qué delitos existen, por ejemplo, en relación con la vulneración de sus derechos laborales? ¿Se castiga la trata de seres humanos con fines de explotación laboral y sexual?

Tanto la explotación sexual como laboral se encuentran previstas y penadas en nuestro ordenamiento. El artículo 127 del Código Penal prevé la explotación económica del ejercicio de la prostitución²⁰; el artículo 140, la reducción a la servidumbre²¹; el artículo 145 bis, la trata de personas²², y el 148 bis, la explotación del trabajo infantil²³.

En relación al ámbito de protección de colectivos vulnerables, desde el comienzo de este informe se ha puesto en evidencia la insuficiencia de la ley 23.592 para la protección contra las conductas discriminatorias en general y las motivadas por pobreza, indigencia o exclusión de las víctimas en particular. En este sentido, las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en situación de vulnerabilidad²⁴ señalan el camino a seguir, al incluir a la pobreza como “causa de exclusión social, tanto en el plano económico como en los planos social y cultural” [que] “supone un serio obstáculo para el acceso a la justicia especialmente en aquellas personas en las que también concurre alguna otra causa de vulnerabilidad”, por lo cual dispone la promoción de la cultura o alfabetización jurídica de las personas en situación de pobreza, así como las condiciones para mejorar su efectivo acceso al sistema de justicia²⁵.

6. En su Código Penal, ¿hay un tratamiento específico de la situación de vulnerabilidad de la víctima?

Ejemplo, ¿el abuso de vulnerabilidad es medio comisivo en algunos delitos? ¿es una circunstancia agravante?

La situación de vulnerabilidad de la víctima opera como un requisito del tipo o como circunstancia agravante, en diversas figuras delictivas.

En el delito de usura (artículo 175 bis del Código Penal) compone la descripción del tipo legal el aprovechamiento de la necesidad, ligereza o inexperiencia del sujeto pasivo²⁶.

En el delito de promoción o facilitación de la prostitución, se considera entre las circunstancias agravantes el abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad (artículos 125 bis y 126 del Código Penal)²⁷. Y, tal como surge de las respuestas al apartado anterior, el mismo tratamiento recibe en el delito de explotación económica del ejercicio de la prostitución.

También se prevé como agravante del delito de trata de personas, descrito como el ofrecimiento, captación, traslado, recibimiento o acogida de personas con fines de explotación (artículos 145 bis y 145 ter del Código Penal)²⁸.

Por fin, la llamada “Ley de Víctimas” —nº 27372— cuyo objeto es el reconocimiento y la protección de los derechos y garantías de las personas víctimas de delitos, incluye en su artículo 4º, inciso b, un enfoque diferencial, según el cual las medidas de ayuda, atención, asistencia y protección de la víctima se adoptarán atendiendo al grado de vulnerabilidad que ella presente, entre otras causas, en razón de la edad, género, preferencia u orientación sexual, etnia, condición de discapacidad u otras análogas, y el artículo 6º obliga a las autoridades a prestar particular atención a la víctima que presente tales condiciones de vulnerabilidad²⁹.

Notas

1 La Profesora Mariana Trebisacce (UBA) preparó, con su habitual solvencia, el primer borrador de este informe.

2 Publicada en el B.O. de 5/9/1988.

3 El artículo 1º de la ley de mención reza así: “Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”.

4 Registro Nacional de Femicidios (sic) de la Justicia Argentina, elaborado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación <https://www.csjn.gov.ar/omrecopilacion/omfemicidio/homefemicidio.html>. Unidad de Registro, Sistematización y Seguimiento de Femicidios (sic) y Homicidios agravados por el género (URSSF), dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos <http://datos.jus.gov.ar/dataset/registro-sistematizacion-y-seguimiento-de-femicidios-y-homicidios-agravados-por-el-genero>.

5 De acuerdo a los datos recogidos por dicho Instituto, las denuncias relativas a discriminación por condición socioeconómica en dicho periodo alcanzan el 3,1 % del total registrado. Puede consultarse en: https://www.argentina.gov.ar/sites/default/files/29062020_denuncias_2008-2019_final_12-6_1.pdf

6 Bajo la línea de pobreza se computan los hogares cuyos miembros carecen de la capacidad de satisfacer —por medio de la compra de bienes y servicios— un conjunto de necesidades alimentarias y no alimentarias consideradas esenciales; bajo la línea de indigencia se hallan los hogares que no cuentan con ingresos suficientes como para cubrir una canasta de alimentos suficiente para satisfacer un umbral mínimo de necesidades energéticas y proteicas. Los resultados del primer semestre de 2020 pueden consultarse en el siguiente sitio oficial: https://www.indec.gov.ar/uploads/informesdeprensa/eph_pobreza_01_200703093514.pdf

7 Una de las más importantes e influyentes es la que realiza el Observatorio de la Deuda Social Argentina, centro de investigación, extensión y formación de recursos humanos de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, que funciona desde el año 2001. V. en <http://uca.edu.ar/es/observatorio-de-la-deuda-social-argentina/sobre-el-observatorio>.

8 V. en el sitio <https://estadisticascriminales.minseg.gov.ar/>

9 "ARTÍCULO 211. Incitación a la violencia y a la discriminación 1. Será reprimido con prisión de UNO (1) a TRES (3) años, el que públicamente incitare a la violencia colectiva contra grupos de personas o instituciones, por la sola incitación. 2. El máximo de la pena de prisión será de CINCO (5) años cuando la incitación fuere contra personas o instituciones identificadas por su vecindad, por su filiación política o deportiva o por cualquier distinción discriminatoria. 3. La pena será de prisión de SEIS (6) meses a DOS (2) años para quien realizare propaganda justificando o promoviendo cualquier forma de discriminación de personas o instituciones en razón de las circunstancias señaladas en el inciso anterior."

10 "ARTÍCULO 28. Agravantes genéricos. Incorporáse al Título V del Libro Primero del Código Penal como art. 41º sexies el siguiente texto: "Art. 41º sexies. Elévese en un tercio el mínimo y en un medio el máximo de la escala penal de todo delito reprimido por este Código o leyes complementarias, cuando sea cometido por persecución u odio bajo pretexto de etnia, color de piel, nacionalidad, nacimiento, origen nacional, lengua, idioma o variedad lingüística, convicciones religiosas o filosóficas, ideología, opinión política o gremial, género, identidad de género y/o su expresión y/o su percepción, orientación sexual, edad, estado civil, situación familiar, responsabilidad familiar, trabajo u ocupación, caracteres físicos, discapacidad, condición de salud, características genéticas, situación socioeconómica, condición social, origen social, hábitos sociales o culturales, lugar de residencia, situación penal o antecedentes penales. En ningún caso se podrá exceder el

máximo legal de la especie de pena de que se trate. Este agravante no será aplicable cuando la circunstancia mencionada ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate".

11 "Artículo 2º. Modifíquese el artículo 2º de la Ley 23.592, el que quedará redactado de la siguiente manera: "Artículo 2º: Elévese a un tercio el mínimo y en un medio el máximo de la escala penal de todo delito reprimido por el Código Penal o Leyes complementarias cuando sea cometido por persecución u odio a un grupo étnico particular, religión, nacionalidad, identidad de género, orientación sexual o situación de vulnerabilidad extrema o con el objeto de destruir en todo o en parte a un grupo nacional, étnico o religioso. En ningún caso se podrá exceder el máximo legal de la especie de pena de que se trate." Artículo 3º. Modifíquese el artículo 3º de la Ley 23.592, el que quedará redactado de la siguiente manera: "Artículo 3º: Serán reprimidos con prisión de un mes a tres años los que participaren en una organización o realizaren propaganda basados en ideas o teorías de superioridad de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación étnica o religiosa en cualquier forma. En igual pena incurrirán quienes por cualquier medio alentaren o iniciaren a la persecución o el odio contra una persona o grupos de personas a causa de su pertenencia étnica, religión, nacionalidad, identidad de género, orientación sexual, ideas políticas o situación de extrema vulnerabilidad."

12 Código Penal. "Artículo 40. En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condena de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente." "Artículo 41. A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta: 1º La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados; 2º. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso."

13 Entre otros antecedentes: causa n° 16261, "Ríos, Mauricio David s/recurso de casación", 16 abril de 2013, Sala Segunda de la Cámara Federal de Casación Penal; fallo n° 477, audiencia de juicio de la 2ª. circunscripción judicial, Juez Unipersonal: Dr. Fabricio Losi. General Pico, La Pampa, 8 de julio de 2015, en causa "Ministerio Público Fiscal c/Sartori, Sandro Alfredo: Jofré, Walter Darío; Juárez, Ángel Francisco; Juárez, Ángel Fabián (m) s/Abigeato Agravado". Legajo N° 13604.

14 En un fallo dictado el 8 de agosto de 2019, causa n° 12.570, "Rodríguez, M.C.", el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy resolvió absolver a una imputada por el delito de transporte de estupefacientes, apelando al fundamento del estado de necesidad justificante. Se trataba una mujer víctima de violencia de género, empleada doméstica, sostén de su hogar. Su hija menor sufría una malformación congénita que requería una cos-

tosa cirugía reconstructiva de manera urgente. En ese contexto y mientras trabajaba en la limpieza de la casa de una persona conocida, le ofreció el traslado de un paquete de droga a la provincia de Córdoba, prometiéndole el pago de setecientos dólares. El Tribunal sostuvo: "... no puede perderse de vista la particularidad que presenta el tipo por el que viene acusada a juicio, de los denominados de peligro abstracto, y el bien jurídico tutelado por la norma. Ante la realidad de una madre... que sufre en carne propia las limitaciones de su hija a diario, como mal que intenta proteger, la salud pública se presenta como un valor que se desdibuja, que quizá ni siquiera llegó a representarse..." Empero, el 19 de diciembre del mismo año, la Cámara Federal de Casación Penal, resolvió, por mayoría, hacer lugar a la impugnación deducida por el representante del Ministerio Público Fiscal, y condenar a Rodríguez por el delito mencionado, devolviendo las actuaciones a fin de que se realizara la audiencia de determinación de pena. Los miembros de la mayoría opinaron que no se daban en el caso las circunstancias propias del estado de necesidad justificante. Corresponde añadir que hubo una presentación de magistrados del Ministerio Público de la Defensa, en calidad de "*amicus curiae*", abordando las cuestiones relativas a la violencia de género de la que era víctima la imputada.

15 En la causa caratulada "Gómez", n.º 1308, del Juzgado Federal de Río Gallegos (Santa Cruz), se sobreseyó a una imputada del delito de transporte de estupefacientes, víctima, a su vez, del delito de trata de personas, recordando que "*no hay delito en caso de comprobarse que, en el caso concreto, el autor no tuvo libertad para decidir. Cabe citar en este sentido el contenido del art. 34 inc. 2º de nuestro código de fondo,...*" V. <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Forms/DispForm.aspx?ID=3043&source=https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/jurisprudencia/forms/voces.aspx?voces=ESTADO%20DE%20N>

16 Es oportuno mencionar el fallo "Arriola, Sebastián y otros" del 25 de agosto del 2009, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el que se sostuvo, en relación a la tenencia para consumo personal, que "el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 debe ser invalidado, pues conculca el artículo 19 de la Constitución Nacional, en la medida en que invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales. Por tal motivo se declara la inconstitucionalidad de esa disposición legal, en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros" (del voto de la Dra. Elena Highton de Nolasco). Ese argumento y el de la racionalidad de los actos de gobierno, derivado de la forma republicana de gobierno (CN, art. 1º) condujeron al autor de este informe, en sus años de juez de instrucción, a sobreseer definitivamente diversos casos de esa misma índole.

17 Informe sobre Estadísticas Criminales de la República Argentina elaborado por la Dirección Nacional de Estadística Criminal, dependiente del Ministerio de Seguridad de la Nación (año 2019). V. en el sitio <https://estadisticascriminales.minseg.gov.ar/reports/Informe%20Nacional%20Estadisticas%20Criminales%202019.pdf>

18 Ley 25.871 (B.O. 21/1/2004), artículo 117. V. en <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/90000-94999/92016/texact.htm>

19 Ley 22415 (B.O. 23/3/1981), art. 864. http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16536/Ley22415_Titulo_preliminar.htm

20 "ARTÍCULO 127. Será reprimido con prisión de cuatro (4) a seis (6) años, el que explotare económicamente el ejercicio de la prostitución de una persona, aunque mediare el consentimiento de la víctima. La pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias: 1. Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima. ..."

21 "ARTÍCULO 140. Serán reprimidos con reclusión o prisión de cuatro (4) a quince (15) años el que redujere a una persona a esclavitud o servidumbre, bajo cualquier modalidad, y el que la recibiere en tal condición para mantenerla en ella. En la misma pena incurrirá el que obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados o a contraer matrimonio servil".

22 "ARTÍCULO 145. Será reprimido con prisión de dos a seis años, el que condujere a una persona fuera de las fronteras de la República, con el propósito de someterla ilegalmente al poder de otro o de alistarla en un ejército extranjero".

23 "ARTÍCULO 148. Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que indujere a un mayor de diez años y menor de quince, a fugar de casa de sus padres, guardadores o encargados de su persona".

24 Aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana el 6 de marzo de 2008, en la capital brasileña http://anterior.cumbrejudicial.org/html-cumbres/xiv_cumbre_judicial/asamblea.html

25 V. [www.jus.gov.ar › media › 1d1-13_documento](http://www.jus.gov.ar/media/1d1-13_documento)

26 "ARTÍCULO 175 bis. El que, aprovechando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de una persona le hiciera dar o prometer, en cualquier forma, para sí o para otro, intereses u otras ventajas pecuniarias evidentemente desproporcionadas con su prestación, u otorgar recaudos o garantías de carácter extorsivo, será reprimido con prisión de uno a tres años y con multa de pesos tres mil a pesos treinta mil. La misma pena será aplicable al que a sabiendas adquiriere, transfiriere o hiciera valer un crédito usurario. La pena de prisión será de tres a seis años, y la multa de pesos quince mil a pesos ciento cincuenta mil, si el autor fuere prestamista o comisionista usurario profesional o habitual".

27 "ARTÍCULO 125 bis. El que promoviere o facilitare la prostitución de una persona será penado con prisión de cuatro (4) a seis (6) años de prisión, aunque mediare el consentimiento de la víctima"; "ARTÍCULO 126. En el caso del artículo anterior, la pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias: 1. Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima..."

28 "ARTÍCULO 145 bis. Será reprimido con prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, el que ofreciere, captare, trasladare, recibiere o acogiere personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países, aunque mediare el consentimiento de la víctima."; "ARTÍCULO 145 ter.

En los supuestos del artículo 145 bis la pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión, cuando: 1. Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima....”.

29 B.O. 13/7/2017.V. em <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/275000-279999/276819/norma.htm>

Brasil

Alexis Couto de Brito

Jenifer Moraes

Universidade Mackenzie. Sao Paulo

1. Estadísticas sobre conductas aporóforas en el ámbito penal

En Brasil, no tenemos datos oficiales sobre delitos motivados por el odio a los pobres, ni estadísticas extraoficiales. Hay casos en la prensa de homicidios y agresiones a las personas que viven en las calles. El tema aún es poco debatido y las principales estadísticas presentadas se relacionan con el tipo de delito, la raza y la edad de las víctimas.

2. Consideración de la aporofobia como motivo discriminatorio que puede agravar otros tipos penales

En cuanto al reconocimiento de la insignificancia, la jurisprudencia brasileña suele estar guiada por criterios establecidos por el Supremo Tribunal Federal, a saber: infracción mínima de la conducta del agente, ausencia de peligrosidad social de la acción, muy bajo grado de reprochabilidad de la conducta y la inexpressividad del daño jurídico causado. A pesar de esto, todavía no existe una aplicación uniforme del instituto a los diferentes tipos de sanciones. Generalmente se reconoce la insignificancia en los casos de hurto, es decir, un delito cometido sin violencia o amenaza grave, solo cuando la cantidad o bien sustraído no supera el 10% del salario mínimo del país (aproximadamente 20 euros).

En otros casos, si bien el agente ha cometido un acto cuya relevancia es mínima en ofensividad o incluso cuando ha cometido el delito para mantener su propia supervivencia, observamos que los tribunales han considerado la conducta como típica, no admitiendo por lo tanto la caracterización de la insignificancia de la conducta. Como ejemplos, podemos señalar las condenas por infracción de derechos de autor por la venta

de CD pirateados en la calle, por tráfico de drogas de las llamadas “mulas” o, incluso, condenas por robo de bienes de primera necesidad que, en conjunto, superan el valor 10% del salario mínimo o cuando el imputado sea reincidente.

Otra práctica judicial común es imponer a los pobres una sentencia más severa que la que establece la ley con relación al régimen de cumplimiento de la pena. El código penal brasileño estipula que para las penas de prisión que no superen los 4 años, el régimen de cumplimiento debe ser el abierto. Sin embargo, en la práctica, los jueces condenan al imputado a un régimen semiabierto o incluso cerrado en los casos de hurto y robo que son los más practicados por los desfavorecidos. La discriminación es visible cuando comparamos estos casos con otros reos que han sido condenados a penas similares, pero que son practicados por miembros de clases sociales más favorecidas, como el defraudador y otros estafadores, que rara vez someten al imputado a algún período de restricción de su libertad ambulatoria.

3. En la parte general del Código Penal, ¿existen fórmulas para mitigar la pena de quien comete un hecho tipificado como delito cuando lo hace, precisamente, por su condición de pobre /excluido?

El Código Penal brasileño no tiene una disposición expresa para la condición de ser pobre o excluido.

Sin embargo, existen artículos que se pueden aplicar en tales situaciones. Este es el caso del artículo 59 (circunstancias judiciales), la mitigación genérica del artículo 66 y el estado de necesidad previsto en el artículo 23.

La redacción del artículo 59 permite al juez considerar, para determinar el nivel mínimo de pena, la culpabilidad, los motivos y las circunstancias del delito. El juez sería libre de considerar, por tanto, cualquier circunstancia que considere relevante para beneficiar al imputado, incluida su situación social. Sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria entienden que no se puede rebajar la pena mínima prevista para el delito en la parte especial, lo que en la práctica hace que el dispositivo sea inocuo y la situación de pobreza termine siendo ignorada.

El artículo 66 establece que la pena puede reducirse por una circunstancia relevante, anterior o posterior al delito, aunque no esté expresamente prevista por la ley. También en este caso, el texto legal permite considerar la situación de exclusión social del imputado, pero la disposición adolece de la misma comprensión de juris-

prudencia para el artículo 59, y si la pena se mantiene en el mínimo legal, no se permite su reducción.

En cuanto al estado de necesidad, el Supremo Tribunal Federal ya reconoció la práctica del hurto “familiar” (cometido para saciar el hambre) como ejemplo de este tipo de excluyente de la ilicitud. Sin embargo, para limitar su admisión, los tribunales suelen vincular su reconocimiento a la insignificancia del bien y, a veces, se requiere que el agente haya consumido el alimento inmediatamente después de la sustracción, lo que hace que la absolución sea prácticamente imposible, especialmente en caso de la carne, que obviamente requiere preparación. La única predicción expresa del estado de necesidad familiar en nuestra legislación está en la ley de delitos ambientales (9605/98), en el inciso I del artículo 37, que establece que la matanza de animales no es delito, cuando se realice para satisfacer el hambre del agente o de tu familia.

Actualmente, tampoco tenemos un proyecto de ley para cambiar este escenario. El 12 de junio de 2020 se presentó a la Cámara de Diputados el Proyecto de Ley 3271/2020 para tipificar como delito “los actos cometidos contra una persona como consecuencia de su condición de pobreza, denominada como aporofobia”, calificando la pena por el delito de asesinato, e de injuria por odio a la pobreza de la víctima, y aumentando la pena de lesiones corporales por la misma condición. El proyecto, sin embargo, fue retirado el 22 de junio de 2020 por el propio proponente.

4. En la parte especial del Código Penal, identifique manifestaciones del Derecho penal de la aporofobia en relación con la criminalización de conductas de escasa lesividad

En Brasil, la criminalización de conductas que a priori ya muestran poca lesión es extensa y afecta tanto a los delitos contra la propiedad como a los relacionados con los derechos de autor y la asistencia familiar. Como ejemplo, tenemos el hurto de energía eléctrica que generalmente practican los habitantes de comunidades pobres del país, previsto en el párrafo 3 del artículo 155 del Código Penal, que conlleva a una pena de uno a cuatro años y una multa.

En cuanto a la protección de los derechos de autor, contamos con la disposición del artículo 184 que tipifica la conducta de “vulneración de los derechos de autor y sus afines” y la sanción prevista por este delito es de 3 meses a un año o multa. Este delito aún tiene una modalidad calificada en su §1º que combina la pena de dos a cuatro años para el que reproduzca la obra total

o parcialmente, con ánimo de lucro o, en el §2º con la misma pena para quien vende, exponer a la venta, alquilar, adquirir ocultar o tener en depósito original o copia de obra sin autorización expresa u obtenida en violación de derechos de autor.

5. En la parte especial del Código Penal, señale si se aprecia una insuficiente protección de los bienes jurídicos de las personas en situación de pobreza / exclusión / vulnerabilidad

La explotación de seres humanos en Brasil generalmente se castiga con penas elevadas, ya sea con fines sexuales o laborales. El artículo 149 del Código Penal brasileño prevé el delito de reducir a una persona a una condición análoga a la esclavitud, ya sea sometiéndola a trabajos forzados o largas jornadas de trabajo, o sometiéndola a condiciones de trabajo degradantes, o restringiendo, por cualquier medio, su movilidad por deudas contraídas con el empleador o agente. La pena impuesta por este delito es de prisión de dos a ocho años y multa. Ya en el artículo 149-A, tenemos la tipificación de gestionar, tentar, captar, transportar, trasladar, comprar, hospedar o acoger a una persona, mediante una grave amenaza, violencia, coacción, fraude o abuso, con el fin de someterla a labores en condiciones análogas a la de una esclava (ítem II), someterla a cualquier tipo de servidumbre (ítem III) o explotación sexual (ítem V). La pena impuesta por este delito es de prisión de cuatro a ocho años y multa.

En cuanto a la violación de los derechos laborales, las sanciones impuestas son generalmente mucho más leves, permitiendo la suspensión condicional del proceso. Como ejemplo, tenemos el delito previsto en el artículo 203, que tipifica “frustrar, mediante fraude o violencia, el derecho garantizado por la legislación laboral”. La pena por delito es de uno a dos años de prisión además de la pena por violencia; y el artículo 207, que a su vez prevé la sollicitación de trabajadores para llevarlos de un lugar a otro en el territorio nacional y la pena es de uno a tres años y multa.

6. En su Código Penal, ¿hay un tratamiento específico de la situación de vulnerabilidad de la víctima?

En el Código Penal brasileño, las causas de aumento de penas o predicciones específicas sobre la condición de vulnerabilidad de la víctima se restringen a las situaciones de edad, sexo, discapacidad mental o estado mental. Las situaciones de relaciones sexuales con menores de 14 años o la prostitución de menores de 18

años conllevan altas penas. Existe una ley para proteger la violencia intrafamiliar contra la mujer y en la parte general y especial del Código Penal, varias disposiciones que agravan o aumentan la pena por motivos de vejez y discapacidad física.

Costa Rica

Dra. Angie A. Arce Acuña

Doctora en Derecho Penal

Realizando Post-Doctorado en Universidad de Berlin

Introducción

La aporofobia se define como, “sentimiento de miedo y en una actitud de rechazo al pobre, al sin medios, al desamparado. Tal sentimiento y tal actitud son adquiridos. La aporofobia se induce, se provoca, se aprende y se difunde a partir de relatos alarmistas y sensacionalistas que relacionan a las personas de escasos recursos con la delincuencia y con una supuesta amenaza a la estabilidad del sistema socioeconómico”¹. El autor Andrade indica que, la aporofobia es un sentimiento de rechazo a los pobres, pues la situación en que se encuentran reclama a toda sociedad una responsabilidad que no se quiere asumir y la respuesta a esta cobranza es una devolución hacia a las víctimas de la culpa por la situación de pobreza en la cual se encuentran.

Costa Rica como una democracia modelo, y cuna de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, protege y resguarda la igualdad del ser humano sin distinción, y protección de sus derechos, de igual forma, a nivel general no se reportan casos concretos, sobre odio a los pobres.

Sin embargo, si existen gran cantidad de estudios a nivel nacional que nos pueden brindar un panorama más amplio sobre la situación actual en relación con los indicadores de pobreza y desempleo. En este sentido, el Estado de La Nación ha mostrado que “Las clases de más bajos recursos, como obreros agrícolas y otros trabajadores, junto con los obreros industriales, no registraron cambios significativos, en línea con el estancamiento de largo plazo que muestran sus ingresos desde hace tres décadas (...) Los más perjudicados son jóvenes, mujeres y personas con menores credenciales educativas, que laboran en los pocos sectores que generan puestos de trabajo, pero además en condiciones de informalidad y mala calidad del empleo”². En términos generales, este estudio muestra la situación tan complicada que afronta Costa Rica

respecto a la cantidad de personas que se encuentran en pobreza, este informe indicaba que el porcentaje de pobreza era de aproximadamente un 21% de la población, siendo que el 6% de esta se encontraba en pobreza extrema, sin embargo, debido al impacto de la pandemia conocida, se estima que estos índices aumentaron a un 30% y 8% respectivamente. Uno de los elementos centrales a destacar en este trabajo es lo relativo al móvil de los hechos delictivos, para lo cual el Observatorio de la Violencia en Costa Rica, ha hecho un importante análisis en el que concluye que “Estudiar los motivos que causan que una persona dé muerte a otra es de importancia para la creación de estrategias y políticas públicas dirigidas a la prevención y reducción de los homicidios. Existen numerosos motivos por los que las personas cometen homicidios, y cuando lo hacen ello suele obedecer a la interacción de múltiples móviles, si bien los niveles y las tendencias concernientes al homicidio indican que el vínculo entre homicidio y desarrollo socio económico es uno de los más claros”³. Rescatable es también lo que ha indicado la jurista costarricense Rosaura Chinchilla, quien en un artículo menciona que “A ello sumó el hecho de que se han identificado 21 comunidades costarricenses “abandonadas a la delincuencia”, donde “los jóvenes no tienen más opción, muchas veces, que meterse a este tipo de actividades”⁴.

Dentro de la ley procesal, se procura dar beneficios a los hurtos de bagatela, y delitos cometidos debido a necesidad o que se demuestre hambre. El Código Penal Costarricense, ha previsto esta situación desde la tipicidad, pues el artículo número 210 establece el supuesto de hecho en el que una persona hurta un bien de escaso valor para satisfacer una necesidad propia o de un familiar, lo que pena con una sanción de prisión sustancialmente inferior a la del hurto simple. Por otro lado, este mismo artículo indica que esta disposición será sin perjuicio de lo indicado en el artículo 27, el cual se refiere al estado de necesidad.

No comete delito el que, ante una situación de peligro para bien jurídico propio o ajeno, lesiona otro, para evitar un mal mayor, siempre que concurran los siguientes requisitos: a) Que el peligro sea actual o inminente; b) Que no lo haya provocado voluntariamente; y c) Que no sea evitable de otra manera. En virtud de esto, se entiende que estos hechos cometidos por personas pobres se solucionan al menos en la ley costarricense, desde las causas de justificación. Otro aspecto que se debe considerar es lo relativo al artículo 71 el cual se refiere a la fijación de las penas en general, los incisos b), c) d) y e) indican entre otras cosas que

las condiciones personales, elementos subjetivos, objetivos, la importancia de la lesión y los motivos determinantes, pueden eventualmente incidir en la fijación de la pena para el infractor. Dejando entender entonces que, en estos casos, si la conducta no se encontrara subsumida en un estado de necesidad, es posible que desde la culpabilidad se logre disminuir la pena del infractor que se encuentra en pobreza.

