



# APOROFOBIA Y DELITO

LA DISCRIMINACIÓN  
SOCIOECONÓMICA COMO  
AGRAVANTE (ART. 22,4<sup>a</sup> CP.)

**Miguel Bustos Rubio**

**JIB**  
BOSCH EDITOR

La aporofobia, como manifestación del rechazo u odio hacia la persona en situación de pobreza, aparece hoy como un problema social significativo, tal como acreditan los datos e investigaciones realizadas por las distintas instituciones que trabajan sobre la materia. Siendo misión del Derecho penal lograr la tutela e intangibilidad de los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más intolerables, también desde este ámbito deben estudiarse las mejores vías de intervención frente al fenómeno de la delincuencia aporófoba, esto es, la presidida por motivos de odio contra estas personas. El Código Penal español, mediante la circunstancia agravante genérica del art. 22,4<sup>a</sup> CP., recoge ciertos motivos discriminatorios cuya concurrencia en el delito al que apliquen tendrá el efecto de agravar la respuesta penal. Esta circunstancia, no obstante, no contempla actualmente las motivaciones aporófobas como causa de agravación. En esta obra se propone al legislador la tipificación de tales motivos en el art 22,4<sup>a</sup> CP., desde una justificación apoyada en tres pilares: primero, la *oportunidad* de la intervención político-criminal a la luz de los alarmantes datos que aporta la sociología, tanto desde una óptica institucional como, sobre todo, personal. Segundo, la mayor *necesidad* de pena en supuestos de delincuencia aporófoba, desde un punto de vista eminentemente preventivo. Y tercero, el mayor *merecimiento* de sanción penal en estos casos, al conculcarse, además del interés tutelado por el delito base, el valor de la igualdad que se reconoce a todas las personas, lo que hace aumentar el desvalor del hecho desde el propio contenido de injusto del delito. Este libro aporta razones para motivar un cambio en la norma, pero también supone la primera guía interpretativa para la correcta aplicación de la cláusula por parte de los distintos operadores jurídicos, cuando se produzca dicho cambio. La investigación se ha desarrollado en el marco del Proyecto i+D «Hacia un modelo de justicia social: alternativas político-criminales» (RTI2018-095155-A-C22), dentro del proyecto coordinado «Aporofobia y Derecho penal» (RTI2018-095155-B-C21) del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.



MIGUEL BUSTOS RUBIO

PROFESOR CONTRATADO DOCTOR DE DERECHO PENAL  
UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE LA RIOJA

# **APOROFOBIA Y DELITO**

## LA DISCRIMINACIÓN SOCIOECONÓMICA COMO AGRAVANTE (ART. 22,4ª CP.)

PRÓLOGO

ANA ISABEL PÉREZ CEPEDA

Catedrática de Derecho Penal  
Universidad de Salamanca

2020



BOSCH EDITOR

Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación «Hacia un modelo de justicia social: alternativas político-criminales» (RTI2018-095155-A-C22), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, dentro del Programa Estatal I+D+i Orientado a los Retos de la Sociedad (en el marco del proyecto coordinado «Aporofobia y Derecho Penal», RTI2018-095155-B-C21), cuya investigadora principal es la profa. Dra. D<sup>a</sup>. Demelsa Benito Sánchez (Universidad de Deusto). Igualmente, el trabajo es resultado de una estancia de investigación realizada por el autor en el Departamento de *Political Science and International Relations* de la Saint Louis University, en el año 2019.



Esta obra ha sido examinada por los siguientes miembros del Comité Científico editorial:

**Dr. Juan Carlos Ferré Olivé.** Universidad de Huelva  
**Dra. Carmen Armendáriz León.** Universidad Complutense de Madrid  
**Dr. Sergio Cámara Arroyo.** Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)  
**Dr. Alfredo Abadías Selma.** Universidad Internacional de La Rioja (UNIR)  
**Dra. Beatriz Cruz Márquez.** Universidad de Cádiz

© ABRIL 2020 MIGUEL BUSTOS RUBIO

© ABRIL 2020

**JTB** BOSCH  
EDITOR

**Librería Bosch, S.L.**

<http://www.jmboscheditor.com>

<http://www.libreriabosch.com>

E-mail: [editorial@jmboscheditor.com](mailto:editorial@jmboscheditor.com)

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN papel: 978-84-121751-5-8

ISBN digital: 978-84-121751-6-5

D.L.: B 8490-2020

**Diseño portada y maquetación:** CRISTINA PAYÁ  +34 672 661 611

*Printed in Spain* – Impreso en España

## **Colección «Penalcrim» J.M. Bosch Editor**

### **Coordinadores del Comité Científico:**

---

**Dr. Alfredo Abadías Selma**

Profesor Adjunto de Derecho Penal y Criminología  
Universidad Internacional de La Rioja

