

Universidad Internacional de La Rioja
Máster en el ejercicio de la abogacía

*«Delitos de odio contra
las personas sin hogar:
dificultades y desafíos»*

Trabajo fin de máster presentado por: Germán Serrano Rodríguez
Titulación: Máster en el ejercicio de la abogacía
Área jurídica: Derecho penal
Director/a: José Antonio Díez Fernández

En Almería, a 13 de noviembre de 2016
Fdo.: Germán Serrano Rodríguez

ÍNDICE

<u>Introducción</u>	2
I. <u>Objeto del dictamen</u>	3
II. <u>Situación de hecho</u>	4
III. <u>Cuestiones planteadas</u>	6
IV. <u>Normativa aplicable y doctrina</u>	7
V. <u>Fundamentos jurídicos</u>	15
VI. <u>Cuestiones adicionales</u>	43
VII. <u>Conclusiones</u>	50
<u>Bibliografía</u>	56
ANEXO I	58
ANEXO II	108
ANEXO III	156
ANEXO IV	202

«Dictamen que emite GERMÁN SERRANO RODRÍGUEZ, alumno del Máster en el ejercicio de la abogacía de UNIR, como Trabajo de Fin de Máster».

Introducción

Es sabido que actualmente un pequeño número de Universidades españolas han incorporado lo que se denomina «Clínica Jurídica», una herramienta de estudio e investigación que tiene su origen en la «*Legal Clinic*» del mundo anglosajón, y que UNIR tiene incorporado como método docente práctico en el campo de la abogacía y con acceso a los estudiantes.

La Clínica Jurídica viene a ser un espacio formativo en el que el alumno se curte en el ejercicio *pro bono* de la abogacía, esto es, una actividad de voluntariado jurídico en la que se asesora a entidades sin ánimo de lucro, fundamentalmente ONG's, para la ayuda a colectivos desfavorecidos como parte fundamental de la función social de la abogacía. Es decir, el alumno ayuda a la vez que aprende.

En abril del año 2016, empecé a cursar mi primera estancia en la Clínica Jurídica en UNIR, en el contexto de mi Trabajo de Fin de Máster, a través de la resolución de dos casos reales y «vivos» propuestos. El hecho es que, tras la resolución de los mismos, y la entrega de un dictamen jurídico por cada uno de ellos, debía elegir uno para que fuese la temática sobre la que versase mi Trabajo de Fin de Máster, en la modalidad de dictamen clínico.

El primero de los casos resueltos tenía por objeto la violencia de género entre el menor agresor y la menor víctima. Desarrollarlo supuso un trabajo de investigación y redacción muy enriquecedor, pues es un tema sobre el que toda la sociedad está muy sensibilizada y que tiene como protagonistas a uno de los sujetos de Derecho a los que más protección otorga el ordenamiento jurídico, seguramente al que más: el menor. El segundo informe clínico, quizá de temática más técnica, versó sobre la «**aporofobia**», esto es, sobre el «odio a las personas sin hogar», lo que se enmarca dentro de los delitos de odio y del principio constitucional de igualdad de trato y no discriminación, consistiendo el trabajo clínico en promover una concienciación sobre la necesidad de incorporar la aporofobia como circunstancia agravante en nuestro Código penal. Precisamente por tener este segundo caso un cariz más técnico y por el hecho de que pretender alcanzar una incorporación legislativa con el desarrollo de este dictamen, teniendo en cuenta el reto que ello supone, fue por lo que elegí este caso como la base para la realización de mi Trabajo de Fin de Máster.

Fue tan gratificante mi primera estancia en la Clínica Jurídica, que decidí seguir cursando la misma, ya no en el contexto del Trabajo de Fin de Máster, sino a través de la modalidad de extensión universitaria. Y es que, en caso de que cursara cuatro estancias en la Clínica Jurídica, obtendría un diploma acreditativo de haber desempeñado el ejercicio *pro bono* de la abogacía, como título propio de mi Universidad, por lo que mi intención es completar estas cuatro estancias (en el momento en el que redacto esta parte de mi Trabajo de Fin de Máster, me hallo cursando la segunda) y así conseguir este reconocimiento.

Así, en la Clínica Jurídica se desarrollan bastantes destrezas. En lo que a mí concierne, con lo que más disfruto es adquiriendo capacidades investigativas, de síntesis de información y abstrayéndome para alcanzar el máximo de ideas que puedan surgirme para dar soluciones a las cuestiones problemáticas del caso propuesto, para posteriormente plasmarlas por escrito. Es una labor que me reporta mucha satisfacción personal y creativa, que puedo poner en práctica en el marco de la Clínica Jurídica y que me parece interesantísimo como método docente de aprendizaje y de formación de alumnos y de profesionales. De otro lado, la Clínica también ayuda a trabajar con un equipo de compañeros, algo a lo que futuros abogados sin duda alguna nos tenemos que habituar. Puede que a veces resulte costoso empatizar con los miembros del grupo, ceder en según qué cuestiones y entenderse y llegar a un acuerdo mutuo cuando surge algún problema interno en el fragor del desarrollo del trabajo clínico, quizá mi forma de ser y mi personalidad hagan que yo sea más propicio a trabajar de forma individual y posiblemente esta parte del trabajo me cueste más por ello, sin embargo, como digo, es algo a lo que estamos predestinados y de lo que soy muy consciente, por lo que no dudo en poner de mi parte todo lo que sea necesario para cooperar en equipo y sacar adelante un importante proyecto común y que me tomo muy en serio, como es un dictamen jurídico en el marco de la **Clínica Jurídica UNIR-Fundación Fernando Pombo**.

En definitiva, el trabajo en la Clínica Jurídica no es solo para mí reconfortante por el aprendizaje que proporciona, por la experiencia que supone el ejercicio pro bono de la abogacía con casos reales, y por el hecho de saber que estás ayudando a colectivos desfavorecidos de la sociedad, esto es, aportando tu grano de arena sobre verdaderos problemas sociales que hay que solucionar, sino que toda la investigación que desarrollas para la resolución de los casos propuestos te curte como estudioso del Derecho y te prepara para futuros proyectos académicos y/o profesionales, tales como puede ser la redacción de artículos profesionales, de obras jurídico-doctrinales o la preparación de una tesis doctoral.

I. Objeto del dictamen

La entidad beneficiaria del presente dictamen jurídico encomendó la labor de realizar una investigación exhaustiva acerca del tratamiento jurídico que reciben los delitos de odio contra las personas sin hogar en nuestro ordenamiento, así como del desarrollo jurisprudencial existente al respecto de esta materia. Tal investigación llevó a concluir que nuestra legislación es deficiente en esta materia y que, por consiguiente, el desarrollo jurisprudencial muy escaso.

De este modo, el objeto del dictamen desembocó en alumbrar la cuestión con el máximo número posible de propuestas que, de *lege ferenda*, pudieran aportarse. Como presupuesto de partida, desde la fundación y la entidad beneficiaria se dejó claro que el principio por el que debíamos vertebrar el desarrollo de nuestro trabajo es argumentar la necesidad de incorporar el «odio a las personas sin hogar» como circunstancia agravante del artículo 22.4 del Código penal, ya que a partir de esta inclusión se podría empezar a atajar infinidad de situaciones de hecho en las que se

delinque bajo la motivación de una discriminación por razón de situación social, sin perjuicio de ser adaptada la cuestión al resto de nuestra legislación penal y procesal. En consecuencia, el objeto del presente dictamen es concienciar a la sociedad, a los operadores jurídicos y a los poderes públicos, a través de la mejor argumentación posible, del necesario tratamiento formal expreso de una problemática social manifiesta en nuestro país.

II. Situación de hecho

- 1) Los **delitos de odio** y el «**factor odio**» en la **delincuencia** es una cuestión extremadamente sensible que requiere una importante y meticulosa atención desde el punto de vista de la política criminal. Cabe definir este fenómeno delictivo como todas aquellas infracciones cometidas contra las personas o su propiedad por cuestiones de raza, etnia, religión o práctica religiosa, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, por razones de género, situación de pobreza y exclusión social o cualquier otro factor similar, como las diferencias ideológicas. Son comportamientos de incuestionable gravedad y con un preocupante efecto sobre los principios y valores esenciales en los que se sustentan los sistemas democráticos y nuestro propio modelo de convivencia, ya que atentan contra principios fundamentales como la igualdad de todos los ciudadanos y el respeto pleno a la dignidad de la persona.
- 2) Esta problemática alcanza en Europa su punto álgido al final de la Segunda Guerra Mundial, cuando las sociedades de varios Estados tuvieron que sobreponerse de los efectos del totalitarismo y reescribir su Historia mientras luchaban contra corrientes de pensamiento que tan solo empezaban a ser un vestigio de los terribles sucesos acaecidos durante la primera mitad del siglo XX. A partir de este momento, la sensibilidad alcanzada en el tratamiento jurídico de esta materia ha resultado manifiesta, de manera que son numerosos los casos del **Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH)** desde entonces registrados. Si bien en un principio la tendencia de dicho Tribunal apuntaba hacia comportamientos identificados con el nazismo, el neonazismo, el fascismo, el racismo, el antisemitismo y el comunismo, en un período histórico más reciente se han visto progresivamente incorporados casos referidos al fundamentalismo islámico o situaciones de conflicto como la cuestión kurda¹.
- 3) En nuestro ordenamiento jurídico, como no podía ser de otra manera, existe una clara relación entre el principio constitucional de igualdad y no discriminación (**art. 14 de la Constitución Española de 1978 -en adelante, CE-**) y este fenómeno delictivo, puesto que tal principio, y en mayor o menor

¹ Jon-Mirena LANDA GOROSTIZA. Enero de 2012, «Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de *lege lata*». *Revista de Derecho penal y criminología*, 3ª Época, nº 7, p. 324.

medida también el valor fundamental de la dignidad de la persona que propugna el art. 10 CE, es la base sobre la que se asienta el contenido de injusto del odio hacia determinados colectivos.

En cuestiones estadísticas, según los datos oficiales del Ministerio del Interior, se produjeron en España casi cuatro delitos de odio al día en 2015².

- 4) Si nos fijamos como marco de referencia en la legislación internacional, es cierto que nuestro ordenamiento jurídico acoge la mayoría de circunstancias que los principales textos internacionales en materia de derechos humanos formulan como circunstancias que deben ser tenidas en cuenta como discriminatorias, sin embargo resulta curioso que tanto la **Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1948, en su artículo 2**, como el **Pacto Internacional de 19 de diciembre de 1966, sobre derechos económicos, sociales y culturales, ratificado por España el 13 de abril de 1977, en su artículo 2.2**, así como la **Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, en su artículo 21**, prevén como circunstancia discriminatoria hacia las personas la condición económica de la misma o la discriminación por razón de patrimonio, mientras que ni **nuestra Constitución** (al enunciar las circunstancias que serán consideradas como discriminatorias y, por tanto, prohibidas, **en su artículo 14**), ni **nuestro Código penal** (al enunciar las como circunstancias agravantes del tipo penal motivaciones discriminatorias, **en su artículo 22.4**), contemplan esta realidad social.

De este modo, se echa en falta en nuestro ordenamiento jurídico la concurrencia del «odio al pobre» como circunstancia que agrave la comisión de un amplio elenco de tipos delictivos, así como la expresa previsión de este fenómeno social entre los llamados «delitos de odio».

Este hecho conduce a la lógica consecuencia de que, a pesar de concurrir muy claramente el desprecio y la intolerancia hacia las personas «en situación de calle», nuestros Jueces y Tribunales se vean limitados, cuando no imposibilitados de agravar la condena como consecuencia de que la comisión del delito se halle envuelta en torno al fenómeno de la aporofobia.

- 5) Hay que decir que a lo largo de estos últimos años se ha llevado a cabo por el legislador español una serie de adaptaciones y reformas a nivel nacional con el fin de adecuar la normativa interna a los principios consolidados a nivel internacional en materia de delitos de odio, lo cual se refleja en medidas tales como la aprobación en el año 2014 del **Protocolo de Actuación para las**

² Ministerio del Interior. 2015. *Informe sobre incidentes relacionados con los delitos de odio en España*, p. 15.

Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para los Delitos de Odio. Un protocolo que, aunque tiene una corta vida, ha sido objeto de una actualización el pasado año 2015, puesto que se ha convertido en un instrumento cardinal a la hora de habilitar una adecuada respuesta a los incidentes o actitudes racistas, xenófobas o discriminatorias por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad³.

Sin embargo, a pesar de los avances logrados hasta la fecha en materia de «*hate crimes*» en nuestro país, nos seguimos encontrando ante una situación de indudable demanda social, en la que la problemática de la aporofobia sigue esperando respuesta. Una respuesta que solo puede venir de la mano del legislador y del Gobierno en orden a identificar y combatir las situaciones de aporofobia en España y sus incuestionables efectos negativos. Y es que la concurrencia de graves casos registrados en los últimos años hacen necesaria una concienciación generalizada de la sociedad, empezando por el ciudadano de a pie, y terminando en la labor que deben desarrollar los poderes públicos.

III. Cuestiones planteadas

En atención a la situación de hecho descrita en el apartado anterior, se suscitan las siguientes cuestiones jurídicas:

- 1) El abordaje de la presente materia requiere tener en cuenta que la **tutela jurídica con la que cuenta la situación de la aporofobia** en nuestro país **es cuando menos muy escasa**. No es de extrañar este hecho, en tanto en cuanto no existe previsión normativa expresa al respecto de esta realidad material, a pesar de la acuciante cantidad de casos registrados en el último año. En consecuencia, la esencia del presente informe estriba en la pretensión de **concienciar a la sociedad en su conjunto del escollo que supone este fenómeno** y de que la única herramienta efectiva para combatirla se encuentra en una **acción legislativa que permita a Jueces y Tribunales combatir sin ambigüedades la aporofobia**, especialmente en el ámbito penal en el contexto de los delitos de odio y en tanto que puede suponer la motivación del sujeto activo del delito para la comisión de un amplio repertorio de infracciones punibles.

- 2) Resulta preciso someter el tratamiento de esta materia a un análisis previo de las **normas y principios jurídicos que regulan el contexto en el que se ubica la aporofobia**, como es el principio constitucional de igualdad y no discriminación (**artículo 14 de la Constitución Española**), la agravante penal por razón de discriminación y los delitos de odio. Todo ello con la finalidad de dilucidar la cuestión sobre la base de la **previsión que establece nuestro Derecho positivo** y marcando una línea interpretativa que conduzca a **comprobar el alcance al que, a mi juicio, pueden aspirar nuestros Jueces**

³ *Ibidem*, p. 4.

y Tribunales en el sentido de marcar el pertinente reproche de conductas restrictivas de los derechos fundamentales sobre las que gira la aporofobia y, en su caso, la eventual condena procedente.

- 3) Hilando con el punto anterior, es también necesario estudiar y analizar la **línea jurisprudencial que siguen nuestros Jueces y Tribunales en materia de delitos de odio**, de manera que se focalice en determinar la frecuencia con que se reprocha o condena conductas en las que aparece implicada la aporofobia como circunstancia concurrente, por razón de la misma. Igualmente, es preciso someter a análisis la **labor desarrollada por las Fiscalías Provinciales en materia de delitos de odio y discriminación**, en tanto que garantes de la persecución legal de delitos, y comprobar la incidencia de su acción en el fenómeno de la aporofobia.
- 4) Además, tiene especial importancia la dimensión internacional del principio de igualdad y no discriminación, en la medida en que en **diversos textos normativos internacionales y de primer orden suscritos por España y que coadyuvan a la interpretación de nuestras normas internas, prevén expresamente como circunstancia discriminatoria la condición económica del agraviado u ofendido, o bien su situación patrimonial**. El interrogante en este punto se plantea en el sentido de preguntarse por qué mientras que textos normativos internacionales directamente aplicables en nuestro país y de importancia estelar prevén este fenómeno social en el contexto del principio de igualdad y no discriminación por razón de condición económica o patrimonio, nuestro Derecho interno omite tal referencia.
- 5) En definitiva, se pretende elaborar una serie de **propuestas de lege ferenda**, con el deseo de que sirvan de orientación a todo aquel operador jurídico que aborde la problemática de la aporofobia. Igualmente, se plantean cuestiones atinentes al **sentido que ha de adoptar la labor del Ministerio del Interior y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para con los delitos de odio y discriminación y en cuanto a la contemplación de la aporofobia como situación de hecho**; además del **planteamiento acerca del tipo responsabilidad que podrían deber asumir las Administraciones Públicas en determinados casos**, para lo que atenderemos a cierta casuística que, aunque no muy ingente, cuenta con algún pronunciamiento judicial al respecto.

IV. Normativa, Jurisprudencia y Doctrina aplicable

Para la resolución de las indicadas cuestiones jurídicas planteadas, debe acudirse a la siguiente normativa, jurisprudencia y doctrina, de aplicación a las mismas:

A. Normativa:

- a) **Declaración Universal de los Derechos humanos, adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1948.**
- b) **Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, ratificado por España el 25 de junio de 1991.**
- c) **Pacto Internacional de 19 diciembre 1966, sobre derechos económicos, sociales y culturales, ratificado por España el 13 de abril de 1977.**
- d) **Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000.**
- e) **Constitución Española de 1978.**
- f) **Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.**

B. Jurisprudencia:

- a) **STEDH de 23 de julio de 1968: «Caso del régimen lingüístico belga»:**
Esta Sentencia marca el criterio del TEDH de admitir que no todo trato diferente comporta violación del CEDH, puesto que solamente es incompatible con el mismo aquel que implique trato discriminatorio, considerando necesario averiguar en cada caso concreto si la diferencia de trato viola o no el art. 14 CEDH bajo estas premisas.
- b) **STC 80/1982, de 20 de diciembre:**
Consagra la idea de que el principio de igualdad vincula directamente a las Administraciones Públicas, sin que se precise un desarrollo normativo expreso.
- c) **STC 8/1983, de 18 de febrero:**
Establece que la igualdad que se desprende del art. 1.1 CE se configura como un valor superior que se proyecta con una eficacia trascendente de modo que toda situación de desigualdad persistente en a la entrada en vigor de la Constitución deviene incompatible con el orden de valores que la Constitución proclama.
- d) **STC 75/1983, de 3 de agosto:**
Esta Sentencia establece que, dado que las prohibiciones de discriminación solo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, es necesario que el juzgador use en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho

más estricto y que implique un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad.

e) STC 103/1983, de 22 de noviembre:

Determina que la igualdad se trata de un valor preeminente en el ordenamiento jurídico español, al que debe colocarse en un rango central, como demuestra el art. 1.1 CE.

f) STC 22/1988, de 18 de febrero:

Esta Sentencia dota al atestado de virtualidad probatoria cuando contiene datos objetivos y verificables que, expuestos por los agentes con su firma y rúbrica y con las demás formalidades exigidas por los arts. 292 y 293 LECr., han de ser calificados como declaraciones testificales.

g) STC 209/1988, de 10 de noviembre:

Vuelve a advertir que, dado que las prohibiciones de discriminación solo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, es necesario que el juzgador use en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto y que implique un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad.

h) STC 229/1992, de 14 de diciembre: esta Sentencia

Trae a colación la jurisprudencia constitucional que consagra que las prohibiciones de discriminación solo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica.

i) STC 235/2007, de 7 de noviembre:

Esta sentencia asevera que no podría explicarse sistemáticamente que la incitación indirecta a la comisión de un delito de genocidio pudiera aparejar menor pena que la incitación indirecta a actos -no delictivos- de odio, discriminación o violencia.

j) Auto del TS de 25 de junio de 2004:

Este auto recoge unas declaraciones del Director de la Guardia Civil, quien estableció su compromiso para la no existencia de sindicatos en el cuerpo armado, y donde el denunciante alegaba que se produjo una provocación a la discriminación contra la Asociación Independiente de la Guardia Civil; el caso no se admitió a trámite.

k) STS 1160/2006, de 9 de noviembre:

En esta sentencia el Tribunal Supremo se refiere a la correcta aplicación que debe realizarse del art. 22.4 CP respecto de la aporofobia, declarando que, en un caso de ataque peyorativo e inhumano a una

persona «en situación de calle» y en atención a este hecho, no se puede subsumir a la previsión del art. 22.4 CP.

l) STS 360/2010, de 22 de abril:

Esta sentencia se pronuncia sobre un caso de racismo, analizando cómo las circunstancias previstas en el art. 22.4 CP se ponen a menudo en relación con la aporofobia, dado que el móvil que incita en este caso a los agresores a cometer delitos contra las personas que viven en la calle es el racismo.

m) STS de 12 de abril de 2011:

Esta sentencia se pronuncia sobre el «Caso de la librería Kalki», donde el grado organizativo de la actividad en el establecimiento determinaría que la sentencia de instancia, el 7 de octubre de 2009, no solo condenara por delito de provocación a la discriminación (art. 510 CP) y de apología del genocidio (art. 607.2 CP), sino también por el delito de asociación ilícita del art. 515 CP. Sin embargo, Nuestro Alto Tribunal absolvería de todos los cargos a los acusados.

n) Auto de la AP de Burgos, de 15 de febrero de 2002:

Este auto trata un caso de exclusión de los que se denominaron «grupos de riesgo», refiriéndose a la población de riesgo de transmisión del SIDA, apuntando a la homosexualidad masculina, casos de promiscuidad sexual que incluye relaciones con prostitutas en los últimos seis meses y drogadicción intravenosa.

o) Auto de la AP de Madrid, de 28 de mayo de 2003:

Al igual que el anterior, este auto trata un caso de exclusión de los que se denominaron «grupos de riesgo», refiriéndose a la población de riesgo de transmisión del SIDA, apuntando a la homosexualidad masculina, casos de promiscuidad sexual que incluye relaciones con prostitutas en los últimos seis meses y drogadicción intravenosa.

p) SAP de Barcelona de 5 de marzo de 2008:

Esta sentencia concluye que el TC pretende diferenciar la justificación de apología del genocidio y el delito de provocación con el carácter directo de la incitación que ésta presenta.

q) SAP de Barcelona, de 5 de noviembre de 2008:

Esta sentencia se pronunció respecto de un caso en el que un grupo de sujetos asesinan alevosamente a una señora que vivía «en situación de calle», y que dormía en un cajero bancario de La Caixa.

r) SAP de Barcelona, de 26 de abril de 2010:

Esta sentencia se pronuncia sobre unos delitos con contenidos

esencialmente antisemitas, aunque con referencia incidental a otros colectivos y con mención expresa a la celebración de ciclos de conferencias y extractos de publicaciones, difusión vía Internet, etc. Terminaría absolviendo del delito de provocación a la discriminación (art. 510 CP), y confirma únicamente el delito de apología del genocidio (art. 607.2 CP).

s) SAP de Madrid 34/2013, de 19 de marzo de 2013:

Esta sentencia resuelve la cuestión objeto de enjuiciamiento haciéndose eco de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo respecto a la consideración de la discriminación por circunstancias socioeconómicas.

t) Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona, el 16 de noviembre de 1998:

Esta sentencia se hizo eco en primera instancia del llamado «Caso Varela» o «Caso librería Europa». Los hechos probados inciden sobre material escrito, esto es, libros, publicaciones, cartas, carteles que denigran al pueblo judío, hasta el extremo de instar a que sus miembros sean objeto de exterminio, a la vez que se niega, banaliza o justifica el «Holocausto nazi».

u) Sentencia del Juzgado de lo Penal de Logroño, de 2 de abril de 2004:

En esta sentencia se enjuicia unos hechos consistentes en la distribución y exposición pública de pasquines contra inmigrantes, a quienes se descalifica con palabras tales como «gentuza», «basura», además de acusárseles de forma genérica de delitos de violación, robo, etc., y amenazarles con el uso de explosivos.

v) Sentencia del Juzgado de lo Penal de Lleida de 16 de noviembre de 2006:

En esta sentencia se condena a los acusados por haber creado páginas web en las que difundían contenidos de ideología «*skinhead*» y de orientación antisemita, siendo la condena recaída por delito continuado del art. 510 CP, en sus dos modalidades: provocación a la discriminación (apartado 1) e injurias colectivas (apartado 2).

w) Sentencia del Juzgado de lo Penal de Barcelona, de 5 de marzo de 2010:

Esta sentencia condenaría los hechos que, en segunda instancia, la Audiencia Provincial de Barcelona posteriormente se pronunciaría a través de Sentencia de 26 de abril de 2010, más arriba referenciada.

x) Sentencia del Juzgado de lo Penal de Barcelona, de 16 de junio de 2010:

Esta sentencia se pronuncia sobre un caso en el que el acusado publicó a través de la Red varios vídeos relativos al III Reich y a la vida privada de Adolf Hitler.