Por su parte, el Código Procesal Penal de Costa Rica también establece que Ministerio Público, quien es el que ejerce la acusación penal, puede evadir esta persecución aplicando lo que se denomina criterio de oportunidad, el cual faculta a este ente para que prescinda de la acción penal cuando el hecho carezca de importancia, mismo criterio de oportunidad que se entiende de la siguiente manera:

Artículo 22. Principios de legalidad y oportunidad

a) Se trate de un hecho insignificante, de mínima culpabilidad del autor o el partícipe o con exigua contribución de este, salvo que exista violencia sobre las personas o fuerza sobre las cosas, se afecte el interés público o el hecho haya sido cometido por un funcionario público en el ejercicio del cargo o con ocasión de él.

En Costa Rica la información oficial sobre las estadísticas de población penitenciaria es ofrecida por el Ministerio de Justicia y Paz, en el departamento de estadísticas podemos encontrar que se muestran datos y gráficas importantes respecto a los condenados e indiciados, sin embargo, estas estadísticas responden a elementos como el sexo, edades y causas. No se hace recuento de datos respecto al motivo subyacente de los delincuentes para cometerlos delitos.

En el Código Penal costarricense, tenemos en la parte general, un artículo que regula todo lo relativo a la imposición de las penas. Si embargo, en los tipos penales en particular también es posible encontrar agravantes y calificantes que requieran la imposición de una pena mayor al delincuente debido a elementos subjetivos como la discriminación por diversos motivos.

El artículo 71 de este cuerpo normativo refiere que las penas se fijarán atendiendo a la gravedad del hecho y la personalidad del partícipe, en sentido amplio, indica que podrán ser agravantes o atenuantes los elementos subjetivos del hecho punible, las circunstancias modales, y las condiciones personales del sujeto activo o de la víctima que hayan influido al cometer el delito. Por lo que podría fácilmente entenderse que en caso de que el motivo de la comisión de un delito sea el odio o rechazo a una persona por la condición de pobreza en

que esta se encuentra, cabría un mayor reproche, por lo que habría evidentemente una mayor penalidad del sujeto activo. Aunque el Código Penal realiza una indicación general de la posibilidad que tiene el juez para fijar la pena en función de los elementos subjetivos, circunstancias de modo y motivaciones especiales del sujeto activo, no indica de manera expresa la sanción especial para quien cometa los delitos basado directamente en sentimientos de rechazo u odio a la víctima por razones de pobreza.

Las sentencias principales que se han emitido en las que se pueden inferir elementos relacionados con la aporofobia, lejos de mostrar una discriminación especial para las personas en pobreza, han sostenido el criterio de igualdad jurídica entre las personas con altos y bajos recursos económicos. Algunas sentencias importantes han versado sobre situaciones en las que las personas en condición de pobreza hurtan bienes de escaso valor para satisfacer necesidades propias o de un familiar, lo que es claramente una conducta típica según el artículo 210 del Código Penal. Entender que la conducta no es antijurídica, a criterio del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal II Circuito Judicial de San José, sería arbitrario y dejaría en desprotección a las personas que poseen gran capital económico. Entonces partiendo de que efectivamente la conducta constituye delito, independientemente de las circunstancias económicas del sujeto activo; se ha tratado de brindar una protección y adecuación especial de la pena a la persona que comete este delito, en virtud de ello la mayoría de las sentencias establecen la pena mínima según sea días multa, prisión o alguna de las otras penas establecidas.

Entre las principales reformas que se plantean para el Código Penal en Costa Rica, se ha priorizado temas puntuales como la protección a las mujeres en delitos sexuales, recientemente se incorporó al código los delitos de acoso sexual callejero, y se ha avanzado también en la protección de personas adultas mayores, reconocimiento de los derechos de las personas previo al nacimiento, y hasta se ha extendido fuertemente la responsabilidad penal para quienes cometan delitos como el maltrato a animales. No obstante, la discriminación a las personas por su situación económica, como no ha sido un elemento que se haya podido encontrar presente de manera sustancial en los principales delitos de nuestro país; carece de voluntad político-criminal para convertirse en una circunstancia subjetiva que incrementaría la pena del agente. El artículo 210 del Código Penal contiene exactamente la situación que se ha venido utilizando como ejemplo, la cual se denomina hurto

por necesidad. El texto legal de manera literal indica que *“Se impondrá prisión de un mes a un año o de diez a sesenta días multa si el hecho consistiere en el apoderamiento de alimentos u objetos de escaso valor para proveer a una necesidad propia o de un familiar sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 27.”* a) *Que el peligro sea actual o inminente;* b) *Que no lo haya provocado voluntariamente;* y c) *Que no sea evitable de otra manera.*

Si el titular del bien que se trata de salvar tiene el deber jurídico de afrontar el riesgo, no se aplicará lo dispuesto en este artículo.” De esta forma es que podemos entender que la prioridad en estos casos sería aplicar el estado de necesidad, ahora bien, esto obviamente no puede ser interpretado a la libre porque resultaría que todas las personas que tengan una necesidad económica se ampararían en este artículo para hurtar bienes de escaso valor sin ninguna consecuencia penal. Lo que se ha interpretado es que tienen que ser casos muy excepcionales en donde se pongan en riesgo bienes jurídicos de suprema importancia y que definitivamente no exista otra manera de evitar la lesión.

Observemos que la sentencia número 01283-2014, emitida por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal II Circuito Judicial de San José, ha dejado bastante claro efectivamente que no la conducta descrita, en la cual una persona en estado de pobreza hurta un bien de un supermercado, para la satisfacción de una necesidad de su hijo; no elimina la antijuricidad de la conducta, y que el ordenamiento jurídico no debe entrar en estos casos a hacer una valoración cuantitativa de la afectación al bien jurídico para determinar la existencia del delito, sino que con la mera constatación de que se afectó —por mínimo que sea— el patrimonio de la víctima, existiría entonces la antijuricidad tanto formal como material y se debe imponer sanción. *“Excluir estos casos del ámbito de protección de la norma —como propone la defensa— resultaría, en extremo arbitrario, porque dejaría al criterio del juzgador decidir cuándo es que el valor de la cosa sustraída da lugar a la antijuricidad material de la conducta. Tratándose del delito de hurto, el bien jurídico tutelado es la propiedad, derecho individual cuantificable, y su lesión, aunque sea leve o insignificante a los ojos de un tercero, sigue existiendo, por ello, la antijuricidad material no puede reducirse al monto o precio de los bienes que hurtó o intentó hurtar el agente.”*

Cabe indicar en principio que los delitos en los que podría entrarse a debatir la existencia del elemento culpabilidad o reproche hacia una persona en condición de

pobreza son únicamente aquellos delitos de contenido patrimonial muy limitado. Casi que podríamos decir que únicamente son los hurtos en los que procedería analizar a profundidad estas situaciones de estados de necesidad y exclusiones de la culpabilidad. En nuestro país, el Código es bastante claro respecto a la procedencia jurídica cuando se presentes estos delitos. Se desprende del tipo penal del hurto por necesidad o hurto atenuado que lo que podría analizarse sería la causa de justificación para excluir la responsabilidad penal, no obstante, no indica en este punto la posibilidad de eximir de pena al imputado por una exclusión de la culpabilidad.

Lo que es importante resaltar es que desde la normativa procesal sí se ha hecho referencia a posibilidad de que el Ministerio Público no proceda con la acción penal cuando los hechos muestren una culpabilidad mínima del agente. Al respecto, cabe aportar lo que ha indicado el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Guanacaste: *“En el plano procesal, el artículo 22 inciso a) del Código de rito permite extinguir la acción penal mediante un criterio de oportunidad cuando “Se trate de un hecho insignificante, de mínima culpabilidad del autor o el partícipe o con exigua contribución de este, salvo que exista violencia sobre las personas o fuerza sobre las cosas, se afecte el interés público o el hecho haya sido cometido por un funcionario público en el ejercicio del cargo o con ocasión de él”;* instituto que, sin embargo, depende en primer término de un acto decisorio y fundado del Ministerio Público (órgano a cargo de la persecución penal) que se someterá al conocimiento jurisdiccional. Puede observarse, entonces, que el ordenamiento jurídico prevé algunas vías sustantivas o procesales para frenar el uso irracional del sistema punitivo. “

En el Código Penal costarricense se ha separado de manera bastante clara lo que son los delitos de las contravenciones, estas últimas representan aquellas conductas que deben ser perseguidas por el sistema jurídico, pero con la particularidad de que como la afectación al bien jurídico es tan mínima, lo que procede más bien es una sanción que en ningún caso llegará a la imposición de una medida privativa de libertad, sancionándose principalmente con días multa.

En la parte especial del Código costarricense no se aprecian delitos que, pese a que la lesión al bien jurídico es mínima, se sancionen con prisión; únicamente podríamos decir que se vuelve ciertamente desproporcional el sistema penal en relación con el delito de hurto atenuado, que, pese a que como se ha mencionado, responde a situaciones de necesidad del agente, el lími-

te superior de la pena sigue siendo considerablemente alto respecto a la lesión que se provoca.

En el sistema penal costarricense, lejos de incurrir en desprotección de los bienes jurídicos de los individuos, sin importar su condición socioeconómica, sexo, preferencia sexual o religión; más bien ha incurrido en tiempos recientes en mostrar una política criminal que tiende a sobreprotegerlo todo. Elevando cada vez más las penas, creando nuevos delitos, extendiendo la responsabilidad penal incluso a personas jurídicas, et- cetera.

En todo caso, despenalizar por completo la conducta que lesionen bienes jurídicos que para la generalidad no representan mayor valor, sería arbitrario e incluso se podría dejar sin protección a aquellas personas que posean menos recursos. Es decir, si se estableciera, por ejemplo, que el jabón de baño no es un bien por el cual una persona debe responder penalmente en caso de hurto, argumentando que es un bien de mucha necesidad y de escaso valor; sería completamente arbitrario, puesto que se parte del valor económico que la generalidad de las personas le dan al bien en cuestión. Lo que puede suceder es que quizá un individuo con muy escasos recursos logró con mucho esfuerzo comprar un jabón para bañarse, y llega otra persona y le hurta este bien; si el Ministerio Público o el ordenamiento jurídico deciden no perseguir penalmente ese delito, se estaría dejando en desprotección y desamparo jurídico a la víctima que trabajó tanto por comprar el bien que para la mayoría representa un valor mínimo.

En resumen, podemos indicar que el sistema penal costarricense, compuesto por los jueces al emitir sus sentencias y desde la criminalización primaria encontrada en el Código Penal ha propiciado que se protejan de manera efectiva a las personas en condición de pobreza al establecer agravantes y penas sustancialmente mayores cuando el motivo de la comisión del delito sea por razones de discriminación por situación socioeconómica.

Notas

1 Emilio Martínez, Aporofobia, publicado en Glosario para una sociedad intercultural, (Valencia, Bancaja, 2002) p. 17.

2 Programa Estado de la Nación, Estado de la nación, Costa Rica, 2019, p. 38.

3 Observatorio de la Violencia, XII Informe Estadístico, Dirección General para la Promoción de la Paz y la Convivencia Ciudadana (DIGEPAZ). Ministerio de Justicia y Paz. San José. 2014, p. 12.

4 Semanario Universidad, Epidemia de homicidios reclama una solución integral, Vinicio Chacón, Universidad de Costa Rica. 2018.

España

Prof.ª Dr.ª Demelsa Benito Sánchez

Universidad de Deusto

1. Estadísticas sobre aporofobia y delito

Las estadísticas relativas a la criminalidad en España no son muy abundantes. Ante la escasa existencia de encuestas de victimización y de informes de delincuencia auto-revelada, las estadísticas oficiales de delitos registrados son consideradas como la principal fuente de información en este ámbito. El *Anuario estadístico del Ministerio del Interior*¹ ofrece información sobre hechos conocidos por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. En dicho documento no se aportan datos relacionados con delitos motivados por el odio o el rechazo al pobre, esto es, aporofobia². Para encontrarlos se debe acudir a otro documento elaborado también por el Ministerio del Interior, el *Informe de la evolución de los delitos de odio en España*, publicado anualmente desde 2013³. Este informe incluye, entre las motivaciones de los llamados delitos de odio, la aporofobia, yendo incluso más allá del propio Código Penal, que no recoge este motivo discriminatorio en la agravante del art. 22.4^a ni en los delitos de incitación al odio y a la violencia del art. 510. El informe se refiere a la aporofobia en los siguientes términos: “La motivación del hecho debe ser el odio o rechazo al pobre. Recoge aquellas expresiones y conductas de intolerancia referidas al ‘odio, repugnancia u hostilidad ante el pobre, el sin recursos y el desamparado’”⁴.

En los informes de 2013 a 2017, los motivos de odio son ocho: antisemitismo, aporofobia, creencias o prácticas religiosas, diversidad funcional, orientación o identidad sexual, racismo/xenofobia, ideología y discriminación por sexo/género. En esos años, el motivo “aporofobia” aparece siempre en penúltimo lugar, salvo en 2014, que aparece el último, en el total de incidentes contabilizados. En el año 2018 se añaden dos motivos nuevos de discriminación: generacional (esencialmente, gerontofobia) y por razón de enfermedad. La aporofobia aparece en el octavo lugar de los diez motivos de odio que se recogen en cuanto al número de casos reportados. En el informe del año 2019 se añade, como motivo, el antigitanismo, apareciendo la aporo-

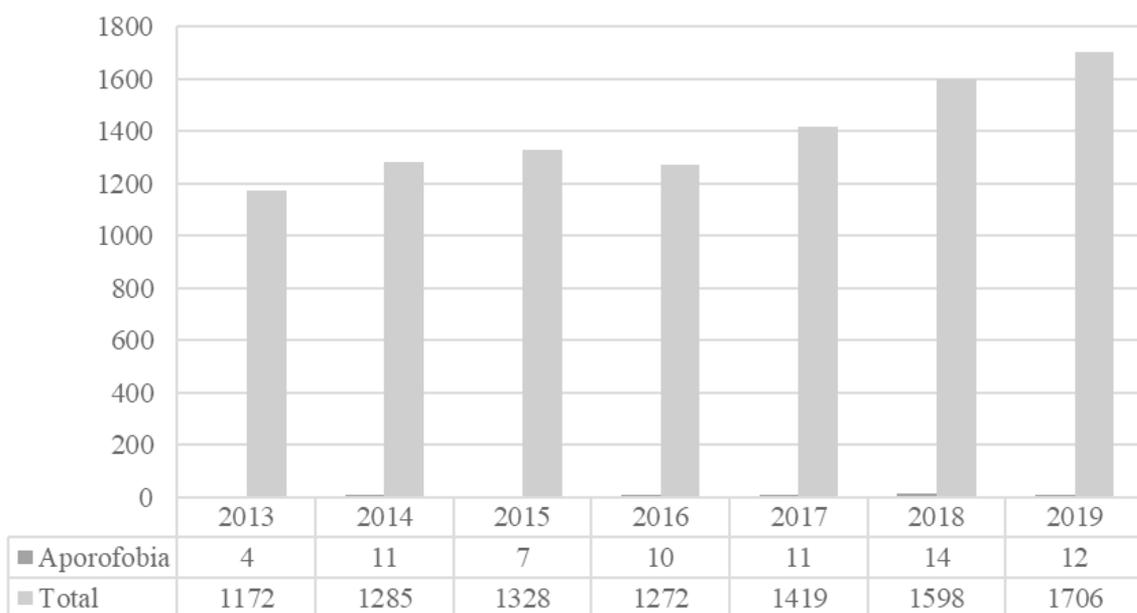
fobia en el octavo lugar de los once motivos recogidos. Los hechos padecidos por las personas que los comunicaron difieren de unos años a otros. Por ejemplo, en el informe del año 2019 se comunicaron los siguientes: amenazas, lesiones, daños, discriminación, otros contra la constitución, injurias, trato degradante, actos racistas, xenófobos e intolerantes en el deporte, coacciones y resto. En 2018 también se comunicaron hurtos. En 2016, delitos contra la libertad sexual (abuso y agresiones sexuales).

El análisis de los datos revela que los delitos de odio por razones de aporofobia son residuales respecto del

total (gráfico 1). Otra información que aporta el informe es que las tasas de esclarecimiento varían mucho entre unos años y otros, siendo la más alta del 90,9% en 2014, y la más baja del 41,2% en 2015. Los informes también ponen de manifiesto que la mayoría de las víctimas son hombres.

La limitación del *Informe de la evolución de los delitos de odio en España* es, como sucede en general con las estadísticas oficiales de delitos registrados por la policía, que no se refleja la llamada cifra negra, es decir, solo muestra los datos sobre ataques aporóforos denunciados⁵.

GRÁFICO 1. INDICENTES DE DELITOS DE ODIO



Fuente: MINISTERIO DEL INTERIO. *Informe de la evolución de los delitos de odio en España*, años 2013-2019.

En España también existen otras entidades, no gubernamentales, que ofrecen datos sobre ataques motivados por el odio o rechazo al pobre, al excluido, e incluso algunas, como el Observatorio Hatento, tratan de incluir la llamada cifra negra. El informe de esta entidad titulado *Los delitos de odio contra las personas sin hogar. Informe de Investigación*⁶, publicado en

2015 pone de manifiesto el problema de la aporofobia respecto del colectivo de personas sin hogar. En el informe se tuvieron en cuenta dos variables de partida. (1) La desigualdad estructural entre agresor y víctima, de modo que solo se contabilizaron los ataques llevados a cabo por personas que no se encontraban en una situación de sinhogarismo contra personas en

dicha situación. (2) La persona sin hogar debía sentir que la agresión estaba motivada por la intolerancia o prejuicios hacia su situación de sinhogarismo, como lo considera la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa⁷. De las personas sin hogar entrevistadas, más del 47% señaló haber sido víctima de un ataque aporófono, y entre ellas, más del 81% lo había sido en más de una ocasión⁸. Los ataques que se comunicaron fueron, de más común a menos común, insultos o tratos vejatorios, trato discriminatorio, agresión física, acoso o intimidación, robo, daños, timo y agresión sexual⁹. Cuando las personas fueron preguntadas por qué percibieron el ataque como aporófono, el 30,7% manifestó que el agresor se lo había dicho explícitamente, el 26,3% fue insultado haciendo referencia a la situación de pobreza o sinhogarismo, el 28,9% indicó que este tipo de ataques solos los sufren personas sin hogar, y el 35,1% señaló que había sido víctima porque el agresor le había percibido como persona más vulnerable o indefensa dada su situación de sinhogarismo¹⁰.

En resumen, las estadísticas oficiales ofrecen pocos datos sobre comportamientos delictivos motivados por la aporofobia. Son otras entidades las que se han encargado de sistematizar la información en relación con este tipo de ataques, como el Observatorio Hatento, aunque se centre en el fenómeno del sinhogarismo, lo cual limita la investigación, si bien no es extraño pensar que sea este colectivo el que más ataques aporófonos reciba.

Finalmente, en este apartado dedicado a las estadísticas, es menester señalar que los datos oficiales de delitos registrados por la policía adolecen del sesgo que ya apuntó Sutherland en los años treinta del pasado siglo en relación con la delincuencia de cuello blanco. El mencionado *Anuario Estadístico del Ministerio del Interior* ofrece datos, fundamentalmente, sobre la delincuencia tradicional, ignorando la delincuencia socioeconómica. En este sentido, por ejemplo, debe saberse que los clásicos delitos contra el patrimonio como el hurto y el robo aparecen bien detallados, dependiendo de sus modalidades comisivas. Sin embargo, no se recoge ningún apartado sobre delitos socioeconómicos, y ello pese a que el Título XIII del Libro II del Código Penal se denomine “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico”. El único delito que se menciona en el Anuario es el blanqueo de capitales. No aparecen datos, por ejemplo, sobre los delitos de fraude a la Hacienda Pública y a la Seguridad Social, genuinos delitos económicos.

2. La discriminación por aporofobia como agravante de la responsabilidad penal

En el Código Penal español, las circunstancias que pueden agravar la responsabilidad penal se ubican en el art. 22. Entre dichas circunstancias está la agravante de discriminación. Sin embargo, no cualquier motivo discriminatorio se acepta como agravante penal en la legislación española. Los motivos están tasados, y el principio de legalidad impide realizar una interpretación analógica que, por tratarse de una agravante, sería contraria a reo. El referido art. 22, en su párrafo cuarto, menciona los “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”. Como se puede observar, no aparece la aporofobia, lo que en la práctica obliga a jueces y tribunales a rechazar la aplicación de la circunstancia agravante cuando el delito se cometió motivado por la condición de pobreza de la víctima (*vid.* STS, Sala 2ª, 1160/2006, de 9 de noviembre).

Ante la imposibilidad de aplicar la agravante del mencionado art. 22.4ª CP, en ocasiones los jueces y tribunales han optado por considerar algunos comportamientos aporófonos como delitos contra la integridad moral, apreciando así un concurso de delitos entre el art. 173.1 CP y el delito correspondiente, normalmente, de lesiones (*vid.*, por ejemplo, la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 7 de Barcelona de 16 de enero de 2017), en un caso en el que el autor se dirigió hacia un “indigente que pernocta en plena calle, y que se encontraba en el suelo y al lado del cajero, de forma inopinada, aprovechando su extrema vulnerabilidad como persona que carece no sólo de un techo sino de cualquier soporte familiar o social, actuando de forma absolutamente gratuita, movido por el desprecio que sentía hacia las personas sin hogar y con evidente voluntad de menoscabar su dignidad, se dirigió de forma sorpresiva hacia ella y tras escupirla, le propinó patadas en el cuerpo y puñetazos en la cara”.

La ausencia de una previsión específica de la agravante de discriminación por aporofobia ha hecho surgir voces a favor de una modificación legal que la tenga en cuenta. En este sentido se puede consultar la reciente monografía de Bustos Rubio¹¹. En el ámbito político, recientemente se ha presentado el Proyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, nº 121/000022¹², para modificar el art. 22.4ª del Código Penal, e incorporar como

nuevo motivo discriminatorio “razones de aporofobia o de exclusión social”. Está previsto que este motivo se incluya también en el art. 510 CP y en otros que hacen referencia a la discriminación.

También la Fiscalía General del Estado se ha mostrado a favor de la inclusión de este motivo. En concreto, se pronunció así en el informe emitido en relación con el Anteproyecto de Ley Orgánica de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia, en donde se planteaba la modificación del art. 22.4¹³. El Consejo Fiscal aplaude esta iniciativa pues da respuesta a una realidad que con la legislación actual no se puede abordar. De hecho, la Circular de la Fiscalía General del Estado 7/2019 dejó claro que no se pueden aplicar los arts. 22.4^a y 510 CP cuando el motivo de la discriminación es la aporofobia, razón por la cual, la Circular insta a los fiscales a aplicar en estos casos el delito de trato degradante del art. 173 u otras circunstancias agravantes como el abuso de superioridad¹⁴.

3. Exclusión de la responsabilidad penal por situación de pobreza

El Código Penal español alberga las circunstancias eximentes de la responsabilidad penal en el art. 20. Ahí se recogen las causas de justificación, las causas de inimputabilidad y el miedo insuperable, como causa que también excluye la culpabilidad. Con respecto a las primeras, no cabe duda de que es el estado de necesidad (art. 20.5^o) la causa de justificación tradicionalmente vinculada a los comportamientos llevados a cabo por personas económicamente desfavorecidas. Basta recordar el hurto famélico o, como lo prefirió denominar el Padre Pereda, el hurto necesario, en donde encajaría no solo la sustracción de comida sino de todo aquello que sirve a “las necesidades fundamentales de vivir”¹⁵.

En todo caso, respecto del hurto famélico el Tribunal Supremo sentó las bases para su aplicación en la sentencia de 9 de diciembre de 1985 en la que se indicaron los siguientes requisitos: “realidad, gravedad e inminencia del mal; que se actúe a instancias o impulsos del estado de precariedad, penuria o indigencia en que se halle el sujeto activo del delito o su familia; que no se trate de mera estrechez económica, más o menos agobiante; que se pruebe que se han agotado todos los recursos que en la esfera personal, profesional y familiar, podría utilizar; que no haya otra solución que la de proceder de modo antijurídico; y que las cosas o bienes obtenidos sean aplicados a la satisfacción de las necesidades primarias del reo o de su familia, sin que se haya

tomado más de lo estrictamente indispensable” (FJ 2^o). Con todo, en el momento actual no suelen llegar casos a los tribunales de hurto famélico, salvo en contadas excepciones. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 2^a, núm. 726/2014, de 11 de noviembre, una persona se “intentó llevar dos latas de atún del establecimiento (...), sin abonar su importe, siendo retenida en la línea de caja por el personal de seguridad”. La Audiencia Provincial estima el recurso por una condena por una falta de hurto en grado de tentativa, teniendo en cuenta los requisitos de la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1985.

El estado de necesidad también se suele alegar ante los tribunales españoles para solicitar una sentencia absolutoria en los casos de ocupación pacífica de bienes inmuebles, delito ubicado en el art. 245.2 CP. El reciente estudio jurisprudencial llevado a cabo al respecto por Molina Blázquez¹⁶ pone de manifiesto que la jurisprudencia menor exige dos requisitos para su admisión. (1) No basta con alegar la precariedad económica y la exclusión residencial, males que efectivamente pueden fundamentar la necesidad, sino que deben probarse (SAP Madrid, Sección 16^a, núm. 712/2017, de 13 de noviembre). En la práctica es habitual que no se prueben, por eso se deniega la aplicación de esta causa de justificación. (2) Se debe probar también que la ocupación es la única forma de evitar el mal, es decir, que no existen medios lícitos a los que acudir. En particular, la jurisprudencia exige la prueba del agotamiento de recursos personales, familiares y públicos, poniendo de manifiesto la situación de precariedad económica y la exclusión residencial, habiendo solicitado sin éxito una solución habitacional. El estudio en la materia llevado a cabo por Velázquez Vioque resalta para estos casos de ocupación pacífica de bienes inmuebles que no se aplica la eximente de estado de necesidad cuando no existe una propia situación de necesidad inminente y grave en el sentido del precepto, sino una necesidad permanente de vida, negando incluso la aplicación de la eximente incompleta¹⁷.

Vista la causa de justificación, corresponde continuar con las causas que excluyen la culpabilidad. En este punto, la doctrina ha planteado la posible aplicación del art. 20.3^o¹⁸ del Código Penal a hechos tipificados como delito llevados a cabo por personas en situación de pobreza o exclusión¹⁹. Sin embargo, sus estrictos requisitos hacen que en la práctica sea muy difícil su aplicación. De hecho, apenas se conocen sentencias en las que se haya aplicado esta eximente. Es más, parece que en los supuestos de pobreza o de exclusión social

no se ve afectada tanto la comprensión de la ilicitud del hecho, como el aspecto volitivo del proceso psicológico. Es decir, la exclusión o la pobreza no afectan a la capacidad de entendimiento del sujeto sino que debilitan la voluntad de compartir la norma y actuar conforme a ella²⁰.