**Dr. Miguel Bustos Rubio**

Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal  
Universidad Internacional de La Rioja

### **Miembros del Comité Científico**

---

**Dr. Juan Carlos Ferré Olivé**

Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Huelva

**Dra. Ana Isabel Pérez Cepeda**

Catedrática de Derecho Penal  
Universidad de Salamanca

**Dr. Jacobo Dopico Gómez-Aller**

Catedrático (acr.) de Derecho Penal  
Universidad Carlos III de Madrid

**Dr. José Ramón Agustina Sanllehí**

Catedrático (acr.) de Derecho Penal  
Universidad Internacional de Cataluña UIC

**Dra. Paz Lloria García**

Profesora Titular de Derecho Penal  
Universidad de Valencia

**Dra. Beatriz Cruz Márquez**

Profesora Titular de Derecho Penal  
y Criminología  
Universidad de Cádiz

**Dr. Fernando Navarro Cardoso**

Profesor Titular de Derecho Penal  
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

**Dr. Enrique Sanz Delgado**

Profesor Titular de Derecho Penal  
Universidad de Alcalá de Henares

**Dra. María del Carmen Armendáriz León**

Profesora Contratada Doctora de Derecho Penal  
Universidad Complutense de Madrid

**Dr. Félix María Pedreira González**

Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal  
Universidad Complutense de Madrid

**Dra. María Concepción Gorjón Barranco**

Profesora Contratada Doctora de Derecho Penal  
Universidad de Salamanca

**Dr. Sergio Cámara Arroyo**

Profesor Contratado Doctor (acr.) de Derecho Penal  
Universidad Nacional de Educación  
a Distancia UNED

**Dr. Víctor Manuel Macías Caro**

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Penal  
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

**Dra. Ana Peligero Molina**

Profesora Adjunta de Criminología  
Universidad Camilo José Cela

**Dr. Francisco Rodríguez Almirón**

Profesor Derecho penal  
Universidad de Granada

**Dr. Pere Simón Castellano**

Profesor Contratado-Doctor  
Universidad Internacional de La Rioja

---

## ÍNDICE GENERAL

ABREVIATURAS Y SIGLAS .....	15
PRÓLOGO .....	17
PRESENTACIÓN .....	21
<b>Capítulo I. INTRODUCCIÓN</b> .....	25
<b>Capítulo II. EXCLUSIÓN SOCIAL Y POBREZA: ETIOLOGÍA Y CONCEPTUALIZACIÓN EN EL MARCO DEL CÓDIGO PENAL</b> .....	29
1. El «pobre» frente al «excluido social»: delimitación conceptual	30
2. La «exclusión social» como concepto (aún) indeterminado: su indisponibilidad para aterrizar en el Código Penal.....	41
3. La aporofobia como forma de discriminación individual e institucional.....	45
<b>Capítulo III. REALIDAD SOCIAL DE LA APOROFOBIA: LA VICTIMIZACIÓN EN DATOS</b> .....	67
1. Punto de partida: ¿cuál es la realidad social de la delincuencia aporófoba? .....	67
2. Datos del <i>Observatorio Hatento</i> de delitos de odio contra personas sin hogar .....	69

3.	Datos de la <i>Fundació Mambré</i> por la inclusión social .....	89
4.	Informe de <i>Assís</i> sobre violencia contra personas sin hogar .	91
5.	Informes del Ministerio del Interior sobre delitos de odio .....	97
6.	Otras fuentes, otros datos .....	107
7.	Conclusiones: la discriminación aporófoba como realidad incontestable y la necesidad de una adecuada respuesta penal	111

**Capítulo IV. REALIDAD JURISPRUDENCIAL-PENAL DE LA APOROFOBIA: DELITOS COMETIDOS POR ODIO APORÓFobo Y LA IMPOSIBILIDAD DE APLICAR LA AGRAVANTE DEL ART. 22,4º CP** 115

1.	Introducción .....	115
2.	Un punto de inflexión en la lucha social contra la delincuencia aporófoba: la STAP de Barcelona, de 5 de noviembre de 2008 .....	116
3.	El paradigma de la minoría de edad en las agresiones aporófobas .....	121
4.	La reconocida incapacidad jurisprudencial para agravar la pena por motivos aporófobos .....	125
5.	La postura del Tribunal Supremo y los límites del principio de determinación .....	128
6.	La aplicación de otras circunstancias agravantes a delitos cometidos por odio al pobre .....	132
7.	La aporofobia como delito contra la integridad moral .....	140
8.	Excursio: la «conurrencia de odios» .....	143
9.	Conclusiones: la imposibilidad de aplicación de la agravante del art. 22,4º a la delincuencia aporófoba .....	146

**Capítulo V. LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DEL ART. 22,4 CP. Y EL FUNDAMENTO DE UNA PENA MAYOR EN LOS DELITOS COMETIDOS POR ODIO AL POBRE** .....