C. Doctrina:

A pesar de que la doctrina emanada de las obras de diferentes autores no constituye fuente del Derecho, la misma es de utilidad para, a partir de la opinión mayoritaria de éstos, analizar las cuestiones que suscitan los problemas que se nos plantean. En concreto, en el presente informe ha sido de utilidad la doctrina emanada de las siguientes obras:

- a) FREIXES SANJUÁN, T. 1995. «**Las Principales Construcciones Jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El Standard Mínimo Exigible a los Sistemas Internos de Derechos en Europa**». *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Nº 11-12, págs. 97-115.

Este informe ha sido muy útil para conocer la línea jurisprudencial marcada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de delitos de odio y discriminación, en aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En tal sentido, su texto hace constar que tal doctrina será exigible a los Estados miembros del Convenio, en tanto que suscriptores del mismo y en tanto en cuanto emana de su máximo intérprete: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

- b) PÉREZ ROYO, J. 2007. «**Curso de Derecho Constitucional**». Madrid: Marcial Pons, p. 239-273.

Este manual ha servido para tomar la base teórica y las nociones necesarias respecto del principio de igualdad y no discriminación proclamado por nuestra Constitución.

- c) ARAGÓN REYES, M. 2011. «**Derechos Fundamentales y su protección. Temas básicos de Derecho Constitucional: Tomo III**». Pamplona: Civitas, p. 133-138.

Este manual ha servido para tomar la base teórica y las nociones necesarias respecto del principio de igualdad y no discriminación proclamado por nuestra Constitución.

- d) AGUILAR GARCÍA, M. Á. 2011. «**Necesaria reforma del artículo 510 del Código Penal**». *Informe Raxen Especial: Acción Jurídica Contra El Racismo y Los Crímenes de Odio - Movimiento Contra La Intolerancia*, p.11-18.

Analiza los problemas que plantea la redacción actual del art. 510 del Código Penal a la vista de las interpretaciones realizadas por nuestros

tribunales, a la vez que proclama la necesidad urgente de su reforma legislativa.

- e) AGUILAR GARCÍA, M. Á. 2011. **«Principales problemas detectados en el ámbito de los delitos de odio y discriminación: necesidad de respuesta especializada en el ámbito de la Fiscalía»**. *Estudios jurídicos. Centro de Estudios Jurídicos*.
Realiza un estudio pormenorizado acerca de los delitos de odio y discriminación en España, tanto desde el punto de vista formal y su regulación legal, como desde el punto de vista material y la alarma social que los mismos comportan para, en definitiva, proclamar la necesidad de una acción concreta de la Fiscalía en cuanto a la persecución de este tipo de criminalidad.
- f) ECRI. 2011. **«Cuarto Informe sobre España»**. Consejo de Europa.
Desde la publicación del tercer informe sobre España de la ECRI, se han realizado progresos en el ámbito de los delitos de odio y discriminación. Sin embargo, algunas cuestiones siguen siendo motivo de preocupación, por lo que, en este nuevo Informe, la ECRI solicita que las autoridades españolas adopten nuevas medidas en diversos ámbitos, formulando en este contexto una serie de recomendaciones a tener en cuenta.
- g) PERDIGUERO BAUTISTA, E., y DE URBANO CATRILLO, E. 2012. **«Delitos contra los derechos fundamentales y las libertades públicas»**. Wolters Kluwer.
Esta publicación ha servido para el desarrollo del marco conceptual para el desarrollo de la materia relativa a los «delitos contra los derechos fundamentales y las libertades públicas», previstos en nuestro Código penal y en tanto que categoría genérica en la que se integran los delitos de odio y discriminación, objeto del presente informe.
- h) GASCÓN CUENCA, A. 2012. **«Evolución jurisprudencial de la protección ante el discurso del odio en España en la última década»**. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía Del Derecho*, p. 310–340.
Este artículo ha supuesto una fuente de abordaje jurisprudencial para determinar la tendencia seguida por nuestros Jueces y Tribunales sobre la lucha, persecución y condena del «*hate speech*» en los últimos años en nuestro país.
- i) LANDA GOROSTIZA, J. 2012. **«Incitación al odio: Evolución jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de lege lata»**. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, nº 7, p. 297-346.

Este artículo ha sido utilizado para contrastar un sinfín de sentencias de diverso rango, las cuales recogen casos paradigmáticos de delitos de odio y discriminación acaecidos en España en las últimas dos décadas.

- j) ILLANA CONDE, A.J. 2015. «**Oposiciones al Cuerpo de Ayudantes de instituciones penitenciarias**» (Temario Derecho Penal). Granada: 13 FOREVEN, SL.

Aporta un análisis teórico de los delitos de odio y discriminación, recogidos en nuestro Código penal, en los artículos 510 y ss., desde el punto de vista de un preparador de Oposiciones para el cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias y Abogado penalista en ejercicio.

- k) MINISTERIO DEL INTERIOR. 2015. «**Informe sobre incidentes relacionados con los delitos de odio en España**».

Este informe del Ministerio del Interior aporta de manera muy pormenorizada las estadísticas atinentes a las distintas manifestaciones de los delitos de odio y discriminación en España: número de casos, número de víctimas, etc.

- l) SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, M.A. 2010. «**Atestado policial: algo más que una denuncia**». Noticias jurídicas.

Este artículo ha coadyuvado al desarrollo del reflejo de la importancia que tienen los atestados policiales, no solo como medio de denuncia de los delitos de odio y discriminación, sino en cuanto a la calificación que aportan sobre los mismos las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

- m) RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. 2007. «**Una propuesta de clasificación de los delitos de discriminación en el Código Penal español**». Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional - Universidad de Castilla-La Mancha. Dos mil-tres mil, nº 11.

Esta obra me ha aportado datos relativos a una norma que modificó el Código Penal de 1973 en materia de delitos de odio en el marco de asociaciones ilícitas y que, a pesar de que se suprimió con posterioridad, introdujo una circunstancia discriminatoria en relación con la situación económica de la víctima del delito.

V. Fundamentos jurídicos

PRIMERO.- De la manifestación del principio constitucional de igualdad y no discriminación en los delitos de odio contra las personas sin hogar.

La igualdad es un concepto jurídico-constitucional de sumo interés para el estudioso del Derecho. Su configuración como principio informador del conjunto del ordenamiento jurídico, junto con su condición de derecho fundamental, le dotan de unas características singulares y genuinas que no posee ningún otro derecho recogido y reconocido en nuestra Carta Magna.

De entrada, la igualdad se pone de manifiesto en la concurrencia en dos o más personas de un mismo rasgo o elemento desde el cual se establece la comparación entre ellas (lo que se denomina *tertium comparationis* o término de comparación)⁴.

La primera manifestación de la idea de igualdad en la CE la encontramos en su **art. 1.1**, al configurarla como uno valores superiores del Estado, junto con la libertad, la justicia y el pluralismo político. Por intuición a esta idea de igualdad que proclama el art. 1.1 CE, la misma «*se configura como un valor superior que se proyecta con una eficacia trascendente de modo que toda situación de desigualdad persistente a la entrada en vigor de la Constitución deviene incompatible con el orden de valores que la Constitución proclama*» (**STC 8/1983, de 18 de febrero, FJ 3º**), y ello en tanto que se trata de «*un valor preeminente en el ordenamiento jurídico español, al que debe colocarse en un rango central*» (**STC 103/1983, de 22 de noviembre**). La evitación de toda situación de desigualdad en el individuo, así pues, corresponde al Estado, a través de la acción política, y tal y como establece el **art. 9.2 CE**, cuyo tenor literal establece: «*Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*».

Tales preceptos y la doctrina jurisprudencial mencionada, empiezan a dejar constancia de una de las manifestaciones esenciales propias del principio de igualdad: la no discriminación. Dicha categorización del principio de igualdad viene expresamente recogida en el precepto que se postula como su paradigma constitucional más inmediato: el **artículo 14 de la Constitución Española**. Su texto establece: «*Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*».

En definitiva, el principio de igualdad ha de conjugarse necesariamente con el principio de legalidad, lo cual hace a su vez surgir el derecho a la igualdad en la Ley (frente al legislador, quien, a través de la creación de normas, debe establecer una adecuada proporcionalidad entre las diferencias que la norma reconoce y las consecuencias

⁴ ARAGÓN REYES, Manuel. *Derechos Fundamentales y su protección*. 2011. *Temas básicos de Derecho Constitucional: Tomo III*. Pamplona: Civitas, p. 133.

jurídicas que a ellas han de anudarse, y no establecer diferencias entre situaciones que son sustancialmente iguales⁵) y el derecho a la igualdad en aplicación de la Ley (frente a los poderes ejecutivo y judicial, los cuales han de ser equitativos al entrar a aplicar la Ley, sin establecer diferencias de trato), junto con manifestaciones derivadas de este principio, tales como la prohibición de discriminación por parte de los ciudadanos y poderes públicos, en atención a una serie de circunstancias obstativas y desigualitarias. Es decir, la igualdad de todo ciudadano debe ser preceptivamente respetada tanto por los poderes públicos como por el resto de ciudadanos.

Es curioso y a la vez desafortunado que, ya desde la base constitucional del principio de igualdad y no discriminación, exista una ausencia expresa de la aporofobia en el texto normativo, lo cual no hace sino relegar al más absoluto desamparo a personas que sufren el olvido de los poderes públicos estatales aun cuando la realidad material recoge cuantiosos casos en los que el móvil discriminatorio dimana de la situación socioeconómica del sujeto que ve conculcados sus derechos. Por consiguiente, se debe advertir la vulneración del principio de igualdad en la Ley que compete al constituyente, creándose una situación de vacío legislativo manifiesto en el que se no se da respuesta expresa al fenómeno de la aporofobia y su dimensión constitucional, el cual concurre en multitud de situaciones donde se pone de manifiesto un trato discriminatorio, o bien dicha respuesta deviene precaria e insuficiente. La consecuencia lógica de ello es una reacción en cadena en la que los poderes ejecutivo y judicial no tienen posibilidad de castigar aquello que no está previsto por la norma, mientras que, sin embargo, se dan comportamientos en los que específicamente concurre una circunstancia discriminatoria no prevista ni tan siquiera constitucionalmente: la aporofobia.

SEGUNDO.- De la proyección jurídica internacional de la aporofobia.

En lo que hace a la normativa internacional, son varios los tratados internacionales en los que se hace referencia a una situación socioeconómica de la persona que sufre las consecuencias de la discriminación, lo cual indica que, lejos de resultar algo paradójico el hecho de plantear la necesidad de incorporar a nuestro texto constitucional la previsión de la aporofobia como situación de hecho de los comportamientos discriminatorios, es una cuestión que viene avalada por las normas de Derecho Internacional suscritas por España.

Así, no podemos dejar de mencionar el **Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, ratificado por España el 25 de junio de 1991**. A diferencia de lo que ocurre en nuestra legislación nacional, en este texto legal internacional sí que aparece un acercamiento más directo a nuestro objeto de análisis, a la aporofobia. Así, su **artículo 14** establece: *«El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social,*

⁵ *Ibidem*, p. 135 y 136.

pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación». Al hacer referencia el precepto a la no discriminación por razón de fortuna, está refiriéndose de forma clara y directa a la situación socioeconómica del sujeto pasivo, lo cual implica que en esta previsión cabe la prohibición de un trato menospreciativo o discriminatorio a una persona por la fortuna a la que tiene acceso, y ello se pone en relación directa con el «odio a las personas sin hogar».

Algo similar ocurre con el **Pacto Internacional, sobre derechos económicos, sociales y culturales, de 19 diciembre 1966, ratificado por España el 13 de abril de 1977**, cuando en su **artículo 2.2** establece: «*Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se anuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*». Al igual que el caso anterior, la indicación en este caso de la posición económica como hecho susceptible de discriminación, se pone en relación con la aporofobia en lo que hace a la consideración del principio de igualdad entre las personas sin hogar.

Misma expresión adoptaría el texto de la **Declaración Universal de los Derechos humanos, adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General de 10 de diciembre de 1948** cuando establece en su **artículo 2**: «*Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía*». Nuevamente, la prohibición de discriminación por razón económica es el término que conduce al rechazo expresado *de lege lata* por parte de la normativa internacional hacia la aporofobia.

Por último, hay que dar cuenta de la mención específica que realiza a este respecto **la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000**, ratificada. Este texto normativo establece en su **art. 21**:

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

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

En este último caso es la referencia a la prohibición de discriminación por razón del patrimonio lo que hace vislumbrar la expresa previsión por parte de la Unión Europea respecto de la circunstancia socioeconómica en el ámbito de la discriminación por determinadas circunstancias personales. Previsión que no hace sino plantear una necesidad fehaciente para con la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de

esta expresa prohibición, comoquiera que, desde el Derecho supraestatal de la Unión Europea aplicable en España, así como desde el resto de textos internacionales ratificados por España que hemos citados viene previsto.

En todos los textos internacionales mencionados, como no podría ser de otro modo, dada su naturaleza jurídica, el deber de preservación de este principio de igualdad entre los ciudadanos, atendiendo a la no discriminación por razón de la condición social de que se trate, viene impuesto a los Estados parte del tratado internacional, quienes a su vez deben velar porque tales comportamientos no se den entre los ciudadanos del país sobre el que poseen soberanía».

TERCERO.- Del encuadre de la aporofobia en el Derecho Penal Español.

Dicho todo lo anterior, sin embargo, es en sede penal, en el marco de las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal (más específicamente, por mor del apartado 4 del art. 22 CP) y, en buena medida, de los delitos de odio y discriminación, además de otros tipos delictivos, donde más se pone de manifiesto la carencia legislativa a la que nos venimos refiriendo.

Respecto de las circunstancias agravantes del **art. 22.4 CP** ocurre algo similar a lo que sucede con la previsión de las circunstancias discriminatorias del art. 14 CE: no existe una previsión específica de aporofobia. Así, ahora en el marco más concreto del Derecho Penal, hay que iniciar este apartado advirtiendo que no existe previsión penal que contemple la aporofobia, el «odio a las personas en situación de calle» como circunstancia que deba ser tenida en cuenta en atención a un mayor reproche penal que incrementara la consecuencia punitiva, al nivel de otras tales como el racismo o la homofobia, las cuales sí están previstas en dicho precepto. En definitiva, el principio de tipicidad impide considerar penalmente más grave una conducta en la que concurre una circunstancia de aporofobia.

Por otra parte, el **Código penal de 1995**, bajo su actual redacción, regula en el **Capítulo IV del Título XXI del Libro II los «Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas», como una de las categorías de «Delitos contra la Constitución»**. El Capítulo IV se divide a su vez en dos Secciones, la primera de las cuales se denomina: **«De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución»**. En dicha Sección se tutelan algunos de los derechos más importantes de la Constitución: el derecho a la igualdad, el de reunión, manifestación y asociación.

Pues bien, en lo que aquí concierne, hemos de prestar atención a la previsión de delitos a través de la cual se protege el derecho a la igualdad, y muy especialmente a las acciones consistentes en cometer cualquier hecho delictivo *«por motivos racistas, antisemitas o cualquier otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad»*. En muy buena medida, todas las

circunstancias mencionadas se configuran como agravante del **artículo 22.4 del Código Penal**, y conlleva castigar el delito en la mitad superior de la pena señalada al mismo. Sin embargo, curiosamente, algunas de las circunstancias mencionadas, y que aparecen expresamente preceptuadas en el **art. 510 CP**, no están previstas en el Código penal como circunstancia agravante del art. 22.4, entre las que se encuentran la situación familiar, circunstancia que podría conducir tácitamente al concepto de «aporofobia» u «odio hacia las personas sin hogar» bajo una interpretación extensiva.

Así, el bien jurídico tutelado con los «delitos de odio contra las personas sin hogar» es el derecho a no ser discriminado por razón de la situación socioeconómica, familiar o social que ostente una persona, esto es, por tratarse de una persona «en situación de calle».

En los **artículos 510, 511 y 512 del Código penal** se sancionan los ataques a la igualdad, en cuanto suponga discriminar por motivos de raza, ideología, situación familiar, religión, pertenencia a una etnia, nación, sexo, orientación sexual, enfermedad o discapacidad⁶.

Los delitos de los artículos 510 a 512 CP son de omisión propia y de resultado, y ello porque se requiere para su consumación que se produzca la mera denegación de la prestación a la que se tiene derecho⁷. Piénsese que consisten en omitir una conducta debida, esto es, denegar una prestación por razones o causas discriminatorias, por lo que si no se logra dicho resultado no se habrá consumado el delito, pero podrá castigarse como tentativa, que tiene una pena inferior⁸.

Dentro de la categoría genérica de «Delitos de odio o discriminación», podemos distinguir cuatro modalidades: la provocación a la discriminación; la difusión de informaciones injuriosas; la prestación de un servicio público de modo discriminatorio; y la denegación de prestaciones por quienes realizan actividades profesionales o empresariales, a personas o grupos por motivos discriminatorios.

En cuanto a la **provocación a la discriminación**, supone incitar a través de un medio público a la discriminación o al odio por motivaciones de raza, etnia, sexo, etc. a grupos, asociaciones, pero no a una persona concreta⁹.

En lo que respecta a la **difusión de informaciones injuriosas**, el delito exige, que se den informaciones falsas sobre grupos, asociaciones o colectivos -no, opiniones- con un móvil discriminatorio, de modo que se les injurie, es decir, se falte a su respeto y dignidad, de modo despreciativo¹⁰.

Por lo que se refiere a la **prestación discriminatoria de un servicio público**, la misma consiste en denegar una prestación pública -una beca, una licencia

⁶ Eduardo PERDIGUERO BAUTISTA y Eduardo DE URBANO CATRILLO. 2012. *Delitos contra los derechos fundamentales y las libertades públicas*. Wolters Kluwer.

⁷ Antonio J. ILLANA CONDE, *Oposiciones al Cuerpo de Ayudantes de instituciones penitenciarias: Temario Derecho Penal*, cap. 12, p. 10.

⁸ Eduardo PERDIGUERO BAUTISTA y Eduardo DE URBANO CATRILLO. 2012. *Delitos contra los derechos fundamentales y las libertades públicas*. Wolters Kluwer.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*.

administrativa, etc.- a la que se tiene derecho, discriminándole en beneficio de otro, o simplemente negándosela, por motivos de raza, etnia, religión, sexo, orientación sexual etc. Aquí el delito se comete tanto si se discrimina a una persona individual como a un grupo, asociación fundación, sociedad o corporación. Y pueden ser autor del mismo, tanto un funcionario como un particular encargado del servicio público. En cuanto al concepto de servicio público no es cualquier actividad de trascendencia pública -prácticamente todas las que se desempeñan en una sociedad- sino sólo aquéllos que tienen reconocido tal condición por la ley¹¹.

Y, en cuanto a la **denegación de una prestación empresarial o profesional**, se considera delito que un empresario o profesional deniegue a alguien una prestación, en ese ámbito privado, por motivaciones discriminatorias¹².

En primer lugar, los **arts. 510 y 510 bis del Código penal** prevé las conductas de provocación a la discriminación y de difusión de informaciones injuriosas.

Así, el **art. 510.1 del Código penal** castiga con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses a:

- a) *«Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad».*
- b) *«Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad».*
- c) Quienes *«públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género,*

¹¹ Ibídem.

¹² Ibídem.

enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos».

Por su parte, el **apartado 2 del mismo art. 510 CP**, castiga con pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses a:

- a) *«Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos».*
- b) *«Quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución».*

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

El **apartado 3 del mismo artículo** continúa concretando que: *«Las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas».* Y el **apartado 4** establece que: *«Cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo, se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado».*

No concluye así, sin embargo, el establecimiento de penas por estas conductas delictivas, por cuanto que el **art. 510.5 CP** establece que: *«En todos los casos, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos,*

en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y diez años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente».