4. Manifestaciones del derecho penal de la aporofobia en el Código Penal

Si bien la ley debe ser igual para todos, en el ámbito del Derecho penal, pocas cosas hay más tradicionales que la criminalización de la pobreza y la exclusión. Basta echar un vistazo a los delitos patrimoniales para constatar esta afirmación. Se castigan conductas que en su mayoría solo son llevadas a cabo por personas en una situación de pobreza o de exclusión, como la ocupación pacífica de bienes inmuebles, las defraudaciones mínimas o los ataques irrelevantes a la propiedad intelectual e industrial. En el Código Penal español, es este último el ejemplo que mejor representa el llamado Derecho penal de la aporofobia. La venta callejera de productos falsificados, tradicionalmente conocida como *top manta*, es el medio de vida de un determinado colectivo de personas en España: lo ciudadanos extranjeros en situación administrativa irregular. Por su situación irregular, no pueden acceder legalmente al mercado de trabajo, por lo que recurren a esta práctica para subsistir. Siendo perfectamente consciente de ello, el legislador penal ha decidido castigar estas conductas con una de prisión de seis meses a dos años (art. 270.4 CP respecto de la propiedad intelectual y art. 274.3 CP respecto de la propiedad industrial). Y solo para supuestos en los que la cuantía del beneficio sea reducida o en atención a las características del culpable, se podrá rebajar la pena a una multa de uno a seis meses o a trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 60 días²¹.

La regulación actual en este punto es aún más dura de la existe antes de la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, muestra más del punitivismo exacerbado del legislador español, que no se focaliza en exclusiva en los delitos que más repulsa causan en la sociedad, sino en estas conductas de bagatela. La criminalización del *top manta* tiene, además, ulteriores efectos negativos para el inmigrante en situación irregular. Incluso aunque se le imponga la pena mínima, se generarán antecedentes penales que, mientras no sean cancelados, le impedirán obtener el permiso de residencia si está en situación irregular, algo muy habitual en la práctica²², o que dificultarán la renovación del que ya tenga²³.

5. La protección de los bienes jurídicos de las personas vulnerables por su condición socioeconómica

El Derecho penal de la aporofobia se manifiesta no solo en la criminalización de conductas de bagatela, esas asociadas a personas económicamente desfavorecidas. El Derecho penal también puede ser calificado como aporóforo cuando no otorga suficiente protección a los bienes jurídicos de esas personas frente a los ataques que reciben. En este punto, a la legislación penal española se le ha criticado la escasa tutela penal de los derechos laborales, que ven especialmente conculcados las personas más desfavorecidas, como, por ejemplo, ciudadanos extranjeros en situación administrativa irregular. Ejemplo de ello es el hecho de que no esté expresamente criminalizada la esclavitud o los trabajos forzados en el Título XV (“De los delitos contra los derechos de los trabajadores”) del Libro II del Código Penal, aunque tales conductas cabrían en el art. 311.1º de dicho cuerpo legal, que castiga, en general, la imposición de condiciones ilegales a los trabajadores. Lo que sucede con dicho precepto es que se incluyen conductas de muy diversa lesividad, de ahí que el marco penal sea tan amplio (prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses). La inclusión de conductas tan dispares desdibuja los perfiles propios de comportamientos tan graves como la imposición de esclavitud o de trabajos forzados²⁴.

El Código Penal sí castiga conductas que en ocasiones están íntimamente relacionadas con la vulneración de derechos laborales, como es la trata de personas. Este delito es el delito-medio que permite cometer el delito-fín, la explotación propiamente dicha. El art. 177 bis del texto punitivo alberga desde el año 2010 el delito autónomo de trata, en consonancia con los requerimientos supranacionales en esta materia. El precepto castiga con pena de prisión de cinco a ocho años a quien, con determinados medios comisivos, realice la conducta de captación, traslado, intercambio, etc. de una persona con unas finalidades determinadas, entre las que se encuentran la imposición de trabajos forzados, la esclavitud, la servidumbre y la mendicidad²⁵. Entre los medios comisivos se encuentran la violencia, la intimidación, el engaño y el pago. También “el abuso de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima”

Esta última expresión, en concreto, el abuso de una situación de vulnerabilidad de la víctima, se estima de difícil interpretación²⁶. Ello ha llevado a que se haya aplicado en contadas ocasiones por los tribunales de justicia en España. En la mayoría de los casos de trata

concorre también otro medio comisivo como el engaño o la intimidación, por lo que los tribunales no se pronuncian sobre este elemento. En este sentido se pueden consultar las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 2ª, núm. 786/2016, de 20 de octubre y 108/2018, de 6 de marzo. En las sentencias en las que el Alto Tribunal sí se ha pronunciado sobre este medio comisivo no se profundiza mucho en su significado. En general, la vulnerabilidad se relaciona con la situación administrativa irregular en España, unida al aislamiento y al desconocimiento del idioma y la ausencia de documentación, todo lo cual se produce ya en territorio español. Además, para la comisión del delito de trata, entiende correctamente la jurisprudencia que no es suficiente la situación de vulnerabilidad en sí, sino que el autor debe aprovecharse de la misma. Así lo señalan las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 2ª, núm. 538/2016, de 17 de julio y 1002/2016, de 19 de enero.

Bibliografía

- BUSTOS RUBIO, M. *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 20,4ª CP)*. Barcelona, J.M. Bosch, 2020.
- CORTINA, A. *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*. Barcelona, Paidós, 2017.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. *Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal*, BOE núm. 124, de 24 de mayo de 2019.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. *Memoria 2019*.
- MAQUEDA Abreu, M. L. “Cuando el discurso de la vulnerabilidad se convierte en un discurso ideológico (A propósito de las “víctimas” de la prostitución y el tráfico de mujeres)”, en GARCÍA ÁLVAREZ, A. I. y DÍAZ CORTÉS, L. M. (coord.). *Serta: in memoriam Louk Hulsman*, Salamanca, Ed. Universidad de Salamanca, 2016, pp. 449-463.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. “La venta ambulante en los delitos contra la propiedad intelectual e industrial”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 1, 2018, pp. 1-37.
- MINISTERIO DEL INTERIOR. *Informe de la evolución de los delitos de odio en España, años 2013-2019*.
- MOLINA BLÁZQUEZ, C. “Necesidad y Derecho penal: el hurto famélico, los “correos de la droga” y la ocupación pacífica de inmuebles”, en BENITO SÁNCHEZ, D. y GÓMEZ LANZ, J. (dir.) *Sistema penal y exclusión social*. Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2020, pp. 109-142.
- OBREGÓN GARCÍA, A. “La exclusión social en la determinación de la pena: aplicabilidad de la eximente de alteraciones en la percepción (art. 20.3 CP) y de otras alternativas”, en BENITO SÁNCHEZ, D. y GÓMEZ LANZ, J. (dir.) *Sistema penal y exclusión social*. Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2020, pp. 83-108.
- PEREDA, J. “El hurto famélico o necesario”, *Anuario de derecho penal y ciencia penales*, tomo 17, fascículo 1, 1964, pp. 5-28.
- RAIS Fundación. *Los delitos de odio contra las personas sin hogar. Informe de investigación*, Madrid, 2015.
- RODRÍGUEZ MORO, L. “El delito de venta ambulante o meramente ocasional de ejemplares de obras con derechos de propiedad intelectual del art. 270.4 CP, tras la reforma del Código Penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo: análisis normativo y político criminal”, *Revista General de Derecho Penal*, 32, 2019, pp. 1-38.
- TERRADILLOS, J. *Aporofobia y plutofilia. La deriva jánica de la política criminal contemporánea*. Barcelona, J.M. Bosch, 2020.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Malum Passionis: mitigar el dolor del Derecho penal*, Barcelona, Atelier, 2018.
- VELÁZQUEZ VIOQUE, D. “Justificación, exculpación y ejecución de la pena en consideración a situaciones de exclusión social: marginados y marco penal concreto”, en BENITO SÁNCHEZ, D. y GÓMEZ LANZ, J. (dir.) *Sistema penal y exclusión social*. Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2020, pp. 143-171.

Notas

- 1 Disponible en <http://www.interior.gob.es/web/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/anuarios-y-estadisticas> (última consulta el 26.11.2020).
- 2 El término procede de CORTINA, A. *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*. Barcelona, Paidós, 2017.
- 3 Disponibles en <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/delitos-de-odio/estadisticas> (última consulta el 26.11.2020).
- 4 MINISTERIO DEL INTERIOR. *Informe de la evolución de los delitos de odio en España*, 2019, p. 49.
- 5 BUSTOS RUBIO, M. *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 20,4ª CP)*. Madrid, J.M. Bosch, 2020, p. 97.
- 6 RAIS Fundación. *Los delitos de odio contra las personas sin hogar. Informe de investigación*, Madrid, 2015, disponible en

http://hatento.org/wp-content/uploads/2015/06/informe-resultados-digital_DEF.pdf (última consulta el 26.11.2020).

7 *Ibid.*, p. 16.

8 *Ibid.*, p. 34.

9 *Ibid.*, p. 35.

10 *Ibid.*, p. 52.

11 BUSTOS RUBIO, M. *Aporofobia y delito...*, op. cit., *passim*.

12 Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, Serie A: proyectos de Ley, de 19.2.2020.

13 Vid. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. *Memoria* 2019, pp. 1101-1102.

14 FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. *Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal*, Boletín Oficial del Estado núm. 124, de 24 de mayo de 2019, conclusión núm. 10.

15 PEREDA, J. "El hurto famélico o necesario", *Anuario de derecho penal y ciencia penales*, tomo 17, fascículo 1, 1964, p. 6.

16 MOLINA BLÁZQUEZ, C. "Necesidad y Derecho penal: el hurto famélico, los "correos de la droga" y la ocupación pacífica de inmuebles", en BENITO SÁNCHEZ, D. y GÓMEZ LANZ, J. (dir.) *Sistema penal y exclusión social*. Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2020, pp. 133-134.

17 VELÁZQUEZ VIOQUE, D. "Justificación, exculpación y ejecución de la pena en consideración a situaciones de exclusión social: marginados y marco penal concreto", en BENITO SÁNCHEZ, D. y GÓMEZ LANZ, J. (dir.) *Sistema penal y exclusión social*. Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2020, p. 145. En la jurisprudencia, *vid.* SAP Madrid, Sección 17ª, núm. 184/2020, de 14 de mayo, FJ 3º.

18 La causa de inimputabilidad del art. 20.3º es la siguiente: "El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad".

19 SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Malum Passionis: mitigar el dolor del Derecho penal*, Barcelona, Atelier, 2018, p. 90.

20 OBREGÓN GARCÍA, A. "La exclusión social en la determinación de la pena: aplicabilidad de la exigente de alteraciones en la percepción (art. 20.3 CP) y de otras alternativas", en BENITO SÁNCHEZ, D. y GÓMEZ LANZ, J. (dir.) *Sistema penal y exclusión social*. Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2020, pp. 99-100.

21 *Vid.* ampliamente, sobre la realidad del *top manta* y sus consecuencias legales para los ciudadanos extranjeros en situación irregular, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. "La venta ambulante en los delitos contra la propiedad intelectual e industrial", *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 1, 2018, *passim*; RODRÍGUEZ MORO, L. "El delito de venta ambulante o meramente ocasional de ejemplares de obras con derechos de propiedad intelectual del art. 270.4 CP, tras la reforma del Código Penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo: análisis normativo y político criminal", *Revista General de Derecho Penal*, 32, 2019, *passim*.

22 El art. 31.5 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (Boletín Oficial del Estado núm. 10, de 12.1.2000) exige carecer de antecedentes penales.

23 El art. 31.7 de la citada Ley Orgánica señala que para la renovación se valorarán los antecedentes penales.

24 TERRADILLOS BASOCO, J. *Aporofobia y plutofilia. La deriva jánica de la política criminal contemporánea*. Barcelona, J.M. Bosch, 2020, p. 140.

25 Nótese que en este precepto sí se habla de esclavitud, trabajos forzados y servidumbre, a diferencia de lo que sucede en el mencionado art. 311.1º del Código Penal en relación con la vulneración de derechos de los trabajadores.

26 *Vid.* MAQUEDA Abreu, M. L. "Cuando el discurso de la vulnerabilidad se convierte en un discurso ideológico (A propósito de las "víctimas" de la prostitución y el tráfico de mujeres)", en GARCÍA ÁLVAREZ, A. I. y DÍAZ CORTÉS, L. M. (coord.). *Serta: in memoriam Louk Hulsman*, Salamanca, Ed. Universidad de Salamanca, 2016, *passim*.

Italia¹

Dra. Lavinia Messori

Universidad de Modena y Reggio Emilia

1. Es necesario advertir desde ya que los estudios estadísticos respecto al Ordenamiento italiano adolecen de manera inevitable del hecho de que la motivación de odio contra la víctima indigente o marginada suele carecer de relevancia jurídica. Los datos sobre la justicia penal recogidos en las estadísticas oficiales del Instituto Nacional de Estadística (ISTAT) no siguen un esquema basado en la víctima ni están presentados de manera que se pueda conocer la motivación delictiva, sino que se basan en el tipo de delito cometido, en las áreas territoriales en las que se comete (provincias y grandes municipios, para los cuales se calcula también una tasa de delito) y en si el autor es conocido o no.

Ninguno de los tipos de delitos expresamente analizados es identificable *ex se* como un delito de odio contra los pobres. Aunque no se pueda excluir que una gran cantidad de estos delitos sean efectivamente expresión de aporofobia, ello no se deduce automáticamente de la clasificación adoptada. La única referencia a la motivación de odio se puede entrever en el reconocimiento de casos de "violación de las normas en materia de discriminación racial", respecto a las cuales contamos con estadísticas desde 2015. Sin embargo, es evidente que estos datos no reflejan necesariamente una imagen fiel del odio hacia al pobre, sino hacia el "diverso".

Hay otra clasificación hecha sobre la base de algunas cualidades del autor y de la víctima, pero se trata de diferenciaciones basadas únicamente en el sexo, la edad, la nacionalidad² y el origen geográfico en las distintas regiones italianas, no en la extracción social de la víctima ni en la motivación del delito.

El Departamento de Seguridad Pública del Ministerio del Interior redacta un informe anual sobre el esta-

do del orden público y la criminalidad. También este informe se basa en un análisis de los tipos de delito, prescindiendo de datos victimológicos, a excepción del fenómeno de la violencia sobre las mujeres³ y de la figura del extranjero inmigrante⁴, la cual es analizada ampliamente no solo como autor, sino también como víctima. En particular, se puede hacer una conexión entre la pobreza y el fenómeno de la trata de seres humanos. Sin embargo, no se trata de una realidad criminal alimentada por el odio, sino más bien por el ánimo de lucro, que se desarrolla a través de las fases de captación, transporte y, finalmente, explotación.

Un papel más relevante en relación con los delitos de odio lo desarrolla el Observatorio para la Seguridad contra los Actos de Discriminación (OSCAD). Se trata del único observatorio oficial que elabora los datos sobre delitos de odio que proporciona la OSCE (los de naturaleza étnico-racial, nacional y religiosa y los cometidos contra los miembros de minorías lingüísticas nacionales o contra personas con discapacidad) y los integra con los relativos a la propia monitorización sobre los informaciones en materia de orientación sexual e identidad de género. De nuevo, es evidente que, entre los perfiles de vulnerabilidad, no se contempla la condición *in se* y *per se* de desventaja económica.

Por otra parte, hay datos más sectoriales⁵ con respecto a la explotación de la mano de obra en la agricultura, de la que los inmigrantes muy pobres son las principales víctimas, hasta el punto de que el tipo de delito en cuestión (art. 603 bis CP) exige como elemento constitutivo el abuso de la situación de necesidad de los trabajadores.

– La misma tendencia se registra también si atendemos a los datos no oficiales. Como ejemplo: los datos sobre los delitos que recoge la Asociación “Lunaria”, con sede en Roma, en cuya página web se puede acceder a un informe que se limita a los casos constatados de agresiones verbales y físicas, daños contra la propiedad y actos de discriminación, motivados por odio racial⁶.

Por otro lado está Vox, el Observatorio Italiano sobre los Derechos, una asociación sin ánimo de lucro que ha publicado recientemente la cuarta edición del “Mapa de la intolerancia”. Se trata de un mapeo de las manifestaciones de odio a través de las redes sociales. En particular, el mapeo ha posibilitado la identificación y geolocalización de los tuits que contienen palabras que se consideran sensibles en relación con seis categorías: mujeres, homosexuales, inmigrantes, personas con discapacidad, judíos y musulmanes. Tampoco de aquí se

puede extraer ningún dato que tenga relación directa con el odio hacia los pobres.

En cuanto a la explotación de la mano de obra en la agricultura, los dosieres estadísticos⁷ son realizados por el Centro de Estudios e Investigaciones “Idos”, perteneciente al Grupo de Trabajo por la Convención sobre los Derechos de la Infancia y la Adolescencia (Grupo CRC), coordinado por Save the Children Italia.

– Las estadísticas oficiales, precisamente porque están estructuradas sobre la base de la tipología de delitos previstos en el Ordenamiento italiano, atienden a las distintas modalidades delictivas. Dado que las investigaciones no realizan un análisis ni basado en el autor ni basado en la víctima, no hay datos que permitan hacer una distinción cuantitativa ni cualitativa de los delitos de cuello blanco con respecto al resto.

2. En el Ordenamiento italiano se prevé en el art. 604 ter CP una circunstancia agravante común cualificada que conlleva un aumento de la pena superior a un tercio y “hasta la mitad” para los casos en los que el autor actúe con la finalidad de discriminación o de odio étnico, nacional, racial o religioso, o bien con el fin de facilitar la actividad de organizaciones, asociaciones, movimientos o grupos que tengan dichas finalidades entre sus objetivos. El apdo. 2 del art. 604 ter CP prevé además la imposibilidad de que el juez pueda compensar esta agravante en caso de que concurren también atenuantes, salvo que se trate de la atenuante de minoría de edad prevista en el art. 98 CP. Por lo tanto, las eventuales disminuciones de pena se calculan sobre la cantidad de pena que resulte del aumento correspondiente a la agravante mencionada.

– La discriminación basada en la situación de pobreza o de exclusión de la víctima no está expresamente tipificada y difícilmente se podría reconducir al ámbito de la agravante descrita sin incurrir en una analogía *in malam partem*, puesto que ni la etnia ni la religión coinciden necesariamente con un particular estatus socioeconómico.

– Ninguna formación política ha promovido a día de hoy ninguna propuesta de reforma dirigida a introducir una ulterior agravante de odio con respecto a los marginados si no es a través de una necesaria connotación racista o ideológico-religiosa.

3. No hay fórmulas en la parte general del Código que prevean expresamente la atenuación de la pena prevista a quienes delinquen por ser pobres o excluidos. No se hace referencia a la indigencia del autor entre las circunstancias atenuantes expresamente codifica-

das. Sin embargo, el Ordenamiento italiano prevé la “válvula de escape” de las circunstancias atenuantes genéricas (art. 62 bis CP) en virtud de la cual el juez pueden tener en cuenta otras circunstancias distintas, siempre que considere que justifican una disminución de la pena. Se pueden traer a colación sentencias que aplican la atenuante en cuestión precisamente por las maltrechas condiciones socioeconómicas del reo⁸.

Además, la regulación de la determinación prevista en el art. 133 CP menciona, en su apdo. 2, numerales 2 y 4, la vida del reo anterior al delito y sus condiciones de vida individual, familiar y social entre los elementos que el juez debe tener en cuenta.

En la parte especial hay una previsión que puede atenuar la pena en materia de hurto, el cual sería excepcionalmente perseguible a instancia de la persona afectada en determinados casos, entre los que se da la circunstancia de que el hecho haya sido cometido sobre cosas de escaso valor para dar respuesta a una grave y urgente necesidad (art. 626, núm. 2, CP). En este sentido, no basta una genérica situación de miseria del autor, sino una situación de grave e inaplazable necesidad a la cual no haya forma de enfrentar sino sustrayendo la cosa⁹.

– La jurisprudencia italiana se ha planteado en numerosas ocasiones, con resultados variable, la cuestión sobre si es posible reconocer la concurrencia de la eximente de estado de necesidad prevista en el art. 54 CP en los casos en los que el motivo para cometer el delito reside en la propia condición de indigencia.

Se ha reconocido la exención de pena, por ejemplo, en relación con el delito de ocupación abusiva de inmuebles (art. 633 CP). De acuerdo con la jurisprudencia dominante, la conducta está exenta de pena por el estado de necesidad que se deriva del peligro de daño grave a la persona, que puede consistir en la afectación bien del derecho a la vivienda bien de otros derechos fundamentales de la persona reconocidos y garantizados por el art. 2 de la Constitución italiana. No obstante, ello a condición de que concurren, durante toda la duración de la ocupación ilícita, el resto de los elementos constitutivos de la eximente, es decir, la absoluta necesidad de la conducta y la inevitabilidad del peligro. De esto se desprende que el estado de necesidad puede ser invocado solo en relación con un peligro actual y transitorio y no, por el contrario, como medio para conseguir un alojamiento con el que resolver definitivamente la propia necesidad de vivienda¹⁰.

Por otro lado, se suele excluir la causa de justificación en relación con los delitos contra la propiedad intelectual. La jurisprudencia dominante afirma que la eximente de estado de necesidad, dado que requiere

un peligro actual de daño grave a la persona que solo se pueda evitar a través de la comisión de un delito, no puede aplicarse a delitos motivados presuntamente por una situación de escasez económica si dicho estado puede ser resuelto a través de conductas lícitas. Es por este motivo por lo que, por ejemplo, en relación con la tenencia y venta de productos audiovisuales que carezcan del signo distintivo de la SIAE (Sociedad Italiana de Autores y Editores) por parte de ciudadanos extracomunitarios, se tiende a negar la concurrencia de la eximente, en tanto que las necesidades de las personas indigentes pueden ser satisfechas por medio de la asistencia social¹¹.

– Por lo que respecta a la posibilidad de excluir la culpabilidad del reo indigente, es necesario subrayar que, a partir de la histórica Sentencia de la Corte Constitucional 364/1988, se ha consolidado el principio de la exculpación por ignorancia o error sobre la ley penal, siempre que sea inevitable. A pesar de que la Corte señala, entre los criterios para identificar la inevitabilidad, tanto criterios objetivos (como la oscuridad del significado del texto normativo) como mixtos (como el asesoramiento erróneo por parte de personal cualificado), afirma al mismo tiempo que es necesario contrapesar “la despersonalización causada por el uso preponderante de tales criterios con el análisis de la situación particular en la que se encuentra el concreto sujeto agente”. La Corte ha afirmado que “el fundamento constitucional de la ‘exculpación’ por ignorancia inevitable de la ley penal es válido sobre todo para quien actúa en condiciones subjetivas de inferioridad y no puede ser instrumentalizada para cubrir omisiones de control, indiferencia, etc., por parte de sujetos respecto a los cuales, por su elevada condición social y técnica, son exigibles conductas concretas que pongan en práctica los deberes instrumentales de diligencia en el conocimiento de las leyes penales”¹².

Por otra parte, según una cierta reconstrucción teórica, se puede contar entre las causas de exclusión de la culpabilidad y, por lo tanto, de la exigibilidad de la conducta lícita, la fuerza mayor prevista en el art. 45 CP.

Al ámbito de aplicación de este precepto se ha reconducido alguna vez la condición de indigencia del sujeto activo con el objetivo de motivar la inexigibilidad del comportamiento conforme al precepto: en particular, se ha sostenido esta posición en relación con el delito de violación de los deberes de asistencia familiar (art. 570 CP). Es necesario que la carencia del obligado de los medios económicos necesarios para cumplir con su deber perdure durante todo el periodo de tiempo en el que se han producido los incumplimientos y que no sea, ni

siquiera parcialmente, culpa del obligado. A este último respecto, la jurisprudencia excluye que la privación de libertad prolongada del obligado pueda considerarse una causa que justifique su incumplimiento del deber de proveer de medios de subsistencia, dado que en este caso la carencia de medios sería, aunque fuese parcialmente, culpa del obligado. No obstante, el internamiento penitenciario puede ser prueba de la no concurrencia del elemento subjetivo doloso, que consiste en la voluntad consciente y libre de substraerse, sin justa causa, de las obligaciones inherentes a la propia calidad¹³.

Un caso particular en el que la situación de indigencia puede manifestarse como causa de exclusión de la culpabilidad lo representa el delito de desobediencia de la orden dada al extranjero, de abandonar el territorio del Estado (art. 15, apdo. 5 ter, num. 3, del Texto único sobre Inmigración, Decreto legislativo 286/1988), siempre que se dé un motivo justificado.

A este respecto, la jurisprudencia no considera suficiente la mera dificultad económica normalmente asociada al fenómeno migratorio, sino que requiere la condición de absoluta carencia de medios, por parte del extranjero, para pagar el transporte y desplazarse a la frontera en el plazo determinado¹⁴. En concreto, se hace referencia a la presumible situación económica que se pueda deducir tanto de las rentas de cualquier tipo de actividad que se desarrolle en Italia como del tiempo constatado de presencia irregular en el territorio nacional y de las condiciones personales de su inserción social y del presumible coste del título de viaje, teniendo en cuenta que el alejamiento puede darse hacia cualquier país extranjero con el que el sujeto tenga vínculos personales¹⁵.

De igual manera, a la Corte de Casación no le basta con la exigencia de hacer frente a las necesidades vitales de padres indigentes por tratarse de una situación que no hace que el cumplimiento del deber impuesto por el precepto normativo sea peligroso, muy difícil o inexigible¹⁶.

4. La contravención prevista en el art. 669 bis CP, introducida por la Ley de 1 de diciembre de 2018, n° 132 (Ley de convalidación del llamado “Decreto de seguridad”) es con toda probabilidad una muestra clara de la criminalización de comportamientos de bagatela por parte de personas indigentes. La norma prevé que “salvo que el hecho constituya un delito más grave, el que ejercite la mendicidad en una modalidad vejatoria o simulando deformidades o enfermedades o recurriendo a medios fraudulentos para despertar la piedad ajena, es castigado con la pena del arresto de tres a seis meses y

con multa de 3000 a 6000 euros. Se dispone siempre el decomiso las cosas que han servido o se han destinado a cometer el ilícito o que tengan origen en el mismo”. La reforma reintroduce efectivamente el derogado art. 670 CP, cuyo primer apartado había sido declarado inconstitucional en 1995 por ser contrario con el principio de razonabilidad, puesto que, según las palabras de la Corte, la mendicidad no invasiva “consiste en una simple solicitud de ayuda” realizada “con compostura, si es que no con evidente vergüenza”¹⁷.

También se podía identificar una actitud aporófoba en los ya derogados presupuestos subjetivos para la aplicación de las medidas de seguridad preventivas. En la Italia posterior a la Unificación se hacía referencia expresa a las categorías de los ociosos y vagabundos. La normativa en materia ha sido profundamente modificada en la actualidad y confluye en el llamado Código antimafia (Decreto legislativo 159/2011), que señala, entre los sujetos destinatarios de las medidas *ante o praeter delictum* a “aquellos que, por la conducta y el tenor de vida, se deba considerar, sobre la base de elementos de hecho, que viven habitualmente, incluso parcialmente, de actividades delictivas”. Dicha circunstancia puede valorarse como indicio de peligrosidad social y se basa en la incongruencia entre una supuesta inexistencia de rentas y un estilo de vida cómodo.

Una última expresión de aporofobia podía leerse en la agravante común de clandestinidad prevista en el art. 61, núm. 11, CP, consistente en haber cometido el culpable el hecho mientras se encontrase ilegalmente en territorio nacional. La agravante aplicable a los inmigrantes irregulares terminaba por aplicarse a individuos que con frecuencia carecían de un puesto de trabajo lícito y se encontraban en difíciles condiciones socioeconómicas. En cualquier caso, dicha agravante fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional con la Sentencia de 5 de julio de 2010, n° 249, en la cual se afirmó que “el riguroso respeto a los derechos inviolables implica la ilegitimidad de tratamientos penales más severos sobre la base de cualidades personales de los sujetos que deriven de la comisión previa de actos totalmente ajenos al hecho punible, lo que introduciría una responsabilidad penal de autor que constituye una abierta violación del principio de ofensividad”.