1.	Introducción .....	149
----	--------------------	-----

2.	Punto de partida: los criterios de «necesidad» y de «merecimiento» de pena.....	150
3.	Fundamento de la cláusula (art. 22,4º CP.) y aplicación a los motivos de odio al pobre .....	154
3.1.	¿El delito aporófono <i>necesita</i> más pena? Análisis de la agravante desde la <i>teoría de los fines de la pena</i> .....	154
3.1.1.	Punto de partida.....	154
3.1.2.	Aporofobia y retribución.....	155
3.1.3.	Aporofobia y prevención especial .....	158
3.1.4.	Aporofobia y prevención general negativa .....	161
3.1.5.	Aporofobia y prevención general positiva .....	164
3.1.6.	Conclusión .....	169
3.2.	¿El delito aporófono <i>merece</i> más pena? Análisis de la agravante desde la <i>teoría del delito</i> : el injusto culpable.....	182
3.2.1.	La subyacente negativa al valor de la «igualdad» .....	183
3.2.2.	<i>Animus model</i> VS. <i>discriminatory selection model</i> . Sobre la posibilidad de inclusión de motivaciones aporófonas en el listado del art. 22,4º CP .....	189
3.2.3.	Motivaciones y Derecho penal: «el pensamiento no delinque» .....	212
3.2.4.	¿Un mayor injusto o una mayor culpabilidad?.....	220
 <b>Capítulo VI. PROPUESTA DE <i>LEGE FERENDA</i>: LA INCLUSIÓN DE LA APOROFOBIA COMO CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE.....</b>		 241
Bibliografía.....		247
Jurisprudencia .....		261
Informes y documentos de trabajo .....		263
Sitios web.....		265

---

**Ana Isabel Pérez Cepeda**

Catedrática de Derecho Penal  
Universidad de Salamanca

---

## PRÓLOGO

Tomando como idea inicial la manifestación de Ferrajoli de que: «las discriminaciones generan lesiones de la dignidad humana, odios, miedos y desconfianza y hacen por ello imposible la convivencia, del mismo modo el respeto recíproco de las diferencias permite la convivencia pacífica, la integración y la solidaridad entre diferentes»<sup>1</sup>, se puede inferir que nadie necesita más de la Ley que los más débiles.

En nuestro ámbito, la justificación de una agravación de la pena recae del lado de quien afirma su legitimidad cuando se rechaza el punitivismo y se defiende un Derecho penal mínimo y garantista; resulta fundamental argüir sobre una respuesta penal adecuada, proporcionada y más justa, en este caso particular, ante supuestos de violencia discriminatoria e intolerante por razones aporófobas. La presente monografía investiga sobre si la motivación, objetivo o finalidad discriminatoria, que aumenta el injusto del hecho basándose en la negación del principio de igualdad, debe incluir los supuestos en los que los motivos que llevan al delincuente a cometer el hecho típico son la condición de indigencia de la víctima, esto es, su falta de medios de vida o, en definitiva, su pobreza.

---

1 FERRAJOLI, L.: *Manifiesto por la igualdad*, Ed. Trotta, 2019, p. 21

Con este objetivo, Miguel Bustos en primer término revela a través de los datos una realidad criminal cruel con las personas desiguales, a quienes se les han negado los derechos sociales y son víctimas previamente de una discriminación económica. Basándose en un informe de investigación (del Observatorio Hatento, año 2015), se alerta sobre el porcentaje de personas en situación de sinhogarismo que afirman haber sufrido, al menos, una agresión presidida por motivaciones aporófobas, esto es, por odio o rechazo hacia ellos dada su propia situación, que ascendía al 47,1% de la muestra. De entre todas ellas, el 81,3% de las víctimas habría sufrido el ataque en más de una ocasión (de entre los cuales, hasta el 49% de las mismas acredita haber sufrido algún ataque aporóforo incluso en más de cinco ocasiones). En lo que se refiere a la consistencia o contenido de la agresión aporófora, en este informe se refleja cómo hasta un 36,4% de las personas acredita haber sufrido insultos y/o tratos vejatorios (lo que supone una de cada tres personas entrevistadas), un 27,2 % habla de trato discriminatorio, en general, y un 23 % afirma ser víctima de agresiones físicas (lo que supone que una de cada cinco personas entrevistadas habrían sido víctimas de algún tipo de lesiones).