Por último, el **apartado 6 del art. 510 CP** establece que: *«El juez o tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito a que se refieren los apartados anteriores o por medio de los cuales se hubiera cometido. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación, se acordará la retirada de los contenidos».* Además de que: *«En los casos en los que, a través de un portal de acceso a internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refiere el apartado anterior, se ordenará el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo».*

En lo que hace a la aporofobia, y a pesar de que lamentablemente no existe una concreta y expresa mención al odio como consecuencia de la condición de indigencia de la persona en el precepto que acabamos de desarrollar, hemos de destacar de entre el conjunto de conductas penadas en el art. 510 CP, la promoción al odio, discriminación u hostilidad contra una persona o grupo de personas en atención a su situación familiar. Y ello porque ciertamente la situación familiar puede suscitar la consideración de menosprecio, odio o discriminación a una persona por razón a su pertenencia a una familia encuadrada en una determinada condición social de pobreza, esto es, igualmente, en consideración a la situación socioeconómica del entorno de la persona hacia la que se produce el rechazo, el menosprecio, el odio o la discriminación.

Por su parte, el **art. 510 bis CP** contempla las consecuencias atinentes a las conductas descritas en el art. 510 cuando el responsable sea una persona jurídica, que se concretan en la pena de multa de dos a cinco años, junto con la posibilidad de imponer los jueces y tribunales imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del art. 33 CP. Además, es de aplicación la agravación de la pena prevista en el apartado 3 del art. 510 CP.

El **artículo 511 del Código penal** prevé las conductas relativas a la denegación de la prestación del servicio público al que se tenga derecho. Se trata de un delito cuyo sujeto activo compone una llamativa figura: el particular encargado de un servicio público. Esta expresión hace referencia fundamentalmente a trabajadores de empresas que gozan de la concesión de un servicio público. La conducta típica consiste en denegar a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, por razones de género, enfermedad o discapacidad. Nuevamente, asistimos al olvido por parte del legislador de aquellas personas que se encuentran discriminadas por razón de su situación socioeconómica, si bien, como en el caso de los dos artículos anteriores, la situación familiar podría entrar en el campo del análisis respecto de la situación socioeconómica en la que se encuentran las víctimas de estos delitos. Un ejemplo paradigmático de

este supuesto vendría a ser el del conductor de un autobús urbano que impide el acceso a un pasajero al autobús, al tratarse de un individuo de raza negra¹³.

Por otro lado, cuando el tipo penal alude a «*una prestación a la que se tenga derecho*», presupone la existencia de una norma legal que regula y reconoce el derecho al sujeto pasivo, encontrándose éste en posesión de los requisitos exigidos para obtenerlo, y obedeciendo su denegación exclusivamente a un acto arbitrario del sujeto activo del delito¹⁴.

El **apartado 1** de este precepto castiga a los sujetos antedichos con pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años a estos sujetos. El **apartado 2** prevé la aplicación de las mismas penas cuando los hechos se cometan contra asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros, mientras que el **apartado 3** prevé las mismas penas en su mitad superior y la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años cuando los hechos sean cometidos por funcionario público. Por su parte, el **apartado 4** del precepto establece, además, la imposición, para todos los anteriores casos, de pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por tiempo superior entre uno y tres años al de duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito y a las circunstancias que concurran en el delincuente.

Así, llegamos al **artículo 512 CP**. Este precepto regula la discriminación de actividades empresariales o profesionales, y castiga a quienes en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, por razones género, enfermedades o discapacidad, incurriendo los mismos en pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio e inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el docente, deportivo y de tiempo libre, por período de uno a cuatro años. La conducta típica del art. 512 CP puede concurrir con otros delitos, y por tanto concretarse en un concurso de delitos. Así, el médico que deniega la asistencia sanitaria a un accidentado por ser de raza gitana, incurriendo además de en la conducta del art. 512 CP, en un delito de omisión del deber de socorro. De otro lado, no existe concurso de delitos cuando un taxista se niega a hacer un servicio a un cliente, por ser éste de raza negra¹⁵.

Vistos los artículos en los que de forma expresa y paradigmática se prevén los delitos de odio en nuestro Código penal, interesa ahondar en la cuestión a través del análisis de los distintos tipos penales en los que, en consonancia con la legislación vigente, defendemos la tesis de su aplicación a la aporofobia, sin perjuicio de realizar los

¹³ Antonio J. ILLANA CONDE. 2015. Oposiciones al Cuerpo de Ayudantes de instituciones penitenciarias: Temario Derecho Penal, cap. 12, p. 10.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*.

pertinentes comentarios más adelante respecto de sus imperfecciones puesto que, recordemos, defendemos la necesidad de incorporar la aporofobia tanto como circunstancia agravante genérica del art. 22.4 del Código penal, como circunstancia agravante específica de determinados tipos delictivos.

De este modo, hemos de considerar como infracciones punibles que, de *lege lata*, pueden afectar de forma más o menos directa a las personas en situación de calle, además de los anteriores y entre otros, los siguientes: los delitos de amenazas, los tratos degradantes y las torturas, y los delitos contra los derechos de los trabajadores.

En cuanto a las amenazas, el **art. 170 CP** recoge las amenazas a un colectivo con un mal que constituya delito, y su apartado 1 establece: *«Si las amenazas de un mal que constituyere delito fuesen dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas, y tuvieran la gravedad necesaria para conseguirlo, se impondrán respectivamente las penas superiores en grado a las previstas en el artículo anterior»*.

De este precepto es especialmente necesario destacar que la amenaza se debe dirigir a un colectivo de personas y no a una persona individualmente considerada, de modo que el colectivo debe caracterizarse por alguna circunstancia social o cultural concreta. Así, en lo que hace a la aporofobia, sobre todo por lo que establece el precepto anterior al concretar: *«[...] a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas [...]*», debe ser perfectamente subsumible en el mismo un grupo social cuyas circunstancias socioeconómicas de indigencia promueva a los autores del delito a amenazarles con un mal constitutivo de delito consecuencia del odio y discriminación que les produce su situación social.

En lo que concierne a los tratos degradantes, el **art. 173.1 CP** establece:

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

Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima.

Se impondrá también la misma pena al que de forma reiterada lleve a cabo actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda».

En este caso, hemos de entender que los delitos contra la integridad moral, como el presente, implican la causación de un trato vejatorio, humillante o degradante que atente contra la dignidad de la persona. En los delitos de odio, como pueden ser los derivados de la aporofobia, el móvil del sujeto activo debe residir en la discriminación hacia un determinado colectivo o hacia una persona individualmente considerada por su pertenencia a un colectivo. Es evidente que *«infligir un trato degradante»* requiere que el autor esté movido por una determinada causa como puede ser la discriminación

a una persona por su condición sociocultural o socioeconómica, de forma que el odio hacia un determinado colectivo puede llevar al infractor a la comisión del tipo del art. 173.1 CP. Ello implica que, nuevamente, nos veamos ante la necesidad de proclamar una circunstancia agravante genérica en el art. 22.4 CP para el caso concreto de la aporofobia, para los supuestos en los que, como en el del art. 173.1 CP el autor del delito se vea movido a la comisión del mismo por el odio o la discriminación que profesa hacia un determinado colectivo.

En cuanto a las torturas, la cuestión queda mucho más clara en la previsión normativa de la conducta, y se requiere menor actividad de análisis que en el caso anterior, a pesar de que, dado que tanto los tratos degradantes como las torturas constituyen delitos contra la integridad moral, las consideraciones sobre la repercusión de ambos tipos penales en las conductas en torno a delitos de odio son muy similares. En este sentido, el **art. 174 CP** establece:

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

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

Las especialidades respecto del delito del art. 173 CP son obvias en cuanto que, mientras que el tipo anterior consistía en un delito común, el presente es un delito especial que requiere que el sujeto activo se trate de autoridad o funcionario público; además, la tortura requiere un especial elemento subjetivo del injusto, el cual es *«con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que haya cometido»*, o bien, y ésta es la parte más determinante, porque actúe movido *«por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación»*. Por tanto, es evidente que concurre una mayor gravedad de la conducta de la autoridad o funcionario público culpable cuando el odio o discriminación que profese hacia un determinado colectivo haya sido determinante para la comisión de la tortura, lo cual no nos lleva sino a concluir nuevamente la necesidad de incorporar una necesaria circunstancia agravante en el art. 22.4 CP como consecuencia del odio y discriminación que se produce sobre personas sin hogar.

Y así llegamos a los delitos contra los derechos de los trabajadores. Concretamente, pondremos atención en el **art. 314 CP**, atinente a la discriminación laboral, el cual establece:

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

De este precepto hemos de destacar la específica necesidad de que se produzca una discriminación hacia un determinado colectivo. En este sentido, tal y como dejamos sentado para los casos de los arts. 510 y ss. CP, llamamos la atención de que, a pesar de que nuevamente no se hace mención a la situación patrimonial o socioeconómica de la víctima, de lo cual podría emanar la discriminación a la que alude el precepto como consecuencia de la aporofobia del autor, lo cierto es que, como ya hicimos notar al respecto de otros preceptos, se menciona una circunstancia que puede ponerse en relación con la situación de pobreza, como es la situación familiar, en tanto que la víctima puede verse envuelta en una situación familiar conflictiva que traiga causa de una precaria situación económica.

En definitiva, y a mayor abundamiento, hay que decir que, a pesar de darse la aporofobia en torno a varios delitos previstos en nuestro Código Penal, existe imposibilidad absoluta de agravar la conducta por la concurrencia de este fenómeno, dada la inexistencia de agravante genérica y dado que en sus textos no existe referencia a alguna expresión que posibilite reconducir la interpretación del juzgador a la agravación de la pena por razón de aporofobia. Pensemos en los casos del homicidio y sus formas (**arts. 138 a 143 CP**), las lesiones (**arts. 147 a 156 ter CP**), la omisión del deber de socorro (**arts. 195 y 196 CP**) o las injurias (**arts. 208 a 216 CP**), por nombrar los más claros y directos. Así, la inexistente referencia genérica en estos tipos penales a circunstancias discriminatorias que posibiliten incluir la aporofobia como agravante específica, llevan a que se reafirme la necesidad de incluir dicha circunstancia como una agravante genérica del art. 22.4 CP, puesto que de este modo el juzgador tendría la posibilidad de dictar sentencia condenatoria considerando la concurrencia de una agravante del art. 22.4 CP, aplicable a la generalidad de tipos penales, y sin necesidad de incluir en cada uno de los tipos delictivos antedichos circunstancias específicas que llevaría a realizar una considerable reforma legislativa en la materia.

CUARTO.- Del tratamiento procesal de los delitos de odio y discriminación.

En lo que se refiere a la perspectiva procesal en materia de la tipología delictiva en la que se enmarcan los «delitos de odio contra personas en situación de calle», lo primero que cabe decir es que cabe tanto acción procesal civil como acción procesal penal, puesto que de todo delito nacen estas dos posibilidades, ya sea con el objetivo de obtener resarcimiento por los daños y perjuicios causados con el ilícito penal o como castigo del culpable, respectivamente (**artículo 100 de la Ley de Enjuiciamiento Civil** -en adelante, LECr.-).

En cuanto a la acción procesal penal, el **art. 125 CE** consagra la acción popular, y el **art. 406 LOPJ** establece expresamente que el juicio de responsabilidad penal contra Jueces y Magistrados podrá incoarse por providencia del Tribunal competente o en virtud de querrela del Ministerio Fiscal, o del perjudicado u ofendido, o mediante el ejercicio de la acción popular.

De este modo, nuestra legislación procesal-penal contempla dos modalidades de acción penal: la acción penal pública y la acción penal privada.

Diferente es la distinción entre denuncia y querrela, las cuales pueden estar referidas a los mismos hechos en un procedimiento penal, pero cuya función última es distinta. Así, la denuncia tiene como finalidad la puesta en conocimiento a la autoridad competente de unos hechos presuntamente delictivos (**art. 259 LECr.**), mientras que la querrela es el medio necesariamente escrito a través del cual se ejercita la acción penal (**arts. 270 y ss. LECr.**), ya sea de forma pública o privada.

La acción penal pública es aquella ejercitada por el Ministerio Fiscal (**art. 105 LECr.**) en delitos públicos (**art. 259 LECr.**) y semipúblicos, sin perjuicio de la participación de la víctima (acusación particular) o del resto de ciudadanos (acusación popular, **ex art. 101 de la LECr.**) a través de denuncia (**arts. 259 y 264 LECr.**). En este sentido, en el caso de acción penal pública respecto de delitos públicos y semipúblicos, la querrela deberá ser ejercitada por el Ministerio Fiscal.

La acción penal privada es aquella ejercitada por la persona agraviada por el delito (**ex art. 105.1 LECr.**, *sensu contrario*, al establecer que el Ministerio Fiscal debe ejercitar todas las acciones penales que considere procedentes «*menos aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente a la querrela privada*») en delitos privados, que en nuestro ordenamiento jurídico-penal son, de forma exclusiva, los delitos contra el honor, esto es, las injurias y calumnias (**arts. 205 a 216 CP**). Así, en el caso de acción penal privada respecto de delitos privados, la querrela deberá ser ejercitada por el ofendido por el delito, la víctima.

Dicho todo lo cual, la acción procesal que cabe interponer en los casos de delitos de odio de los arts. 510 y ss. CP para iniciar un procedimiento judicial es una querrela, la cual, en tanto que el supuesto de hecho no se corresponde con un presunto delito contra el honor, deberá ser ejercitada por el Ministerio Fiscal. Luego entonces, la querrela interpuesta da lugar al ejercicio de una acción penal pública.

Sin embargo, a pesar de la necesaria interposición de querrela pública por el Ministerio Fiscal, nada obsta para que exista en el presente caso, a través de la interposición de una denuncia, acusación popular (por parte de cualquier ciudadano) o acusación particular (por parte de la víctima del delito; lo cual será necesario en caso de que se trate de delito semipúblico).

Además, existe también la posibilidad de interponer querrela por persona distinta del Ministerio Fiscal, a tenor de lo dispuesto en los **arts. 101 y 270 LECr.**, el cual establece: *«Todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, pueden querellarse, ejercitando la acción popular establecida en el artículo 101 de esta Ley. También pueden querellarse los extranjeros por los delitos cometidos contra sus personas o bienes, o las personas o bienes de sus representados, previo cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 280 [prestación de fianza], si no estuvieren comprendidos en el último párrafo del artículo 281 [exención de fianza y excepciones en la aplicación a los extranjeros]»*.

Por otro lado, no podemos dejar de hacer mención de la importante labor desarrollada por la Policía Judicial, y ello porque, a pesar de la escasa importancia que concede la Ley de Enjuiciamiento Criminal al atestado, la gran mayoría de los procesos penales se inician mediante el mismo¹⁶.

Así, el art. 126 CE establece: *«La policía judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la ley establezca»*. Por su parte, el régimen procesal de este cuerpo se regula en los **arts. 282 a 298 LECr.**, estableciendo el **art. 282 LECr.**:

«La Policía Judicial tiene por objeto y será obligación de todos los que la componen, averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial. Cuando las víctimas entren en contacto con la Policía Judicial, cumplirá con los deberes de información que prevé la legislación vigente. Asimismo, llevarán a cabo una valoración de las circunstancias particulares de las víctimas para determinar provisionalmente qué medidas de protección deben ser adoptadas para garantizarles una protección adecuada, sin perjuicio de la decisión final que corresponderá adoptar al Juez o Tribunal.

Si el delito fuera de los que sólo pueden perseguirse a instancia de parte legítima, tendrán la misma obligación expresada en el párrafo anterior, si se les requiere al efecto. La ausencia de denuncia no impedirá la práctica de las primeras diligencias de prevención y aseguramiento de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial».

¹⁶ José Miguel SÁNCHEZ RODRÍGUEZ. 2010. "Atestado policial: algo más que una denuncia". Noticias jurídicas.

En cuanto al mencionado atestado, éste se trata de un documento público que actualmente exige un alto grado de especialización y capacidad técnica de los miembros de las fuerzas y Cuerpos de Seguridad ya que, en su interior, además de recogerse meras denuncias nos encontramos con informes de gabinetes dactiloscópicos, de lofoscopia, reconocimientos fotográficos, entradas y registros, intervenciones postales y telefónicas, etc¹⁷. Así pues, aunque el atestado equivale, en principio, a una denuncia (**art. 297 LECr.**), también tiene virtualidad probatoria propia cuando contiene datos objetivos y verificables que, expuestos por los agentes con su firma y rúbrica y con las demás formalidades exigidas por los **arts. 292 y 293 LECr.**, han de ser calificados como declaraciones testificales (STC 22/1988, de 18 de febrero).

En este sentido, el **art. 292 LECr.** preceptúa:

«Los funcionarios de Policía Judicial extenderán, bien en papel sellado, bien en papel común, un atestado de las diligencias que practiquen, en el cual especificarán con la mayor exactitud los hechos por ellos averiguados, insertando las declaraciones e informes recibidos, y anotando todas las circunstancias que hubiesen observado y pudiesen ser prueba o indicio del delito.

La Policía Judicial remitirá con el atestado un informe dando cuenta de las detenciones anteriores y de la existencia de requisitorias para su llamamiento y busca cuando así conste en sus bases de datos».

Es por ello que, en relación con lo antedicho respecto de la normativa internacional en esta materia, a lo largo de estos últimos años se ha llevado a cabo por el legislador español una serie de adaptaciones y reformas a nivel nacional con el fin de adecuar la normativa interna a los principios consolidados a nivel internacional en esta materia. Por dicha razón, en el año 2014 se produjo la aprobación del *Protocolo de Actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para los Delitos de Odio*. Un protocolo que, aunque tiene una corta vida, ha sido objeto de una actualización el pasado año 2015, puesto que se ha convertido en un instrumento cardinal a la hora de habilitar una adecuada respuesta a los incidentes o actitudes racistas, xenófobas o discriminatorias por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad¹⁸.

Respecto del órgano judicial competente para conocer de los delitos de odio de los arts. 510 y ss. CP, hemos de decir lo siguiente:

- En lo atinente a la competencia objetiva, teniendo en cuenta las penas de los arts. 510 a 512 CP las cuales no exceden de cinco años prisión ni de diez años de naturaleza distinta a prisión y multa, el órgano judicial competente para conocer de estos delitos es el Juez de lo Penal de la circunscripción donde el delito fue cometido, o el Juez Central de lo Penal en el ámbito que le es propio, sin perjuicio de la competencia del Juez de Instrucción de Guardia del lugar de comisión del delito para dictar sentencia de conformidad, en los términos establecidos en el artículo 801 LECr., así como de los Juzgados de Instrucción

¹⁷ Ibídem.

¹⁸ Ministerio del Interior. 2015. *Informe sobre incidentes relacionados con los delitos de odio en España*, p. 4.

competentes para dictar sentencia en el proceso por aceptación de decreto (**art. 14.3 LECr.**), en aplicación subsidiaria dado que no es de aplicación lo dispuesto en el apartado 3 del mismo artículo, en la medida en que la pena de prisión del presunto delito excede de 5 años.

- En lo que respecta a la competencia territorial, hay que atender a las reglas del **art. 15 LECr.**, el cual establece lo siguiente:

«Cuando no conste el lugar en que se haya cometido una falta o delito, serán Jueces y Tribunales competentes en su caso para conocer de la causa o juicio:

1º El del término municipal, partido o circunscripción en que se hayan descubierto pruebas materiales del delito.

2º El del término municipal, partido o circunscripción en que el presunto reo haya sido aprehendido.

3º El de la residencia del reo presunto.

4º Cualquiera que hubiese tenido noticia del delito.

Si se suscitase competencia entre estos Jueces o Tribunales, se decidirá dando la preferencia por el orden con que están expresados en los números que preceden.

Tan luego como conste el lugar en que se hubiese cometido el delito, el Juez o Tribunal que estuviere conociendo de la causa acordará la inhibición en favor del competente, poniendo en su caso los detenidos a disposición del mismo y acordando remitir, en la misma resolución las diligencias y efectos ocupados».

- En cuanto a la competencia funcional, los órganos con competencia objetiva y territorial para conocer del asunto serán los competentes para conocer todas sus incidencias, para llevar a efecto las providencias de tramitación y para la ejecución de las sentencias, en virtud del **art. 9 LECr.**

Por su parte, el procedimiento en base al cual ha de sustanciarse la querrela es el procedimiento abreviado, puesto que al tenor del **art. 757 LECr.**, éste será el aplicable para procedimientos para delitos con pena de prisión inferior a nueve años, así como con cualesquiera otras penas de cualquier clase, siempre que no sea de aplicación otro procedimiento especial. Dado que los delitos de odio de los arts. 510 y ss. CP tienen señaladas unas penas de prisión, en todos los casos, inferiores a nueve años, y que no se subsume en ninguno de los demás procedimientos especiales previstos por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, resulta procedente seguir el procedimiento abreviado.

En lo que hace a la presencia de aporofobia en otros tipos del Código penal que no son propiamente delitos de odio, habrá de estarse a las reglas de jurisdicción y competencia de tales delitos atendiendo a las reglas establecidas en los precitados artículos de la LECr.

Por lo demás, existe una serie de novedades surgidas en materia procesal como consecuencia de las amplias modificaciones legislativas sufridas el pasado año 2015 en materia penal, las cuales deben ser siquiera mencionadas.

En concreto, la **Ley 13/2015, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica**, ha modificado la LECr. mediante la introducción de la figura del agente encubierto informático, y ha puesto en marcha otra serie de medidas de investigación tecnológica, facultando a los agentes a investigar bien la difusión en las redes sociales de mensajes ofensivos que incitan al odio y la violencia, o bien aquellas publicaciones en Internet que recojan contenidos que puedan constituir delitos de odio (**arts. 588.ter.a a 588.ter.m LECr.**). De otro lado, se encuentra la **Ley 41/2015, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales**¹⁹.