5. Con respecto a la parte especial del Código penal, no se dan grandes lagunas de punibilidad. A pesar de que falte una criminalización de la motivación de odio hacia los pobres y marginados, las conductas que

pueden afectar especialmente a estos sujetos parecen encajar todas en tipos de delito que no son de bagatela.

Por lo que respecta al bien jurídico patrimonio, la situación de indigencia aparece tutelada por la amplia formulación del delito de usura (art. 644 CP) que, además de una usura objetiva, es decir, basada en la mera superación de una tasa prefijada de usura, prevé también la tipificación de la conducta de aquel que recibe o acepta una promesa de intereses u otras ventajas desproporcionadas por parte de un sujeto que se encuentre en condiciones de dificultad económica o financiera.

El delito de violación de los deberes de asistencia familiar (art. 570 CP) prevé la aplicación, en uno de sus tipos cualificados, tanto de una pena privativa de libertad como de una pena pecuniaria a cargo de aquel que, por no cumplir dicho deber, reduzca a su propia familia a una situación de indigencia, haciendo carecer así de medios de subsistencia a los descendientes menores de edad o incapaces para trabajar, a los ascendientes o al cónyuge (art. 570, apdo. 2, núm. 2, CP).

Entre los delitos contra la persona se castiga la trata de seres humanos en el art. 601 CP, así como la conducta de quien promueve, dirige, organiza, financia o efectúa el transporte de extranjeros en el territorio del Estado en el caso en el que, por ejemplo, la persona transportada haya sido expuesta a peligro para su vida o para su integridad física o haya sido sometida a tratamiento inhumano o degradante (art. 12, apdo. 1, letras b y c, del TU de Inmigración). La pena aumenta si se cometen los hechos con el fin de reclutar personas para su prostitución o explotación sexual o laboral, o bien si se trata del ingreso de menores para ser empleados en actividad ilícitas con el fin de favorecer su explotación (apdo. 3 ter, letra a).

Se puede mencionar también el delito de mantenimiento o reducción a esclavitud o servidumbre del art. 600 CP, el cual reprime el empleo de violencia, amenaza, engaño o abuso de autoridad, de situación de vulnerabilidad, de inferioridad física o psíquica o de situación de necesidad. De acuerdo con la jurisprudencia constante, tal modalidad de la conducta tiene lugar en casos de abuso de la ausencia de alternativas existenciales de un inmigrante desde un país pobre y de imposición de condiciones de vida anormales y de explotación laboral con el fin de conseguir saldar la deuda contraída por estos con quien les ha facilitado la inmigración clandestina¹⁸.

Sí que se podía constatar una gran laguna de punibilidad, hasta 2011, en materia de explotación de la mano de obra. A ello ha hecho frente el legislador introduciendo el delito de intermediación ilícita y explotación

laboral (art. 602 bis CP), posteriormente reformado en 2016 con el fin de asegurar una mayor tutela del bien jurídico protegido. Siguiendo una peculiar estructura sancionadora que recuerda al modelo alemán de las *Punkstrafen*, por estar basada en la multiplicación de la pena en función del número de trabajadores empleados, hoy se castiga el empleo de mano de obra con el objetivo de destinarla al trabajo para terceros en condiciones de explotación abusando de la situación de necesidad de los trabajadores, así como la utilización, contratación o empleo de mano de obra a la que se someta a explotación abusando de su situación de necesidad. Se prevé una agravante específica en los casos en los que los hechos se hayan cometido mediante violencia o amenaza.

El contenido de la noción de explotación puede reconstruirse a partir de una serie de indicios señalados por el propio legislador: el pago reiterado de retribuciones manifiestamente no conformes con los convenios colectivos nacionales o territoriales estipulados por las organizaciones sindicales más representativas a nivel nacional o, en cualquier caso, desproporcionado con respecto a la cantidad y calidad del trabajo prestado; la reiterada violación de la normativa relativa al horario de trabajo, a los periodos de descanso, al descanso semanal, a los permisos retribuidos o a las vacaciones; la subsistencia de violaciones de las normas en materia de seguridad e higiene en los lugares de trabajo; o la imposición al trabajador de condiciones de trabajo, métodos de vigilancia o situaciones de alojamiento que sean degradantes.

Finalmente, se prevé un aumento de la pena de un tercio para los supuestos en los que el número de trabajadores empleados sea superior a tres, uno o más de los sujetos empleados sean menores por debajo de la edad laboral o trabajadores, o los trabajadores explotados hayan sido expuestos a situaciones de grave peligro.

6. A la condición de vulnerabilidad de la víctima se hace referencia expresa en los mencionados delitos de mantenimiento o reducción a esclavitud o servidumbre y en el de trata de seres humanos (arts. 600 y 601 CP), pero también en el delito de matrimonio forzado (art. 558 bis CP). La situación de necesidad está presente en la usura subjetiva (art. 644 CP) y en la intermediación ilícita y explotación laboral (art. 603 bis CP). La inferioridad física o psíquica de la víctima se contempla como elemento constitutivo del delito de agresión sexual mediante inducción (art. 609 bis CP) y como circunstancia agravante en el delito, de reciente introducción, de difusión ilícita de imágenes o vídeos se-

xuales explícitos (la conocida como “pornovenganza”). También se hacía referencia a la situación de sometimiento en el delito de sumisión de otro al propio poder (“*plagio*” en italiano, art. 603 CP), el cual fue declarado inconstitucional en 1981 por violar el principio de taxatividad de los tipos penales.

En términos más generales, la condición de vulnerabilidad puede ser valorada como elemento constitutivo de la circunstancia agravante común de indefensión (“*minorata difesa*”). El art. 61, num. 5, CP prevé como agravante “el haberse aprovechado de circunstancias de tiempo, de lugar o de persona, incluida la edad, idóneas para obstaculizar la defensa pública o privada”. Deben valorarse a este respecto las circunstancias que, en el caso concreto, faciliten la acción criminal y reduzcan o incluso anulen la capacidad de reacción de la víctima. Por lo tanto, podría ser relevante elementos del contexto social tales como la situación familiar, la soledad o el deficiente desarrollo de la personalidad.

Sin embargo, se trata de una categoría de contornos imprecisos, lo cual ha llevado a la jurisprudencia a realizar a veces lecturas restrictivas. Por ejemplo, en materia de estafas cometidas en perjuicio de jóvenes desempleados, la Casación no ha considerado suficiente la referencia, realizada en la primera instancia, a la crisis económica y el desempleo que golpea al sector juvenil y a la genérica aspiración a conseguir un puesto de trabajo¹⁹.

En los casos en los que el delito se cometa contra un sujeto vulnerable por motivo de odio, desprecio o denigración resulta aplicable la circunstancia agravante común de motivación abyecta o fútil (art. 61, núm. 1 CP), que ha sido alegada, por ejemplo, en relación con episodios de agresiones contra personas sin hogar, expuestos en las portadas de los periódicos como manifestaciones de crueldad y desprecio.

Por último, es necesario mencionar las frecuentes referencias del legislador al abuso de autoridad en los delitos contra las personas. La Corte de Casación ha aclarado recientemente²⁰, en relación con el delito de agresión sexual previsto en el art. 609 bis CP, que tal expresión no debe restringirse al abuso de una autoridad derivada del poder público, sino también del privado, es decir, vinculable a una relación de supremacía-sometimiento de naturaleza muy variada. Por lo tanto, no puede excluirse que la situación de indignancia o de marginación, así como la ausencia de alternativas existenciales, puedan contribuir a trazar la posición de dependencia y sujeción de la víctima.

– La vulnerabilidad suele ser interpretada como una forma de deficiencia psíquica o de enfermedad física

tan severa que incide en la imputabilidad: el sujeto que sufre una situación de trastorno mental, alcoholismo o drogodependencia crónicos, o sordomudez, no es punible porque es incapaz de autodeterminarse libremente.

De víctima que tiene discapacidad física, psíquica o sensorial habla el art. 36 de la Ley 104/1992, que establece un aumento de pena en relación con los delitos previstos en el art. 527 CP, en los títulos XII y XIII del Libro II del Código penal y en la Ley de 20 de febrero de 1958, n° 75.

Sin embargo, la vulnerabilidad de la víctima no se termina en el estadio físico-psíquico. Como hemos visto, la vulnerabilidad se puede declinar en términos de situación de necesidad económica, de sometimiento psicológico²¹, de carencia de alternativas para sobrevivir.

En una sentencia en materia de agresión sexual se ha afirmado que la condición de inferioridad psíquica de la víctima en el momento del hecho puede darse en ausencia de una patología mental, pudiendo depender también de una limitada evolución mental y cultural o bien de la minoría de edad unida a una situación individual y familiar que hagan que la persona afectada sea vulnerable a la pretensión del sujeto agente (se trataba, en el caso en cuestión, de menores de etnia rumana, clandestinos, carentes de medios de subsistencia e inducidas a prostituirse por pequeñas cantidades de dinero²²).

Notas

1 Traducción a cargo del Prof. Dr. Víctor Manuel Macías Caro, Universidad Pablo de Olavide.

2 V. la subsección “autori e vittime dei delitti denunciati dalle forze di polizia all’autorità giudiziaria” en “giustizia penale” su www.datistat.it.

3 V. *Report di analisi dei dati del numero verde contro la violenza e lo stalkeng 1522. Periodo Gennaio 2013 - Settembre 2019*, accesible en línea en https://www.istat.it/it/files//2018/04/Report-1522_22_11_2019_DEF.pdf

4 V. *Rapporto sulla criminalità in Italia. Analisi, Prevenzione, Contrasto*, accesible en línea en: www.enterno.gov.it/menenterno/export/sites/default/it/assets/files/14/0900_rapporto_criminalita.pdf.

5 Los datos son accesibles en www.entegrazionemigranti.gov.it e su www.istat.it/it/immigrati.

6 https://www.lunaria.org/wpcontent/uploads/2019/03/Focus_1_2019ilrazzisonel2018.pdf

7 http://www.cestim.it/sezioni/dati_statistici/italia/Idos/2018-10-25-dossier-idos-sentesi.pdf

8 Cass. pen., secc. VI, 22 de abril de 2010, n. 22212, en *Ced.*

9 Cass. pen., secc. II, 5 de octubre de 2010, n. 42375, en *Ced.*

10 En estos términos, por último, Cass. pen., secc. II, 30 de octubre de 2019, n. 10694, en *Ced.*

11 Entre las más recientes, v. Cass. pen., secc. III, 11 de mayo de 2016, n. 35590, en *Ced.*

12 Corte cost., 24 de marzo de 1988, n. 364.

13 En estos términos, Cass. pen., secc. VI, 21 de octubre de 2014, n. 4960, en *Ced.*

14 Cass. pen., secc. VI, 19 de marzo de 2008, n. 27049, en *Ced.*

15 Cass. pen., secc. I, 8 de febrero de 2008, n. 8352, en *Ced.*

16 Cass. pen., secc. I, 15 de julio de 2009, n. 37486, en *Ced.*

17 Corte cost., 28 de diciembre de 1995, n. 519.

18 Cass. pen., secc. V, 13 de noviembre de 2008, n. 46128, en *Ced.*

19 Cass. pen., secc. II, 11 de mayo de 2016, n. 28795, en *Ced.*

20 Cass. pen., secc. un., 1 de octubre de 2020, n. 27326.

21 Cass. pen., secc. III, 21 de enero de 2020, n. 9878, en *Ced.*, habla expresamente de sujeción psicológica.

22 Cass. pen., secc. III, 11 de octubre de 2016, n. 52041, en *Ced.*

México¹

Manuel Vidaurri Aréchiga

Universidad De La Salle Bajío (México)

1. Discriminación y exclusión social, las caras aporó-fobas

Adela Cortina, catedrática de filosofía en la Universidad de Valencia, es la autora del concepto aporofobia². Según su propio decir, lograr que esta palabra fuera considerada por la Real Academia Española significativo insistir en el objetivo por muchos años. En su propósito, Cortina logró conseguir no solo la apertura de las y los integrantes de la Academia y con esto incorporar al vocabulario de nuestra lengua el concepto por ella construido, sino que, además, enriqueció el idioma al dotarlo con una palabra que describe una (cruda) realidad, la cual adquirió contornos y existencia como fenómeno, más allá del meramente epistémico. Explica la profesora valenciana que aporofobia significa odio a los pobres, siendo un concepto que se construye tomando como base el vocablo griego *aporós* (pobre o sin recursos) y por analogía con xenofobia y con homofobia.

Como suele decirse, las cosas existen justo cuando se les nombra. En este caso, la pobreza existe a pesar de las groseras negaciones o mediciones gubernamentales basadas en los subterfugios triunfalistas de la política electoral. También el odio existe y, por lo general, se expresa en diversas formas muchas de las cuales ad-

quieran los contornos propios de la discriminación. Sería injusto dejar de decir que la aportación de Cortina no se agota en la generación de un vocablo útil, pues en toda su obra subyace una visión comprometida con la dignidad y la compasión, como condiciones insalvables de una (por ella llamada) ética de la razón cordial, absolutamente indispensable para superar “ese mundo de discriminaciones inhumanas”³.

De uno u otro modo, hablar de pobreza es hablar de exclusión⁴; hablar de exclusión es, en efecto, hablar de discriminación y ésta es una forma de expresar rechazo, animadversión, odio. Sobre este punto, es de tenerse en cuenta que la no discriminación⁵ es un derecho fundamental recogido en numerosos instrumentos internacionales, entre otros, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1969), Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (1967), Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979). Por supuesto, es de mencionarse el texto constitucional mexicano (artículo 1), la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación (2003), que crea el Consejo Nacional para la Prevención de la Discriminación⁶, además de los tipos penales contenido en el Código Penal de la Ciudad de México (artículo 206) y el Código Penal Federal (artículo 149 ter).

Un andamiaje jurídico e institucional como el enunciado arriba indica la existencia del fenómeno que, dicho sea de paso, no es privativo de ningún país, a juzgar por las normas internacionales que velan por la no discriminación, considerado ya como un derecho fundamental propio de las y los individuos y grupos humanos. Destaca, sin duda, que la herramienta jurídico penal también haya sido convocada a participar en el propósito de garantizar el mencionado derecho, cuyo núcleo duro lo constituye la noción de dignidad de la persona humana.

Que la dignidad humana merezca la más amplia protección jurídica no es algo que amerite mayor discusión, y que tal cosa se haga con el respaldo del Derecho penal tiene sentido en la medida del notable valor que se le asigna constitucionalmente. Cosa distinta será, en definitiva, asumir que la pura intervención penal pueda eliminar —o al menos reducir— la conducta discriminadora. Claramente, la aporofobia es una expresión más de las muchas conductas excluyentes o discriminadoras. El pobre, el sin recursos será, al final, el más débil, para usar de la terminología ferrajoliana.

Conforme lo expone Adela Cortina, los discursos de odio son tan antiguos como la humanidad misma, amén de su extensión en todas las culturas; sin embargo, en las sociedades con democracia pluralista estos discursos reciben una atención que se proyecta en tres dimensiones: a) la de su tratamiento jurídico, hasta el punto de crearse los llamados delitos de odio; b) la problemática de su control o regulación en el ciberespacio; y c) la consideración en el seno de sociedades maduras que se cuestionan que tanto estos discursos constituyen, en efecto, obstáculos para una convivencia democrática⁷.

Tanto el delito como el discurso de odio —menciona Cortina—, tienen en común el dirigirse hacia un individuo por pertenecer a un determinado colectivo, al que se estigmatiza colocándolo en el punto de mira del odio⁸. Estos delitos, afirma, reconocen como principales motivos la intolerancia y el sentido de superioridad del agresor, identificando dos requisitos configuradores: el primero, su tipificación penal (pudiendo consistir en un maltrato vejatorio o en una agresión física, entre otros) y, el segundo, la motivación del acto basada en prejuicios hacia un determinado grupo social.

Por lo que respecta a los discursos de odio, advierte nuestra autora que, para efectos y consecuencias jurídicas, debe determinarse con toda precisión qué tipos de discursos pueden tipificarse como auténticos discursos de odio y que, por ende, deban ser materia de ponderación y tutela jurídico-penal, jurídico-administrativa o antidiscriminatoria; del mismo modo, establecer los parámetros propios de la libertad de expresión, así como identificar si es que con base en el ejercicio de la libertad de expresión es posible difundir cualquier idea, incluyendo aquellas que resultaran “repulsivas desde un punto de vista de la dignidad humana” ... “o deleznable desde el punto de vista de los valores que establece la Constitución”. El punto, aclara correctamente, estriba en “distinguir entre el discurso del odio (no protegido generalmente por el principio de libertad de expresión) y el discurso ofensivo e impopular (protegido por la libertad de expresión)”⁹.

La aporofobia no se refiere en exclusiva a la pobreza económica, pues también habla de la “del desvalido y sin apoyos en una mala situación, la de quien es objeto de críticas, amenazas, desaires o burlas porque carece de poder”¹⁰; la aporofobia se refiere, pues, al excluido. Y qué si no puede caracterizar mejor al neoliberalismo que su enorme capacidad de excluir, de segregar, por virtud de la desigualdad social que le es consustancial. El neoliberalismo parece resumirse en unas paradigmáticas palabras consignadas por Peñaloza y sus colegas, según las cuales: “el que pueda pagar tendrá derechos

y el que no tendrá que acostumbrarse y resignarse a la exclusión social”. Por lo demás, la exclusión implica —agrega el autor mencionado—, “no sólo la carencia de atributos fundamentales para insertarse en el mercado, la falta de acceso a ciertos bienes o servicios y la condición de vulnerabilidad que presentan ciertos grupos, sino también la negación de la ciudadanía, en otras palabras, carecen del derecho a tener derechos”¹¹.

Las personas excluidas son aquellas que no han podido integrarse en el sistema que pregona una idea de igualdad que, al final, solamente les homologa formalmente en su condición de seres humanos, pero no en el respeto a su dignidad; dada la asimétrica condición de vida de unos (los pudientes) y otros (los excluidos, los sin recursos), ocupan posiciones diferentes y, ya se sabe, los *otros* se ubican en la parte triste de la desigualdad. Por supuesto, aparte de la desigualdad económica, habría que considerar también la desigualdad social, generadoras ambas de la llamada clase marginal¹².

Como explica Cortina¹³, la peculiaridad de la aporofobia radica en el hecho de constituirse en un odio o rechazo por algo que no forma parte de la identidad de la persona. Mientras que la pertenencia a una etnia, la preferencia sexual o la práctica religiosa son aspectos o dimensiones que configuran la identidad de alguien, no es el caso de la pobreza involuntaria, la que no pertenece a la identidad de la persona y ni es una cuestión de opción, “quienes la padecen —señala Cortina— pueden resignarse a ella y acabar agradeciendo cualquier pequeñísima mejora de su situación y eligiendo dentro de su marco de posibilidades como si no hubiera otro”.

2. Derecho penal y aporofobia

Se ha establecido que la función del Derecho penal consiste en la protección de bienes jurídicos, tarea que se corresponde cabalmente con la noción del Estado social, democrático y de Derecho. Del mismo modo, se ha dado cuenta del contenido del Derecho penal en el marco de un Estado constitucional, destacando aparte de la ya mencionada finalidad protectora de bienes jurídicos, el afianzamiento de su cometido en la aplicación y observancia de principios rectores e instrumentos internacionales de Derechos Humanos. La vertiente garantista y su fundamento en el hecho cometido redondean el concepto de un Derecho penal que aquí se adopta en términos generales.

El postulado de un Derecho penal garantista tiene en su radar al más débil, que en el asunto que nos ocupa se encarna en la persona pobre, la excluida. Su condición de víctima por aporofobia resulta de interés para

el Derecho penal por varias razones. Una de las más importante implica reconocer que, en no pocos casos, los delitos cometidos en contra de las personas pobres se aprecia la existencia de una motivación, basada en la especial circunstancia de vulnerabilidad en la que se encuentra, como sería el caso de la victimización de las personas en situación de calle¹⁴.

Un repaso de acontecimientos, compilados de la prensa del país, dará una idea de la problemática que se quiere mostrar¹⁵:

- Ciudad de México. La Procuraduría General de Justicia del Distrito federal informo que el Instituto de Asistencia e Integración Social ha documentado la muerte de seis personas en situación de calle, a quienes les prendieron fuego mientras dormían en la vía pública¹⁶.
- Sinaloa. Una persona en situación de calle fue herida a balazos por personas desconocidas en la autopista Benito Juárez “La Costera”, cuando presuntamente tiraba piedras a los vehículos en circulación¹⁷.
- Puebla. Un indigente fue arrollado y muerto presuntamente por el conductor de un vehículo de transporte público, que se dio a la fuga¹⁸.
- Baja California. Dos indigentes fueron atacados a machetazos en el centro histórico de Mexicali¹⁹.
- Guanajuato. Una joven en situación de calle fue asesinada con un cuchillo en la Colonia Zona Centro²⁰.
- Cd. de México. De acuerdo a la versión del hombre en situación de calle, dos jóvenes le vertieron gasolina y le aventarían un cerillo prendido mientras dormía²¹.

Siempre a juzgar por la información periodística, el ingrediente común en los casos enlistados ubica a las víctimas en situación de calle y como sujetos pasivos de los delitos de lesiones y homicidio. Dadas las circunstancias de los hechos, tal parece que las motivaciones de los agresores resultan más que obvias en su connotación aporofoba. Un seguimiento más puntual de estos u otros casos similares, llegando a la sentencia que hubiere recaído en cada caso, permitiría verificar si en cada uno habrían sido tomados en cuenta las subyacentes motivaciones de aporofobia, y no circunscribirse solamente a la evaluación de los elementos típicos de las lesiones o el homicidio cometido. La apreciación de aporofobia en los casos planteados (evidentes al menos en la nota periodística) implicaría un cambio significativo en el tratamiento de los hechos delictivos, cuestión que se comentará a continuación, siempre desde una perspectiva meramente hipotética.

Dispone el artículo 315 del Código Penal Federal (CPF) que las lesiones y el homicidio, son calificados, cuando se cometen con premeditación, con ventaja, con alevosía o a traición. Interesa de modo especial la referencia a la ventaja, que se presenta según el artículo 316, fracción VII, cuando “exista una situación de vulnerabilidad motivada por la condición física o mental o por discriminación”.

En los casos presentados, las conductas desplegadas en contra de las personas en situación de calle actualizan los tipos penales de homicidio (artículo 302) y lesiones (artículo 288), cuya comisión no podría ajustarse a los requisitos de las conductas cometidas sin agravantes. En nuestra opinión, quien ataca a otro sin mayor motivación o provocación, y aún más, sin mediar la existencia de una causa de justificación (legítima defensa), debe responder por el resultado alcanzado con la adición de la agravante de la ventaja establecida en el artículo 316, fracción VII, en virtud de la motivación aporofoba con la que se conduce el activo de la conducta delictiva. Del mismo modo, resulta aplicable en sus extremos lo que indica el artículo 317 en este sentido: “sólo será considerada la ventaja como calificativa de los delitos ... cuando sea tal que el delincuente no corra riesgo alguno de ser muerto ni herido por el ofendido y aquél no obre en legítima defensa”, situación que en los casos enlistados no parece presentarse.

Los hechos descritos en los casos tomados de ejemplo, no solo describen la consumación de los tipos penales que afectan la vida y la integridad física, pues al mismo tiempo reflejan una conducta discriminadora que afecta la dignidad de las personas lo que, sin duda, permite agravar la sanción correspondiente²².

A diferencia del CPF, en el Código Penal de la Ciudad de México (CPCDMEX) se establece (artículo 138) que el homicidio y las lesiones son calificadas cuando se cometan con: ventaja, traición, alevosía, retribución, por el medio empleado, saña, en estado de alteración voluntaria u odio (énfasis añadido). Este último precepto (odio) es indicativo de que el legislador estima la posibilidad de que ciertos delitos se cometan mediando motivaciones de odio.

De modo puntual, la fracción VIII del artículo 138 del CPDMX establece que “**existe odio cuando** el agente lo comete por la condición social o económica; vinculación, pertenencia o relación con un grupo social definido; origen étnico o social; la nacionalidad o lugar de origen; el color o cualquier otra característica genética; sexo; lengua; género; religión; edad; opiniones; discapacidad; condiciones de salud; apariencia física;

orientación sexual; identidad de género; estado civil o actividad de la víctima”.

El listado con el que se asocia la existencia de odio como agravante es representativo de las otras causas que, a su vez, aluden a la discriminación como conducta reprochada en el orden jurídico nacional, como se determina en el artículo 1º constitucional²³.

Se hace notar ahora que ninguna de las causas mencionadas en el citado artículo 138 del CPCDMEX, ni en el 316, fracción VII del CPF, consignan expresamente la aporofobia, si bien tal condición o circunstancia de la persona podría desprenderse de la interpretación del término “condición social o económica”, lo que implica un ejercicio hermenéutico que, se advierte, podría no estimarse necesario, sobre todo si quien debe hacerlo acude a la fórmula exclusivamente legalista, ignorando la dimensión del Derecho convencional, por ejemplo.

En este sentido, se asume aquí que un Derecho penal de base constitucional está emplazado a construirse siguiendo los estándares emanados de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, donde la dignidad humana constituye elemento sustancial. Por eso mismo, la protección penal de la dignidad humana resulta indiscutible, incluyendo por supuesto aquella que se vulnera a través de actos delictivos motivados por el odio, tal cual sucede con la aporofobia. Legislar al respecto servirá para ganar seguridad jurídica y amplitud en la protección de derechos. Puntualmente, se impone la necesidad de incluir en las causas agravantes la de aporofobia, sobre todo pensando desde la perspectiva de la víctima de estos bien denominados delitos de odio²⁴.

De más estar decir que confiar en la herramienta jurídico penal para resolver cualquier problema social es, poco más o menos, que sumergirse en la ingenuidad torpe, tan propia de quienes alientan el uso abusivo del Derecho penal, dando lugar al populismo punitivo, tendencia perversa cuyos peligros ya han sido denunciados oportunamente²⁵. Cosa distinta es, sin duda, valerse de esta expresión jurídica partiendo de los postulados de un Derecho penal constitucional, social y democrático, orientado a la protección de bienes jurídicos y sometido a límites garantistas, desde el cuál pueda procurarse el mayor respeto por la dignidad de la persona.

Notas

1 El presente reporte forma parte del artículo que será publicado *in extenso* en *Criminalia*, Revista de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, en ocasión de su 80 aniversario.

2 Cortina, Adela, *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*, México, Paidós, 2020. Se puede escuchar

la brillante intervención de la profesora Cortina explicando el tema en: <https://youtu.be/ZODPxP68zT0>

3 Cortina, Adela, *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*, op. cit., p. 27. Sobre el tratamiento jurídico penal del derecho a la no discriminación, puede verse: Souto, Miguel Abel, “Política criminal de la diversidad cultural: la agravante de obrar por motivos discriminatorios”, en *Revista Penal*, número 25, Enero 2010, España, Universidad de Huelva y otras, p. 3-12; Rodríguez Yagüe, Cristina, “La no discriminación como límite al derecho de admisión. La negativa de acceso a lugares abiertos al público”, en *Revista Penal*, número 25, Enero 2010, España, Universidad de Huelva y otras, p. 117-136; Vidaurri Aréchiga, Manuel, “Indagaciones a propósito del derecho a la no discriminación y su protección penal”, en *Revista Penal*, número 23, Enero 2009, Editorial La Ley, España, p. 203-217; Ferré Olive, Juan Carlos, “Diversidad cultural y sistema penal”, en *Revista Penal*, número 22, julio 2008, Editorial La Ley, España; Bernal del Castillo, Jesús, *La discriminación en el Derecho penal*, Granada, Editorial Comares, 1998.