Con estas mimbres, una vez descrita la existencia de una victimización por la violencia discriminadora e intolerante que se ejerce contra los pobres, el autor trata de contextualizar el problema desde un punto de vista sociológico, analizando conceptos próximos pero diferentes como el de «pobreza», «aporofobia» y «exclusión social», desde el prisma de los principios rectores de nuestro moderno sistema penal de garantías y, muy especialmente, desde la óptica del principio de legalidad penal. En este orden de ideas e inquietudes se inscribe la magnífica monografía que tengo el honor de prologar. El enfoque dado por Miguel Bustos desborda, con acierto, una solución simplista y punitivista. Digo «con acierto» ya que el autor busca afrontar los delitos por razones de aporofobia, previamente sin la existencia de la circunstancia agravante de aporofobia en el art. 22,4º CP. y las posibles soluciones que se han patrocinado. Por ello, corresponde, como hace él, concluir, solo después de este estudio previo, que existe una falta de una respuesta penal adecuada y proporcionada (además de materialmente más *justa*) ante supuestos de delincuencia cometida por razones aporófobas, al no estarse proporcionando a los operadores jurídicos herramientas adecuadas a tal fin desde el Código Penal.

Desde esta perspectiva, el autor incluye una completa e interesante reflexión acerca de la existencia de un fundamento jurídico-penal basado en un mayor merecimiento y necesidad de pena en supuestos de delincuencia por motivos aporófobos. La cuestión que se añade es una propuesta de *lege ferenda* que permita

incluir dichas motivaciones entre el catálogo de condiciones del actual art. 22,4º CP que aumentan una pena que es más merecida, al vulnerarse también el valor de la igualdad, sin exceder del marco de pena aplicable al hecho exteriorizado, no incluyendo el término «exclusión social», que acompañaba la Proposición de Ley Orgánica de reforma de la LO. 10/1995, de 2 de noviembre, del Código Penal (nº 622/000025), al estimar que se trata de un concepto mutable, dinámico y cambiante, que depende de múltiples factores casuísticos. Esta propuesta engarza con el Proyecto I+D+I: «Hacia un modelo de justicia social: alternativas político-criminales» (referencia RTI2018-095155-A-C22) del que el autor es miembro del equipo de investigación, que pretende aportar propuestas de reforma penal dirigidas a otorgar una mayor protección a los parias del sistema frente a los delitos de los que son víctimas, precisamente, por su condición de excluidos.

Finalmente, señalar que agradezco la generosidad de Miguel Bustos, por haberme brindado el placer y el honor de prologar este libro, que tratando de buscar la equidad de las diferentes circunstancias discriminadoras del 22,4º CP, asienta los fundamentos y presupuestos de una opción político-criminal que defiende una responsabilidad penal agravada de aquel que delinque por motivos de aporofobia, sin pretender ampliar el Código Penal, ya de por sí extenso. Esta obra constituye una contribución imprescindible al debate jurídico sobre la materia, tratándose de una significativa aportación de nuestro proyecto coordinado «Aporofobia y Derecho penal» (referencia RTI2018-095155-B-C21), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, que entre sus objetivos pretende prevenir una lamentable realidad como es la comisión de un número importante de delitos contra los pobres, simplemente por ser pobres.

Esta clara y precisa elaboración doctrinal, con su propuesta de *lege ferenda*, sienta los cimientos para que una futura reforma del Código penal incluya la responsabilidad penal por la agravante de discriminación basada en razones de aporofobia, proporcionando al teórico y al práctico un instrumento de indudable valor para interpretar el texto legal, cuando se reforme.

Salamanca, a 29 de febrero de 2020.

---

**Observatorio Hatento**Observatorio de delitos de odio contra personas sin hogar

---

## PRESENTACIÓN

«Me dieron un porrazo en la cabeza con una barra de cobre forrada. Acabé con la arteria de la cabeza seccionada». «En los diez años que he vivido en la calle me han tratado en vez de como persona y como mujer, como objeto y como basura», nos contaban Joaquim y Rocío hace cinco años, cuando les entrevistamos para la primera investigación sobre delitos de odio contra personas sin hogar que lanzábamos desde HATento, en la que participaron 261 personas en situación de sinhogarismo. María Rosario Endrinal, una mujer como otros tantos miles de personas a las que se le había vulnerado su derecho a un hogar, no fue una de esas 261 personas porque diez años antes, tres jóvenes la quemaron viva mientras dormía en un cajero de Barcelona.