Igualmente, encontramos la **Ley 43/2015, del Tercer Sector de Acción Social, o la Estrategia Nacional Integral para Personas Sin Hogar 2015-2020, aprobada en Consejo de Ministros el 6 de noviembre de 2015**. Documentos que afectan de manera directa al contenido del *Protocolo de Actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para los Delitos de Odio*²⁰.

En otro orden de cosas, con la creación de la figura policial del «interlocutor social» por el *Protocolo de Actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para los Delitos de Odio*, durante el año 2015 se ha venido tejiendo una red a nivel nacional que ha permitido a los agentes policiales establecer relaciones con la comunidad y las ONG de víctimas y de defensa de los derechos humanos, así como con otras organizaciones representativas de minorías, y estrechar lazos y crear cauces fluidos de comunicación²¹. Por una parte, esta red ha dado a conocer a los diferentes colectivos afectados la labor policial realizada para erradicar la discriminación y el odio; y por otra, ha facilitado una mayor comprensión de la problemática que representan los delitos de odio, redundando esto último en una mayor efectividad de la actividad policial²².

QUINTO.- Análisis jurisprudencial en materia de delitos de odio y discriminación.

Para el estudio jurisprudencial de los delitos de odio, en primer lugar, hemos de atender a las sentencias al respecto del art. 510 CP, referido a la provocación a la discriminación y a la difusión de informaciones injuriosas hacia determinados grupos o asociaciones que vienen identificados a partir de los motivos con que actúa el sujeto activo del delito y que, concretamente, hacen referencia a la raza, etnia, origen

¹⁹ *Ibidem*, p. 6.

²⁰ *Ibidem*, p. 7.

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*.

nacional, motivos ideológicos, religión, creencias, sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía.

La realidad jurisprudencial aplicativa del art. 510 CP resulta bastante exigua desde su entrada en vigor con la promulgación del Código Penal de 1995. El número sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo en esta materia es casi nulo, motivo por el cual hemos de movernos en buena medida en torno a la Jurisprudencia de instancia y de apelación, esto es, la Jurisprudencia menor, así como en torno a la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

Igualmente, es importante destacar que tampoco es común encontrar Jurisprudencia condenatoria firme respecto de los delitos del art. 510 CP. En la mayoría de casos, tras la interposición del pertinente recurso, recae absolución sobre quienes fueron condenados en primera instancia.

Pues bien, a pesar de las numerosas circunstancias que enumera el art. 510 CP, el núcleo gordiano de la casuística jurisprudencial gira en torno a los supuestos de racismo y xenofobia.

La primera condena en instancia se produjo por **Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona, el 16 de noviembre de 1998** («Caso Varela» o «Caso librería Europa»). Los hechos comprendieron la actividad de agitación del acusado desde el año 1996 (recién entrado en vigor, por tanto, el art. 510 CP), como titular y director de la librería. Los hechos probados inciden sobre material escrito, esto es, libros, publicaciones, cartas, carteles que denigran al pueblo judío, hasta el extremo de instar a que sus miembros sean objeto de exterminio, a la vez que se niega, banaliza o justifica el «Holocausto nazi». Estos hechos fueron objeto de condena en 1998 por el Juzgado de lo Penal de Barcelona, y objeto de absolución en segunda instancia por Audiencia Provincial de Barcelona en 2008 en lo que se refiere al delito de provocación a la discriminación del art. 510 CP, pero no en lo relativo al delito de apología del genocidio del art. 607.2 CP. Posteriormente, el mismo sujeto volvería a ser juzgado por otros hechos, resultando condenado por **Sentencia del Juzgado de lo Penal de Barcelona, de 5 de marzo de 2010**. En este caso, los hechos probados se realizaban particularmente en los primeros meses de 2006 respecto, una vez más, de contenidos esencialmente antisemitas, aunque con referencia incidental a otros colectivos, con mención expresa a la celebración de ciclos de conferencias y extractos de publicaciones, difusión vía Internet, etc. Nuevamente, la Audiencia Provincial de Barcelona, apenas dos meses después de la condena de instancia, por SAP de 26 de abril de 2010, y de forma mimética al primer supuesto, absuelve del delito de provocación a la discriminación (art. 510 CP), y confirma únicamente el delito de apología del genocidio (art. 607.2 CP).

Los casos de la librería «Europa» manifestaban como foco principal de su actividad propagandística contenidos antisemitas, aunque venía complementado por agitación xenófoba sobre personas de raza negra, musulmanes, homosexuales y demás colectivos que suelen ser objeto de ataque del discurso del odio junto al pueblo judío.

Casualmente, un segundo caso igualmente emblemático tuvo lugar también en Barcelona, el «Caso de la librería Kalki», donde el grado organizativo de la actividad en el establecimiento determinaría que la sentencia de instancia, el 7 de octubre de 2009, no solo condenara por delito de provocación a la discriminación (art. 510 CP) y de apología del genocidio (art. 607.2 CP), sino también por el delito de asociación ilícita del art. 515 CP. Este caso no solo pasó en segunda instancia por la Audiencia Provincial de Barcelona, sino que por primera vez conoció el Tribunal Supremo (**STS de 12 de abril de 2011**) de un supuesto de delito de odio del art. 510 CP. Sin embargo, Nuestro Alto Tribunal absolvería de todos los cargos a los acusados.

Entre los pronunciamientos que continúan la línea interpretativa de los supuestos del art. 510 CP, cabe la **Sentencia del Juzgado de lo Penal de Lleida de 16 de noviembre de 2006**, donde se condena a los acusados por haber creado páginas web en las que difundían, durante los meses de marzo a agosto de 2003, y durante parte del año de 2004, contenidos de ideología «*skinhead*» y de orientación antisemita, siendo la condena recaída por delito continuado del art. 510 CP, en sus dos modalidades: provocación a la discriminación (apartado 1) e injurias colectivas (apartado 2) a penas, respectivamente, de dos y año de prisión, y multa de nueve y seis meses. Misma línea seguiría la Sentencia del Juzgado de lo Penal de Barcelona, de 16 de junio de 2010, en la que el acusado publicó a través de la Red varios vídeos relativos al III Reich y a la vida privada de Adolf Hitler. La página web en cuestión remitía también a una biblioteca con acceso a libros con contenido manifiestamente xenófobo, como la obra «*Mein Krampf*» («*mi lucha*»), donde Hitler argumentaba la tesis del «peligro judío», así como «El Segundo Informe *Leuchter*», donde, por ejemplo, se cuestionaba la utilización y finalidad exterminadora de las cámaras de gas en la Alemania nazi.

Por su parte, la **Sentencia del Juzgado de lo Penal de Logroño, de 2 de abril de 2004**, enjuicia unos hechos consistentes en la distribución y exposición pública de pasquines contra inmigrantes, a quienes se descalifica con palabras tales como «gentuza», «basura», además de acusárseles de forma genérica de delitos de violación, robo, etc., y amenazarles con el uso de explosivos. Dichos pasquines finalizaban con frases tales como: «¡Arriba España!», o con una referencia al barrio sobre el que vertían sus denuncias. Uno de los pasquines se colocó en la madrugada del 10 de septiembre de 2002 en la puerta principal del Ayuntamiento de Logroño, en la Delegación de Hacienda y en el propio Parlamento de La Rioja. Los dos acusados fueron condenados a penas de un año de prisión y a multa de seis meses por el delito del art. 510.1 CP. Ésta se trata de una sentencia firme en la que, como se puede comprobar, se cambia la línea marcada por las anteriores, en el sentido de que finalmente los acusados son condenados por las previsiones normativas del art. 510 CP.

Sin embargo, a pesar de que abundan los casos relacionados con la xenofobia, algunos sobrepasan esta cuestión para recoger supuestos también por enfermedad o de un marcado carácter ideológico. Así por ejemplo, los **Autos de la Audiencia Provincial de Burgos de 15 de febrero de 2002 y de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de mayo de 2003** (caso que acabó sobreseyéndose), donde el

supuesto consistía en una exclusión de los que se denominaron «grupos de riesgo», refiriéndose a la población de riesgo de transmisión del SIDA, apuntando a la homosexualidad masculina, casos de promiscuidad sexual que incluye relaciones con prostitutas en los últimos seis meses y drogadicción intravenosa. Como se puede imaginar, la cuestión suscitó una importante controversia en cuanto al análisis de si se daba una efectiva incitación a la discriminación. El propio Auto de la AP de Burgos (FJ 1º) establece la existencia «a lo sumo de desafortunada terminología», aunque descartó la tipicidad de los hechos. En cuanto a supuestos de discriminación ideológica, cabe citar el **Auto del TS de 25 de junio de 2004** respecto de unas declaraciones del Director de la Guardia Civil, quien estableció su compromiso para la no existencia de sindicatos en el cuerpo armado, y donde el denunciante alegaba que se produjo una provocación a la discriminación contra la Asociación Independiente de la Guardia Civil; el caso no se admitió a trámite.

Recapitulando en la cuestión, hay que decir que, si bien es escasa la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (**STS de 12 de abril de 2011**) en aplicación e interpretación del art. 510 CP, lo cierto es que no duda en afirmar categóricamente respecto de estos delitos que:

«[...] En cualquier caso, es preciso que se trate de una incitación directa a la comisión de hechos mínimamente concretados de los que pueda predicarse la discriminación, el odio o la violencia contra los referidos grupos o asociaciones y por las razones que se especifican en el artículo».

Con tal aseveración, el Tribunal Supremo persigue dejar sentada la idea de que la incitación al odio debe realizarse de forma directa, para con ello distinguir plenamente los delitos del art. 510 CP del delito de apología del genocidio del art. 607.2 CP, en el sentido de subrayar que, conforme al Tribunal Constitucional (**STC 235/2007, de 7 de noviembre**), no podría explicarse sistemáticamente que la incitación indirecta a la comisión de un delito de genocidio pudiera aparejar menor pena que la incitación indirecta a actos -no delictivos- de odio, discriminación o violencia²³.

Así, la **SAP de Barcelona de 5 de marzo de 2008** concluye que el TC pretende diferenciar la justificación de apología del genocidio y el delito de provocación con el carácter directo de la incitación que ésta presenta: provocación directa, pero no para la comisión de delitos, sino a conductas de odio, discriminación o violencia, en contraposición a la incitación indirecta a la comisión de delitos de genocidio, todo ello en virtud del FD 4º *in fine* de dicha sentencia.

Llegamos por último al momento de referirnos a la Jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Tal Jurisprudencia gira nuevamente en torno a una marcada abundancia de casos relacionados con la xenofobia y el racismo, algo que se entiende si tomamos en consideración la Historia reciente de Europa y la proliferación de regímenes totalitarios durante el Siglo XX, en los que existía una declarada discriminación a determinadas razas, etnias o nacionalidades. Nazismo,

²³ Jon-Mirena LANDA GOROSTIZA. Enero de 2012. «Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de *lege lata*». *Revista de Derecho penal y criminología*, 3ª Época, nº 7, p. 313.

fascismo y la creciente amenaza del comunismo estalinista fueron sin duda los grandes exponentes y fuente de estímulo para legislar a nivel europeo en materia de derechos humanos y en torno a la cuestión de no discriminación por pertenencia a determinados grupos o idiosincrasias tras la Segunda Guerra Mundial, de manera que igualmente el número de casos a los que se tuvo que enfrentar el TEDH fue cuantioso respecto de estas ideologías políticas totalitarias que a lo largo del Siglo XX permanecieron en la mente de muchas personas. La raza judía alrededor del concepto del antisemitismo fue sin duda la principal fuente de motivación para tutelar esta cuestión que versa sobre la dignidad de la persona. Sin embargo, en un tiempo más reciente, tiende a incorporarse a esta corriente jurisprudencial supuestos relativos al fundamentalismo islámico o situaciones de conflicto como la cuestión curda²⁴, algo que no sorprende si tomamos en consideración los conflictos armados de los últimos años.

Con todo, la labor interpretativa del TEDH pone especial énfasis en el análisis del art. 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), esforzándose con ahínco en preservar la libertad de expresión, pero estableciendo los límites para con el respeto del principio de igualdad y no discriminación e incitación al odio y a la violencia, esto es, ponderando ambos derechos para la consecución de un estatus de respeto y convivencia entre los pueblos. Se alude como paradigmático en este sentido el «**Caso Jersild c. Dinamarca 1994**» en el que es objeto de control si resulta contraria a la libertad de expresión la sanción penal de un periodista danés (Jens Olaf Jersild) por permitir en su programa de análisis que miembros de las Chaquetas Verdes profirieran proclamas racistas de extrema dureza contra los inmigrantes y diversos grupos étnicos en Dinamarca. El TEDH, aunque de forma no unánime, decidió proteger al periodista porque, aunque los profesionales de la información, de conformidad con el art. 10.2 CEDH tienen también «deberes y responsabilidades» que les pueden obligar a distanciarse de discursos racistas y xenófobos para evitar ser puras plataformas de difusión de los mismos, entendió en el caso concreto que el periodista actuaba dentro del ámbito protegido de la libertad de expresión²⁵. Interesa subrayar la intención del TEDH de marcar la fina línea existente entre la libertad de expresión que de forma especial ostenta un colectivo como el de periodistas, y el discurso que puede ser incluso objeto de sanción penal.

Supuestos en los que también se tiende a primar la libertad de expresión sería por ejemplo el «**Caso Lehideux e Isorni c. Francia 1998**», donde el TEDH se enfrentó a la persecución penal de un supuesto de revisionismo del régimen de Vichy en el que los demandantes reclaman y obtienen la protección del Convenio. De otro lado, supuestos en los que el TEDH tiende a negar de forma estricta toda protección a casos de agitación negacionista o revisionista serían el «**Caso Garaudy c. Francia 2003**», respecto del Holocausto nazi, o el «**Caso Feret c. Bélgica 2009**», donde en opinión

²⁴ Ibídem, p. 324.

²⁵ Ibídem, p. 325 y 326.

de la mayoría del Tribunal, la condición de parlamentario del demandante no atenúa su responsabilidad, sino que le depara un especial deber de cautela.

Pues bien, una vez que hemos llevado a cabo el análisis de la Jurisprudencia existente en aplicación del art. 510 CP, y la consiguiente labor del TEDH en la misma materia respecto de casos surgidos en diferentes Estados miembros, pasamos a analizar la labor jurisprudencial en torno al art. 22.4 CP. En cierto modo es llamativo el hecho de que la Jurisprudencia que interpreta el art. 22.4 CP resulte no solo todo lo clarificadora que no es la referida al art. 510 CP al respecto de la aporofobia, sino en algún caso incluso atinente de forma plena al odio contra las personas sin hogar, algo que muestra que la pretensión de este trabajo debe ser dicotómico en el sentido de proclamar la inclusión de la aporofobia dotando de igual nivel de importancia su inclusión tanto como agravante genérica del art. 22.4 CP, así como específico tipo penal del art. 510 CP, pues la aporofobia no solo se pone de manifiesto en los delitos de odio previstos por este último precepto, a pesar de que el odio sea la base de su razón de ser, sino que, tal y como hemos analizado a lo largo de este trabajo, concurre en numerosos delitos contra las personas.

De la simple lectura del art. 22.4 CP, se puede deducir que el *numerus clausus* de circunstancias agravantes genéricas preceptuadas imposibilitan totalmente a nuestros Jueces y Tribunales aplicar tal precepto cuando concurra un claro caso de odio hacia las «personas en situación de calle» en la comisión delictiva, si no confluye y se pone en relación con alguna de las circunstancias que sí aparecen previstas en el precepto, puesto que de lo contrario se atentaría al elemental principio de legalidad prevenido en los arts. 9.3, 25. Y 103 CE. La **SAP de Barcelona, de 5 de noviembre de 2008**, se pronunció respecto de un caso en el que un grupo de sujetos asesinan alevosamente a una señora que vivía «en situación de calle», y que dormía en un cajero bancario de La Caixa. Los acusados, tras maltratar físicamente a esta persona, la rociaron con líquido disolvente y le prendieron fuego, muriendo ésta a consecuencia de las graves quemaduras sufridas. La Audiencia, tras realizar el recuento de las diferentes circunstancias agravantes aplicables a este supuesto de asesinato, aseveran lo siguiente: «*No concurriendo tampoco la agravante impetrada por la acusación particular [...] en cuanto a móvil subsumible en el artículo 22.4 CP, dado que no existe prueba que funde tal aserto, que por otro lado ni siquiera se ha concretado en qué supuesto versaría, significándose que la marginalidad o desocialización y situación de exclusión social no resulta contemplada en el elenco previsto en el mencionado apartado cuya interpretación debe ser restrictiva en cuanto que son circunstancias agravantes [...]*» (FJ 6º). En definitiva, la Audiencia no tuvo posibilidad de agravar la pena como consecuencia de concurrir una clara aporofobia entre los agresores, dada la inexistente previsión legal de la misma como circunstancia agravante del art. 22.4 CP.

De otro lado, el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre esta cuestión en **Sentencia de la Sala de lo Penal, Sección 1ª, núm. 1160/2006, de 9 de noviembre**, refiriéndose a la correcta aplicación que debe realizarse del art. 22.4 CP respecto de la aporofobia, declarando que, en un caso de ataque peyorativo e inhumano a una persona «en situación de calle» y en atención a este hecho, no se puede subsumir a

la previsión del art. 22.4 CP, y ello porque: *«En el texto legal cabe diferenciar dos partes, aunque no quepa separar una de otra. En la primera, terminada con una cláusula de relativa apertura, se hace referencia a la comisión del delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación. Y, en esa fórmula abierta, ha de incluirse el caso que nos ocupa: los acusados atacaban a la víctima al diferenciarla peyorativamente con trato inhumano, por su condición de persona indigente. En la segunda parte del precepto se acude a una enumeración en números clausus; la discriminación ha de centrarse en la ideología, la religión, las creencias, la etnia, la raza, la nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca (la víctima). Lo que refuerza la seguridad jurídica, exigible por los arts. 25.1, 9.3 y 81 CE y 1, 2 y 4 CP. Pero, con la utilización de tal cierre, corre peligro el legislador de dejar fuera otras modalidades de discriminación equiparables, desde la perspectiva del Estado social, democrático y de Derecho, a las que enuncia, casos de motivación discriminatoria que aumentarían el injusto subjetivo del hecho, por la negación del principio de igualdad. Y no cabe aseverar que la situación de la persona sin hogar responda, sin que se acrediten otros matices, a unas determinadas ideología o creencias que se atribuyan a la víctima, sean o no por ella asumidas, como tampoco a su etnia, raza, nación, sexo y orientación sexual, enfermedad o minusvalía».*

Nuestro Alto Tribunal deja bastante claro en esta sentencia que la agravante del delito contemplada en el art. 22.4 CP, no puede aplicarse a los delitos cometidos contra las personas en situación de calle sin que se acrediten otras circunstancias contempladas en el *numerus clausus* que recoge. Para que resulte aplicable la mencionada agravante debe concurrir alguna de las circunstancias previstas en el art. 22.4, puesto que éste no contempla como agravante la discriminación por circunstancias socioeconómicas.

La mencionada, es la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo respecto a la consideración de la discriminación por circunstancias socioeconómicas, y la línea seguida por nuestros Jueces y Tribunales. Cabe citar que en los mismos términos se expresa, por ejemplo, la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 34/2013 (Sección 7ª), de 19 de marzo de 2013.**

En esta línea, la STS 360/2010, de 22 de abril, sobre un caso de racismo, analiza cómo las circunstancias previstas en el art. 22.4 CP se ponen a menudo en relación con la aporofobia, dado que el móvil que incita en este caso a los agresores a cometer delitos contra las personas que viven en la calle es el racismo, puesto que en la calle residen multitud de inmigrantes viviendo por diversos motivos, normalmente económicos, por problemas de drogadicción, e incluso por problemas mentales y derivados de discriminación por orientación sexual.

Por su parte, el TEDH ha analizado el sentido y alcance del art. 14 CEDH, el cual sienta la prohibición de no discriminación en atención a una serie de circunstancias (*«por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación»*), y en tanto que el mismo establece que el goce de los derechos y

libertades ha de ser asegurado «*sans distinction aucune*» (sin distinción alguna: versión original francesa) o «*without discrimination*» (sin discriminación: versión original inglesa). El TEDH, desde la colación del tratamiento del «Caso del régimen lingüístico belga» (**STEDH de 23 de julio de 1968**), se inclina por la versión inglesa, entendiendo igualdad como no discriminación y considerando, en consecuencia, que el art. 14 CEDH no prohíbe toda diferencia de trato. De tal modo que el TEDH admite que no todo trato diferente comporta violación del CEDH, puesto que solamente es incompatible con el mismo aquel que implique trato discriminatorio, considerando necesario averiguar en cada caso concreto si la diferencia de trato viola o no el art. 14 CEDH bajo estas premisas. Para ello, ya en esta sentencia, sienta los criterios generales que permiten afirmar si existe o no trato discriminatorio, afirmando que:

1. La igualdad de trato queda violada cuando, entre casos comparables, la no violación carece de justificación objetiva.
2. La existencia de una justificación semejante debe apreciarse en relación con la finalidad de los efectos de la medida examinada en atención a los principios que generalmente prevalecen en las sociedades democráticas.
3. El art. 14 CEDH también se ve violado cuando resulta claramente que no existe una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

Paulatinamente, a partir de una serie de casos tales como el «Caso Sindicato Nacional de Policía Belga», el «Caso Luedicke, BelKacem y Koc» o el «Caso Rasmussen», el TEDH determina que para alegar violación al principio de igualdad es necesario relacionarla con un derecho previsto en el CEDH. De modo que el TEDH ha de examinar, en primer lugar, si se ha producido o no violación del derecho individualmente considerado, y en función de si aprecia que ha existido tal violación, entrará a valorar la existencia de discriminación.

SEXTO.- De la actuación de las Fiscalías Provinciales sobre los delitos de odio y discriminación.

Por su parte, hay que advertir la enorme relevancia que adquiere el Ministerio Fiscal en la persecución de los Delitos de Odio y Discriminación, ya que su labor ayuda de manera muy considerable a la problemática que subyace tras la violación de estos derechos fundamentales.