4 Para conocer datos acerca de la situación de pobreza en México, puede verse: <https://www.coneval.org.mx/Medicion/Paginas/PobrezaInicio.aspx>

5 Véase texto de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *El derecho a la no discriminación*, 2ª reimpresión, México, 2018.

6 Para mayores datos sobre las funciones y documentos sobre el tema: https://www.conapred.org.mx/index.php?contenido=pagina&id=84&id_opcion=142&op=142

7 Cortina, Adela, *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*, op. cit., p. 45 y siguientes, quien aporta como ejemplos de discursos de odio los emitidos por los partidos populistas en Europa, portadores de mensajes xenófobos, y sobre todo aporóforos, a raíz de la crisis de los refugiados políticos; la campaña insultante (aporófora y xenófoba) de Donald Trump contra la inmigración mexicana; los videos del Estado Islámico con amenazas de muerte y de conquista, así como los discursos violentos que se ventilan en el ciberespacio. _

8 Al respecto, agrega la autora en cita que a ese colectivo ya estigmatizado, se le denigra “con relatos o espurias teorías científicas que presuntamente demuestran su carácter despreciable”, mostrando que lo que realmente existe es una “desigualdad estructural entre el grupo de quienes pronuncian el discurso y el colectivo estigmatizado (nosotros/ellos), y cuando se trata de un discurso y no de un mero insulto “no aporta argumentos, sino coartadas para justificar el desprecio o la incitación a la violencia”, *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*, op. cit., p. 46.

9 Cortina, Adela, *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*, op. cit., p. 47. Un análisis de la libertad de expresión en Estados Unidos, Alemania y España, puede verse en Caruso Fontán, María Viviana, “Los límites a la libertad de expresión en la Constitución y en las normas penales (especial referencia a la problemática del delito de apología del terrorismo)”, en *Revista Penal*, número 20, Julio 2007, España, Editorial La Ley, p. 32-49; Anzures Gurría, José Juan, “Libertad de expresión y discurso de odio en internet”, en *Revista del Instituto Interamericano del Derechos Humanos*, número 70, Costa Rica, 2019, p. 37 y siguientes; Broun Isaac, Jorge Tomás, “Los discursos de odio como límite al ejercicio a la libertad de expresión”, en *Revista del Instituto Interamericano del Derechos Humanos*, número 70, Cos-

ta Rica, 2019, p. 97 y siguientes; Rosales Roa, Ricardo F., “*El discurso del odio en la CADH: ¿igualdad y/o libertad de expresión?*”, en Revista del Instituto Interamericano del Derechos Humanos, número 70, Costa Rica, 2019, p. 233 y siguientes.

10 Cortina, Adela, *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*, op. cit., p. 55.

11 Peñaloza, Pedro José y otros, “*Globalización, delito, exclusión social. Una correlación a debate*”, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2014, p. 23.

12 Peñaloza, Pedro José y otros, “*Globalización, delito, exclusión social. Una correlación a debate*”, precisan que “el único significado de *clase marginal* es el de quedar fuera de cualquier clasificación significativa, es decir, de toda clasificación orientada por la función y la posición en la sociedad, **ya que puede estar en sociedad, pero no pertenecer a ella, de hecho, la sociedad estaría mejor sin ellos**” (énfasis añadido).

13 Cortina, Adela, *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*, op. cit., p. 24.

14 García Domínguez, Isabel, *La aporofobia en el sistema penal español: especial referencia al colectivo de personas sin hogar*, Salamanca, Ratio Legis Ediciones, 2020. Con independencia de tratarse de un análisis referido a la realidad hispana, la autora brinda un panorama acerca de la víctima aporófoa y la ley penal, destacando la problemática penal relacionada con los delitos de odio y su tratamiento en el Código Penal Español, en particular con las circunstancias agravantes genéricas y las circunstancias que modifican la responsabilidad penal de las personas sin hogar.

15 Algunos datos sobre el probable número de personas que se encuentran en situación de calle en México: <https://www.am.com.mx/guanajuato/noticias/Crece-poblacion-de-indigentes-en-Leon-y-no-hay-un-registro-exacto-20190530-0005.html> y en: https://www.cronica.com.mx/notas-sin_techo_ni_identidad_hay_15_millones_de_indigentes_en_mexico_segun_la_cepai-1140570-2019

16 <https://www.eluniversal.com.mx/metropoli/cdmx/en-caso-de-indigentes-quemados-no-podemos-afirmar-que-grupos-delictivos-sean>

17 <https://www.puntualizando.com/atacan-a-balazos-a-indigente-por-la-costera-apedreaba-vehiculos/>

18 <https://www.elsoldepuebla.com.mx/policiaca/arrollan-y-matan-a-indigente-en-san-miguelito-puebla-2902459.html>

19 <https://www.elimparcial.com/mexicali/policiaca/Atacan-a-machetazos-a-dos-indigentes-en-el-Centro-Historico-de-Mexicali-20190327-0005.html>

20 <https://www.am.com.mx/guanajuato/noticias/A-punaldas-matan-a-joven-indigente-en-el-Centro-20200302-0055.html>

21 <https://noticiasenlamira.com/cdmx/atacan-a-indigente-en-tepito-le-prenden-fuego/>

22 Milton Peralta, José, *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Madrid, Marcial Pons, 2012, en especial el apartado relativo a la compatibilidad de la agravante genérica por motivos discriminatorios, p. 303 y siguientes. Por otro lado, en la doctrina penal española el debate en torno a las llamadas circunstancias agravantes gravita en torno a si estas son de naturaleza objetiva, subjetiva o ambas. Por cuanto hace a las circunstancias objetivas, asume Mir Puig, Santiago, *Derecho*

penal. Parte general, op. cit., 649, lo siguiente: “Que todas las agravantes aumenten la gravedad del injusto penal no impide que unas sean *objetivas* y otras *subjetivas*, puesto que el injusto comprende una parte objetiva y otra subjetiva. Por otra parte, dentro de cada una de ambas clases de agravantes cabe señalar distintas razones de la agravación”. Tomando en cuenta las circunstancias subjetivas, el autor catalán las clasifica en aquellas que indican una **motivación particularmente indeseable** (precio, motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación) y las que revelan en el sujeto **una actitud más contraria al Derecho** (reincidencia)”, p. 649-650.

23 Cuyo quinto párrafo establece: “Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

24 García Domínguez, Isabel, *La aporofobia en el sistema penal español: especial referencia al colectivo de personas sin hogar*, op. cit. Este es uno de los argumentos más importantes de los esgrimidos por la autora en su obra, donde destaca la conveniencia de incorporar las *razones de aporofobia* al artículo 22.4 del Código penal español.

25 Entre otros, por Jorge Prats, Eduardo, *Los peligros del populismo penal*, República Dominicana, Editorial lus Novum, 2011. Quien identifica como uno de los peligros el de la criminalización de los pobres y los excluidos, señalando: “las víctimas preferidas del populismo penal son los más pobres porque son los más vulnerables y los más excluidos. Y esto es lógico y natural: el sistema penal reproduce las desigualdades del sistema social y las repotencia, por lo que las consecuencias prácticas de la política criminal la sienten principalmente los marginados y los excluidos sociales, aquéllos que, por su condición socioeconómica, son estereotipados como delincuentes peligrosos. Se es peligroso y, por ende, culpable porque se es pobre”, p. 21-22.

Panamá

Campo Elías Muñoz Arango

Profesor de Derecho penal

Universidad de Panamá

1. Estadísticas sobre conductas aporóforas en el ámbito penal

La República de Panamá, en lo que se refiere a estadísticas relacionadas a la criminalidad, en general cuenta con diversas fuentes oficiales que divulgan públicamente y en la web la información relacionada a la comisión de delitos en todo el país.

Desde el 2007 se creó la Dirección del Sistema Nacional Integrado de Estadística Criminal “DNSIEC”, la cual recopila la información de las autoridades de policía y otras entidades similares del aparato de seguridad del Estado. Una de las funciones de la dirección

ya mencionada, es presentar informes de los delitos cometidos al Consejo de Seguridad Nacional y a las autoridades del Ministerio de Seguridad Pública de Panamá, de modo que dichas autoridades puedan preparar políticas estatales contra la criminalidad en sí.

Por su parte, las estadísticas oficiales del Ministerio Público (Ministerio Fiscal en España) y del Órgano Judicial en sí, se centran en las respectivas fases del proceso penal de corte acusatorio, que desde 20016 rige en todo el territorio nacional (investigación, acusación y juicio oral).

Las estadísticas oficiales generadas por las autoridades ya mencionadas se enfocan en mencionar el número de delitos cometidos en función de los respectivos bienes jurídicos consagrados en nuestro Código Penal, estas detallan por delito en sí y por región ataques contra la vida e integridad personal, contra la libertad e integridad sexual, orden jurídico familiar y el estado civil, contra el patrimonio económico y contra la seguridad colectiva.

No presentan ningún tipo de estadística oficial relacionada a conductas aporófobas en sí, mucho menos encontramos en el sector privado, ninguna Organización No Gubernamental, ONG, que se enfoque ni analice en Panamá este tema del que se ocupa en esta ocasión Revista Penal.

2. Consideración de la aporofobia como motivo discriminatorio que puede agravar otros tipos penales

El Código Penal panameño vigente, en el artículo 88, presenta el listado básico de agravantes comunes a considerar el juez en caso de que fueran aplicables y que no estuvieran específicamente establecidas por los respectivos tipos penales en sí, pero en este catálogo no se hace expresa mención a agravante relativa a motivos de discriminación raciales, religiosos o identidad sexual como agravantes; lo más cercano sería el *“abusar de superioridad o emplear medios que limiten o imposibiliten la defensa del ofendido”*, el *“ejecutar el hecho con abuso de autoridad, de la confianza pública o de las facultades inherentes a la profesión que ejerza el agente o el cargo que desempeña”* o *“Cometer el hecho contra una persona con discapacidad, cuando la discapacidad implique una condición de vulnerabilidad, o contra una persona incapaz de velar por su seguridad o su salud”*, pero para apreciar la discriminación por condición habría que extender desmesuradamente dichas agravantes y eso sería forzar *“peligrosamente”* el texto de la ley penal.

Para apreciar la aporofobia hay que redactar una agravante para ello, pues de lo contrario corremos el

riesgo de desconocer o infringir el principio de legalidad sin duda alguna, lo que sería inaceptable.

El Código Penal de Panamá en diversos delitos, como por ejemplo en el delito de homicidio, presenta agravantes específicas, que pueden dar margen a la apreciación de esta nueva realidad, pues el artículo 132, del homicidio agravado, contiene en su numeral 3 agravante específica cuando *“con conocimiento, en una mujer grávida, en niños de doce años de edad o menos o en un adulto de setena años o más, o en acto de discriminación o racismo”* (el subrayado es nuestro) o en el caso del delito de femicidio del artículo 132-A, que establece como situación para la tipificación del delito de femicidio en el su numeral 10 *“por cualquier móvil generado por razón de su condición de mujer o en un contexto de relaciones desiguales de poder”* (el subrayado es nuestro).

El Código Penal no tiene en la actualidad de manera taxativa agravante específica para actos motivados por discriminación racial, sexual o de identidad sexual, y aunque la pobreza pudiera acentuar la desigualdad y desventajas de la víctima, nuestra legislación no lo considera expresamente, sólo en el delito de homicidio y con mayor razón en el femicidio encontramos una situación parecida.

Desde la Ley N° 7, de 14 de febrero, de 2018 *“QUE ADOPTA MEDIDAS PARA PREVENIR, PROHIBIR Y SANCIONAR ACTOS DISCRIMINATORIOS Y DICTA OTRAS DISPOSICIONES.”*, es en la esfera administrativa donde el tema presente un atisbo de discriminación, sin modificar el Código Penal.

Finalizando el año 2020, en Panamá, las noticias dan cuenta de diversos *“lobbys”* de grupos preocupados por temas de la comunidad LGBTT, que evidencian su interés de discutir y presentar en un futuro la creación de un delito relacionado a la discriminación de género, más cuando en la actualidad el tratamiento que de Panamá en temas de Derechos Humanos a estas minorías esta bajo observación internacional pero ello esta muy lejos de la discriminación que en esta ocasión nos interesa y ocupa.

3. En la parte general del Código Penal, ¿existen fórmulas para mitigar la pena de quien comete un hecho tipificado como delito cuando lo hace, precisamente, por su condición de pobre /excluido?

El Código Penal panameño vigente, adoptado mediante ley en 2007 y vigente desde mayo de 2008, en su artículo 90 detalla las circunstancias atenuantes comunes, las cuales sólo aplicaran para delitos que no tengan

atenuantes específicas, ninguna de las presentadas es directamente aplicable, pero es discutible que el numeral 3 “*las condiciones físicas o síquicas que colocaron al agente en situación de inferioridad*” pudiera ser aplicable, pero en estos casos es en el numeral 7 de este artículo donde hay posibilidad de presentar la condición de pobre o excluido, ya que establece “*cualquier otra circunstancia no preestablecida por la ley que, a juicio del tribunal, deba ser apreciada.*” De hecho, la jurisprudencia de nuestros tribunales, en alguna ocasión la ha considerado para fundar una atenuación de pena.

De la lectura del numeral 7 del artículo 90 ya mencionado, vemos que quedaría a potestad del juez analizar que tanto influye la situación de pobreza o exclusión del procesado; igualmente es necesario señalar que dependiendo de la naturaleza del caso en Panamá es posible el estado de necesidad justificante y el exculpante, pero dependerá de cada caso y del análisis por parte del juez aceptar o no su aplicación.

Por último, esta materia se circunscribe mucho a cómo nuestra legislación cuantifica los montos de afectación al momento de decidir si un hurto, por ejemplo, es o no de la esfera penal o de la administrativa, pues dependiendo de que tanto o que tan poco sea la suma para considerar es que podemos considerar si estamos en presencia o no de aporofobia.

4. En la parte especial del Código Penal, identifique manifestaciones del Derecho penal de la aporofobia en relación con la criminalización de conductas de escasa lesividad

No apreciamos en la Parte Especial situaciones que sirvan para sustentar esta situación en nuestro ordenamiento penal de forma taxativa. En el hurto, sin embargo, como quedó antes expuesto. Se puede recurrir al estado de necesidad.

5. En la parte especial del Código Penal, señale si se aprecia una insuficiente protección de los bienes jurídicos de las personas en situación de pobreza/exclusión/vulnerabilidad

Panamá siendo país de tránsito de migrantes, legales o no, en la actualidad encuentra la protección de los derechos de aquellos y en el combate del delito de trata de personas existe una lucha en donde la pobreza es determinante para la concreción de algunos de dichos delitos, lo que en ocasiones también se aprecia, sin duda alguna. En ciertos tipos penales relacionados con drogas se aprecia esta realidad.

Desde la promulgación de la Ley No. 79, de 9 de noviembre, de 2011 “SOBRE TRATA DE PERSONAS Y ACTIVIDADES CONEXAS”; se adoptó una legislación especial que revolucionó la forma cómo nuestro país enfoca este tema, se creó la Comisión Nacional contra la trata de Personas como organismo técnico-administrativo, con personería jurídica, adscrita al Ministerio de Seguridad Pública, la cuál trabaja con diversos estamentos del seguridad y con otras instituciones públicas en la medida de lo posible. Esta misma ley estableció régimen de protección especial para la atención y protección a las víctimas del delito de trata de personas y algunas restricciones a garantías procesales específicas para limitar la impunidad de quien sea procesado por estos delitos.

En lo que se refiere en sí al Código Penal, la ley ya mencionada, creó el Capítulo IV, sobre Delitos contra la trata de personas, en el Título XV del Libro Segundo del mismo código, sobre “Delitos contra la Humanidad”, tipificando la conducta básica de la trata de personas y delitos específicos para la tenencia de inmuebles o vehículos destinados para la comisión de este delito o agravantes para funcionarios públicos que participen ellos.

6. En su Código Penal, ¿hay un tratamiento específico de la situación de vulnerabilidad de la víctima?

Cómo ya hemos mencionado previamente, nuestra parte general contiene dentro de las atenuantes y agravantes comunes mención a la vulnerabilidad de la víctima al momento de considerar la conducta del sujeto pasivo en aquellos delitos que el Código Penal no tenga atenuante o agravante específica aplicable; de misma manera, igualmente, mencionamos como en específico en el delito de homicidio y femicidio se considera la vulnerabilidad de la víctima dentro de la tipificación del delito en sí o cómo circunstancia agravante para el homicidio en sí.

Dependerá del Juez que grado de importancia le dará a los hechos ocurridos puesto a su juicio decidir que tanta relevancia puede o no tener las limitaciones y desigualdad que recaiga sobre la víctima, cosa que regula con propiedad el Código Procesal Penal Panameño, pues enumera diversas garantías a favor de la víctima y la posibilidad de acceder a un defensor de la víctima de manera gratuita.

En lo que se refiere al Código Penal en sí, es necesario terminar mencionando el artículo 79, pues habla de la individualización judicial de la pena, momento en el cual el juez podrá también considerar la vulnerabilidad

de la víctima también”. La norma en cuestión, dispone lo siguiente:

“Artículo 79. El Juez dosificará la pena tomando como fundamento los siguientes aspectos objetivos y subjetivos:

1. La magnitud de la lesión o del peligro y la mayor o menor voluntad de dañar.

2. Las circunstancias de modo, tiempo y lugar.

3. La calidad de los motivos determinantes.

4. La conducta del agente inmediatamente anterior, simultánea y posterior al hecho.

5. El valor o importancia del bien.

6. La condición de inferioridad o superioridad y las ventajas o desventajas existentes entre el agente y la víctima.

7. Las demás condiciones personales del sujeto activo o pasivo, cuando la ley no las considere elementos del delito o circunstancias especiales.”

Quedará a potestad, volvemos a repetir, del Juez decidir que tanta incidencia tiene en el caso específico la vulnerabilidad de la víctima, de la lectura, confirmamos que el numeral 6 toma en cuenta la vulnerabilidad de la víctima si fuera aplicable, igualmente el numeral 7 aplicaría, pero todas esos aspectos pudieran tener aplicación dependiendo del caso.

Perú

Dr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga

Catedrático de Derecho Penal

Juez Titular de la Corte Suprema de Justicia del Perú

Aporofobia y recesión económica

Como precisa Navarro Falconi, el término “aporofobia viene de “áporos” que significa carente de recursos, y “fobia” que significa aversión o rechazo a algo o alguien, es decir, aporofobia es el rechazo o aversión que tenemos a alguien que no tiene recursos, a alguien que tiene carencias significativas de algo. Adela Cortina señala claramente que la aporofobia significa aversión, rechazo o incluso odio, a los pobres, a los desvalidos, a los malsituados¹. Según Pozo y Arbieto, ella constituye una “patología de exclusión social” ya que “desde la visión aporofóbica, los individuos que presentan condición de pobreza son culpables de la misma y no de condiciones externas, lo que lleva a que la vida de los pobres no sea de importancia para significativos sectores de nuestras sociedades, no hacen falta para la economía, para el mercado, para los gobiernos, para la universidad y para muchos ámbitos de la vida social”².

La aporofobia es, pues, un grave fenómeno psicosocial que se va extendiendo gravemente en la sociedad

contemporánea del siglo XX como consecuencia de varios factores estructurales y coyunturales, como son el afianzamiento de las brechas de desigualdad generadas por las políticas económicas neoliberales, los desplazamientos migratorios forzados, la discriminación cultural o la inseguridad ciudadana. Su conexión con todo ello es directa y sus características o manifestaciones resultan ser cualitativamente similares al interior de entornos tan diferentes como los que corresponden a los países económicamente desarrollados, emergentes o pobres.

Sin embargo, la proyección de la aporofobia en el ámbito del Derecho penal es todavía reciente y empieza a ser perfilada. Sobre todo, se comienza a debatir y dimensionar su potencial criminógeno e identificar desde la política criminal las conductas delictivas que le son afines o que demandan decisiones de neocriminalización. De allí, pues, que los estudios en este dominio sean aún menores que el interés que todos esos aspectos vienen suscitando entre los analistas en la última década³.

Por consiguiente, pues, lo que se puede describir en torno a la presencia de delitos por aporofobia en el Perú es de momento necesariamente preliminar. No obstante, resulta pertinente delinear de modo puntual algunas características de la realidad socioeconómica peruana que pueden condicionar prospectivamente la agudización de prácticas aporofóbicas entre la población nacional. Al respecto, cabe señalar que el Perú adquirió la condición de país de economía emergente e ingresos medios, a partir de la segunda década del presente siglo. En efecto, la estabilidad de sus indicadores macroeconómicos y financieros lo colocaron como una de las economías más sólidas y prosperas de Latinoamérica, con un producto bruto interno en continuo crecimiento con un promedio de 4,0 % anual y una baja tasa inflacionaria en torno al 2.4 %. Asimismo, los datos en dicho periodo registraron también que sus reservas acumuladas bordeaban los 65000 millones de dólares⁴, que 7 de cada 10 peruanos pertenecían a la clase media y que la tasa de desempleo se había reducido al 6.5 %⁵. No obstante, ya en el último quinquenio estos porcentajes comenzaron a indicar que la reducción de la pobreza sería cada vez más lenta en los próximos años⁶.

Ahora bien, como un paradójico contraste es de mencionar también que ha sido una crónica característica de la emergente economía peruana el soportar una tasa muy alta de informalidad. Es así que, hasta inicios del 2020, alrededor del 60% de la producción nacional era activada informalmente y que el 65% de las empresas en funcionamiento en el país tenían una estructura y

operatividad informales. Además, que 7 de cada 10 peruanos trabajaba de manera informal y que el 40% de la fuerza laboral activa del país se encontraba autoempleada en microempresas informales. Estas últimas cifras también permiten estimar que más de 10 millones de peruanos trabajaban sin beneficios laborales ni protección social alguna. Sin embargo, en ese contexto, otros registros cuantitativos mostraban que el impacto de la economía informal era significativo, llegando a aportar entre un 30 a un 35% al PBI⁷.

En cuanto a indicadores macro sociales, es importante señalar que la línea de la pobreza extrema, en los últimos tres años ha puesto en evidencia un aumento moderado pero continuo. El cual se ha hecho más agudo en el ámbito rural donde el mayor volumen de la población encuentra más dificultades y limitaciones para poder llenar la canasta básica familiar. Efectivamente, según fuentes oficiales, “entre los años 2018 y 2019, la línea de pobreza extrema se incrementó, tanto en el área urbana como en el área rural en 2,0% y 2,7%, respectivamente. La línea de pobreza extrema del área rural representa el 81,0% de la línea de pobreza extrema del área urbana”.

Es de destacar también que otro factor que ha potenciado las brechas de desigualdad en el territorio nacional estuvo relacionado con un suceso coyuntural y repentino, cual fue la masiva migración de ciudadanos venezolanos que el Estado peruano autorizó por razones humanitarias a partir de finales de 2016⁸. Este desplazamiento cercano al millón de personas no sólo generó una ampliación demográfica, sino que tuvo también sensibles repercusiones socioeconómicas. Sobre todo, porque se trataba mayormente de personas económicamente activas pero que no lograban ser asimiladas con facilidad por el mercado laboral interno y las actividades productivas formales. Lo que determinó que rápidamente gran parte de este flujo migratorio pasara a adquirir la precaria condición de subempleados o a engrosar las filas de la informalidad, propiciando una notable pérdida de potencial que no accedía a formas de captación u ocupación en empleos para los cuales estaban técnicamente capacitados. Paralelamente otro sector con menor nivel de formación profesional o técnica, quedó en una condición marginal cuya única opción inmediata fue iniciarse en la práctica de delitos violentos, la prostitución clandestina o la trata de personas⁹.

Sin embargo, a partir de marzo de 2020 el panorama económico antes descrito cambió radicalmente como consecuencia de la presencia en el Perú de la pandemia del Covid-19 y de su rápida propagación por toda su

geografía. Esta grave e inédita contingencia sanitaria trajo consigo medidas excepcionales de aislamiento social, así como de paralización prolongada del mayor número de actividades productivas y de servicios en el país¹⁰. Como consecuencia de todo ello, las inversiones se redujeron, creció el desempleo y se aumentó el gasto público en subsidios sociales directos, lo cual afectó las reservas existentes y obligó al endeudamiento externo¹¹.

En este nuevo escenario el futuro inmediato se manifiesta incierto y negativo, con proyecciones que anuncian que en los próximos dos años el crecimiento de la economía peruana será nulo, que aumentarán el déficit fiscal y la tasa de desempleo¹². En ese sentido, por ejemplo, algunos analistas han pronosticado que alrededor de 600,000 familias peruanas dejarán de pertenecer a la clase media y que sólo podrían retornar a ese status luego de cinco años. Además, que la inversión privada tendrá una caída “entre el 32.7 y 35 %” lo que dificultará la recuperación de los empleos perdidos¹³. En términos más concretos y dramáticos que **en el próximo quinquenio habrá mucho más pobres en el Perú**. Por tanto, que los riesgos de un brote expansivo de aporofobia en la población peruana es muy alto y tendrá mayores repercusiones sobre los migrantes extranjeros a los cuales se comienza ya a mirar con celo xenofóbico al considerárseles una competencia laboral incluso en el sector informal, pero a quienes también se empieza a estigmatizar como potenciales delincuentes o promotores directos del incremento de la inseguridad ciudadana¹⁴.

Aporofobia y legislación penal

En la legislación penal peruana las primeras prácticas de aporofobia fueron de carácter institucional. Es decir, se materializaron a través de agresiones y discriminaciones hacia los pobres que promovió el Estado desde sus propias normas penales. Estas excluyentes actitudes oficiales asociaron la condición de pobreza a la de un “estado peligroso” que debía ser criminalizado o controlada preventivamente. El ejemplo más caracterizado de esta actitud oficial fue la Ley de Vagancia de 1924 (Ley 4891) promulgada meses antes del Código Penal del mismo año. El artículo 1º de dicha ley era al respecto muy elocuente y precisaba lo siguiente: “Vago es todo individuo que careciendo de bienes y rentas, no ejerce profesión, arte ni oficio; ni tiene empleo, destino, industria, ocupación lícita, ni medio legítimo ni conocido de subsistencia, o, fingiendo tenerlos, carece de habitación; o, teniendo por suya la perteneciente a

distinta persona, vive de la tolerancia, complacencia, sugestión, sujeción, tiranización o explotación de esta última”. Esta clara definición de pobreza extrema era pues por aquel entonces equivalente a una situación que se estimaba “criminógena”. Se estaba, pues, muy lejos aún de considerar tal condición como un prototipo de vulnerabilidad o exclusión social. Cabe recordar que dicha Ley de Vagancia se mantuvo vigente en el Perú hasta el año 1986.

En lo referente a la necesidad de criminalizar o sobrecriminalizar atentados o agravios motivados en el odio o temor a los pobres, es de reconocer que ninguno de los tres Códigos Penales del Perú republicano se preocuparon por incluir tipos penales o circunstancias agravantes referidas a tales conductas ilícitas.