Nuestra investigación de 2015 es uno de esos trabajos por los que cuesta sentir orgullo, no por una cuestión relacionada con aspectos metodológicos, ni tampoco porque consideremos que los resultados no fueran una aportación relevante, al contrario, sirvió para arrojar un poco de luz sobre un fenómeno, el de la *aporofobia*, y en concreto el de la violencia contra las personas en situación de sinhogarismo, que frecuentemente es ignorado. Si cuesta sentir orgullo por esa investigación es por la realidad que puso encima de la mesa: un 47% de las personas entrevistadas habían sido víctimas de algún tipo de delito o incidente de odio y el 81% de ellas experimentaron este tipo de situaciones más de una vez. Lo que nuestra investigación mostraba era una enorme vulnerabilidad y violencia, que solo era

capaz de entrar en la agenda pública como sucesos aislados cuando la brutalidad de los casos era tal que provocaba, en el mejor de los casos, el sobrecogimiento general por unos días, sin que se llegara a profundizar en las causas ni en sus soluciones.

Una de las cuestiones más interesantes que tratamos con otras organizaciones con las que colaboramos en la lucha contra los delitos de odio, que se dedican a combatir la xenofobia, el racismo, la lgtbifobia o el antigitanismo, por mencionar algunos otros motivos discriminatorios y que promueven el odio, es que la pobreza y el sinhogarismo no son características o identidades que deban ser protegidas. Mientras nadie tiene por qué ocultar o abjurar su origen étnico o cultural, su identidad afectivo sexual o su religión, la pobreza y el sinhogarismo son por sí mismas graves vulneraciones de los derechos de quienes las sufren.

Vivir en la calle supone una violación del derecho a una vivienda, contemplado en el artículo 47 de la Constitución, pero también a la salud (las personas sin hogar tienen una esperanza de vida entre 20 y 30 años menor y muchas de ellas carecen de tarjeta sanitaria), al empleo (el 77,8% carece de un empleo) y, por supuesto, a la integridad física y moral.

Los delitos e incidentes de odio y discriminación que sufren las personas en situación de sinhogarismo solo agravan la situación que viven. Estos hechos tienen un enorme impacto en personas que ya de por sí necesitan de la mayor parte de sus energías para sobrevivir y les provocan emociones como ira, tristeza, indefensión, miedo, culpabilidad o desconfianza hacia las demás personas y las instituciones, empujándolas todavía más hacia la exclusión y dificultando los procesos para la recuperación de sus proyectos de vida, en el caso de que se encuentren en ellos.

La falta de empatía, la deshumanización, la intolerancia, el considerarse superiores a quien se encuentra en esta situación, son factores que se encuentran presentes en muchos de los discursos de quienes cometen estas agresiones o profieren discursos de odio. Pero a este caldo de cultivo le faltan al menos otros dos ingredientes, que son la impunidad y la falta de reproche por la sociedad. La existencia de investigaciones y libros como este que tienes en tus manos es muy importante de cara a que los poderes públicos tomen la conciencia necesaria sobre la problemática y conozcan las opciones que tienen a su disposición para actuar.

Incluir la aporofobia en el Código Penal es un importante paso para que se impulse la mejora y difusión de los protocolos ya existentes para la atención a las personas en situación de sinhogarismo por parte de los servicios policiales; para

---

que las fiscalías especializadas en delitos de odio y discriminación puedan perseguir de una manera más efectiva estas conductas y para que la sociedad en general tome conciencia de la gravedad de los hechos que suceden de manera cotidiana en nuestras ciudades.

Queremos terminar esta reflexión agradeciendo la oportunidad que se nos brinda de comentar brevemente esta interesante obra, pero dejando también una pregunta abierta para la reflexión una vez finalizada su lectura: ¿de qué manera tendríamos más probabilidades de haber evitado que María Rosario Endrinal hubiera sido quemada viva?; ¿solamente contemplando la aporofobia en el Código Penal, o también completando esa protección con la garantía del derecho a una vivienda para que no tuviese que vivir en un cajero?

■ **La violencia filio-parental: una visión interdisciplinar. 2020**

---

Alfredo Abadías Selma | Roberto Pereira Tercero (*Coordinadores*)

■ **Aporofobia y Delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22,4<sup>a</sup> CP.). 2020**

---

Miguel Bustos Rubio