La misión que le asigna el **art. 124.1 CE** es la de:

«[...] promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social».

Dichos principios de actuación encomendados al Ministerio Fiscal, hacen que la defensa de valores tan trascendentes como la igualdad y la dignidad de la persona,

que son en definitiva los que se ven afectados por este tipo de conductas, nunca puedan ser ajenas en el desempeño de su trabajo.

Además, el Ministerio Fiscal tiene encomendadas importantes funciones tuitivas respecto a las víctimas del delito, que en estos supuestos adquieren especial relevancia dada la vulnerabilidad de quienes son objeto de este tipo de acciones ilícitas.

A su vez, el carácter transversal de este fenómeno determina que la capacidad de coordinación y de unificación de criterios resulte también primordial para hacer posible una actuación coherente y eficaz ante este tipo de conductas, salvaguardándose, al tiempo, la seguridad jurídica y la protección de los derechos y garantías de los ciudadanos.

Pues bien, en relación con ello también el Ministerio Fiscal, actuando de acuerdo con los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sumisión plena a la legalidad, aporta un valor añadido de especial interés.

En los últimos años el Ministerio Fiscal español sufre una serie de cambios enfocados a la modernización. Una de sus líneas esenciales es precisamente la de impulsar, bajo los principios antes señalados, una actuación especializada o, al menos, un tratamiento específico (coordinado a nivel nacional) en determinadas materias a través de la articulación de una estructura orgánica adecuada y la obtención de las capacidades y habilidades necesarias para afrontar de forma eficiente la investigación y persecución de los diferentes fenómenos criminales. Este planteamiento favorece, además, la comunicación y colaboración con instituciones y organismos públicos o privados implicados también en la lucha contra las diversas manifestaciones de la delincuencia.

Una urgente necesidad en la lucha contra los delitos de odio y discriminación es la formación de nuestros cuerpos policiales, como miembros del sistema de justicia, e, incluso, de la formación de médicos forenses, letrados y personal de seguridad privada. Dicha necesidad responde al carácter esencial de conocer, por parte de estos cuerpos, los delitos existentes (en concreto el delito recogido en el **artículo 510 CP**), de valorar adecuadamente su gravedad (los datos recopilados por el Servicio en las **memorias 2010-2012** muestran que los juzgados acaban instruyendo como delito gran parte de los hechos que la policía calificó de falta -hoy, delitos leves- en sus atestados) y realizar las investigaciones y atestados de forma que permitan la correcta aplicación de tipos penales o el agravante del **art. 22.4 CP**.

A su vez, jueces y fiscales deben saber cómo aplicar correctamente la ley nacional e interpretar los tratados internacionales de forma adecuada.

En el último informe sobre España, en **2011**, la **ECRI (European Commission against Racism and Intolerance -Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia-)** aún señalaba la falta de formación del personal de estos servicios. Sin embargo, numerosos esfuerzos han sido llevados a cabo desde entonces, ganándose así el reconocimiento del organismo. En este sentido, deben señalarse la **«Formación sobre Identificación y Registro de Incidentes Racistas (FIRIR)»** para los cuerpos

policiales, los **programas de formación específicos sobre delitos de odio y discriminación de la Fiscalía General**, así como la previsión de formación en materia de diversidad, igualdad de trato y no discriminación para el personal de seguridad privada en la nueva **Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada (art. 29.7)**.

En este marco, debemos destacar la creación y puesta en funcionamiento de la **Delegación de Tutela Penal de la Igualdad y contra la Discriminación por Decreto del Fiscal General del Estado de fecha 10 de octubre de 2011**. Su origen va vinculado al **Proyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y no Discriminación**, preparado en la IX Legislatura, del Gobierno del PSOE, en 2011 y cuyo **artículo 30** contemplaba expresamente la designación de un Fiscal Delegado del Fiscal General del Estado para esta materia (proyecto que no llegó a ser terminado íntegramente). No obstante, la Fiscalía estimó oportuno asumir esta misma idea por su valor en orden a potenciar y optimizar la actividad del Ministerio Fiscal en este ámbito. Así, en el Decreto de constitución de la Delegación se hace referencia específica a la necesidad de ofrecer una respuesta institucional ante el problema de la discriminación y ante la situación de desprotección efectiva en que se encuentran las víctimas de estas conductas, cuestiones éstas de las que el Ministerio Fiscal no podía desentenderse por las funciones tuitivas que tiene encomendadas por mandato constitucional. Se trata de un marco de autonomía organizativa de la que dispone la Institución, lo que permite retomar internamente el propósito que tuvo el legislador, ofreciendo claramente una solución adecuada a una necesidad.

Con dicha finalidad y al amparo del **artículo 22 de la Ley 50/1981, 30 diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal** (en adelante, EOMF), el Fiscal General del Estado impulsó esta Delegación con el objetivo de unificar criterios e intensificar la acción del Ministerio Fiscal en relación con los crímenes de odio, a cuyo fin fue designado como responsable, en primer término, el Fiscal de Sala del Tribunal Supremo, don Antolín Herrero Ortega, quien puso los cimientos de una coordinación nacional centralizada en esta materia .

Con anterioridad a la puesta en funcionamiento de la Red, en algunos órganos provinciales ya se venía realizando una actividad seria y comprometida en este ámbito, centrada en la detección de estas conductas y en el seguimiento y control de investigaciones policiales y procedimientos judiciales. Ha de destacarse al respecto la puesta en funcionamiento, en el año 2011, de una sección con este objetivo en la Fiscalía de Sevilla, similar a las que también se habían articulado en otras Fiscalías Provinciales como las de Madrid y Barcelona, provincia, esta última, pionera en esta materia.

La **Fiscalía Provincial de Barcelona** comenzaría su andadura allá por junio de 2007, con la creación de la figura del Fiscal Interlocutor contra la homofobia por parte de la entonces Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. La experiencia lograda por este órgano ha demostrado que se dan idénticos problemas entre las víctimas homosexuales y otras personas objeto de discriminación por razón del lugar de nacimiento, el origen racial o étnico, el sexo, la religión, las convicciones u opiniones, la situación socioeconómica, la edad, la discapacidad o las enfermedades

de las personas, desembocando en hechos delictivos, motivo que certifica que la labor que debe desempeñar el Ministerio Fiscal en la materia es primordial.

Particularmente, en lo que hace a la aporofobia, resulta de especial calado hoy día las manifestaciones delictivas en este sentido, habida cuenta de la situación de crisis en la que hemos estado y seguido estando inmersos, lo cual crea situaciones de indigencia en no pocos desamparados proclives a fomentar el nivel de odio por estas circunstancias socioeconómicas.

En la provincia de Barcelona, asimismo, se constituiría el Servicio de Delitos de Odio y Discriminación en el año 2009, merced a la **Instrucción 1/2009 de la Fiscalía Provincial de Barcelona**, cuya experiencia y buen hacer en esta materia está sirviendo de modelo en el planteamiento nacional de lo que ha de ser la actuación del Ministerio Fiscal frente a este tipo de delitos. A través de dicha Instrucción, se pretende alcanzar el establecimiento de las bases que debe seguir el Ministerio Fiscal por mor de la persecución de actividades delictivas que tienen que ver con tratos discriminatorios y delitos de odio. Esta intervención penal especializada por parte del Ministerio Público viene siendo reclamada por diferentes asociaciones y organizaciones que trabajan en el ámbito de la prevención y la lucha contra la discriminación en todos los frentes y tiene su fundamento, entre otras razones, en la creciente complejidad que los denominados delitos de odio van adquiriendo paulatinamente en su investigación como consecuencia de la proliferación en Internet de páginas, blogs personales y agrupaciones de personas en redes sociales dedicadas a la comisión de delitos de provocación al odio, la violencia y la discriminación, todo ello sin menospreciar que un importante caldo de cultivo del racismo, la xenofobia o la homofobia viene constituido también por la actividad de verdaderos grupos violentos o tribus urbanas definidas por afinidades musicales, estéticas, deportivas etc., entre ellos el movimiento «*skin head*», subcultura violenta y racista cuya agresividad y peligro han sido denunciados por la Comisión de Investigación del Racismo y la Xenofobia del Parlamento Europeo y numerosas y prestigiosas entidades de lucha contra la discriminación como son «The European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field», «Migration Policy Group», «Movimiento contra la Intolerancia», «SOS Racismo», etc.²⁶

Con todo, es evidente que la labor desarrollada por parte de la Fiscalía Provincial de Barcelona ha supuesto todo un avance en cuanto al desarrollo de los métodos de actuación por parte de las Fiscalías y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en materia de delitos de odio, teniendo su evidente reflejo y repercusión a nivel estatal, posibilitando avance en un cauce hasta ese momento inexplorado por parte de las Fiscalías Provinciales. Además, a partir de entonces, la creación de Fiscalías provinciales a lo largo y ancho de nuestro país y el desarrollo de su labor en torno a la materia, no ha hecho sino crecer, gracias al pistoletazo de salida efectuado por las provincias de Barcelona, Madrid y Sevilla, por nombrar las más significativas. Así, las líneas de avance han apuntado a diversos puntos esenciales en el tratamiento de este

²⁶ Informe RAXEN: *Especial Acción Jurídica contra el Racismo y los Crímenes de Odio*. Memoria de la Fiscalía de Barcelona Servicio Delitos de Odio y Discriminación 2009 (extractos), p. 24.

fenómeno criminal, a saber: la investigación de este tipo de delitos, la atención a las víctimas, la depuración de las correspondientes responsabilidades penales y la interpretación y aplicación de los artículos del código penal correspondientes.

A partir de la situación descrita, analizamos estos supuestos desde el punto de vista de la labor del Ministerio Fiscal y partiendo del delito de provocación al odio, a la violencia o a la discriminación, previsto y penado en el artículo 510 CP.

Así, la catalogación como delitos de odio, en todos sus casos, irá asociada a la aplicación de la agravación prevista en el artículo 22.4 del Código Penal en su actual redacción. Para cerrar el abanico de conductas que atentan contra el principio de igualdad, es obligada de referencia a aquellos comportamientos que, siendo susceptibles de encuadrarse en los delitos contra la integridad moral, previstos y penados en el artículo 173.1 CP, tengan su origen en razones discriminatorias basadas en la ideología, religión, raza, nacionalidad, orientación sexual o enfermedad de la víctima, o en otros motivos de similar naturaleza, pues aun cuando este precepto penal no contemple expresamente la referida motivación, es evidente que tanto el trato degradante, menoscabando gravemente la integridad moral, como las acciones hostiles o humillantes a que se refiere el indicado artículo pueden tener su origen en planteamientos de esa naturaleza.

El Ministerio Fiscal se pone en relación con otras instituciones y organismos en lo que se refiere a la persecución de delitos. La existencia de una **Red de Fiscalías** dedicadas a esta materia facilita la relación con las víctimas del delito, así como con el resto de ciudadanos y con las instituciones públicas con responsabilidad en este ámbito. Con ello, la Red de Fiscalías amplía y potencia la capacidad de obtener con mayor agilidad información completa y detallada sobre todos los acontecimientos que revistan apariencia delictiva.

Resulta especialmente efectiva la identificación de personas concretas, dentro de cada órgano provincial, para coordinar la actuación que realiza el Ministerio Fiscal en esta área. Además, es un factor positivo en orden a promover y encauzar la comunicación con la Fiscalía por parte de los colectivos afectados por este tipo de hechos, de los organismos en los que se agrupan a efectos de representación y defensa de sus intereses y, en general, de todos los ciudadanos, tanto para denunciar los hechos, como para trasladar iniciativas, sugerencias o preocupaciones que, relacionadas con esta problemática, incidan en el ámbito de funciones del Ministerio Fiscal.

El establecimiento de relaciones fluidas y constantes con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y, especialmente, con las unidades encargadas de la investigación de este tipo de conductas ilícitas constituye un elemento esencial para la identificación de los crímenes de odio y para su posterior persecución y sanción. Así, desde la Delegación nacional, se mantienen contactos permanentes con las **Unidades Centrales de la Comisaría General de Información del Cuerpo Nacional de Policía y del Servicio de Información de la Guardia Civil**, encargadas de la investigación de muchos de estos comportamientos ilícitos. Pero, además, existen un gran número de organismos, dentro de la Administración Pública implicados en esta misma labor, facilitando

extraordinariamente el desempeño de esta función en este ámbito y con los que es conveniente establecer cauces estables de relación.

VI. Cuestiones adicionales

PRIMERA.- Análisis de Derecho Comparado en materia de aporofobia.

El Derecho Comparado es la disciplina encargada de analizar las diferencias y semejanzas entre las instituciones jurídicas de sistemas de Derecho distintos, por una cuestión territorial o temporal.

Según RENÉ DAVID, los fines del Derecho Comparado son tres:

- i) La unificación del Derecho, ya sea a través de la unificación jurídica propiamente, o de la armonización.
- ii) El entendimiento internacional, puesto que nos hace comprender la razón de ser de las normas en los diferentes Estados de la Comunidad Internacional.
- iii) Un mejor conocimiento del Derecho nacional, pues haciendo uso del método comparativo, se puede estudiar con mayor detalle los defectos y aciertos legislativos.

Es esta tercera finalidad del Derecho comparado la que aquí interesa, puesto que, a través de una somera comparativa entre nuestra legislación en materia de discriminación y delitos de odio, con la de otros países de nuestro entorno más directo, podremos atisbar si la necesidad de prever la aporofobia y sus distintas derivaciones o interrelaciones es factible en atención a cómo se predica normativamente este fenómeno en otros ordenamientos jurídicos.

En este sentido, el estudio de Derecho Comparado que se va a abordar resulta dar un paso más allá en nuestro análisis de la trascendencia normativa de la aporofobia. Y ello porque, una vez que hemos dejado constancia de la previsión normativa de circunstancias discriminatorias en torno a la aporofobia y que tienen que ver con la situación socioeconómica de la víctima o, más genéricamente, de la persona discriminada, en los más importantes textos internacionales en materia de derechos humanos suscritos por España, así como por la mayoría de países de nuestro entorno, ahora vamos a comprobar que, no solo existe este tipo de previsiones a nivel a tratados internacionales, sino que son bastantes los países de nuestro entorno que se hacen eco de la necesidad de acotar el fenómeno de la aporofobia como circunstancia autónoma en el tratamiento jurídico de la prohibición de la discriminación y de los delitos de odio.

En atención a los ordenamientos jurídicos de los países miembros de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (en adelante, OSCE), llama

poderosamente la atención cómo en Europa tan solo un pequeño número de países del este del continente se han concienciado, normativamente hablando, con la discriminación y desigualdades existentes por razón de aporofobia. Además, sigue resultando curioso que Estados como la Santa Sede, Turquía, Armenia o Kazajistán también incorporen esta circunstancia a su legislación interna, mientras que países de la Europa occidental, con quienes mantenemos una relación internacional directa y que se configuran como las principales potencias de la Unión Europea, mantienen un absoluto vacío legislativo en esta materia en su normativa interna. Todo lo cual sorprende más si tenemos en cuenta que la Unión Europea se posiciona como el promotor uno de los principales garantes de la defensa de los derechos fundamentales a nivel internacional.

Así pues, en **Croacia**, su vigente **Código Penal de 1997**, establece en materia de delitos de discriminación en su **artículo 174**, tras las enmiendas aprobadas en el año 2000 (Boletín Oficial «Narodne Novine» No. 129/00): *«Cualquiera que sobre la base de la diferencia racial, la religión, la lengua, la opinión política, la propiedad, el nacimiento, la educación, el estatus social o cualquier otra característica, el género, el color de piel, la nacionalidad o el origen étnico viole los derechos humanos básicos y las libertades reconocidas por la comunidad internacional, será castigado con penas de prisión de entre 6 meses y 5 años»*.

En efecto, la referida enmienda completó el contenido del artículo e introdujo más circunstancias discriminatorias en el marco de la violación de derechos y libertades, puesto que con anterioridad solo se contemplaba la diferencia racial, el género, el color de piel y el origen nacional y étnico. Entre las inclusiones encontramos la propiedad y el estatus social, circunstancias que se ponen en directa relación con la aporofobia, y sobre las que Croacia se hizo eco ya desde el año 2000, cuando las introdujo a su legislación penal.

Por su parte, en **Bosnia y Herzegovina**, sobre la base de la denegación a la prestación de los servicios públicos a los que se tiene derecho, prevé en el **artículo 145 de su Código Penal**: *«Un funcionario o persona responsable en las instituciones de Bosnia – Herzegovina, que, sobre el terreno de las diferencias en la raza, el color de la piel, la nacionalidad, o el origen étnico, religión, opinión política o de cualquier otro tipo, sexo, orientación sexual, lenguaje, educación o estatus u origen social, niegue o restrinja los derechos civiles reconocidos por la Constitución de Bosnia – Herzegovina, por los acuerdos internacionales ratificados, por las leyes de Bosnia – Herzegovina, por cualquier otra regulación de Bosnia – Herzegovina o ley general de Bosnia Herzegovina o quienquiera que sobre la base de estas materias u orígenes o cualquier otro estatus otorgue privilegios injustificados o haga favores injustificados a individuos, serán castigados con pena de prisión de entre 6 meses y 5 años»*.

En este caso, se vuelve hacer mención a la discriminación por razón del estatus social, ahora en la prestación de servicios públicos a los que se tiene derecho, pero además también se hace referencia al origen social. Ambas alusiones tienen clara vinculación con la aporofobia, puesto que el estatus social de la persona discriminada, ya sea de origen o de forma sobrevenida, se corresponderá con su situación socioeconómica y

la animadversión que pueda producir en autoridades y funcionarios públicos cuando la persona a la que han de prestar el servicio público se encuentre «en situación de calle».

En **Bulgaria**, la **Ley de protección contra la discriminación**, aprobada el 16 de septiembre de 2003, dicta en su **artículo 4.1**: *«Toda discriminación directa o indirecta en el ámbito del sexo, la raza, la extracción, la etnia, la nacionalidad, el origen, la religión o la fe, la educación, creencias, afiliación política, estatus personal o público, discapacidad, edad, orientación sexual, estatus familiar, valor de la propiedad o en cualquier otro terreno estipulado por la ley o los tratados internacionales de los que la República de Bulgaria es parte, será prohibida»*.

En este caso, la referencia al «estatus familiar» recuerda y entronca con la previsión que hace en varios preceptos nuestro Código Penal a la «situación familiar» como circunstancia concurrente respecto del móvil discriminatorio en los delitos de odio, pero, tal y como ocurre en el caso español, esta circunstancia solo se podría poner en relación con la aporofobia de forma tácita y bajo una previsión extensiva, dada la falta de especificidad. Además, este precepto de la Ley antidiscriminatoria búlgara prohíbe la discriminación en atención al origen de la víctima, así como a su estatus personal o público y el valor de su propiedad. Es evidente que todos estos conceptos hacen referencia a la situación socioeconómica de la persona que es víctima de discriminación, por lo que, con esta previsión de la normativa búlgara, asistimos a un reconocimiento expreso en una norma de carácter generalista y configuradora del sistema, en la medida en que proclama las circunstancias que han de tenerse en cuenta sobre la base del principio de no discriminación en este país que, como sabemos, tiene una ingente aplicación sobre las diversas ramas del ordenamiento jurídico; todo lo cual supone una consecución digna de ser reconocida y admirada.

Bielorrusia contempla en el **artículo 190** de su vigente **Código Penal de 1999** que *«La denegación o restricción deliberada, directa o indirecta, de los derechos y libertades fundamentales u otorgar, directa o indirectamente, ventajas a ciudadanos basándose en su sexo, raza, nacionalidad, lenguaje, origen, estatus material u oficial, lugar de residencia, convicciones religiosas, o pertenencia a un grupo social, que infrinja los derechos, libertades e intereses legales de los ciudadanos, será castigado con una multa, o por trabajos comunitarios durante dos años, o por libertad vigilada durante el mismo tiempo, o por la encarcelación durante dos años, si con la negación del derecho se consigue una posición u ocupación que no se hubiera obtenido de no haberse negado»*.

En este caso, en lo que al objeto de análisis del presente informe concierne, Bielorrusia hace referencia a la discriminación o al favorecimiento de unas personas respecto de otras por razón de «origen», «estatus material u oficial» o «pertenencia a un grupo social». Estas circunstancias, especialmente la reseñada en último lugar, conducen a la idea de aporofobia en el ámbito de la prestación de los derechos y libertades a los que se tiene derecho, de manera que nuevamente volvemos a comprobar cómo un país del entorno europeo expresamente prevé como circunstancia discriminatoria el concepto de la aporofobia.

Lituania realiza previsiones al respecto de los delitos de odio y de la violación del principio de no discriminación en los **artículos 169 y 170 de su Código penal**:

- **Art. 169:** *«Cualquier persona, que cometa un acto intencionado para impedir a un grupo de personas o a un miembro de ese grupo, a cuenta de su sexo, orientación sexual, raza, nacionalidad, lenguaje, origen, estatus social, religión, convicción o creencia, participar, en igualdad con otros, en actividades políticas, económicas, sociales, culturales, laborales o de cualquier otro tipo, o restrinja los derechos y libertades de un grupo de personas o a un miembro de ese grupo, será castigado con trabajos en obras públicas, o a pagar una multa, o restricción de libertad, o a arresto o a una pena de prisión de tres años».*
- **Art. 170:** *«Cualquier persona que mediante declaraciones públicas, oralmente, por escrito o a través de los medios de comunicación de masas, se burle de, exprese desprecio, incite al odio o a la discriminación contra un grupo de personas o a un individuo por su pertenencia a ese grupo a cuenta de su sexo, orientación sexual, raza, nacionalidad, lenguaje, origen, estatus social, religión, convicción o creencia, será castigado con multa, o restricción de libertad o arresto o ingreso en prisión por un tiempo de dos años. Cualquier persona que públicamente incite a la violencia o al uso de la fuerza mortal contra un grupo de personas o a un individuo perteneciente a ese grupo, sobre la base de su sexo, orientación sexual, raza, nacionalidad, lenguaje, origen, estatus social, religión, convicción o creencia, o proporcionar financiación o cualquier otro tipo de material que apoye estos actos, será castigado con una multa, o restricción de libertad, o arresto, o pena de prisión de hasta 3 años».*

En este caso, se hace referencia nuevamente al «origen» y al «estatus social» como circunstancias discriminatorias concurrentes en la violación de derechos civiles y en la incitación al odio.