Recién con la reforma que introdujo la Ley 30076 del 19 de agosto de 2015, en el artículo 46° del Código Penal de 1991, se incorporó en el literal d) de dicha norma una circunstancia agravante que hacía referencia a una motivación discriminatoria hacia la víctima. Según dicha disposición era circunstancia agravante genérica el “Ejecutar el delito bajo móviles de intolerancia o discriminación de cualquier índole”. La doctrina nacional destacó esta innovación conectándola además con la tendencia legislativa que en esa misma materia habían asumido otros sistemas jurídicos iberoamericanos:

“Nuevamente el legislador adopta como indicador agravante el móvil que determina la conducta delictiva del agente. No obstante, en este caso alude específicamente a la **intolerancia** o a la **discriminación**. Esto es, hay en ambos supuestos un acento sociológico, cultural y valorativo que toma en cuenta una forma negativa e ideológica de menosprecio, que internaliza y exterioriza el agente para *minus* valorar, despreciar o estigmatizar a determinadas personas por su origen, condición o roles sociales. Se trata de móviles frecuentes en la comisión de los denominados **delitos de odio**. Una fórmula legal similar, aunque más detallada, fue sugerida inicialmente por el Anteproyecto peruano de 2004 donde el artículo 47°, en su inciso 4, registraba el siguiente tenor: ‘Efectuar la ejecución de la conducta punible inspirándose el agente en móviles de intolerancia y discriminación referidos a la raza, etnia, ideología, religión, o a las creencias, sexo o alguna enfermedad o discapacidad de la víctima’. El Anteproyecto 2008/2010 mantuvo la misma redacción en el inciso 4 del artículo 46°. Es de precisar que ambas propuestas seguían a pie de la letra la redacción colombiana del inciso 3 del artículo 58° del Código Penal. (...) Cabe señalar que esta clase de móviles delictivos es también recogida con igual eficacia de potenciación punitiva por otras legislaciones penales como la española. En efecto, el texto renovado por la LO 1/ 2015, del inciso 4 del artículo 22 del Código Penal ibérico, es, al respecto, mucho más directo y detallado al considerar como circunstancia agravante: “Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión, creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenece, su sexo, orientación o identidad

sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad”.

Al igual que lo ocurrido en el derecho penal español con el texto anterior al actualmente vigente del artículo 22.4, era evidente que una circunstancia agravante de tales características y alcances no cubría con precisión ni de modo integral las conductas delictivas motivadas por el odio o la discriminación a una condición socioeconómica de pobreza. Sin embargo, años después, tales limitaciones y dudas fueron superadas mediante una nueva modificación del artículo 46°. d) del Código Penal, la que se formalizó mediante el Decreto Legislativo 1323 del 5 de enero de 2017. Efectivamente, la nueva redacción del citado artículo fue más detallada utilizando un tenor que destacaba como razón agravante la concurrencia en el autor del delito de una motivación de intolerancia o discriminación hacia la situación socioeconómica de la víctima: “d) Ejecutar el delito bajo móviles de intolerancia o discriminación, tales como el origen, raza, religión, sexo, orientación sexual, identidad de género, factor genético, filiación, edad, discapacidad, idioma, identidad étnica y cultural, indumentaria, opinión, **condición económica, o de cualquier otra índole**”. Sin embargo, en el informe en mayoría sobre el Decreto Legislativo 1323 el legislador peruano no hizo referencia expresa que destacará la trascendencia particular de esa motivación y su vinculación con la aporofobia¹⁵. Es así que sólo se limitó a dar explicaciones genéricas sobre los cambios producidos focalizando su interés en la discriminación y abuso por motivos de identidad sexual o género:

Con dicho objetivo, se estimó necesario la creación de nuevas figuras penales y, en otros casos, una mayor precisión de la técnica normativa para mejorar su función tuitiva en relación con los bienes jurídicos que se pretenden cautelar, así como para dotarlas de un alto grado de eficacia.

Acorde con las consideraciones precedentes, se han regulado los supuestos de agravación contenidos en el artículo 46 del Código Penal para especificar los móviles de intolerancia o discriminación que servirán para graduar la sanción penal correspondiente, así como ampliar los motivos prohibidos por la Constitución Política del Perú y las leyes que configuran el delito de discriminación del artículo 323 del Código Penal.

En ambos casos, las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo No. 1323 están referidas a precisar y dotar de mayor eficacia los tipos penales señalados, lo que concuerda plenamente con el mandato del artículo 2 numeral 2 literal a) de la Ley No. 30506, que era legislar en materia de seguridad ciudadana a fin de fortalecer la lucha contra la inseguridad ciudadana y revisar la regulación vigente del delito de feminicidio y sus agravantes para combatir la violencia familiar y la violencia de género, así como proteger los derechos de las mujeres, niñas y niños, y adolescentes.

Cabe precisar que los motivos prohibidos de discriminación que fueron objeto de modificación en el artículo 46 del Código Penal no son únicamente los referidos a la orientación sexual e identidad de género de las personas, **sino además origen, raza, religión, sexo, factor genético, filiación, edad, discapacidad, idioma, identidad étnica y cultural, indumentaria, opinión, condición económica, o de cualquier otra índole.**

Es de tener en cuenta para entender tal actitud del legislador nacional que el proceso de gestación de aquella reforma ocurrió meses antes de la publicación del emblemático libro de Adela Cortina “Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia” (Paidós. Barcelona, 27 de abril de 2017). Es más comentaristas jurídicos de esta obra como Ávila Herrera tampoco se refirieron a su vinculación con el inciso d) del artículo 46º del Código Penal¹⁶.

Otra disposición penal que puede aplicarse para conductas que reflejen una motivación aporofóbica se encuentra contenida en el artículo 323º del Código Penal que reprime el **delito de discriminación**. Su texto legal también fue objeto de modificación por parte del Decreto Legislativo 1323 y ha quedado de la siguiente manera:

El que, por sí o mediante terceros, realiza actos de distinción, exclusión, restricción o preferencia que anulan o menoscaban el reconocimiento, goce o ejercicio de cualquier derecho de una persona o grupo de personas reconocido en la ley, la Constitución o en los tratados de derechos humanos de los cuales el Perú es parte, **basados en motivos raciales, religiosos, nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad de género, idioma, identidad étnica o cultural, opinión, nivel socio económico, condición migratoria, discapacidad, condición de salud, factor genético, filiación, o cualquier otro motivo**, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de tres años, o con prestación de servicios a la comunidad de sesenta a ciento veinte jornadas.

Si el agente actúa en su calidad de servidor civil, o se realiza el hecho mediante actos de violencia física o mental, a través de internet u otro medio análogo, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años e inhabilitación conforme a los numerales 1 y 2 del artículo 36.

En torno a la modificación de esta norma el antes citado Informe en mayoría del Congreso, tampoco hizo alusión alguna sobre una intención específica de involucrar motivaciones de índole aporofóbica. Al respecto se limitó a precisar que “los motivos prohibidos en el artículo 323 del Código Penal que fueron incorporados además de la orientación sexual e identidad de género, son: nacionalidad, nivel socio económico, condición migratoria, condición de salud, o cualquier otro motivo, existiendo anteriormente en la configuración del tipo penal los motivos racial, religioso, sexual, factor genético, filiación, edad, discapacidad, idioma, identidad étnica y cultural, y opinión”¹⁷. Cabe mencionar

que hubo posiciones contrarias a estos cambios y que estimaban innecesarios las referencias a las discriminaciones por motivos de género. Ese fue el caso de Balmaceda Quiroz quien sostuvo lo siguiente:

El delito de discriminación se introdujo en el CP de 1991 con Ley N° 27270, del 29/05/2000, para luego ser constantemente modificado por la Ley N° 28867 del 09/08/2006, la Ley N° 30096 del 22/10/2013, la Ley N° 30171 del 10/03/2014, hasta el D. Leg. N° 1323, del 06/01/2017, donde se incluyen los criterios de la teoría de género. Pero en esta última modificación, además, se cambia el verbo rector, que, a pesar de los varios cambios, se había mantenido incólume (...). Por todo lo que a continuación se explicará, consideramos que debe derogarse este decreto legislativo o, al menos, las modificaciones de los artículos 46.2.d) y 323 del CP, que incluyen la teoría de género, debido a su inconstitucionalidad, ya que se originaron en un exceso de las facultades legislativas delegadas y, además, la materia que regulan no puede ser objeto del Derecho Penal.

Como se puede inferir de la cita transcrita, al citado autor no le motivo interés pronunciarse sobre la utilidad de los cambios normativos que daban cabida al móvil discriminatorio de la aporofobia¹⁸. En esa misma línea, es pertinente reconocer que a la doctrina penal nacional le ha interesado poco esclarecer los alcances de dicha motivación en el delito de discriminación. Por ejemplo, Valle Odar formula una interpretación muy somera y genérica argumentando que los actos de discriminación por motivo de nivel socioeconómico, constituyen formas de “menoscabo o restricción de un determinado derecho que se le hace a una persona por su condición socioeconómica (**pobre, clase media, clase alta, etc.**). Este trato diferenciado, **es sobre aquellos que no tendrían una ‘posición social’ o profesión relevante a consideración del discriminador**”¹⁹. Para concluir, cabe señalar que pese a su escasa difusión social y debate técnico, en el presente este tipo penal que permite también un control y sanción penal sobre prácticas aporofóbicas, ya viene siendo invocado para denunciar actos de maltrato y agresión contra inmigrantes venezolanos²⁰.

A modo de conclusión

No cabe duda que la aporofobia es un factor agravante y que integra la motivación de varias modalidades de delitos de odio. Que, por consiguiente, el legislador penal debe promover su expresa regulación normativa por ser esta pertinente y necesaria para configurar un oportuno control preventivo y represivo, sobre aquellas conductas aporofóbicas y xenofóbicas que se visibilizan con mayor nitidez y frecuencia cuando se consolidan factores estructurales y de coyuntura críticos y propios del momento actual. Nos referimos, sobre todo, a la recesión económica, la pérdida masiva de empleos, la recepción desordenada y repentina de flujos migratorios de personas de escasos recursos y de condición marginal, o el súbito incremento del déficit fiscal con su consecuente recorte de subsidios sociales. En efecto, la experiencia peruana del presente año y que ha estado

signada por los impactos socioeconómicos negativos generados por la pandemia del Covid-19, así lo viene demostrando con prácticas y actitudes aporofobias que vienen dándose con mayor frecuencia contra los inmigrantes venezolanos. Ella rebela, pues, que el problema psicosocial y penal de la aporofobia y de la criminalidad asociada a sus patológicas motivaciones, tiende a agudizarse de manera sensible en tales coyunturas, por lo que el Estado no debe desatenderlo ni mucho menos restarle prioridad. Se impone, pues, la obligación de estudiar dicho fenómeno de modo integral a fin de poder identificar las estrategias más idóneas y oportunas para, cuando menos, poder mitigar sus riesgos.

Notas

1 Julio C. Navarro Falconi. Tiempos de cambio: Aporofobia, el odio a los malsituados. Cuadernos Borrdor.31 de agosto de 2020, p. 1.

2 Rosmery Sabina Pozo Enciso¹, Oscar Arbieta Mamani. La Aporofobia en el contexto de la sociedad... / Volumen 30, Número 58 Julio-Diciembre 2020, pp. 136-137.

3 Cfr. Miguel Bustos Rubio. Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (Art. 22.4).JM Bosh. Barcelona. 2020, pp. 56-65.

4 Eduardo Morón Pastor. Los Desafíos del Perú. Universidad del Pacífico. Lima. 2013, pp. 51-52.

5 *Ibíd.*, p. 108.

6 Luis Fernando Alegría. Perspectivas regionales para los próximos tres años. El Comercio. Edición del 29 de setiembre de 2019, p. 21).

7 Eduardo Morón Pastor, E. Los Desafíos del Perú, *ob. cit.*, p. 85 y ss.

8 Instituto Nacional de Estadística e Informática-INEI. Evolución de la pobreza monetaria 2008-2019.Lima. Mayo 2020, p. 30.

9 Instituto Nacional de Estadística e Informática-INEI. Condiciones de vida de la población venezolana que reside en el país. ENPOVE. Lima. 2018.

10 C. Silva. Impacto de la pandemia en la economía nacional. La República. Edición del 12 de julio de 2020, p. 4.

11 Instituto Nacional de Estadística e Informática-INEI. Población ocupada de Lima metropolitana disminuyó 21.5 % en el trimestre móvil agosto-setiembre-octubre del 2020. Nota de prensa N° 156 del 16 de noviembre de 2020, pp. 1-2.

Evolución de la pobreza monetaria 2008-2019.Lima. Mayo 2020, p. 30.

12 Cfr. Macroconsult.Perú: Situación económica actual y medidas de política. Lima. Junio de 2020, pp. 8-40.

13 Fabiana Sánchez di Natale. BCP:600 mil familias dejarán la clase media debido a la crisis. Perú 21. Edición del 22 de julio de 2020, p. 12

14 Equipo de investigación. Venezolanos en el Perú: ¿la migración ha generado un aumento de la inseguridad? *Enterarse*. Edición digital del 17 de enero de 2019;

15 Cfr. Oficio N° 733-01/2016-2017/DP-VZS-CR. Del 9 de marzo de 2017. Ver anexo denominado Informe en mayoría del decreto legislativo N° 1323.

16 Cfr. José Ávila Herrera. La aporofobia: Viejo y persistente problema de la humanidad. Jurídica. Suplemento del diario oficial El Peruano. Edición del 29 de mayo de 2018,pp. 6-7

17 Cfr. Oficio N° 733-01/2016-2017/DP-VZS-CR. Del 9 de marzo de 2017. Ver anexo denominado Informe en mayoría del decreto legislativo N° 1323.

18 Justo Balmaceda Quirós. Crímenes de odio: comentarios al D. Leg. N° 1323 que fortalece la lucha contra el feminicidio, la violencia familiar y la violencia de género. Gaceta Penal & Procesal Penal N° 93. Marzo 2017, pp. 39-41.

19 Frank Carlos Valle Odar. El delito de discriminación en el Perú. A propósito del caso Julio Arbizu. Gaceta Penal & Procesal Penal N° 128. Febrero 2020,p. 27.

20 Municipalidad de Miraflores denuncia por discriminación a sujeto que agredió a repartidor venezolano. Portal del diario Correo. Edición del 19 de noviembre de 2020.

Polonia

Prof. Dra. Blanka Julita Stefanska

Assistant Professor en la Facultad de Derecho y Administración

Lazarski University en Varsovia

1. Estadísticas sobre conductas aporofobas en el ámbito penal

– ¿Las estadísticas oficiales ofrecen datos sobre delitos motivados por el odio al pobre?

Las estadísticas de delincuencia llevadas por la Comisaría Principal de Policía y por el Ministerio de Justicia no incluyen delitos motivados por el odio al pobre.

– Haya o no estadísticas oficiales, ¿otras entidades (ONG) recogen estos datos?

Los ONGs tampoco llevan a cabo tales estadísticas.

– ¿Las estadísticas oficiales sobre-representan los delitos de bagatela mientras que infra-representan los delitos de cuello blanco?

Las estadísticas oficiales reflejan los tipos de delitos cometidos recogidos en los títulos del código penal o en otras leyes especiales. Los criterios de las estadísticas no toman en cuenta la gravedad de delitos.

2. Consideración de la aporofobia como motivo discriminatorio que puede agravar otros tipos penales

– ¿El Código Penal recoge, en general, la agravante de discriminación por diversos motivos (raza, religión, identidad sexual, etc.)?

El código penal polaco no contiene catálogo de circunstancias agravantes o atenuantes. El Tribunal, a la hora de imponer la pena, tiene en cuenta diferen-

tes circunstancias y las califica bien como circunstancias agravantes o atenuantes, dependiendo del caso. Entre las circunstancias está la motivación del sujeto. De acuerdo con el art. 53 § 3 del código penal polaco, el Tribunal, a la hora de imponer la pena tendrá en consideración, en particular, la motivación y forma de actuar del sujeto, sobre todo en caso de haber cometido el delito en perjuicio de persona inepta debido a su edad o estado de salud, el delito cometido junto con el menor de edad, tipo y grado de infracción de obligaciones, tipo y grado de consecuencias negativas de delito, propiedades y condiciones personales del autor, forma de vida antes de haber cometido el delito y su comportamiento después de su comisión, especialmente la intención de reparar el daño o indemnizarlo de otra forma para hacer justicia social, así como el comportamiento de perjudicado.

En caso la motivación esté incluida en los elementos del tipo delictivo, no puede ser considerada por el Tribunal como circunstancia agravante. Esto se aplica a los delitos que consisten, entre otros, en:

- a) amenazar o usar violencia hacia grupo de personas o una persona debido a su pertenencia nacional, étnica, racial, política, religiosa o debido a su laicismo (art. 119 § 1 de código penal);
- b) incitar al odio debido a las diferencias de nacionalidad, etnia, raza, creencias o laicismo (art. 256 § 1 del código penal);
- c) injuriar públicamente a un grupo de personas o a una persona debido a su pertenencia nacional, étnica, racial, religiosa o debido a su laicismo, o bien violar su integridad física por estas razones (art. 257 de código penal) [véase con más detalle: R.A. Stefański, Valoración jurídico-penal del discurso del odio en el derecho penal polaco (en:) Estudios Latino Americanos. Elías. Circulo de dialogos transnacionais, organizadores Carmen Armendáriz León, Roberto Wanderley Nogueira, Vanessa Alexandra de Melo Pedroso, Vol. 1, Boa Vista, Brasil 2016].

En caso el delito se cometa por motivos discriminatorios y el motivo no esté incluido como elemento del tipo, entonces tal motivo se valora por el Tribunal como circunstancia agravante, ya que tal motivación resulta inaceptable por la sociedad. Como ejemplo puede servir la Sentencia del Tribunal de Apelación que estima directamente que:

„En ambos casos los acusados privaron de vida a las personas desamparadas, sin hogar, vagabundos, personas que en mayoría de los casos viven al margen de la sociedad sin su culpa. Hay que enfatizar que no tiene importancia y es irrele-

vante para la responsabilidad penal, si la víctima de homicidio es una persona pobre o rica; tampoco importa su nacionalidad, raza, convicciones, ideas y pareceres. Cada vida humana no tiene precio y está protegida, también la vida de vagabundo” (Sentencia del Tribunal de Apelación en Katowice de 27 de septiembre de 2006, II AKa 224/06, LEX núm 217115)

El código penal, tanto en la parte general, como en la parte especial que tipifica los delitos de odio no prevé aporofobia como circunstancia agravante o elemento del tipo.

- En caso afirmativo, ¿se menciona expresamente la discriminación por la situación de pobreza/exclusión de la víctima?
- En caso afirmativo, indique algunas sentencias recientes donde se aplique.
- Si su Código Penal no recoge este motivo discriminatorio, ¿hay, no obstante, alguna propuesta de reforma?

Actualmente no existe un proyecto de reforma de código penal que proponga introducir el motivo discriminatorio como circunstancia agravante, incluyendo aporofobia. Únicamente existe un proyecto de reforma de 10 de junio de 2020 que añade a los delitos mencionados arriba (art. 119 § 1, 256 §1 y 257 de código penal) como motivos discriminatorios el género, identidad sexual, expresión sexual, edad, discapacidad, orientación sexual.

3. En la parte general del Código Penal, ¿existen fórmulas para mitigar la pena de quien comete un hecho tipificado como delito cuando lo hace, precisamente, por su condición de pobre /excluido?

- Por ejemplo, ¿se podría aplicar el “estado de necesidad” como causa de justificación a, por ejemplo, hurtos mínimos, ocupación de bienes inmuebles, ataques mínimos a la propiedad intelectual, etc.? Tanto en caso afirmativo como negativo, indique alguna sentencia reciente al respecto.

Ninguna de las causas de justificación determinada en el código penal polaco, p. ej. estado de necesidad, prevé la exclusión de antijuricidad debido a la condición de pobre.

El estado de necesidad —de acuerdo con el art. 26 de código penal— tiene lugar cuando una persona actúa con el fin de evadir el peligro directo que amenaza a cualquier bien jurídico protegido, sacrificando otro bien cuyo valor es inferior al bien salvado, siempre y cuando no haya sido posible que el peligro cese de otra forma. En teoría, tal circunstancia podría aplicarse, pero en la práctica esto no sucede. El conflicto entre bienes

jurídicos se soluciona por los Tribunales polacos desde la perspectiva de la nocividad social del hecho. Según el art. 1 § 2 del código penal, el delito es un hecho prohibido cuya nocividad social es superior al insignificante. Conforme con el art. 115 § 2 del código penal, a la hora de enjuiciar el grado de nocividad social del hecho, el Tribunal valorará el tipo y carácter de bien violado, grado de obligaciones infringidas por el sujeto, así como forma de dolo, motivación del sujeto, tipo de reglas de prudencia infringidos y grado de su infracción.

La comisión de hecho antijurídico por el sujeto debido a su condición de pobre/excluido puede conducir a la conclusión de que la nocividad social del hecho es insignificante y por tanto, *verba legis*, no se considera como delito (arg. ex art. 1 § 2 del código penal)

- ¿Se recoge alguna causa de exclusión de la culpabilidad que pudiera ser aplicable a quien comete un delito por su condición de exclusión social, cuando no sea posible aplicar una causa de justificación? En caso afirmativo, ¿puede citar alguna sentencia? El código penal no prevé la exclusión de pena en tal caso. Tal como en el caso de causas de justificación, el problema queda resuelto por la nocividad social del hecho.

4. En la parte especial del Código Penal, identifique manifestaciones del Derecho penal de la aporofobia en relación con la criminalización de conductas de escasa lesividad

- Por ejemplo, para el caso español se podrían mencionar la tipificación del *top-manta* (venta callejera de productos falsificados), la criminalización del narcomenudeo y la criminalización de las conductas que favorecen la inmigración.

El código penal no prevé los delitos aporofóbicos que sean delitos de escasa lesividad. Sin embargo, el código de faltas castiga la mendicidad en lugar público de forma importuna o fraudulenta (art. 58 § 2) y la inducción a la mendicidad de un menor de edad, de una persona inepta o de una persona dependiente o bajo su tutela (art. 104).

Estas faltas pueden ser cometidas por personas pobres.

Hay que destacar que las faltas no son una clase de delito, sino que son tipos autónomos de hechos antijurídicos punibles. Están previstas en el código de faltas de 1971.

5. En la parte especial del Código Penal, señale si se aprecia una insuficiente protección de los bienes jurídicos de las personas en situación de pobreza / exclusión / vulnerabilidad

- Explique si hay conductas contra colectivos vulnerables que no tienen (suficiente) reproche penal pese a afectar a bienes jurídicos dignos de tutela penal. Como paradigma de colectivo vulnerable están los migrantes en situación irregular y, aún más, las mujeres migrantes en situación irregular. ¿Qué delitos existen, por ejemplo, en relación con la vulneración de sus derechos laborales? ¿Se castiga la trata de seres humanos con fines de explotación laboral y sexual?

El código penal no prevé delitos que protejan bienes jurídicos de las personas en situación de pobreza. Sin embargo, sus bienes quedan protegidos por otros delitos, p. ej. delitos contra la vida e integridad física.

En caso de violación de derechos de los trabajadores, las personas que ilegalmente residan y trabajen, no estando contratados en virtud de contrato de trabajo, no están protegidas por normas penales que prescriben delitos contra derechos de trabajadores (art. 218-221 de código penal). Sin embargo, cuando se infrinjan o se ponga en peligro sus bienes, las personas que les contratan ilegalmente responderán penalmente por, p. ej. el delito de puesta directa en peligro de perder la vida o sufrir lesiones graves (art. 160 § 1-3 de código penal)

En cuanto a la trata de seres humanos, el código penal en art. 189a lo castiga con la pena de privación de libertad de 3 años hasta 15 años. Se castigan también actos preparatorios de este delito.

La definición de trata de seres humanos está prevista en el art. 115 § 22 de código penal. La trata de seres humanos consiste en fichar, transportar, entregar, transmitir o recibir una persona empleando:

- 1) violencia o amenaza;
- 2) secuestro;
- 3) engaño;
- 4) introduciendo al error o utilizando el error o incapacidad de entender la acción emprendida;
- 5) abuso de dependencia, utilizando la situación crítica o estado de ineptitud;
- 6) entregando o recibiendo beneficio económico o personal o su promesa por la persona que tutela o vigila otra persona

- con el fin de utilizarla, incluso mediando su consentimiento, en particular para prostitución, por-

nografía u otras formas de abuso sexual, trabajo o servicios de carácter forzoso, mendicidad, esclavitud u otras formas de aprovechamiento que humillan la dignidad humana o bien para conseguir células, tejidos u órganos de forma contraria a la ley. En caso la víctima sea un menor de edad, se considerará como el delito de trata de seres humanos, incluso cuando no se hayan empleados los métodos mencionados arriba (puntos 1-6)

6. En su Código Penal, ¿hay un tratamiento específico de la situación de vulnerabilidad de la víctima?

- Ejemplo, ¿el abuso de vulnerabilidad es medio comisivo en algunos delitos? ¿es una circunstancia agravante?

La persona en situación de pobreza puede —de acuerdo con el art. 128 de código de familia y tutela— reclamar de ascendientes y descendientes y de hermanos la manutención. En caso la persona no cumpla con la obligación de dar alimentos, cometerá el delito del art. 209 § 1 de código penal que consiste en evadir la obligación alimenticia determinada en resolución judicial, acuerdo o contrato, siempre y cuando el valor conjunto de prestaciones sea equivalente a, por lo menos, 3 prestaciones periódicas o bien cuando el retraso de prestación no periódica sea de al menos 3 meses.

El perjudicado puede requerir el apoderado de oficio en caso demuestre debidamente que no es capaz de incurrir gastos de la defensa sin el perjuicio de mantenerse a sí mismo y a su familia (art. 88 § 1 en relación con el art. 78 § 1 de código de procedimiento penal). Además, los derechos del perjudicado que sea una persona inepta, en particular debido a su edad o estado de salud, podrán ser ejercidos por su tutor (art. 51 § 3 de código de procedimiento penal).

Tal como se señala en el punto 2 arriba, el hecho de que el perjudicado sea persona vulnerable, puede ser considerado como circunstancia agravante (véase la sentencia mencionada en el punto 2).

- ¿Qué han entendido los tribunales por “vulnerabilidad”? ¿Se incluye la situación de pobreza o se limita a situaciones físicas o psíquicas (enfermedad, edad)?

Los delitos contra la familia y tutela prescriben que el perjudicado de delito de abandono (art. 210 § 1) o de secuestro (art. 211) es un menor de edad o persona inepta, pero sólo debido a su estado físico o psíquico.

Ucrania

Volodymyr Hulkevych

Doctor en Derecho, Fiscalía de la Provincia de Ivano-Frankivsk

La legislación ucraniana y la doctrina científica generalmente desconocen la noción de “aporofobia”, por ende, este artículo sea probablemente el primer intento de apreciar la existencia de aporofobia en la ley penal nacional.

1. La estadística oficial ucraniana de ninguna manera registra infracciones criminales cometidas solo por motivos de odio hacia pobres. Tampoco pude encontrar datos algunos referentes a estos delitos, acumulados por organizaciones no gubernamentales.

Al mismo tiempo, el art. 161 del Código Penal (CP) prevé la responsabilidad penal por infracción de la igualdad de ciudadanos sin perjuicio de su pertenencia racial, nacional, convicciones religiosas, discapacidad o por otros rasgos. Entre “otros rasgos” el legislador definió especialmente el origen étnico y social, situación material y lugar de residencia.

De conformidad con los datos estadísticos, en el año 2019 fueron registrados 184 delitos que consistían en la infracción de la igualdad de los ciudadanos por motivos de odio racial, nacional, religioso o de otra índole. La mayoría de estos expedientes penales se cierran después de realización del examen prejudicial, durante un año llegan a tribunal tan solo algunos acusatorios. A tenor del Registro único estatal de sentencias en el año 2019 en virtud del examen de los expedientes penales fueron aprobados tan solo 3 sentencias acusatorias por delitos de infracción de la igualdad de los ciudadanos por motivo del odio nacional.

Los tribunales ucranianos no dictaban sentencias durante el año pasado ni corriente sobre infracción de la igualdad de los ciudadanos por motivos de odio provocado por origen social o situación material.