Por su parte, **Letonia** se pronuncia en la **Sección 71 de su Código Penal** al respecto del delito de genocidio determinando: *«Para una persona que cometa genocidio, que es la comisión de actos intencionados con el propósito de destruir en todo o en parte a cualquier grupo de personas identificables por su nacionalidad, origen étnico, raza, clase social o colectivo definido por su creencia o fe, mediante el asesinato de miembros del grupo, infligirles daños físicos que pongan en peligro sus vidas o su salud o que puedan llegarles a causar una enfermedad mental, imponerles condiciones de vida que puedan acabar en su destrucción física total o parcial, utilizar medidas con el propósito de prevenir los nacimientos dentro del grupo, o transferir niños de manera forzosa de un grupo de personas a otro, la sentencia aplicable será de cadena perpetua o privación de libertad por un periodo de tres a veinte años».*

Como podemos ver, en esta previsión se tipifica un delito internacional de extrema gravedad donde concurren circunstancias que implican odio o animadversión hacia el grupo de personas sobre el que se atenta, y entre las que encontramos una referencia a la «clase social» de las personas que sufren las consecuencias de este delito. Por tanto, Letonia otorga una importancia suprema a la diferenciación de clases sociales a la hora de prever una conducta que implica un delito de extrema gravedad.

En lo que respecta a **Estonia**, prevé en los **artículos 151 y 152 de su Código Penal**, al respecto de la incitación al odio social y a la violación del principio de igualdad, respectivamente, lo siguiente:

- **Art. 151:** *«La persona que públicamente incite al odio o la violencia sobre la base de la nacionalidad, la raza, el color, el sexo, el lenguaje, el origen, la religión, opinión política, estatus económico o social, será castigado con una multa o 3 años de prisión».*
- **Art. 152:** *«La restricción ilícita de los derechos de una persona o garantizar preferencias ilícitas a una persona sobre la base de su nacionalidad, raza, color, sexo, lenguaje, origen, religión, opinión política, estatus económico o social se castigará con una multa o con un año de prisión».*

En esta ocasión, se hace referencia nuevamente al «origen» de la persona que sufre la discriminación, pero como novedad encontramos una mayor especificidad de la atención a la situación socioeconómica de la víctima de discriminación como circunstancia concurrente en las conductas de odio y discriminación en tanto en cuanto se hace referencia al «estatus económico o social» quien sufre los efectos de tales conductas.

Como adelantábamos al principio de este punto, es curioso cómo un Estado de la peculiaridad de la **Santa Sede** recoge en su legislación interna una referencia, siquiera sea tangencial, a la situación socioeconómica de la persona objeto de discriminación, mientras que países de la Unión Europea como España mantienen su vacío normativo al respecto. Así, los **artículos 1934 y 1935 del Catecismo de la Iglesia Católica** condenan *«la discriminación en el terreno del sexo, la raza, el color, la condición social, el lenguaje o la religión».*

En el caso de **Turquía**, este país, hace referencia a esta circunstancia con el término «clase social» en lo relativo al delito de incitación al odio, al establecer en el **art. 312.2 de su Código Penal:** *«Una persona que abiertamente alabe un delito o incite a la gente a violar la ley será castigado a una pena de prisión de seis meses a dos años. La pena será de uno a tres años para los individuos que inciten sentimientos de hostilidad o de odio en las personas por la enfatización de las diferencias basadas en la clase social, la raza, la religión o la región de manera que se ponga en peligro la ley y el orden público».*

Por lo demás, en países que no se encuentran no ya formando parte como de la Unión Europea como Estados miembros, sino que ni tan siquiera están dentro de las fronteras el continente europeo, tales como **Armenia** o **Kazajistán**, también podemos encontrar referencias a la condición social y económica de la víctima de discriminación como circunstancia discriminatoria específica. Así, el **art. 143 del Código Penal de Armenia** establece: *«La persona que cometa violaciones directas o indirectas de los derechos humanos y de las libertades ciudadanas, por razón de la nacionalidad del ciudadano, la raza, el sexo, el lenguaje, la religión, la política u otro punto de vista, el origen social, la propiedad o cualquier otra situación, que dañe los intereses legales de los ciudadanos, se castigará con la cantidad de 200 a 400 salarios mínimos, o con pena de prisión de 2 años».* Mientras que **Kazajistán**, en la misma línea, establece en

el **art. 141 de su Código Penal**: «*La persona que cometa restricción directa o indirecta de los derechos y libertades de un hombre y un ciudadano basado en el origen, estatus social, público o privado, sexo, raza, nacionalidad, lenguaje, actitud hacia la religión, convicciones, lugar de residencia, o su pertenencia a asociaciones públicas, o basado en cualesquiera otras circunstancias, será castigado con una multa de doscientos a mil salarios base calculados, o en una cantidad equivalente a los salarios o ingresos percibidos por la persona condenada en un periodo de dos a cinco meses, o por la detención bajo arresto por un periodo de tres meses, o por el ingreso en prisión por un periodo de un año*».

SEGUNDA.- De la realidad histórico-jurídica española sobre la aporofobia.

A pesar de que la aporofobia es un fenómeno sobre el que es actualmente cuando mayor repercusión social se está cosechando al respecto del mismo, y por consiguiente es ahora cuando la normativa más puntillosa debe ser a la hora de prever sus elementos legislativos, no podemos dejar de hacer constancia, siquiera sea de forma sucinta, de un interesantísimo hecho histórico-jurídico, pero a la vez bastante reciente en nuestro ordenamiento jurídico.

En nuestro país, ocho meses después de la muerte de Franco, se produjo una reforma en el **Código Penal de 1973**, a través de la **Ley 23/1976, de 19 de julio**, por la que, entre otras cuestiones, se introdujo por primera vez en nuestro ordenamiento la sanción penal de una conducta de discriminación, concretamente la de las asociaciones ilícitas que «*promueven la discriminación entre ciudadanos por razón de raza, religión, sexo o situación económica*» (**art. 172.4**), aunque su duración es efímera al quedar sin contenido a través de la **LO 4/1984**²⁷.

En efecto, en una época reciente ha existido una previsión normativa en España en la que específicamente se incluía en un tipo delictivo respecto de infracciones de odio y discriminación la «**situación económica**» de la víctima, esto es, el odio o animadversión hacia personas con condiciones de vida precarias. Este hecho histórico-jurídico supone un hito para el desarrollo del presente informe, puesto que hasta ahora solo habíamos realizado referencias internacionales y de Derecho Comparado para argumentar las necesidades de *lege ferenda* de implantar la previsión normativa de la aporofobia en nuestra legislación penal y constitucional, pero este hecho demuestra que nuestro en nuestro ordenamiento jurídico ya se consideró necesario y se le otorgó importancia a esta circunstancia en el pasado, como agravante de un tipo delictivo en concreto, lo que no hace sino reforzar los argumentos a favor de legislar al efecto y de recuperar una antigua y necesaria consideración de política legislativa y criminal en nuestro país.

²⁷ RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. 2007. *Una propuesta de clasificación de los delitos de discriminación en el Código Penal español*. Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional - Universidad de Castilla-La Mancha. Dos mil-tres mil, nº 11.

TERCERA.- De los logros y deficiencias en materia de aporofobia.

En atención a toda la situación descrita, y en relación con lo comentado respecto de la normativa internacional en esta materia, hay que decir que el legislador español ha llevado a cabo una serie de adaptaciones y reformas a nivel nacional a lo largo de estos últimos años, con el fin de adecuar la normativa interna a los principios consolidados a nivel internacional en materia de delitos de odio y discriminación. Por dicha razón, en el año 2014 se produjo la aprobación del **Protocolo de Actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para los Delitos de Odio**. Un protocolo que, aunque tiene una corta vida, ha sido objeto de una actualización el pasado año 2015, puesto que se ha convertido en un instrumento cardinal a la hora de habilitar una adecuada respuesta a los incidentes o actitudes racistas, xenófobas o discriminatorias por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad²⁸.

Sin embargo, a pesar de los avances logrados, nos seguimos encontrando ante una situación de indudable demanda social. Es por ello que resulta insuficiente la labor desarrollada por parte del legislador y de los Gobiernos de las diferentes legislaturas, con especial incidencia, claro está, en el Ministerio del Interior, y en concreta referencia, en lo que a este trabajo concierne, a la situación de la aporofobia en España y sus incuestionables efectos paradigmáticos.

Y es que los pequeños avances que en los últimos años se han producido en materia de «*hate crimes*» en nuestro país no han resuelto cuestión alguna en materia de aporofobia, a pesar de los graves casos que se registran. Por citar algunos ejemplos de esta situación, podemos nombrar una serie de casos lamentables de personas que han sufrido las consecuencias de esta lacra social, tales como los de: **Julio Jesús Millán Salavona**, un anciano sin hogar fallecido el 30 de septiembre de 2000 en Zaragoza, a causa de un traumatismo craneoencefálico a consecuencia de las brutales patadas que recibió en la cabeza por un grupo de jóvenes «cabezas rapadas»; **Antonio Micol Ortiz**, fallecido el 28 de agosto de 2002 en Madrid con el cráneo destrozado y apuñalado en el costado tras ser atacado por varios jóvenes cuando dormía, a las seis de la mañana, en un soportal del Puerto de Santa María de la Cabeza; **Jorge Ramón A. A.**, fallecido el 1 de abril de 2004 en León cuando, tras entrar en un bar, dos jóvenes que no le conocían le invitan a deambular y beber por las calles de la ciudad para después en un parque, darle veinte navajazos y patadas hasta morir; **María del Rosario Endrinal Petite**, fallecida el 16 de diciembre de 2005 en Barcelona quemada viva cuando dormía en un cajero de la Caixa por tres jóvenes que tras golpearla y humillarla le rociaron con líquido inflamable; etc.²⁹. De este modo, es necesaria una concienciación generalizada de la sociedad, empezando por el ciudadano de a pie, y terminando en la labor que deben desarrollar los poderes públicos.

²⁸ Ministerio del Interior. 2015. *Informe sobre incidentes relacionados con los delitos de odio en España*, p. 4.

²⁹ APUNTES CÍVICOS, NÚM. 3. *Contra los delitos de odio: Por una Ley de Prevención, Erradicación y Apoyo a la Víctima*, p. 7 y 8.

VII.- Conclusiones

PRIMERA.- De la necesaria habilitación legislativa para combatir la aporofobia.

La ausencia de previsión expresa de la aporofobia en nuestra legislación constitucional y penal es una realidad incuestionable. Ello es algo que a muchos nos resulta bastante preocupante ante el número de casos delictivos entorno a este fenómeno que se recopilan y publican por parte de organismos oficiales.

Encontrar solución a este problema es complicado, al igual que lo es combatir cualquier tipo de criminalidad. No obstante, hemos de considerar que se debe empezar por una reforma legislativa que posibilite a nuestros Jueces y Tribunales y a nuestras Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, poner veda a este tipo de comportamientos. Sin una previsión normativa previa no se puede comenzar a combatir el problema, y es por ello por lo que este informe pretende ser una voz más que se pronuncie al respecto para que se produzca una movilización del legislador en materia de aporofobia.

La casuística mencionada en este informe demuestra que la aporofobia es un fenómeno autónomo que se pone de manifiesto en multitud de delitos, especialmente en delitos contra las personas, y no una circunstancia accesoria que acompaña a otras expresamente previstas como el racismo o la xenofobia. En consecuencia, es una realidad material reflejo de un tipo específico de discriminación que por desgracia es cada vez más usual en nuestra sociedad.

SEGUNDA.- Propuestas clave de *lege ferenda* para la positivización de la aporofobia en ámbitos concretos de la norma.

Es evidente que una escala de previsión normativa en torno al fenómeno de la aporofobia sería el modelo legislativo idóneo para combatir este fenómeno. Es decir, lo ideal sería que encontrásemos una referencia expresa de prohibición de discriminación por razón de la situación socioeconómica en el artículo 14 de la Constitución Española, seguida de una previsión genérica de circunstancia agravante por aporofobia en el **artículo 22.4 del Código Penal**, junto con la previsión de tal circunstancia en los tipos delictivos en los que tiene incidencia la aporofobia, además de la incidencia que pueda tener este fenómeno en otras ramas del ordenamiento jurídico.

No obstante, resultaría primordial que la aporofobia apareciera recogida como circunstancia agravante específica del art. 22.4 CP, por encima del resto de previsiones que, en modo alguno, estaría de más que se incluyesen. Ello es así puesto que es en el orden penal donde mayor número de casos de aporofobia se registran, como resulta evidente, y en la medida en que el art. 22.4 CP recoge circunstancias agravantes que son de aplicación, de forma genérica, a todos los tipos delictivos del Código Penal, lo cual posibilitaría que el móvil que lleva al autor del delito a cometer

el mismo agravase la pena que finalmente se le impondría, consiguiendo así que no quedara impune la concurrencia de aporofobia en la conducta del sujeto.

Por su parte, como sabemos, en cuanto que nuestro objeto de estudio recae sobre los delitos de odio y discriminación, resulta paradigmático el contenido de los **artículos 510 a 512 del Código penal**, referidos a: la provocación a la discriminación; la difusión de informaciones injuriosas; la prestación de un servicio público de modo discriminatorio; y la denegación de prestaciones por quienes realizan actividades profesionales o empresariales, a personas o grupos por motivos discriminatorios. Si seguimos la línea de análisis que estamos marcando, y en atención a la incidencia del factor odio y/o discriminación en la delincuencia, pues es lo que aquí primordialmente interesa, es cierto que estos artículos también reclaman una previsión específica de la aporofobia entre las circunstancias que necesaria y alternativamente han de concurrir para que se produzca el tipo, dada su especificidad y el contenido de injusto que conforma la estructura del delito.

Es cierto que podría subsumirse algún caso de aporofobia en la circunstancia que prevén los arts. 510-512 CP relativa a la **«situación familiar»** de la víctima. No obstante, es evidente que impera la necesidad de una meridiana claridad respecto de un fenómeno social de odio como es la aporofobia en los preceptos que se presentan como genuinos de los delitos de odio en nuestra legislación penal (arts. 510-512 CP), y no tan solo la concurrencia de expresiones ambiguas que simplemente nos hagan plantearnos disquisiciones para la eventual subsunción de la aporofobia al tipo penal en cuestión. Todo ello, en tanto que nos encontramos ante un fenómeno social de especial gravedad social en la actualidad.

No obstante, otros preceptos del Código Penal que recogen tipos delictivos que son susceptibles de perpetrarse concurriendo aporofobia en la conducta del sujeto, no precisan tanto de una concreta previsión normativa que haga referencia a la aporofobia en sus textos, sino que, dada la construcción y redacción jurídica con la que cuentan y el contenido de injusto del delito que tipifican, lo que reclaman es la existencia de una agravante genérica de aporofobia en el art. 22.4 CP.

TERCERA.- De la incidencia de la aporofobia en la previsión penal de las amenazas.

La aporofobia puede concurrir en el delito de amenazas del **art. 170.1 CP**, donde la amenaza ha de ser de un mal constitutivo de delito y se debe dirigir a un colectivo de personas y no a una persona individualmente considerada. Así, el hecho de referirse a un colectivo de personas, hace pensar en que el mismo ostente determinadas circunstancias sociales o culturales específicas, junto con la previsión de que vayan dirigidas *«[...] a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas [...]»*, lleva a concluir que la aporofobia, como en el caso de todas las circunstancias discriminatorias previstas en el art. 22.4 CP, podría ser perfectamente subsumible en dicho grupo social cuyas circunstancias socioeconómicas de indigencia promueva a

los autores del delito a amenazarles con un mal constitutivo de delito consecuencia del odio y discriminación que les produce su situación social.

CUARTA.- De la incidencia de la aporofobia en la previsión penal de las torturas y los tratos degradantes.

Se da una consideración similar en cuanto a los delitos de tortura y tratos degradantes (arts. 174 y 173.1 CP, respectivamente). Es evidente que «infligir un trato degradante» requiere que el autor esté movido por una determinada causa como puede ser la discriminación a una persona por su condición sociocultural o socioeconómica, de forma que el odio hacia un determinado colectivo puede llevar al infractor a la comisión del tipo del art. 173.1 CP. Sin embargo, reforzaría más la posibilidad de considerar la aplicación de tal precepto cuando concurra odio o discriminación por razón de aporofobia en el caso de que existiese una circunstancia agravante genérica en el art. 22.4 CP para el caso concreto de la aporofobia, para los supuestos en los que, como en el del art. 173.1 CP el autor del delito se vea movido a la comisión del mismo por el odio o la discriminación que profesa hacia un determinado colectivo. En cuanto a las torturas, es evidente que concurre una mayor gravedad de la conducta de la autoridad o funcionario público culpable cuando el odio o discriminación que profese hacia un determinado colectivo haya sido determinante para la comisión de la tortura, de manera que, como en el caso de los tratos degradantes, la aplicación del tipo se vería reforzada con la existencia de una circunstancia agravante en el art. 22.4 CP para la aporofobia.

QUINTA.- De la incidencia de la aporofobia en la previsión penal de la discriminación laboral.

Por lo demás, hemos de destacar, en otro ámbito, el **art. 314 CP**, relativo a la discriminación laboral. De este precepto hay que destacar que, nuevamente, se da la específica necesidad de que se produzca una discriminación hacia un determinado colectivo. En este sentido, tal y como dejamos sentado para los casos de los arts. 510 y ss. CP, llamamos la atención de que, a pesar de no hacerse mención de la situación patrimonial o socioeconómica de la víctima, lo cierto es que se menciona una circunstancia que puede ponerse en relación con la situación de pobreza, como es la situación familiar, en tanto que la víctima puede verse envuelta en una situación familiar conflictiva que traiga causa de una precaria situación económica.

SEXTA.- De las actuaciones de los poderes públicos en materia de aporofobia y del perfil de las víctimas.

Los frentes pendientes por combatir los delitos de odio contra las personas sin hogar son muchos. A día de hoy, la mayor labor en materia de delitos de odio la desempeñan las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, quienes además son, junto con las Fiscalías Provinciales y la encomiable labor que han desarrollado a lo largo de los

últimos años, los actores que más proclaman un estatus cada vez más justo y equitativo para las personas «en situación de calle» y para combatir la aporofobia desde el orden penal.

Y es que, la mayoría de las víctimas de estos delitos son personas que han pasado por terribles dificultades por causas de diversa índole (alcohol, drogas, y consecuente marginación social, desestructuración familiar, etc.) y en las que la precaria asistencia y ayuda por parte de los poderes públicos, en todas sus manifestaciones, les impide rehacer su vida de manera normal, por lo que su única alternativa es vivir en la calle. En este sentido, llama la atención cómo, a pesar de que muchas de estas personas tienen contacto con sus familias, no obstante siguen viéndose obligadas a vivir en la calle, como es el caso de la víctima de la Sentencia analizada a lo largo de este trabajo (**SAP de Barcelona, de 5 de noviembre de 2008**), quien acabó siendo vejada, maltratada, quemada y finalmente matada por parte de sus agresores, y que mantenía algún tipo de contacto con sus hijas, aunque dados los problemas familiares y personales latentes se encontraba «en situación de calle». Es por ello que por situaciones como ésta la labor que deben desempeñar los poderes públicos es acuciante y necesaria, empezando por la oportuna legislación penal y administrativa, posibilitando a nuestros Jueces y Tribunales perseguir y condenar la incidencia de la aporofobia en este tipo de conductas, facilitando la labor a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y finalmente prestando asistencia social de indudable urgencia para las personas «en situación de calle».

Resulta igualmente alarmante el hecho de que la gran mayoría de personas «en situación de calle» no denuncian los hechos delictivos que sufren por tener poca confianza en la acción de la Justicia, además de que no confían en los Cuerpos de Seguridad del Estado, por distintos miedos y temores. Las personas sin hogar son prejuizadas solamente por su apariencia y por el hecho de vivir en la calle, la mayoría de la población les tiene miedo e incluso desprecio, y es por ello que estas víctimas no ven sentido a denunciar los hechos, ya que en la mayoría de casos este tipo de denuncias terminan siendo un «expediente archivado» sin ningún tipo de castigo para los denunciados o con penas leves, fundamentalmente por falta de prueba. Además, las personas «en situación de calle» se encuentran en la tesitura de que en muchas ocasiones les es imposible identificar a sus agresores y por tanto imposible o casi imposible la posterior denuncia.

Debido a la gran falta de apoyo que sienten las personas «en situación de calle», y el nivel de desprotección que ostentan, ciertos órganos estatales han puesto en marcha varios procedimientos, entre los que podemos destacar la **Instrucción nº 16/2014 de la Secretaría de Estado de Seguridad, de 7 de enero de 2015, por la que se aprueba el «Protocolo de Actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para los Delitos de Odio y Conductas que Vulneran las Normas Legales sobre Discriminación»**. De este documento jurídico se debe de destacar que dicho Protocolo está incluido dentro de las paulatinas adaptaciones de la legislación en materia de los «delitos de odio», al igual que los nuevos principios consolidados a nivel internacional. El fin de dicha Instrucción es el de *«constituir un procedimiento e instrumento que trate de facilitar, y sin duda mejorar, la relación y la cooperación entre*

los miembros policiales y la sociedad diversa que conjugan nuestro país. Todo ello, a fin de garantizar la seguridad, proporcionar información, y prevenir y actuar ante las amenazas e incidentes de esta índole». Hay que destacar también que en el Protocolo se adoptan y especifican distintas medidas que ayudan a determinar los criterios y contenidos esenciales a recopilar y documentar en los informes policiales, sobre todo a la hora de arbitrar una adecuada actuación y dar respuesta ante los diferentes hechos que por su naturaleza puedan calificarse como «delitos de odio», dando especial protagonismo a tratar de documentar aquellos indicadores que faciliten la identificación y concurrencia de motivaciones que permitan apreciar un incidente, desde un punto de vista jurídico-penal.

Sin embargo, a pesar de los avances que se han logrado hasta la fecha, nos seguimos encontrando ante una situación de indudable demanda social. No queremos dejar de criticar ni por un instante la insuficiente labor desarrollada por parte del legislador y de los Gobiernos de las diferentes legislaturas, con especial incisión, claro está, en el Ministerio del Interior. Esperamos que este trabajo sirva y conciencie a todo aquel que pueda movilizarse y realizar su aporte en pro de tratar la situación de la aporofobia en España, y sus incuestionables efectos paradigmáticos, empezando por el ciudadano de a pie, y terminando en la labor que deben desarrollar los poderes públicos.

SÉPTIMA.- De la previsión ejemplarizante del fenómeno de la aporofobia en otros sistemas jurídicos.

La previsión normativa expresa sobre aporofobia tanto en materia penal como en el marco constitucional de muchos países de nuestro entorno, especialmente de Europa del Este, junto con la positivización de una circunstancia discriminatoria por razón de la situación socioeconómica del sujeto ofendido en diversos textos internacionales y de índole europea de los que España es parte, lleva a replantearse una vez más la cuestión de la importancia de esta realidad social que cada vez resulta más preocupante.

El estudio de la normativa internacional, así como el análisis de Derecho Comparado que se ha realizado en este dictamen, pretenden arrojar luz sobre la necesidad de concienciar a la sociedad y a los poderes públicos desde un punto de vista técnico-jurídico, puesto que prever lo que otros sistemas jurídicos de nuestro entorno y los textos de organizaciones internacionales de primer orden prevén, supondría perfeccionar nuestro sistema jurídico para evitar los escollos normativos e injusticias sociales que la falta de tipicidad puede en muchas ocasiones acarrear.

OCTAVA.- De la proyección *ad futurum* de la situación.

No se debe concluir sin hacer mención de una noticia de cierta actualidad (20/05/2016). Se trata de lo que podría ser la apertura de un nuevo frente en el terreno de los delitos de odio contra las personas sin hogar, en tanto en cuanto se ha dado un caso en el que la Acusación arremete ni más ni menos que contra un Gobierno

regional por no haber prestado la debida asistencia a una persona «en situación de calle», lo que incluso podría derivar en responsabilidad penal. Así, el **Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Santiago de Compostela** investiga la presunta precaria atención asistencial que dio la Xunta de Galicia a una persona sin hogar en Santiago de Compostela. El objeto de la investigación es determinar si distintos cargos de las Conserjerías de Política Social y de Sanidad incurrieron en «eventuales responsabilidades penales» por la dilación para encontrar centro residencial adecuado a una persona «en situación de calle» en Santiago de Compostela. De este modo, el Juez, en forma de **Auto**, se pronuncia sobre la «deducción de testimonio de particulares» y su remisión a la Fiscalía para depurar las responsabilidades en los hechos investigados.

Con esta noticia se abre una puerta ante la posibilidad de que los Jueces comiencen a sensibilizarse con un sector tan vulnerable de nuestra sociedad y puedan actuar con todo el rigor de la Ley. Se están instruyendo investigaciones del caso, las cuales pueden quedar en archivo, pero el hecho de que se investigue da un halo de esperanza para creer que la triste situación de estas personas puede llegar a cambiar, pues se pone de manifiesto una contienda entre los distintos poderes del Estado, en cuanto que un Juez reclama a un Gobierno regional el no prestar la asistencia debida a una «persona en situación de calle», lo cual ya no solo hace pensar en la responsabilidad penal en la que incurren los particulares que, movidos por la aporofobia, delinquen contra este sector de la población, sino que podemos empezar a plantearnos la necesidad de depurar responsabilidades, incluso penales, sobre el ente que, paradójicamente, más se debe movilizar para combatir la aporofobia: la Administración Pública.

En Almería, a 13 de noviembre de 2016.

Fdo.: Germán Serrano Rodríguez.

Bibliografía

- a) AGUILAR GARCÍA, M. Á. 2011. «**Necesaria reforma del artículo 510 del Código Penal**». *Informe Raxen Especial: Acción Jurídica Contra El Racismo y Los Crímenes de Odio - Movimiento Contra La Intolerancia*, p.11–18.
- b) AGUILAR GARCÍA, M. Á. 2011. «**Principales problemas detectados en el ámbito de los delitos de odio y discriminación: necesidad de respuesta especializada en el ámbito de la Fiscalía**». *Estudios jurídicos. Centro de Estudios Jurídicos*.
- c) ARAGÓN REYES, M. 2011. «**Derechos Fundamentales y su protección. Temas básicos de Derecho Constitucional: Tomo III**». Pamplona: Civitas, p. 133-138.
- d) ECRI. 2011. «**Cuarto Informe sobre España**». Consejo de Europa. Desde la publicación del tercer informe sobre España de la ECRI, se han realizado progresos en el ámbito de los delitos de odio y discriminación.
- e) FREIXES SANJUÁN, T. 1995. «**Las Principales Construcciones Jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El Standard Mínimo Exigible a los Sistemas Internos de Derechos en Europa**». *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, N° 11-12, págs. 97-115.
- f) GASCÓN CUENCA, A. 2012. «**Evolución jurisprudencial de la protección ante el discurso del odio en España en la última década**». *Cuadernos Electrónicos de Filosofía Del Derecho*, p. 310–340.
- g) ILLANA CONDE, A.J. 2015. «**Oposiciones al Cuerpo de Ayudantes de instituciones penitenciarias**» (Temario Derecho Penal). Granada: 13 FOREVEN, SL.
- h) LANDA GOROSTIZA, J. 2012. «**Incitación al odio: Evolución jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de lege lata**». *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, nº 7, p. 297-346.
- i) MINISTERIO DEL INTERIOR. 2015. «**Informe sobre incidentes relacionados con los delitos de odio en España**».

- j) PERDIGUERO BAUTISTA, E., y DE URBANO CATRILLO, E. 2012. **«Delitos contra los derechos fundamentales y las libertades públicas»**. Wolters Kluwer.
- k) PÉREZ ROYO, J. 2007. **«Curso de Derecho Constitucional»**. Madrid: Marcial Pons, p. 239-273.
- l) RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. 2007. **«Una propuesta de clasificación de los delitos de discriminación en el Código Penal español»**. Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional - Universidad de Castilla-La Mancha. Dos mil-tres mil, nº 11.
- m) SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, M.A. 2010. **«Atestado policial: algo más que una denuncia»**. Noticias jurídicas.

ANEXO I

Denominación del caso: <i>“El interés del menor agresor frente al interés de la menor víctima de violencia de género en los procedimientos de menores”</i>	Profesor clínico: MARÍA SONSOLES VIDAL HERRERO
Empresa beneficiaria FFP: Fundación Luz Casanova	Nivel de Clínica: 5 Grupo nº: 2

Alumnos que firman el trabajo y rol desempeñado en el grupo:		Fecha de envío del informe del caso: 29/04/2016
Coordinador:	Carlos Román Jarana	
Investigador:	Paula Porte Sendra	
Comunicador:	Yenny Rojas Castro	
Redactor:	Germán Serrano Rodríguez	

SOLUCIÓN DE LA CONSULTA PLANTEADA:

A lo largo de este informe se analizará la situación actual del infractor menor y de la víctima menor en materia de violencia de género.

Para ello, hay que tener en cuenta la protección jurídica que se ofrece a ambos sujetos: La Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor protege al menor infractor (estableciendo sus derechos y garantías a lo largo de un proceso), y la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (que garantiza una serie de servicios y garantías sociales a las víctimas de este tipo de delitos).

Nos encontramos ante una cuestión especialmente delicada. El nivel de cuidado exigido en beneficio del tratamiento jurídico del reo es más estricto si cabe en el caso de menores, motivo por el cual la tutela y desarrollo normativo al respecto requiere de un estatus merecedor de estar recogido en una ley penal especial.

En ocasiones el interés superior del menor infractor entra en conflicto con el interés superior de la menor víctima de la infracción penal. En el caso que nos concierne, la violencia de género en el ámbito de menores, ésta es una cuestión en la que se deben valorar una serie de elementos de especial importancia en un ámbito tan delicado como es la violencia de género entre menores.

Hemos de tener presente que la menor víctima de delito, en este caso de violencia de género, requiere un nivel de tutela superior por su condición de menor, en atención, en todo momento, al interés superior del menor. Entonces surge el planteamiento de la aparente controversia: ¿existe una colisión los derechos del menor infractor y los derechos de la menor víctima de violencia de género?

Como ocurre en el caso de adultos, los derechos de infractor y víctima no entran en colisión, sino que cada uno de ellos se mueven en ámbitos distintos; el menor infractor deberá recibir la aplicación de las medidas que se estimen pertinentes por el juzgador de cara a su reeducación y reincorporación plena a la sociedad, debiendo depurarse las responsabilidades civiles que procedan por parte de sus representantes legales y en beneficio de la víctima. Las medidas cautelares y, en general, los sistemas de protección que asisten a la víctima de violencia de género obrarán de acuerdo con la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, mientras que el interés superior del menor jugará un papel muy relevante en la interpretación y aplicación de la normativa, al igual que ocurre en el caso del menor infractor, si bien siempre teniendo presente que nos movemos en diferentes órbitas, y que por tanto deberemos saber distinguir cómo se pone de manifiesto dicho interés superior en uno y otro caso, sin perder de vista que tal circunstancia no significa que uno y otro ámbito entren en conflicto, pues tanto el estatuto jurídico del menor infractor, como el estatuto jurídico de la víctima menor de violencia de género delimitan perfectamente el tratamiento jurídico que asiste a cada sujeto.

También debemos tener en cuenta que el menor infractor en violencia de género se encuadra dentro del período de la adolescencia. En esta etapa de la vida, la persona asiste a un conjunto de situaciones y circunstancias de continuo cambio, de desarrollo madurativo, de vivencias e inquietudes y de indudables dificultades personales, e incluso de trastornos en el carácter y en la personalidad. Todo este desarrollo biológico se presenta en la persona en una etapa en la que, precisamente, debe encaminarse hacia su formación personal y en la que se debe dar cuenta de la progresiva asunción de responsabilidades. Esta cuestión debe ser tenida en cuenta como manifestación importante de la consideración del interés superior del menor en este ámbito y en sede del tratamiento que debe profesarse al menor infractor.

A) Breve resumen del caso: Históricamente, la violencia en la pareja se ha asociado mayoritariamente a las relaciones adultas, y muchas de las veces, en el ámbito del

matrimonio, asumiéndose que las relaciones de pareja entre adolescentes no eran importantes o estaban exentas de violencia. Los propios adolescentes, piensan que la violencia de género está asociada a la vida adulta y a las relaciones caracterizadas por el compromiso, la convivencia y la paternidad.

Sin embargo, la realidad muestra que esta violencia se da también entre adolescentes. La violencia en el noviazgo es una de las expresiones más desconocidas de la violencia contra la mujer, y quizás sea, una de las más preocupantes, ya que tiene lugar en una edad muy temprana, en pleno desarrollo de la personalidad, tanto del agresor como de la víctima.

La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (LORRPM) se aplica para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos en el Código Penal o las leyes penales especiales. La propia ley define la naturaleza de su procedimiento como “formalmente penal pero materialmente sancionador-educativo”. Se considera al menor responsable penalmente de sus actos y de las consecuencias que acarrearán y la respuesta del sistema es eminentemente educativa. En los casos de violencia de género en los que agresor y víctima son menores de edad, ¿se puede decir que la víctima está desprotegida en la jurisdicción de menores? El que la víctima del delito cometido por un menor pueda tener intervención activa en el proceso como acusación particular ha sido y es una cuestión controvertida con detractores y defensores. La posición de la víctima es una posición difícil en esta jurisdicción. Su fin prioritario, la reeducación y reinserción del agresor, no tiene por qué ser compartido por la víctima.

B) Hechos planteados en la consulta:

La violencia de género entre adolescentes es entendida como la violencia física o psíquica ejercida por un varón menor de edad hacia una mujer también menor de edad que sea o haya sido su cónyuge o entre los que exista una relación análoga de afectividad (aún sin convivencia) es una realidad que ha aumentado desde 2011.

El Instituto Nacional de Estadística (en adelante INE), ha recogido una serie de datos donde se refleja un descenso ligero de violencia de género en general desde el año 2011 (-0,1%). Sin embargo, el mayor aumento de víctimas se dio entre menores de 18 años, que se incrementó un 15.04% en 2014 respecto de 2013. Respecto del menor infractor, se incrementó el número de menores infractores denunciados en orden de protección o medida cautelar en un 18.4% en 2014 respecto de 2013.

Existe una sensación de impunidad en materia de menores que delinquen. En contra de ello, en el ámbito de violencia de género entre adolescentes, las reformas legislativas en materia penal y procesal han supuesto un endurecimiento de las medidas judiciales para el menor infractor y, a su vez, un reforzamiento de las garantías para la seguridad y protección de la víctima menor.

Todas estas cuestiones son objeto de estudio en este informe, concretándose bajo el marco de las siguientes cuestiones:

Análisis del delito de violencia de género en adolescentes:

- ¿Pueden los adolescentes cometer delitos de violencia de género?
- ¿Se puede considerar el noviazgo como relación análoga de afectividad?
- Si el agresor es menor de edad, ¿Se puede acordar la orden de protección? ¿Qué medidas cautelares penales se pueden adoptar cuando el agresor es menor de edad? ¿Queda desprotegida la víctima menor con estas medidas?

C) Respuesta a la consulta:

1. CONTEXTUALIZACIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL MENOR ADOLESCENTE, TANTO INFRACTOR COMO VÍCTIMA. ASPECTOS MOTIVACIONALES Y ACTITUDINALES EN EL MENOR INFRACTOR Y SU REALIDAD SOCIAL.

1.a.- Concepto de violencia de género

Para empezar con este Informe lo primero que hay que precisar es el concepto de violencia de género. Para ello se ha consultado la palabra violencia en el Diccionario de la Real Academia Española y tiene 4 posibles significados:

- 1.- Cualidad de violento.
- 2.- Acción y efecto de violentar o violentarse,
- 3.- Acción violenta o contra el natural modo de proceder.
- 4.-Acción de violar a una persona.

Respecto a la palabra “género”, encontramos varios significados, siendo el que más se adapta el número 3: “Grupo al que pertenecen los seres humanos de cada sexo, entendido éste desde un punto de vista sociocultural en lugar de exclusivamente biológico”.

Respecto al significado social que se le ha dado a la conjugación de las dos palabras, podríamos decir que la Violencia de Género es la acción violenta, machista o intimatoria que ejerce una persona del sexo masculino hacia otra persona del sexo opuesto. Específicamente el artículo 1.1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género nos establece que el objeto de la Ley es actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges, o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia. Por tanto, queda claro que será considerada Violencia de Género, según la Ley, la violencia ejercida por un hombre sobre una mujer. Cuando se habla de violencia de género también se puede hablar de violencia doméstica, ya que se suele ejercer dentro del hogar, violencia de pareja y violencia machista.

En concreto podemos establecer que existen tres tipos claramente diferenciados de lo que es la violencia de género. Así, en primer lugar, se encuentra la llamada violencia física, que es aquella en la que la mujer es víctima de malos tratos que dejan huellas en su aspecto. Este sería el caso de golpes, empujones, patadas, mordiscos o todos aquellos que son causados por el agresor al hacer uso de sus manos o de objetos como pueden ser arma blancas, cinturones, palos etc.

En segundo lugar, está la conocida como violencia de género psicológica. Esta se produce cuando el hombre increpa a la mujer mediante insultos, humillaciones, desprecios, amenazas o acoso. De esta manera, la víctima es fruto de una manipulación que se traduce en que ella se sienta despreciada, indefensa e incluso culpable de las reacciones de su pareja.

Además de la violencia de género física y psicológica, está la sexual. En este caso, el hombre utiliza la coacción o a la amenaza para establecer relaciones sexuales no deseadas por la mujer.

La Organización de Naciones Unidas en la IV Conferencia Mundial de 1995 reconoció ya que la violencia contra las mujeres es un obstáculo para lograr los objetivos de igualdad,

desarrollo y paz, que viola y menoscaba el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales³⁰. Además, la define ampliamente como una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres. Existe ya incluso una definición técnica del síndrome de la mujer maltratada, que consiste en «las agresiones sufridas por la mujer como consecuencia de los condicionantes socioculturales que actúan sobre el género masculino y femenino, situándola en una posición de subordinación al hombre y manifestadas en los tres ámbitos básicos de relación de la persona: maltrato en el seno de las relaciones de pareja, agresión sexual en la vida social y acoso en el medio laboral»³¹.

En 1999, la Asamblea General de las ONU declaró el 25 de noviembre como Día Internacional de la Eliminación de la Violencia contra la Mujer. La fecha recuerda el asesinato de las hermanas Mirabal, tres activistas dominicanas.

1.b.- Contextualización de la violencia de género en el menor adolescente. Aspectos motivacionales y actitudinales en el menor infractor y su realidad social.

Datos estadísticos

Para poder hacer una correcta contextualización de la violencia de género en el menor adolescente es preciso acudir a datos y cifras reales. En este caso las bases de datos consultadas han sido las del Instituto Nacional de Estadística (en adelante INE) y los informes del Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ).

³⁰ Informe de la cuarta conferencia mundial sobre la mujer, Beijing 4 a 5 de septiembre de 1995, realizado por la Organización de las Naciones Unidas, página dos: <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf>

³¹ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (BOE núm. 313, de 29/12/2004), a la que de ahora en adelante nos vamos a referir como LOVG. Exposición de Motivos.

Desde el año 2011 y hasta el año 2014 el número de víctimas menores españolas de violencia de género ha ido en aumento, siendo en el 2011 un total de 431, y en el año 2014 el número de víctimas creció hasta las 460, siendo el año 2013 con 380 el que menos registro de víctimas tuvo.

Respecto a las nacionalidades de las víctimas son en su mayoría españolas, en segundo lugar, se encuentran víctimas con nacionalidades de países de América (mayoritariamente Sudamérica) y, en tercer lugar, de países del resto de Europa.

La relación que unía a las víctimas con los maltratadores, en las tablas consultadas desde los años 2011 a 2014, son similares, ocupa el primer lugar la relación afectiva de "novios" en segundo lugar la de "ex novios" y la tercera de "pareja de hecho", siendo en minoría las relaciones de "cónyuge" y "ex cónyuge" cabe destacar que el Código Civil, permite a los menores emancipados, a partir de los 14 años tanto a casarse como a hacerse pareja de hecho.

De los datos mencionados, hay que precisar que las víctimas eran menores de edad, pero no todos los agresores eran menores.

Referente a los menores de dieciocho años denunciados con adopción de orden de protección o medidas cautelares en el año 2011 fueron un total de 71, de los cuales 47 eran de nacionalidad española y 6 de nacionalidades del resto de Europa y estas cifras van aumentando conforme pasan los años asciendo en el año 2014 a un total de 90, de los cuales 53 eran españoles y 14 del resto de Europa. Se referencia de igual manera que en las víctimas menores, la tercera nacionalidad más concurrida era la de los países de América, lo mismo que para los denunciados.

Finalmente, y terminando con los datos extraídos de la página del INE, se precisa que respecto del tipo de delitos cometidos por menores contra menores (en el ámbito de la violencia de género), está en primer lugar el delito de lesiones, siendo en su gran mayoría el elegido por los menores para agredir a sus víctimas; en segundo lugar, están los delitos de tortura e integridad moral; y en tercer lugar el delito de amenazas. El delito de homicidio, sorprendentemente y favorablemente para la sociedad, no se ha registrado en este tipo de violencia desde los años 2011 hasta el 2014.

A manera de resumen respecto a los datos aportados anteriormente, el número de víctimas ha ido creciendo a lo largo de los años, siendo la nacionalidad de las víctimas y de los agresores en primer lugar española, en segundo lugar, de países de Europa y en tercer lugar de países de Sudamérica. Las relaciones que unían a los menores eran en su mayoría “novios” y “ex novios”, y en su minoría “cónyuge” y “ex cónyuge”. Finalmente, respecto a los delitos cometidos a la cabeza de las estadísticas se encuentra los delitos de lesiones y en los últimos años no se ha cometido, entre menores en el ámbito de la violencia de género, el delito de homicidio en ninguna de sus formas.

Respecto a los datos que aborda el CGPG, se enfocan desde el punto geográfico en el que se encuentran los menores, siendo los juzgados de menores que más procedimientos han registrado desde el año 2010 los de Andalucía, ascendiendo a 44, Valencia 23, y Cataluña 20; y los que menos, la Rioja con un procedimiento, y Cantabria, Navarra y Asturias con dos procedimientos cada una. Durante los años 2011, 2012, 2013, y 2014 los datos son similares, encabezando en todos los años los Juzgados de menores de Andalucía los que más procedimientos registran. Estas cifras se han ido incrementando a lo largo de los años llegando a registrarse en el año 2014 en los juzgados de Andalucía un total de 52 procedimientos. Respecto al total de los procedimientos en todo el país, el año que menos se registraron este tipo de procesos fue en el año 2010, el número asciende a 163.

Haciendo una comparativa en los años, podemos destacar que el número de procesos del año 2010 al año 2011, aumentaron en 46, pero en cambio del año 2011 al año 2012 hubo una leve reducción de 18 casos, y finalmente y más en la actualidad, en el año 2013 se registraron un total de 197, y en el 2014 un total de 208. Por tanto, aunque en el año 2012 hubo una leve mejoría, la media es que este tipo de casos tiende a aumentar con el paso de los años.

Como dato curioso, los juzgados de la Comunidad de Madrid registraron en el año 2014 un total de 12 casos, y en el año 2013, 6 casos. Por lo tanto, se cumple la regla general de las estadísticas de que este tipo de violencia, alarmantemente, va en aumento con el paso de los años, tanto a nivel nacional como a nivel de las comunidades autónomas con más registros.

Realidad social

Para poder plasmar la realidad social, se consultaron varias sentencias de la Fiscalía de Menores de la Comunidad de Madrid, así como de otras Fiscalías, en las cuales trataban casos de menores que agredían a menores y de las cuales se destacan los siguientes aspectos importantes referentes tanto a la víctima como al agresor.