Sin embargo, el monitoreo simple en los medios de información masiva y las sentencias judiciales ofrece la posibilidad de detectar hechos de perpetración de otros delitos, incluso más graves, como asesinatos cometidos evidentemente por odio hacia personas pobres.

En particular, el 29 de mayo de 2018 el Tribunal del distrito Industrialnyi de la ciudad de Dnipropetrovsk condenó a la pena de privación de libertad a un mayor de edad y un menor de edad, quienes el 10 de febrero de 2017 mataron con dolo a un “hombre sin techo” y lesionaron levemente a otro con lesiones ligeras de salud. El tribunal llegó a la conclusión de que estos delitos

habían sido cometidos por gamberrismo, es decir, sin cualquier motivo. Al momento de inicio de la agresión los “hombres sin techo” estaban durmiendo de noche sobre tuberías de la red de calefacción. Las personas penadas no pudieron explicar el motivo de la agresión contra las víctimas.

Seguramente en este caso el juez de instrucción y el tribunal no determinaron el motivo real del delito, que probablemente consistía en el odio hacia víctimas debido a su pobreza, falta de techo y desamparo.

El CP contiene también el art. 296 que prevé la responsabilidad penal por gamberrismo, es decir una violación grave del orden público motivada por un desacato notorio contra la sociedad, acompañado por una grosería particular o un cinismo extraordinario.

El aspecto objetivo del gamberrismo puede consistir en causar vejaciones corporales, motivadas frecuentemente por odio hacia personas sin techo o las que permanecen en una situación material difícil.

En el año 2019 se registraron 3339 expedientes penales de gamberrismo, de éstos 1360 habían sido remitidos al tribunal con actos acusatorios. Es probable que en algunos de estos expedientes penales el motivo de golpeo infundado a primera vista de personas infortunadas haya sido, en realidad, el odio hacia ellas por su pobreza e indefensión social.

De esta manera, la falta en el CP de ciertos delitos penales, cuyo motivo consiste en el odio hacia pobres, no ofrece la posibilidad de determinar el número de delitos perpetrados por este motivo.

2. El CP no contiene motivos discriminatorios algunos que agraven el castigo por haber cometido una u otra infracción penal.

3. La legislación penal ucraniana prevé la situación de la necesidad extrema siempre y cuando se excluya la responsabilidad de la persona que haya cometido una u otra acción. Sin embargo, el art. 39 del CP no reconoce como una necesidad extrema la perpetración de cualquier delito por persona que se halla en una situación material muy grave.

Al mismo tiempo, de conformidad con el ap. 5 del pár. 1 del art. 66 del CP la comisión de una infracción penal a consecuencia de una concurrencia de elementos personales, familiares o de otra índole podrá ser una circunstancia atenuante de la pena. Además, al determinar la pena, el tribunal podrá clasificar también como atenuantes otras circunstancias que no vienen estipuladas en el pár. 1 del art. 66 del CP.

Es evidente que la estancia de una persona en una situación material difícil podrá ser reconocida como

circunstancia atenuante de la pena, en caso de que esta persona haya cometido ciertos delitos no graves contra la propiedad, por ejemplo, robo de productos alimenticios.

4. A primera vista, el CP no contiene delitos cometidos por personas pobres que causan daño insignificante a las víctimas, puesto que la condición indispensable para reconocer muchos delitos como penales castigables radica en el monto del daño material.

Así, por ejemplo, no es penalmente castigable cualquier propagación de obras, fonogramas o videogramas ajenas, sino aquella que causa un daño material al titular de derechos a la suma que supere veinte y más ingresos mínimos no imponibles de los ciudadanos (21.200 UAH o aproximadamente 640 EUR). El CP prevé los importes del daño material para muchos delitos penales contra la propiedad.

Sin embargo, se puede notar ciertos elementos de aporofobia en la criminalización de la siembra o cultivo de adormidera que supere más de 100 plantas, ya que esta actividad económica es tradicional en el transcurso de siglos para habitantes de aldeas ucranianas que generalmente son pobres.

5. El CP de Ucrania tiene varios artículos que prevén la responsabilidad penal por ciertas acciones cometidas con el uso del estado vulnerable de las víctimas. En particular, la trata de personas es un delito (art. 149) y la coacción de persona a prostituir u obligación de la persona a prostituir (art. 303), perpetradas aprovechando el estado vulnerable de la persona.

A estos delitos penales se puede añadir la violación del orden estipulado por la ley de trasplante de los materiales anatómicos humanos, cometidos contra personas que se encontraban en estado indefenso o en dependencia material o de otro tipo del culpable (pár. 3 del art. 143 del CP) y la toma de sangre forzosa o por engaño a una persona para usarla como donador, cometidos contra personas que se encontraban en estado indefenso o dependían materialmente del culpable (pár. 2 del art. 144 del CP).

Se considera como indefenso el estado de la persona, condicionado por propiedades físicas o psíquicas o por circunstancias exteriores, el que priva o limita su capacidad a tomar conciencia de sus acciones (inacciones) o dirigirlas, tomar decisiones autónomas por su propia voluntad, resistir a acciones violentas u otros actos ilegales, coincidencia de circunstancias personales, familiares graves u otras circunstancias.

Se reconocen como circunstancias personales, familiares u otras graves:

- necesidad urgente de una suma considerable para el tratamiento de una persona cercana;
- ausencia para persona del lugar permanente de trabajo;
- imposibilidad de pagar la vivienda alquilada o adquirir su propia vivienda;
- estancia de una persona en el mantenimiento de otras personas;
- mantenimiento por persona a menores de edad e incapaces para trabajar;
- existencia de una deuda grande

Por regla general, los tribunales reconocen frecuentemente el desempleo y la situación material difícil de las víctimas como una situación difícil al pronunciar sentencias sobre la trata de personas.

Por ejemplo, el 13.07.2016 Tribunal del distrito Galytskyi de la ciudad de Lviv reconoció culpable de trata de personas a un individuo quien aprovechando la situación material difícil de tres mujeres jóvenes (ausencia de trabajo y vivienda) y les había obligado a prostituir en la República de Grecia.

Conclusión

Haciendo resumen a lo expuesto, se puede hacer la conclusión de la necesidad de un estudio profundo del problema de aporofobia en la legislación penal ucraniana. Se debe prestar la mayor atención a los delitos cometidos con motivos hooligan y los delitos caracterizados por infligir daños corporales, a primera vista, sin ningún motivo. Es necesario resolver la cuestión de asignar un motivo separado para cometer un delito por odio a los pobres.

Uruguay

Pablo Galain Palermo¹/Renata Scaglione²

1. Estadísticas sobre conductas aporófobas en el ámbito penal

– *¿Las estadísticas oficiales ofrecen datos sobre delitos motivados por el odio al pobre?*

No. La motivación delictiva relacionada con el odio al pobre o a la pobreza no está representada en las estadísticas oficiales. La realidad nos muestra que en lo que va del año 2020 se han producido algunos ataques violentos contra personas indigentes o que están en “condición de calle”, en algunos casos pudo existir un

móvil de “ajuste de cuentas”, pero en otros no hubo motivo aparente. En estos ataques lo que aparece como elemento común es la condición de las víctimas y el modus operandi. Los agresores son grupos de hombres que, sin motivos aparentes previos de enemistad o relación de parentesco, agreden físicamente a los indigentes en momentos en los que están “durmiendo” en las calles o en el espacio público. En algún caso se ha producido la muerte de la víctima y en otros graves lesiones en tanto las víctimas fueron “prendidas fuego” mientras dormían³.

– *¿Hay o no estadísticas oficiales, ¿otras entidades (ONG) recogen estos datos?*

No. Desconocemos datos al respecto, así como tampoco tendríamos claro en base a qué parámetros podría medirse la agorafobia como variable sin la existencia de la categoría penal o policial respectiva. En Uruguay existen reportes periódicos que tienen en cuenta los datos relacionados con índices de pobreza, falta de acceso a servicios, etc., que sirven de base para las políticas públicas relacionadas con la “calidad de vida”. En particular son informes que lleva adelante el Ministerio de Desarrollo Social⁴. En el informe de 2017 se especifica sobre la medición de la pobreza: “este apartado se divide en dos: en primer lugar se analiza la evolución de la pobreza a partir de la medida oficial de pobreza monetaria, y en un segundo término se hace un análisis de la evolución de la pobreza a partir de una medida multidimensional (DineM-MiDes, 2014, basado en la metodología coneval, 2009) que combina el enfoque de derechos sociales con el de bienestar monetario”⁵.

– *¿Las estadísticas oficiales sobre-representan los delitos de bagatela mientras que infra-representan los delitos de cuello blanco?*

De lo que surge de las estadísticas oficiales, salvo en el caso de algunos hurtos, no hay sobre-representación de los delitos de bagatela. En el caso de los delitos de cuello blanco y delitos de los poderosos, si bien se encuentran representados, la atención que se les brinda es mucho menor que al resto de los delitos. Por lo general estos delitos no ocupan la atención política (criminal) que se relaciona con los problemas de inseguridad, ni tampoco con lo que la criminología denomina “gobernar a través del delito” (mayormente vinculados a la violencia contra las personas y la propiedad y/oo al orden público). A su vez, ellos no son considerados para cálculos actuariales del delito en materia de una prevención eficiente. Este tipo de delitos son de inte-

rés momentáneo de la prensa cuando se trata de casos de lavado de dinero o vinculados con la corrupción en donde se produce el decomiso de bienes suntuosos, generalmente vinculados al tráfico de drogas.

2. Consideración de la aporofobia como motivo discriminatorio que puede agravar otros tipos penales

– *¿El Código Penal recoge, en general, la agravante de discriminación por diversos motivos (raza, religión, identidad sexual, etc.)?*

Esta agravante no es recogida en términos generales por el Código Penal Uruguayo. Ahora bien, para el caso del delito de homicidio, en el art. 312 del código se establecen las circunstancias agravantes especiales que aumentan la gravedad del homicidio (Art. 310 homicidio simple, Art. 311 homicidio especialmente agravado y Art. 312 homicidio muy especialmente agravado) hasta llegar a la pena máxima del ordenamiento jurídico penal que es de 30 años de privación de la libertad. Dentro de estas agravantes se establece aquél que se cometa como acto de discriminación por la orientación sexual, identidad de género, raza u origen étnico, religión o discapacidad (numeral 7). Por otra parte existe un delito por motivos de xenofobia, racismo u algún otro tipo de discriminación Art. 149 bis⁶ y ter⁷ CP).

La Ley 17.817 de 2004 declaró el interés nacional en la “lucha contra el racismo, la xenofobia y la discriminación” (Art. 1). En su Art. 2 dice: A los efectos de la presente ley se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión, restricción, preferencia o ejercicio de violencia física y moral, basada en motivos de raza, color de piel, religión, origen nacional o étnico, discapacidad, aspecto estético, género, orientación e identidad sexual, que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”.

– *En caso afirmativo, ¿se menciona expresamente la discriminación por la situación de pobreza/exclusión de la víctima?*

No existe ninguna mención que relacione la condición de la víctima con aspectos de tipo económico o de exclusión social. Como vimos las causas aceptadas por la ley penal como propias de delitos discriminatorios atañen a la raza, el color de la piel, religión, origen nacional o étnico y orientación sexual o identidad sexual.

- En caso afirmativo, indique algunas sentencias recientes donde se aplique
- No aplica.
- Si su Código Penal no recoge este motivo discriminatorio, ¿hay, no obstante, alguna propuesta de reforma?

No tenemos conocimiento de ninguna propuesta que se haya presentado en la Comisión respectiva del Parlamento.

3. En la parte general del Código Penal, ¿existen fórmulas para mitigar la pena de quien comete un hecho tipificado como delito cuando lo hace, precisamente, por su condición de pobre/excluido?

- Por ejemplo, ¿se podría aplicar el “estado de necesidad” como causa de justificación a, por ejemplo, hurtos mínimos, ocupación de bienes inmuebles, ataques mínimos a la propiedad intelectual, etc.? Tanto en caso afirmativo como negativo, indique alguna sentencia reciente al respecto.

En la parte general del CP se establece el Estado de Necesidad. El Art. 27 expresa: “*Está exento de responsabilidad el que, para defender su vida, su integridad física, su libertad, su honra o su patrimonio, ataca alguno de estos derechos en los demás, con tal que el mal causado sea igual o menor que el que tratare de evitar, que éste no haya sido provocado por su conducta y que revista el doble carácter de inminente e inevitable. Cuando el daño causado fuere patrimonial y tuviere por objeto prevenir un daño de la misma naturaleza, el mal causado debe necesariamente ser menor. El artículo no se aplica al que tuviere, jurídicamente, el deber de afrontar el mal ni al que intentare prevenir el mal que amenazara a terceros, salvo que éstos fueran sus parientes dentro del grado establecido por el inciso 2º del artículo 26*”.

A principios de siglo se dieron algunos casos de “saqueos” en los que participaron turbas que irrumpían en comercios para hacerse (con o sin violencia en las cosas) de objetos comestibles y otros bienes (por ejemplo, electrodomésticos). En su momento hubo voces que en el caso de “hurtos de comestibles” defendieron la posibilidad de aplicar como estado de necesidad la vieja figura del “hurto famélico” del derecho romano (*furtum famelicus*), considerando que se vivían momentos de crisis social por problemas económicos, lo que hubiese implicado demostrar en el caso concreto —para lograr un estado de necesidad— el auténtico estado de “hambre” o “desnutrición” del autor del delito para lograr una exención total de la pena⁸.

Luego, el Art. 46 del mismo cuerpo normativo establece como una de las circunstancias que disminuyen la pena la siguiente atenuante: “Atenúan el delito cuando no hubieran sido especialmente contempladas por la ley al determinar la infracción, las siguientes: (...) 2. (Intervención de terceros en el estado de necesidad). El estado de necesidad, cuando el agente ejecutare el hecho para prevenir el daño que amenazare a un tercero extraño, o faltare alguno de sus elementos esenciales”.

Al respecto puede verse la sentencia número 344/2018 del Tribunal de Apelaciones Penal de 2do Turno, ficha 452-57/2018.

- ¿Se recoge alguna causa de exclusión de la culpabilidad que pudiera ser aplicable a quien comete un delito por su condición de exclusión social, cuando no sea posible aplicar una causa de justificación? En caso afirmativo, ¿puede citar alguna sentencia? No.

4. En la parte especial del Código Penal, identifique manifestaciones del Derecho penal de la aporofobia en relación con la criminalización de conductas de escasa lesividad

Nuestro Código Penal, posee manifestaciones de aporofobia en relación a la criminalización de conductas de escasa lesividad, como las recientemente aprobadas causas de justificación en casos, por ejemplo, donde el empleo de violencia se da respecto de personas que se encuentren “cerca” de la entrada de una propiedad privada. Esto podría interpretarse como una manifestación de aporofobia en la medida de que justifica el uso de la violencia por parte de los propietarios de un lugar respecto de una persona que se encuentra cercana a ella, en caso de que se pudiera ligar la violencia con la condición o la apariencia del que sufre el ataque. De modo que esta norma podría ser considerada como una manifestación de aporofobia cuando tuviese lugar una interpretación “peligrosista” basada en una interpretación de “posible autor” y no de un “posible hecho”.

La Ley 19.889, aprobada el 9 de julio de 2020, crea una nueva causa de justificación que amplía el art. 26 de nuestro Código Penal y que reza: “C) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende. El tercer requisito no es necesario tratándose de la defensa de los parientes consanguíneos en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, del cónyuge o concubino, o de los padres o hijos adoptivos, siempre que el defensor no haya tomado parte en la provocación. Se entenderá que concurren estas tres circunstancias respecto de: I) Aquel que defiende la

entrada de una casa habitada o de sus dependencias, o emplea violencia contra el individuo extraño a ella que es sorprendido dentro de la casa o de las dependencias. Se considerarán dependencias de la casa, en las zonas urbanas: los balcones, terrazas, azoteas, parrilleros, barbacoas, jardines, garajes y cocheras o similares, siempre que tengan una razonable proximidad con la vivienda. Además, se considerarán dependencias de la casa en zonas suburbanas o rurales: los galpones, instalaciones o similares que formen parte del establecimiento, siempre que tengan una razonable proximidad con la vivienda.

II) El funcionario del Ministerio del Interior o del Ministerio de Defensa Nacional que, en ocasión o con motivo del cumplimiento de sus funciones, repele una agresión física o armada contra él o un tercero, empleando las armas o cualquier otro medio de defensa en forma racional, proporcional y progresiva, en cuanto eso sea posible, y en las mismas circunstancias agote previamente los medios disuasivos que tenga a su alcance, sin perjuicio de la prueba en contrario.

III) Aquel que repele el ingreso de personas extrañas, con violencia o amenazas en las cosas o personas o con la generación de una situación de peligro para la vida o demás derechos, en un establecimiento que desarrolle actividad comercial, industrial o agraria en los términos establecidos por el artículo 3º de la Ley N° 17.777, de 21 de mayo de 2004.”

Llama la atención la ampliación de la legítima defensa en base a un concepto demasiado laxo o vago como es la “razonable proximidad”, pues la razonabilidad de dicha proximidad será una cuestión demasiado subjetiva que puede dar lugar a abusos en la “protección de la propiedad privada haciendo uso de la violencia contra personas que se encuentre “próximas” a dichas propiedades o a sus dependencias. Si analizamos esta ampliación de las causas de justificación para la protección del bien jurídico propiedad en el contexto de la ley en comento y según el mensaje político criminal que se ha querido dar con dicho marco normativo, podemos pensar “razonablemente la proximidad” de esta ampliación de la justificación en el uso de la “violencia defensiva justificada” con el tema sobre el que trata este informe.

La misma Ley 19.889 derogó la herramienta procesal de la suspensión condicional del proceso para dar la señal de “cero tolerancia” o de “mano dura”, porque mediante aquella se otorgaba un trato “demasiado leve” a los delincuentes y una reacción “tibia” al delito. Mediante esta herramienta político criminal alternativa se podía intervenir en delitos de mediana y poca gravedad para “negociar” la declaración de la culpabilidad

y la pena a cambio del cumplimiento de determinadas condiciones u obligaciones. Esta derogación que consideramos un grave error político criminal y un acto de populismo punitivo, significa que muchos de estos delitos de poca entidad culminarán con una condena y seguramente pena de cárcel⁹.

5. En la parte especial del Código Penal, señale si se aprecia una insuficiente protección de los bienes jurídicos de las personas en situación de pobreza / exclusión / vulnerabilidad

Es muy escasa, por no decir, casi nula, la protección específica a los bienes jurídicos de las personas en situación de pobreza, exclusión o vulnerabilidad.

Algunos ejemplos pueden ser, la ley de responsabilidad penal empresarial, donde se protege penalmente las condiciones de seguridad de los trabajadores en sus empresas (ley número 19.196) y por otro lado, se puede mencionar la ley de prevención y combate de la trata de personas, número 19.643.

6. En su Código Penal, ¿hay un tratamiento específico de la situación de vulnerabilidad de la víctima?

En el caso de algunos delitos sexuales hay una mención específica a la vulnerabilidad de la víctima, el art. 280 TER del CP, establece: *“(Unión matrimonial o concubinería forzada o servil). El que obligue a una persona mediante violencias, amenazas o con abuso de una situación de vulnerabilidad, a contraer matrimonio o a mantener un concubinato a cambio de un beneficio económico o de otro tipo, para sí o para un tercero, será castigado con dos a diez años de penitenciaría. Quien, abusando de una situación de vulnerabilidad, establezca o mantenga una unión de naturaleza matrimonial, concubinería, de noviazgo o análoga, con una adolescente, niña o niño como condición para que acceda a la vivienda, alimentos, vestimenta u otras necesidades básicas para la subsistencia, aún con su consentimiento, será castigado con dos a quince años de penitenciaría.”*

En general, cuando se menciona por parte de los tribunales la vulnerabilidad de la víctima, se hace considerando aspectos psíquicos y físicos y también a la vulnerabilidad en el contexto, en el sentido de la falta de protección alrededor suyo, pero no se consideran aspectos socioeconómicos. Ejemplo de ello son las sentencias número 7/2019 del Juzgado Letrado de Tacuarembó de 1º Turno, ficha 395-284/2016 y sentencia número 638/2019, Tribunal de Apelaciones Penal de 1º Turno, ficha 107-36/2016.

Notas

1 Investigador y Docente de la Universidad Andrés Bello, Santiago de Chile. Director del Observatorio Latinoamericano para la investigación en Política Criminal y en las reformas en el Derecho Penal (OLAP) Montevideo..

2 Abogada Universidad de la Republica. Miembro de OLAP.

3 <https://www.elpais.com.uy/que-pasa/quemaron-indigente-ataques-fuego-crecen-causan-ingresos-cenaque.html>; <https://www.subrayado.com.uy/apunalaron-un-indigente-mientras-dormia-la-calle-es-el-cuarto-ataque-dos-meses-n665520>

4 <https://www.opp.gub.uy/sites/default/files/documentos/2018-08/ReporteUruguay2017.pdf>

5 *Ibidem*, p. 22.

6 Art. 149 bis (Incitación al odio, desprecio o violencia hacia determinadas personas) El que públicamente o mediante cualquier medio apto para su difusión pública incitare al odio, al desprecio, o a cualquier forma de violencia moral o física contra una o más personas en razón del color de su piel, su raza, religión, origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad sexual, será castigado con tres a dieciocho meses de prisión.

7 Art. 149 ter (Comisión de actos de odio, desprecio o violencia contra determinadas personas). El que cometiere actos de violencia moral o física de odio o de desprecio contra una o más personas en razón del color de su piel, su raza, religión, origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad sexual, será castigado con seis a veinticuatro meses de prisión.

8 <https://www.lr21.com.uy/justicia/91407-los-saqueos-fueron-el-reflejo-de-la-violencia-del-hambre-y-la-angustia>

9 Uruguay ocupa el primer lugar de América Latina en número de presos por cantidad de habitantes, superando los 130.000, algo más de 350 cada 100.000 habitantes, la mayoría de los cuales son personas extremadamente pobres.

Venezuela

Jesús Enrique Rincón Rincón

Doctor en Derecho. Ex-Juez Penal

Profesor de Derecho Penal General y Especial

Profesor de Postgrado de Penal y Procesal Penal

Individuo de Número de la Academia de Ciencias

Jurídicas del Estado Zulia (actual Presidente)

INTRODUCCIÓN

Desde la más remota antigüedad, las distintas sociedades han estado divididas en clases, en castas, todavía en este siglo XXI conseguimos resabios de ello, existen reinos y monarquías, algunas democráticas, otras autocráticas, así como tiranías, dictaduras, unas por razones ideológicas, políticas, religiosas, etc., la India es un ejemplo de la existencia de castas, a pesar de que fueron abolidas en la Constitución de 1950. En todas partes del mundo sucedió lo mismo, apenas un asentamiento empezaba a crecer, de inmediato aparecían las

primeras divisiones en clases sociales, separando a los dirigentes y a sus familiares, del pueblo llano, acaparando las riquezas, el poder, las tierras y los alimentos, cobrando tributos o impuestos, dominando y esclavizando a otros pueblos. Así surgieron las seis civilizaciones más antiguas: Egipto, Mesopotamia, China, India, México y los Incas. Por lo tanto, de eso tampoco escapó la América pre hispánica, la pirámide social del imperio de los mexicas o aztecas, se conformaba por el Emperador (Huey Tlatoani), la nobleza (los Pipiltin, los Cuauh pipiltin y los Sacerdotes), los comerciantes y mercaderes (los Pochtecas), los agricultores, artesanos y braceros (los Macehualtin y los Mayeques) y de último, los esclavos (los Tlalacotin) y así fue en el resto de las Américas. La realidad es que la total igualdad prácticamente nunca ha existido, todo lo contrario.

En Venezuela, durante la época colonial y la dominación española, que va desde 1498, fecha en que Cristóbal Colón en su tercer viaje arribó a las costas del norte de la América del Sur, hasta la total y definitiva independencia en 1823¹, existieron cuatro clases sociales principales: los blancos (que se dividían en peninsulares, criollos y canarios), los pardos, los indígenas y los negros. Apareciendo otros grupos étnicos, producto de las mezclas o mestizajes, como los mulatos y los zambos. Existiendo marcadas y profundas diferencias sociales, de cultura, de riqueza económica, entre cada una de ellas. Es evidente que esas enormes diferencias y divisiones en clases sociales, fue un caldo de cultivo muy propicio, para que surgiera la aporofobia durante ese período, ese término que ha hecho tan popular la filósofa Adela Cortina, hasta el punto de que ha sido incorporado al Diccionario de la Real Academia Española.

La pobreza, que es la situación en que se encuentra una persona que no tiene los recursos económicos mínimos, para poder cubrir o satisfacer las necesidades más apremiantes, básicas y elementales de ella y de su familia para vivir, como son los gastos de alimentación, de salud, de vivienda, de educación, de servicios fundamentales (como el agua potable y la electricidad), siempre ha existido y probablemente existirá, sin embargo, durante los últimos 20 años había estado disminuyendo en la mayor parte del mundo, con algunas excepciones, como es el caso de Venezuela, donde ha sucedido exactamente lo contrario y la pobreza extrema supera el 80 % de la población.

En realidad no creo que haya un miedo, odio o temor al pobre, sino más bien un rechazo social, una intolerancia, un desagrado, un desprecio hacia las personas sin recursos, situación que, por supuesto, le provoca un

gran daño emocional al sentirse excluido, menospreciado y segregado de la sociedad, lo cual destruye la autoestima de cualquiera y lo deprime, porque a nadie le gusta que lo repudien, que consideren que no vale nada, que es un perdedor, y, lamentablemente, en este mundo tan materialista en que vivimos, cada día es más cierto aquel antiguo refrán: *“tanto tienes, tanto vales”*.

Cuando todo un sector de la sociedad rechaza a otro grupo, se da un aislamiento social, un marginamiento, que causa gran inseguridad social y puede crear resentimiento y hasta agresiones, de parte y parte. Una de las características principales de nuestra naturaleza como humanos, es que somos seres sociales, que necesitamos aceptación y amor, así como pertenencia, para poder dar y recibir afecto y ser emocionalmente saludables. Y es evidente que el pobre quiere mejorar su situación económica y salir de la pobreza, quiere poder cumplir sus ilusiones, no quiere ver truncados sus planes de desarrollo personal, quiere tener un futuro, evolucionar,

Caso de los inmigrantes y refugiados venezolanos

Ahora bien, no se justifica que países como Venezuela, a quien la naturaleza la ha dotado de las más ingentes riquezas, se encuentre económicamente en una situación tan deplorable, hasta el punto de que más de 5 millones de personas se hayan visto obligadas a huir del país, que sufre desde hace más de tres años, la hiperinflación más alta del planeta y su billete de más alta denominación (de Bs. 50.000) no vale ni el papel en que está impreso y apenas equivale a 5 céntimos de dólar americano, porque la tasa de cambio actual es de un millón de bolívares por 1 dólar americano y se sigue devaluando a un ritmo vertiginoso de un 25 % semanal.

Y todo ello a pesar de que en Venezuela ha habido 2 reconversiones monetarias, una en 2008 y la otra en 2018, quitando primero 3 ceros a la moneda y luego 5 ceros más, para un total de 8 ceros, en razón de lo cual, un millón de bolívares actuales (que apenas equivalen a 1 dólar americano), en realidad equivalen a 100.000.000.000.000 bolívares del año 2007. Algo realmente increíble, espeluznante, pero cierto, un uno (1) seguido de catorce (14) ceros, para obtener 1 sólo dólar. Podemos por lo tanto afirmar, que el llamado socialismo del siglo XXI, de Chávez y de Maduro, ha sido una fábrica de pobres y de miseria.

Claramente son las desastrosas políticas económicas implementadas en Venezuela durante estos últimos 20 años, lo que ha llevado al país a la quiebra en que se encuentra, obligando a buena parte de la población a emigrar hacia otros países. Se cumple con ellos lo que

dice la Profesora Cortina, que *“Lo que molesta, primero de los inmigrantes, y luego de los refugiados, no es que sean extranjeros, sino que sean pobres”*. Anteriormente los venezolanos eran recibidos como turistas de primera clase, porque era la economía más próspera de Latinoamérica, pero los actuales emigrantes venezolanos están siendo víctimas de aporofobia, precisamente porque ahora somos los más pobres del continente y quizás del mundo, con un salario mínimo inferior a un dólar americano al mes, es decir, 3 céntimos (0,03) de dólar al día, lo que ubica al salario venezolano muy por debajo del umbral de miseria establecido por las Naciones Unidas, que señala que quien devengue menos de 1,25 dólares americanos al día, se encuentra en pobreza extrema, y los venezolanos no llegan a esa cifra ni siquiera en un mes.

La pobreza y la mendicidad en el código penal venezolano

La mendicidad, que, normalmente, es un ejemplo evidente de extrema pobreza, aparece tipificada como falta o contravención, (no como delito), en los artículos 502, 503, 504 y 505 del Código Penal, específicamente en el Capítulo VII titulado *“De la Mendicidad”*, encontrándose castigada con penas de arresto que van desde unos días hasta seis meses. Por otra parte, en el Capítulo I del Título IV del Código sustantivo penal, que tratan *“De la posesión injustificada de objetos y valores”* y *“De las Faltas Relativas a la Protección Pública de la Propiedad”*, respectivamente, nos encontramos con el artículo 538 eiusdem, el cual prevé que *“El que habiendo sido condenado por mendicidad, ..., esté en posesión de dinero o de objetos que no se hallen en relación con su condición o circunstancias, y respecto de los cuales no compruebe legítima procedencia, será penado con arresto de quince días hasta dos meses. Si el culpable se hallare en posesión de llaves falsificadas o alteradas, o de instrumentos propios para abrir o forzar cerraduras, sin que pueda justificar su legítimo actual destino, será penado con arresto hasta de dos meses. El dinero y los objetos sospechosos serán confiscados”*.

El 11 de enero de 2011, la Defensoría del Pueblo presentó un escrito de demanda de nulidad, por razones de inconstitucionalidad, por ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, conjuntamente con solicitud de medida cautelar de suspensión de efectos contra los artículos 502, 503, 504 y 538 del Código Penal, por considerar que dichas normas legales regulan la mendicidad como una falta contra el orden público, estableciendo como supuesto de hecho el mendigar.

Dichas disposiciones legales establecen lo siguiente:

“De la Mendicidad”.

“Artículo 502. El que, siendo apto para el trabajo, fuere hallado mendigando será penado con arresto hasta por seis días; y en el caso de reincidencia en la misma infracción, el arresto podrá imponerse hasta por quince días. Al que no siendo apto para el trabajo, mendigue sin sujetarse a las ordenanzas locales del caso, se le aplicarán las mismas penas. La contravención no deja de serlo por mendigar el culpable so pretexto o apariencia de hacer a otro un servicio o de vender algunos objetos”.

“Artículo 503. El que mendigue en actitud amenazadora, vejatoria o repugnante por circunstancias de tiempo, de lugar, de medios o de personas, será penado con arresto hasta por un mes, y de uno a seis meses, en caso de reincidencia en la misma infracción”.

“Artículo 504. La autoridad podrá ordenar que la pena de arresto establecida en los artículos precedentes, se cumpla en una casa de trabajo o mediante la prestación de un servicio en alguna empresa de utilidad pública. Si rehúsa el trabajo o servicio, el arresto se efectuará en la forma ordinaria”.

“Artículo 505. Todo individuo que hubiere permitido que un menor de doce años, sometido a su autoridad o confiado a su guarda o vigilancia, se entregue a la mendicidad o sirva a otro para este objeto, será penado con arresto hasta de dos meses o multa de trescientas unidades tributarias (300 U.T.). En el caso de reincidencia en la misma infracción, el arresto será de dos a cuatro meses”.

“De la posesión injustificada de objetos y valores”

“Artículo 538. El que habiendo sido condenado por mendicidad, hurto, robo, extorsión, estafa, secuestro, o por delito previsto en el artículo 470, esté, en posesión de dinero o de objetos que no se hallen en relación con su condición o circunstancias, y respecto de los cuales no compruebe legítima procedencia, será penado con arresto de quince días hasta dos meses. Si el culpable se hallare en posesión de llaves falsificadas o alteradas, o de instrumentos propios para abrir o forzar cerraduras, sin que pueda justificar su legítimo actual destino, será penado con arresto hasta de dos meses. El dinero y los objetos sospechosos serán confiscados”.

La Defensoría del Pueblo alegó, entre otras cosas, que las normas contenidas en esos artículos violan el derecho al debido proceso, específicamente el principio de legalidad penal, previsto en el artículo 49.6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ya que *“el establecer como hecho punible la mendicidad, implica que dicho fenómeno social representa una conducta lesiva de un bien jurídico de suma importancia para la sociedad... La mendicidad per se constituye una forma de requerir ayuda, socorro, un favor ajeno, si bien en dinero o en especie... De tal modo, que con la mendicidad se pide ayuda rogando caridad y ello obedece a un estado de necesidad, de carencias, hambre, problemas emocionales, físicos y psíquicos, para que espontáneamente y sin coacción alguna, un tercero preste su colaboración. A partir de allí, no puede de*

ninguna forma, representar un hecho punible, considerado como falta, el solo hecho que se pida ayuda y para ello se valga de la súplica personal...”

También argumentó la Defensoría, que las normas impugnadas regulan la mendicidad como una falta contra el orden público, que el primer antecedente de tal consideración legal, se halla en el Código Penal de 1897, donde se tipificó como falta penada con arresto, la mendicidad. Luego tal figura fue regulada en la “*Ley de Juicios y Penas en las Causas de Hurto*” de 1836, en la “*Ley de Vagos y Mal Entretenidos*” de 1845 y finamente en la “*Ley de Vagos y Maleantes*” de 1956, cuya nulidad por inconstitucionalidad, fue declarada el 6 de noviembre de 1997, por la antigua Corte Suprema de Justicia, entre otras razones, por cuanto se penaba al individuo y no su conducta, prevista como ilegal en esa norma punitiva, “*se castiga al hombre por lo que es y no por lo que hace*”, razón por la cual la Corte decidió que se violaban los derechos a la libertad y a la seguridad personal.

Indicando también la Defensoría, que la “*sanción penal de la mendicidad lo que pretende resguardar son predisposiciones, prejuicios, convencionalismos sociales, reglas de sanidad y en la mayoría de las veces ocultar en un centro penitenciario una realidad por temor, indolencia, repulsión, aversión o falta de humanidad... Así, calificar la mendicidad como una falta sancionable con la privación de libertad, en condición de arresto de hasta seis (6) meses, sin que existan ningún bien jurídico de importancia protegido, resulta contrario a los postulados del Estado Social de Derecho y de Justicia, pues la actuación punitiva del Estado sólo se justifica en la medida que está dirigida a garantizar la exclusiva protección de un bien jurídico*”.

Así como que las normas impugnadas, que califican como un hecho punible la mendicidad, tienen como justificación legal y se inspiran, “*en la concepción de peligrosidad social*”, derivando así “*en una responsabilidad penal por la condición del autor, en vista que no se sanciona un hecho, sino el peligro que aparentemente representan estos sujetos. En consecuencia, lo sancionado no es un hecho, sino la forma de ser una persona, es decir de su modo de vida*”.

Argumentando finalmente la Defensoría que el *ius puniendi*, que es la última de las vías a emplear en determinadas situaciones, no se puede activar en forma indiscriminada y arbitraria, contra uno de los sectores más desvalidos y excluidos de sus derechos, cuando existen otras alternativas incluso de mayor eficacia”. Considerando que los artículos 502, 503, 504 y 538 del Código Penal deben ser declarados nulos por inconsti-

tucionales, ya que establecen “una suerte de discriminación, atentando contra los derechos de igualdad de los sujetos que piden limosna, pues se les criminaliza por ser mendigos, sin una razón que lo justifique, lo que constituye una discriminación, en los términos del artículo 21.1 y 46.2 de la Constitución”, a la luz del principio de subsidiaridad del sistema penal, recogido en el principio de legalidad penal establecido en el artículo 49.6 de la Carta Magna, pues la norma penal debe estar dirigida a sancionar a las personas por sus acciones u omisiones y no por sus formas de ser o su personalidad. De no ser así, se viola el principio de culpabilidad y el “subprincipio de responsabilidad por el hecho”.

La Sala Constitucional coincidió con la Defensoría del Pueblo, en el sentido de que los artículos 502, 503 y 538 del Código Penal, efectivamente penan a las personas que se hallen en situación de mendicidad, y por esas razones, en la Sentencia No. 995 del 16-6-2011, acuerda remitir el expediente a la Sala de Sustanciación, para su tramitación, decretando mientras se decide la demanda de nulidad, “*medida cautelar de suspensión de efectos de los artículos 502, 503 y 538 del Código Penal*”, como “*una protección de amplio espectro a todas las personas de la sociedad que pudieran ser catalogadas como mendigos*”. Negando la medida cautelar de suspensión de efectos del artículo 504 del Código Penal, que solicitó la parte actora, por considerarla innecesaria.

Sin embargo, en el caso del artículo 538, la Sala sólo lo suspendió con “*respecto del tipo penal de mendicidad que el mismo regula y no respecto a los otros delitos que establece la norma*”, es decir, que la Sala Constitucional mantuvo la vigencia de dicho artículo 538, en relación a los delitos de “*hurto, robo, extorsión, estafa, secuestro, o por delito previsto en el artículo 470*” (aprovechamiento de cosas provenientes de delito), obligando así a los ex-convictos por esos delitos, a tener que demostrar la procedencia lícita del dinero y de los objetos, “*que no se hallen en relación con su condición o circunstancias*”, lo cual evidentemente viola el principio de la presunción de inocencia, e invierte la carga de la prueba en perjuicio de los que fueron condenados por esos delitos.

CONCLUSIONES

El hecho que se considere que la aporofobia existe en casi todos los países del mundo y que esa situación puede afectar e incidir en la formulación y aplicación de alguna norma del derecho penal, no significa tampoco que consideremos a la sociedad como la causante

de todos los males y problemas, pretendiendo excusar y justificar a los delincuentes, a los maleantes, achacándoles sus crímenes y delitos a su origen humilde, a traumas infantiles, a la marginación y exclusión que supuestamente soportaron y sufrieron. Todos pasamos por momentos muy difíciles en nuestras vidas, a los cuales debemos adaptarnos y superarlos, a veces con alguna ayuda de otros y muchas veces solos.

Aunque suene sorprendente y paradójico, hay algunos juristas que a pesar de no ser precisamente muy religiosos que digamos, sin embargo, son fervientes y fervorosos creyentes, de que todos los seres humanos venimos a este mundo o nacemos, totalmente sanos de mente, puros y santos, y que el hecho que se conviertan en personas de bien o en delincuentes, ocurre por causas ajenas a su voluntad, sucede por culpa de otros, según ellos, eso lo determinan las circunstancias y oportunidades que les ofrezca o les presente la vida. Algo así como el destino o la fatalidad, nunca es algo imputable a ellos mismos. Por lo cual es la sociedad la culpable y responsable de sus actos delictivos y acciones criminales y es la sociedad la que debe ser castigada, no el pobre imputado o acusado.

Algunos siguen anclados en el discurso de las diferencias de clases, de pobres y ricos, de los proletarios y los burgueses y otras cosas semejantes, que si los procesados y penados son en su mayoría pobres, cuestión que, por supuesto qué es así, eso es absolutamente cierto, pero por una razón muy simple y sencilla, porque la mayoría de la población venezolana son pobres, muy pobres, no porque la mayoría de los pobres sean delincuentes, que es otra cosas muy distinta, eso sí es absolutamente falso, y de hecho es lo todo lo contrario, pues la mayoría de la gente más humilde es muy honesta, cumpliéndose así plenamente con el refrán popular de “*pobre, pero honrado*”.

También cuestionan algunos, que la mayoría de los delitos perseguidos por la policía y la Fiscalía sean los cometidos contra la propiedad (sobre todo hurtos y robos) y contra las personas (lesiones, homicidios, violaciones y secuestros), que sólo lesionan a individualidades, pero que casi no se persiguen a los delitos económicos que afectan a toda la sociedad en general, como el acaparamiento, la especulación, la adulteración de alimentos y medicinas, la usura, la corrupción y otros, llamados “*delitos de cuello blanco*”, que se caracterizan por su impunidad. En eso sí que tienen toda la razón, pero igual considero que todos, absolutamente todos los delitos, deben ser perseguidos y severamente castigados.

Con esa “*visión*” totalmente “*distorsionada de la realidad*”, algunos juristas llegan al colmo de considerar, que las verdaderas víctimas no son quienes sufren directamente de las fechorías de los delincuentes, y mucho menos la sociedad como un todo, sino el propio perpetrador del hecho punible, a quien la sociedad no lo trató bien, no lo educó adecuadamente, no lo atendió, no lo arrulló lo suficiente, no le dio todas las oportunidades que se merecía y le correspondían por derecho propio, como integrante de la sociedad. Fue por lo tanto la sociedad, la que no lo mantuvo en el sendero o el camino del bien, y, por el contrario, lo llevó a perder el rumbo, lo obligó a caer en la delincuencia. Según ésta bizarra “*teoría*”, presuntamente garantista y progresista, la víctima de su propio delito es el perpetrador del mismo, no quien recibió la paliza, el despojo o hasta la muerte.

Dicha tétrica, totalmente absurda y hasta mafiosa visión del problema, la basan en los dichos y creencias, de supuestos célebres y renombrados “*nuevos filósofos del derecho*”, de un derecho realmente torcido, tenebroso y desquiciado, donde los malvados son las víctimas. Hablan de la existencia de una supuesta “*verdad*” y que hay que abolir el derecho penal, la cárcel y proteger al débil jurídico. ¿Pero, me pregunto yo, cuál débil jurídico, quien es el débil jurídico?, según ellos, el delincuente. No están de acuerdo en que el derecho penal haya “*transformado en función estatal la persecución de los delitos*”, ¿como si eso debería ser algo privado, que sólo atañe a las partes? ¿Es que acaso la víctima de un robo escogió ser involucrada en ese hecho punible por quien lo perpetró, por el ladrón? Es increíble como planteamientos tan absolutamente absurdos como esos, sean formulados por juristas reconocidos, pero más asombroso aún es que hayan logrado sumar tantos partidarios que los respalden. Menos mal que cuando les ha tocado actuar como jueces, lejos de aplicar esas teorías desquiciadas, han aplicado el derecho y la razón.

Para estos autodenominados juristas progresistas y liberales, el rol del Juez NO debe ser el de un árbitro objetivo e imparcial del hecho por el cual se procesa, se juzga, a una persona, sino más bien el de una mezcla de trabajador social, psicólogo², criminólogo³, psiquiatra, sociólogo⁴, politólogo⁵, etc., para, supuestamente, “*humanizar*” la labor del Juez, quien debe de “*proteger*” es al delincuente, al “*injustamente*” acusado, al “*débil jurídico*”, ya que quien debería de estar en el banquillo de los acusados es la sociedad, que fue quien lo echó a perder, quien lo pervirtió, quien lo convirtió en delincuente. Con esa visión, el Juez también es culpable, porque él sí tuvo las oportunidades que se

le negaron al procesado, que el Juez también le quitó, le arrebató. El Juez es otro cómplice de la sociedad criminal.

De tal manera que el reproche, en vez de ser dirigido al sujeto agente del hecho punible, se hace es en contra de los operadores de esa justicia supuestamente “*injusta*”, de todo el sistema de justicia penal, que no tiene alma ni corazón, que representa a esa sociedad opresora, vengativa y cruel, que no entiende al delincuente, así como a sus razones y motivos para delinquir, que no se pone “*en su lugar*”.

Los partidarios de esta tan singular teoría, consideran que la supuesta víctima del delito, la que sufrió la pérdida de un bien, daños a su integridad física o hasta su propia vida, no están realmente legitimados como víctima, por ser parte de esa sociedad burguesa, que tanto daño le ha causado a ese delincuente y lo que pretenden ahora es una vulgar venganza, retribuir el mal con más mal.

Trastocan todo y pretenden decir que lo que hay es un “*conflicto*”, incluso hablan de “*un conflicto social*” entre dos “*protagonistas*”, donde ni las autoridades ni el derecho penal deben inmiscuirse, deben dejar que ellos “*arreglen por su cuenta su conflicto*”, como “*pa-res*” o “*iguales*” que son: la violada con su violador, el hijo con el asesino de su padre y así sucesivamente. ¿Para qué entonces está la policía y el Estado?, ¿Para qué entonces se abolió el hacerse justicia por su propia mano, la venganza privada y se crearon los Tribunales de Justicia?, ¿De qué sirve entonces el Estado de Derecho?, ¿De qué sirve entonces que la inmensa mayoría de los ciudadanos, cumplen con sus deberes y obligaciones, son respetuosos de la Ley y pagan sus impuestos?, impuestos estos con los cuales se sostienen precisamente las instituciones democráticas y republicanas, entre ellas, la policía, las Fiscalías y los Tribunales de Justicia.

A veces nos asombramos de que personas que son tratados como esclavos en esas dictaduras comunistas, todavía tengan el tupé, el descaro y el desatino, de defender a capa y espada a esos regímenes nefastos, pero increíblemente eso ocurre y con más frecuencia de lo que uno se imagina. Un ejemplo típico de ello, fue la actitud del Ministro Molotov y de su esposa, con el dictador y asesino Stalin, ya que a pesar que los separó y la envió a ella, a una cárcel en Siberia durante 5 años, fue la que más lo lloró al morir.

A pesar de la aporofobia y todas las desigualdades sociales que todavía existen, jamás en la historia de la humanidad ha habido una época, donde más nos hemos acercado al ideal de igualdad y de inclusión social,

como ha sucedido en estos tiempos, donde podemos asegurar, sin temor a equivocarnos, que las desigualdades han disminuido drásticamente.

CUESTIONARIO

Nombre del país: Venezuela

1. Estadísticas sobre conductas aporófobas en el ámbito penal

- ¿Las estadísticas oficiales ofrecen datos sobre delitos motivados por el odio al pobre?
- No, no encontré ninguna estadística oficial que se refiera directamente a eso, a delitos motivados por odio al pobre, más bien en Venezuela ha estado sucediendo todo lo contrario en las últimas dos décadas, ya que desde que el chavismo tomó el poder el 2 de febrero de 1999, hace casi 22 años, ha incitado una lucha de clases nunca antes vista en Venezuela, pero de pobres contra ricos, a quienes Chávez despectivamente llamaba “oligarcas”, con frases célebres como, por ejemplo, que “*ser rico es malo, es inhumano. Así lo digo y condeno a los ricos*” (2005), la cual fue seguida y acompañada de hechos vandálicos como invasiones a las propiedades privadas, alentadas y propiciadas desde su gobierno, así como expropiaciones de tierras sin pago alguno, de fincas en plena producción y confiscaciones de empresas e industrias y otras medidas populistas, para “*dárselas*” a sus supuestos “verdaderos propietarios”, los pobres y al omnipotente Estado. Por supuesto, todas esas propiedades, tierras, empresas e industrias otrora productivas, están ahora totalmente en ruina, incluso la industria petrolera venezolana (PDVSA), que llegó a ser la 3ra. empresa petrolera más grande y exitosa del mundo. Medidas populistas como esas son las que quebraron el país-
- Haya o no estadísticas oficiales, ¿otras entidades (ONG) recogen estos datos?
Hay varias ONGs que registran datos sobre los índices de pobreza en Venezuela y otras cosas, pero no sobre conductas aporófobas en el ámbito penal venezolano, sencillamente porque no existen. Las conductas aporófobas contra los inmigrantes y refugiados venezolanos, ocurren es en otros países
- ¿Las estadísticas oficiales sobre-representan los delitos de bagatela mientras que infra-representan los delitos de cuello blanco?
Habría que analizar primero que es un delito de “bagatela”, porque lo que para alguien no es gran

cosa, para otro puede ser lo único que tiene para comprar la comida de su familia ese día o las medicinas que tanto necesita. Creo que los hurtos de poca monta son muy poco perseguidos, de hecho ya casi nadie los denuncia, por la escasa posibilidad de recuperar los objetos hurtados, y, en todo caso, tienen una gran cantidad de medidas alternativas a la prosecución del proceso, que tienden a la total impunidad de esos delitos y otros considerados leves. Sobre los delitos de cuello blanco, cada vez son más detestados por la ciudadanía, que pide las más severas penas, pero hay demasiada complicidad política, no siempre es fácil probar la autoría o participación en ellos, cuentan con los mejores abogados y están muy generalizados en todos los organismos públicos, por la excesiva corrupción existente.

2. Consideración de la aporofobia como motivo discriminatorio que puede agravar otros tipos penales

- ¿El Código Penal recoge, en general, la agravante de discriminación por diversos motivos (raza, religión, identidad sexual, etc.)?

No, el Código Penal no lo hace, es muy antiguo. Ahora bien, el ser vago está contemplado como una agravante genérica de los delitos en el numeral 19 del artículo 77 del Código Penal Venezolano y la mendicidad es una falta prevista en el artículo 501 *eiusdem* y siguientes, así como en el 538 de dicho texto sustantivo. Sin embargo, como ya antes expliqué, la Defensoría del Pueblo introdujo una demanda de nulidad ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, precisamente por el uso de ese término (mendicidad), y en la Sentencia No. 995 de fecha 16-6-2011, los artículos 501, 502, 503, 505 y 538 fueron suspendidos y el caso fue pasado a la Sala de Sustanciación para tomar la decisión definitiva, que, entiendo, todavía no han dictado.

- En caso afirmativo, ¿se menciona expresamente la discriminación por la situación de pobreza/exclusión de la víctima?

No, lo que se menciona es la situación de ser mendigo, de dedicarse a la mendicidad, pero referida al imputado, no a la víctima. Lógicamente la mendicidad es una situación de pobreza extrema, así como de exclusión o auto exclusión social, habría que analizar el caso específico

- En caso afirmativo, indique algunas sentencias recientes donde se aplique.

Al estar suspendidos los efectos de esos artículos sobre la mendicidad desde el 16-6-2011, lógicamente no se han aplicado recientemente esas normas, tampoco se aplicaban mucho antes. En noviembre de 1997, se anuló también la Ley de Vagos y Maleantes, la cual sí se aplicaba con cierta frecuencia, pero lógicamente, desde entonces no se volvió a aplicar y ya han pasado 23 años, así que tampoco hay sentencias recientes.

- Si su Código Penal no recoge este motivo discriminatorio, ¿hay, no obstante, alguna propuesta de reforma?

No que yo conozca, sin embargo, en noviembre de 2017 se aprobó la llamada Ley Constitucional Contra el Odio y la Convivencia Pacífica, que ha sido muy cuestionada, precisamente porque no sólo propicia el odio, sino que es un instrumento de persecución política.

3. En la parte general del Código Penal, ¿existen fórmulas para mitigar la pena de quien comete un hecho tipificado como delito cuando lo hace, precisamente, por su condición de pobre /excluido?

- Por ejemplo, ¿se podría aplicar el “estado de necesidad” como causa de justificación a, por ejemplo, hurtos mínimos, ocupación de bienes inmuebles, ataques mínimos a la propiedad intelectual, etc.? Tanto en caso afirmativo como negativo, indique alguna sentencia reciente al respecto.

No se puede aplicar el estado de necesidad en esos casos, y aunque algunos consideran que el llamado hurto famélico, se encuentra previsto en el artículo 451 del Código Penal, dicha norma no dice eso, simplemente reduce la pena por el escaso valor de las cosas sustraída.

- ¿Se recoge alguna causa de exclusión de la culpabilidad que pudiera ser aplicable a quien comete un delito por su condición de exclusión social, cuando no sea posible aplicar una causa de justificación? En caso afirmativo, ¿puede citar alguna sentencia?

No conozco ningún caso

4. En la parte especial del Código Penal, identifique manifestaciones del Derecho penal de la aporofobia en relación con la criminalización de conductas de escasa lesividad.

- Por ejemplo, para el caso español se podrían mencionar la tipificación del *top-manta* (venta callejera de productos falsificados), la criminalización

del narcomenudeo y la criminalización de las conductas que favorecen la inmigración.

Sólo con respecto al narcomenudeo, pero no en el Código Penal, sino en la ley penal especial (Ley Orgánica de Drogas)

5. *En la parte especial del Código Penal, señale si se aprecia una insuficiente protección de los bienes jurídicos de las personas en situación de pobreza / exclusión / vulnerabilidad.*

– Explique si hay conductas contra colectivos vulnerables que no tienen (suficiente) reproche penal pese a afectar a bienes jurídicos dignos de tutela penal. Como paradigma de colectivo vulnerable están los migrantes en situación irregular y, aún más, las mujeres migrantes en situación irregular. ¿Qué delitos existen, por ejemplo, en relación con la vulneración de sus derechos laborales? ¿Se castiga la trata de seres humanos con fines de explotación laboral y sexual?

En realidad a veces es lo contrario, el reproche penal es excesivo. En el caso de los migrantes irregulares, en Venezuela generalmente son bien recibidos. Si se castiga la trata de seres humanos con fines de explotación laboral y sexual, pero mayormente en leyes penales especiales

6. *En su Código Penal, ¿hay un tratamiento específico de la situación de vulnerabilidad de la víctima?*

– Ejemplo, ¿el abuso de vulnerabilidad es medio comisivo en algunos delitos? ¿es una circunstancia agravante?

En algunos delitos es medio comisivo y en otros es circunstancia agravante, tanto en el Código Penal como en algunas leyes especiales

– ¿Qué han entendido los tribunales por “vulnerabilidad”? ¿Se incluye la situación de pobreza o se limita a situaciones físicas o psíquicas (enfermedad, edad)?

En la vulnerabilidad no se incluye la situación de pobreza, sino algunas circunstancias específicas, como ser sordomudo, generalmente se refiere es en relación con la víctima no del imputado y se limita a situaciones físicas o psíquicas, considerando que esa vulnerabilidad sólo puede ser determinada por un debido estudio psico-social, realizado a la víctima y a sus familiares directos, para comprobar si tenía o no la suficiente capacidad para enfrentarse o resistirse a la acción del acusado.

Notas

1 Con la captura del Fuerte de Puerto Cabello el 8-11-1823, por parte del General José Antonio Páez

2 Psicología, es el estudio del alma, de la psique, de la mente, su campo de estudio es muy amplio y abarca todo los aspectos de la experiencia humana, ya que estudia y analiza la conducta y los procesos mentales de los individuos y de los seres humanos en distintas situaciones

3 Criminología, ciencia humana e interdisciplinaria que tiene como objetivo el estudio del delincuente, del individuo que cometió un delito, para analizar las razones, causas y explicación de dicho comportamiento antisocial, de las conductas desviadas, el control social y la víctima

4 Sociología es la ciencia social que se encarga del análisis científico de la sociedad humana y de la población en general, del estudio de las relaciones sociales, estudiando los fenómenos colectivos producidos por la actividad social de los seres humanos, dentro del contexto histórico-cultural en el que se encuentran inmersos.

5 Politólogo, especialista en politología, que es la ciencia dedicada al estudio de la política, el diseño y ejecución de acciones públicas para la organización de la sociedad.