En ellas se puede ver que se sigue un patrón generalizado de conducta del agresor. A modo de ejemplo, para poder hacer un análisis empírico, se han seleccionado dos sentencias para realizar la explicación. Se ha examinado el perfil del menor infractor, el tipo de conductas realizadas contra su víctima también menor de edad, la condena impuesta por los jueces de menores en cada caso, y cómo se ha abordado la intervención y tratamiento del menor.

En la primera de las sentencias consultadas (J.M de Lleida, sección 1, número de recurso 500/2013, numero de resolución 59/2014, Ponente Esperanza García del Ordi) los hechos ocurrieron en el año 2012, la víctima era una menor de 16 años (a fecha de hoy) pero cuando ocurrieron los hechos tenía solo 12 años. El agresor nació en el año 1998, por lo tanto, en el momento de los hechos tenía 14 años y por ende imputable penalmente. Los delitos por los que se juzgaron al menor fueron: un delito de malos tratos habituales del art.173.2 CP, dos delitos de lesiones del art.153.1 CP, un delito de agresión sexual a menor de trece años (edad tenida en cuenta como condición objetiva de punibilidad en aquel momento) del art.183.1, 2 y 3 del CP, y un delito de agresión sexual del art.178 y 179 del CP. Por la comisión de tales delitos se impusieron las siguientes medidas al menor infractor:

- Dos años de internamiento en régimen cerrado, cuya ejecución quedaría en suspenso durante dos años, siempre y cuando cumpliera las siguientes condiciones: a) no ser condenado en sentencia firme por delito cometido durante el tiempo que dure la suspensión, si ha alcanzado la mayoría de edad, o no serle aplicada medida en sentencia firme en procedimiento regulado por la LORRPM durante el tiempo que dure la suspensión, b) que asuma el compromiso de mostrar una actitud y disposición de reintegrarse a la sociedad, no incurriendo en nuevas infracciones, y c) que cumpla dos años de libertad vigilada con instrucción formativo laboral y tratamiento psicológico individualizado.

El incumplimiento de cualquiera de estas condiciones conllevaría el levantamiento de la suspensión y la ejecución del internamiento:

- Dos años de libertad vigilada con instrucción formativo laboral y tratamiento psicológico individualizado.

- Tres años de prohibición de aproximarse a la víctima a una distancia inferior a 200 metros, en cualquier lugar en el que ésta se encuentre, a su domicilio, centro docente, lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ella, así como de comunicarse con la misma, lo que le impedirá establecer con ella, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual.

El menor, y solidariamente con él sus padres, fue condenado a abonar la cantidad de 1.000 euros por las lesiones y 4.000 euros por daños morales.

Del informe pericial emitido sobre la víctima e incorporado a las actuaciones, se destaca el siguiente párrafo con el cual nos podemos situar en la realidad social de la víctima y sobre todo la valoración de un profesional: "El dictamen de los peritos describe los antecedentes familiares y trayectoria de la víctima y los resultados de su exploración psicológica, considerando su inteligencia en el límite de la normalidad y destacando como rasgos básicos de su personalidad la sumisión, el conformismo, la ansiedad, la baja autoestima, las dificultades de relación y carencias afectivas, calificándola como una adolescente vulnerable y con riesgo de padecer situaciones abusivas por parte de otros. Asimismo, señala la presencia de indicadores de la existencia de un tipo de relación con desequilibrio de poder, sumisión e indefensión, que describen por otro lado como una relación de poder/sumisión con componentes de dominio, chantaje y amenazas de él hacia ella que con el tiempo habrían dado lugar a algunas agresiones físicas, a sentimientos de miedo e indefensión que condujeron a la menor a acceder a las demandas de él y finalmente a que se diesen las conductas abusivas que denunció. Concluyeron en fin la credibilidad del relato de la víctima, tanto en lo relativo al tipo de relación con desequilibrio de poder, sumisión e indefensión, como en cuanto al contenido del relato de los malos tratos físicos con algún episodio abusivo sexual, considerándolos "compatibles con las características que se dan en una relación de violencia de género", añadiendo que entendían sin embargo "estas

relaciones sexuales no consentidas dentro del contexto de una relación de violencia de género”³².

En otra de las sentencias consultadas (JM de Barcelona, numero de recurso 38/2013, número de resolución, 227/2013, ponente María Sagrario Guitart Penafiel), los hechos versan sobre dos menores de 17 años, con una hija en común. El menor fue condenado como autor de un delito de malos tratos en el ámbito de la violencia de género, y un delito de amenazas leves en el ámbito de la violencia de género, a la medida de 12 meses de libertad vigilada con la prohibición de comunicarse y de acercarse a la víctima a una distancia no inferior de 500 metros, con abono del tiempo cumplido cautelar, absolviéndole de los delitos de coacciones en el ámbito de la violencia de género y del delito de maltrato habitual.

Como responsables civiles, condenaron a la madre y al menor acusado al pago solidario a la perjudicada, de la cantidad total de 180 euros en concepto de indemnización de daños y perjuicios.

En la sentencia se hace mención a la realidad social del menor acusado, información contenida en el Informe del Equipo Técnico adscrito a la Fiscalía de Menores: “procede entrar en el análisis de la medida educativa. Los informes emitidos por el ET ponen de manifiesto que se trata de un joven con una trayectoria personal y familiar con muchas dificultades, con una cultura propia de su país de origen en lo que atañe a las relaciones sentimentales, con pocas habilidades para gestionar el conflicto entre su pareja y la hija en común. No tiene un perfil disocial, pero sí ha pasado por una etapa de desmotivación formativa y un abandono precoz de la escolaridad”³³.

³² J.M de Lleida, sección 1, número de recurso 500/2013, numero de resolución 59/2014, Ponente Esperanza García del Ordi

³³ JM de Barcelona, numero de recurso 38/2013, número de resolución, 227/2013, ponente María Sagrario Guitart Penafiel

En las sentencias emanadas de los juzgados de menores de la Comunidad de Madrid, también se puede apreciar el siguiente patrón en los agresores:

- Nivel socio-cultural bajo, en las 4 sentencias los menores agresores procedían de familias con bajos recursos económicos y habían dejado sus estudios sin cumplir con la educación obligatoria.

- Desestructuración familiar, basada en la carencia de figura paterna y convivían o solo con la madre o con la madre y el padrastro, y este último no ejercía de figura paterna.

- Falta de control por parte de los padres, los menores entran y salen a la hora que estiman conveniente sin tener unas exigencias en los horarios de entradas o de salidas, incluso pasan ~~las~~ algunas noches fuera de casa.

- Poca vida social, son chicos que permanecen mucho tiempo en su casa sin hacer ningún tipo de actividad ni escolar, ni laboral y se relacionan la mayor parte del tiempo con su novia. Se dedican la mayor parte de su tiempo a ver la televisión.

- Finalmente se observa un carácter machista y agresivo en los menores infractores.

También cabe aportar en este documento y a modo de contextualización la información obtenida de la entrevista realizada por Radio Televisión Española 1 en el año 2012, en la cual se cuenta con la opinión de la psicóloga Natividad Hernández, psicóloga de la Comisión para la Investigación de Malos Tratos y la cual comenta lo siguiente: *“Nosotras tenemos que romper el hecho de que no es amor, ellas están convencidas de que si lo es, ellas se basan mucho en que estoy muy enamorada, le quiero mucho, él me quiere mucho y todo lo demás es justificable, todo lo demás vale. Cuando me insulta, cuando me desprecia, cuando me controla, me domina es claro pero que yo hablo con otros chicos, yo miro a otros chicos, yo me pongo escotes”*³⁴.

³⁴ Texto extraído de entrevista realizada por RTVE a la Psicóloga Natividad Hernández.

Esta profesional dirige una terapia con jóvenes y dice que este tipo de control también es maltrato y el germen de una violencia mayor si no se frena a tiempo. Un estudio realizado con jóvenes de entre 14 y 18 años reproduce patrones machistas en su relación. En esta mismas líneas Eva López, socióloga, de la Federación de Mujeres Progresistas establece que “la mayoría de ellos piensan que el rol de chicos debe ser : protector en 80 %, por ejemplo, celos, prueba de amor y las chicas deben asumir un papel de complacencia con los chicos”³⁵.

Como posibles ayudas a las menores, sobre todo a la víctima, se ha encontrado que, en el año 2012, el Instituto Andaluz de la Mujer (Andalucía es la Comunidad Autónoma que más sufre este tipo de delitos ente menores) puso en marcha un programa en aras a la prevención del machismo y la violencia de género desde edades muy tempranas, a través de muchos programas de coeducación. También en para las víctimas, a las que ofrece todos sus recursos para su protección, su seguridad y su plena recuperación y para que sepan prevenir y detectar a tiempo las situaciones de violencia. Se puso en marcha el programa de Atención Psicológica a Mujeres Menores de Edad Víctimas de Violencia de Género en Andalucía, al darse cuenta de que la atención psicológica a las víctimas adolescentes debe adecuarse a las características y necesidades concretas de su edad. Desde entonces ha conseguido ofrecer una atención psicológica muy especializada a víctimas de entre 14 y 18 años, además de proporcionar información y orientación a las madres, padres o tutores de dichas mujeres. Fruto de la experiencia vivida durante estos años publicó una herramienta para ayudar a las familias a afrontar la violencia de género que sufren sus hijas, así como para ayudar a profesionales que trabajen en este ámbito. Se trata de la Guía titulada 'El novio de mi hija la maltrata. ¿Qué podemos hacer?'³⁶.

³⁵ *Texto extraído de entrevista realizada por RTVE a la socióloga Lopez Eva.*

³⁶ Título de la guía publicada por la Junta de Andalucía, elaborada por Juan Ignacio Paz Rodríguez, en el siguiente enlace <http://www.juntadeandalucia.es/institutodelamujer/index.php/publicaciones1/novedades/el-novio-hija-maltrata-podemos-hacer-guia-madre-padre-hijas-adolescentes-violencia-genero>

Esta Guía es fruto de la experiencia vivida durante estos dos años en el programa, y especialmente en los grupos de apoyo a las familias, donde se detectó la demanda de formación, de apoyo y de orientación ante un problema que les resultaba totalmente nuevo y desconocido. Sus dudas, sus miedos, sus experiencias, sirvió de base para realizar una guía sistematizada que pretendía convertirse en una herramienta para ayudar a otras familias a afrontar la violencia de género que sufren sus hijas, así como para ayudar a profesionales que trabajen en este ámbito.

Se trata de una Guía dirigida a las familias de las jóvenes que pasan por el programa de atención psicológica, pero también a todas las familias andaluzas que quieren estar preparadas y formadas para saber detectar a tiempo y, sobre todo, actuar ante cualquier síntoma de maltrato que puedan sufrir sus hijas³⁷.

Esta guía debido al gran impacto e interés social que tuvo se puso a disposición de todo el mundo en la Red ya que es una situación preocupante y alarmante para las familias. Muchos padres se preguntan por qué su hija no deja a su novio si le está haciendo daño y por qué ella no reacciona como ellos pensaban que lo haría. La Guía señala que lograr que una adolescente o una joven deje de sufrir violencia por parte de su pareja no suele ser una tarea fácil ya que generalmente es un proceso complicado, largo en el tiempo y que va a poner a prueba la fuerza y estabilidad como madres y padres y como familia.

En la guía se recuerda que la violencia de género empieza a aparecer desde que se establecen las primeras relaciones de pareja, la mayoría de ellas en la edad comprendida entre los 14 y los 18 años, es decir, la llamada adolescencia no siempre como comportamientos agresivos, más evidentes y fáciles de detectar, sino como comportamientos que favorecen la desigualdad, el acoso, el dominio y el abuso. Y que cuando aparece la violencia en su faceta de agresión física la menor que la sufre ya está muy dañada en sus aspectos emocionales, relacionales y psicológicos. Se recomienda a los padres y a las madres que es imprescindible

³⁷ Según la introducción que se establece en la guía, como exposición de los motivos que se dieron para realizar la guía "<http://www.juntadeandalucia.es/institutodelamujer/index.php/publicaciones1/novedades/el-novio-hija-maltrata-podemos-hacer-guia-madre-padre-hijas-adolescentes-violencia-genero>"

entender que, aunque el novio de su hija no emplee conductas que se identifiquen como violencia, tales como patadas , puñetazos o bofetadas, la presencia de conductas de desigualdad, de dominio, que busquen la sumisión de ella o que ceda siempre a las imposiciones de él, son las manifestaciones tempranas de que en la relación se está instaurando la violencia de género, todo esto significará que los padres se van a enfrentar a un proceso largo, duro y complejo, “más parecido a lograr que una joven abandone una toxicomanía o a rescatarla de una de esas sectas destructivas que lavan el cerebro”³⁸.

Esta Guía señala tres situaciones posibles, tres escenarios posibles a la hora de afrontar este problema. El primero de ellos es en el caso de que la hija les cuenta a los padre que tiene dificultades, ello significa que la relación de violencia está bastante avanzada. Hay que reaccionar rápido, no bloquearse, buscar ayuda profesional especializada y no juzgarla por no haber pedido ayuda antes ni presionarla para que facilite todos los detalles de su situación. En segundo lugar, está la situación en la cual la menor si reconoce que tiene un problema con su pareja, aunque sólo sea porque es un hecho evidente y señalado, o denunciado, por la gente de su entorno, éste puede ser un buen momento para explicarle que a veces las relaciones de pareja se vuelven poco saludables. En la Guía se aconseja que los padres le den la razón a las hijas, que no la juzguen, y jamás decirle que ella se lo ha buscado y que darle la razón, también recomienda sugerirle que acuda a un centro especializado donde le pueden ayudar a que las cosas vayan a mejor, sin necesidad de que tenga que finalizar con su relación. El último de los escenarios posibles es cuando la joven no reconoce que está teniendo dificultades y no quiere actuar, los especialistas del Instituto Andaluz de la Mujer aconsejan tratar de recobrar la confianza, y que el hogar sea un sitio donde ella se sienta segura y tranquila. Porque «una de las estrategias que habrá utilizado él para someterla es alejarla de

³⁸ Tal y como apunta la guía <http://www.juntadeandalucia.es/institutodelamujer/index.php/publicaciones1/novedades/el-novio-hija-maltrata-podemos-hacer-guia-madre-padre-hijas-adolescentes-violencia-genero>

vosotros. Seguramente él la habrá convencido de que no queréis que sea feliz, que la tratáis como a una niña, que no la dejáis vivir su amor, que le tenéis manía, que lo odiáis...»³⁹.

Las primeras reacciones que suelen tener las madres y los padres cuando se enteran de la situación de violencia de género que está sufriendo su hija, pese a ser normales, no suelen ser las más adecuadas para lo que ella necesita. Rabia, enfado, angustia, no querer creérselo o quitarle importancia, culparla o culparse, avergonzarse, enjuiciarla o reprocharle que quiera continuar la relación, desconcierto y desorientación, querer controlarla, hablar con la pareja de la hija o con sus padres, esperar a que sea ella la que actúe. Actuar de esta manera puede llevar a que la chica pierda la confianza de sus progenitores y que, aún peor, él se presente como víctima ante los demás e incluso ante la menor. Tampoco se debe forzar a la menor a que termine la relación, cuando no está preparada para ello. Y si ha 'cortado' con su pareja, aunque se sospeche que es algo temporal, hay que intentar que no se ponga en contacto con ella y desaconsejarle que lo vea o hable con él.

Por difícil y contradictorio que pueda parecer, a veces es mejor que los padres permitan o toleren que su hija mantenga la relación de pareja que la está dañando y que se niega a terminar. La violencia de género provoca en la mujer que la sufre una dependencia emocional y unos daños personales que dificultan mucho o impiden que la víctima pueda protegerse o alejarse de su maltratador. Esta dependencia se ha comparado en numerosas ocasiones con una adicción, por eso de que prohibir a una persona toxicómana que use las drogas no es la solución. De modo que hay que intervenir para «curar» esa adicción. En los grupos de madres y padres del gobierno andaluz muchos planteaban cómo la prohibición provocó que su hija se alejara de ellos, reforzando el aislamiento que tan conveniente le resultaba al maltratador e incluso acercándola afectivamente más a él. «La prohibición hacía que yo fuera siempre la mala de toda esta historia, ya que él le comía el coco para ponerla en mi contra», confesó una madre. Consejo: la adolescente necesita asumir que la relación es

³⁹ *texto extraído de la guía publicada en* <http://www.juntadeandalucia.es/institutodelamujer/index.php/publicaciones1/novedades/el-novio-hija-maltrata-podemos-hacer-guia-madre-padre-hijas-adolescentes-violencia-genero>

negativa para ella, que la está dañando, y para que eso ocurra tiene que mantener la relación, por muy contradictorio que pueda resultar.

Respecto a las relaciones sexuales, la Guía explica que cuando la relación de pareja se construye desde el dominio y la desigualdad las relaciones sexuales no van a ser ajenas a este modelo de abuso y violencia, las víctimas suelen sufrir mucha presión para mantener relaciones sexuales, por medio de chantajes emocionales por parte de su pareja, del tipo 'si me quisieras de verdad lo harías conmigo' o amenazas como "¡tendré que dejarte e irme con 'tal', que sí quiere!", y muchas imposiciones sobre la forma en que deben mantener las relaciones sexuales, como por ejemplo, prácticas sexuales no deseadas, tiempos, etc. Una buena comunicación sobre el tema con los padres puede contrarrestar o prevenir.

El Instituto de la Mujer de Andalucía recomienda la aplicación del programa 'DetectAmor', para que las jóvenes puedan reflexionar acerca de sus ideas sobre el amor, sobre cómo son las relaciones de pareja que establecen y si éstas son en igualdad o son relaciones de abuso. En otros puntos del país también tratan de colaborar y ayudar respecto al tema tratado y en hay una página web, www.geubiok.net, del Área de Igualdad del Ayuntamiento de Bilbao, con test para valorar relaciones de noviazgo y cómics para la prevención y detección de la violencia de género, relaciones tóxicas y uso de las redes sociales. Y un blog muy instructivo que funciona desde el año 2007 y que tiene mucho éxito en toda España, e internacionalmente, el blog se titula 'Mi novio me controla... lo normal', y está destinado a «chicas confundidas por el amor que quieren desconfundirse». Este Blog fue creado por la psicóloga vizcaína y especialista en violencia de género Ianire Estébanez⁴⁰.

Se ve claramente en la información recopilada, que una buena prevención es una eficaz información en las víctimas, y que la confianza y relación con sus padres puede ser muy importantes para no dejar caer a sus hijas en este tipo de relación, o una vez que estén en ella, puedan ser rescatadas a tiempo del sufrimiento que significa. Por la edad, en este caso

⁴⁰ información recogida en el periódico local de Bizkaia, el correo <http://www.elcorreo.com/bizkaia/sociedad/201602/02/novio-hija-maltrata-hacer-20160201134415.html>

de la víctima también menor de edad, muchas veces no distinguen claramente lo que es el maltrato ya que lo asocian directamente a golpes o palizas , pero existen muchas clases de maltrato que con una buena información sería detectado a tiempo por las mismas víctimas, que de manera “general” suele terminar sus relaciones cuando las agreden, ya que a diferencia de las mujeres maltratadas adultas, no tienen hijos, no viven con sus parejas y no tienen ningún tipo de dependencia económica. La idea del programa que recomienda el Instituto Andaluz de la mujer, parece sumamente interesante ya que combina a la perfección la realidad social del maltrato con las necesidades tecnológicas de las menores.

Finalmente, cabe destacar un estudio realizado por la Unidad de Psicología Preventiva de la Universidad Complutense de Madrid, cuya Directora General, Doña María José Díaz-Aguado Jalón, Rosa Martínez Arias (Metodología) y Javier Martínez Babarro (Ejecución técnica) ha puesto de manifiesto que entre el 10,7% de las adolescentes ha vivido situaciones de maltrato de pareja⁴¹.

Reconocer los primeros indicios de una relación abusiva es clave para la detección. Estos autores (Díaz-Aguado et al., 2002) señalan que:

1 La violencia no tarda mucho en aparecer. En un principio la víctima cree que podrá controlarla. En esta primera fase la violencia suele ser de menor frecuencia y gravedad que en fases posteriores. A veces comienza como abuso emocional: coaccionándola para llevar a cabo acciones que no se desean, obligando a romper todos los vínculos que la víctima tenía antes de la relación (con amigas, trabajo, incluso con la propia familia de origen...), y lesionando gravemente su autoestima cuando no se conforma al más mínimo deseo del abusador. La víctima responde intentando acomodarse a dichos deseos para evitar las agresiones, que suelen hacerse cada vez más graves y frecuentes, pasando, por ejemplo, a incluir también agresiones físicas.

⁴¹ Datos obtenidos del Estudio realizado por la Unidad de Psicología Preventiva de la Universidad Complutense de Madrid, cuya directora general Doña María José Díaz-Aguado Jalón,

2 Suele existir un fuerte vínculo afectivo. La mayor parte de los agresores combinan la conducta violenta con otro tipo de comportamientos a través de los cuales convencen a la víctima de que la violencia no va a repetirse; alternando dos estilos opuestos de comportamiento, como si fuera dos personas diferentes (...) En estas primeras fases, una de las principales razones para que la víctima permanezca con el agresor es la existencia del vínculo afectivo junto a la ilusión de creer que la violencia no se va a repetir.

3 Cuando el vínculo afectivo no es suficiente surgen las amenazas. En las fases más avanzadas, el agresor amenaza a la víctima con agresiones muy graves si llega a abandonarle (...)

Establecer una relación de confianza con el alumnado y una comunicación fluida con las familias puede ser de gran ayuda para detectar este tipo de violencia. Además, debe estarse atento/a a los siguientes indicadores, que pueden estar relacionados con la vivencia de una relación abusiva:

- 1 Disminuye su rendimiento escolar.
- 2 Está triste o angustiada, no se concentra en clase.
- 3 Falta injustificadamente o abandona los estudios.
- 4 Se la ve alejada de su grupo de amistades, en clase, en los recreos y a la salida del centro.
- 5 No quiere asistir a excursiones o a viajes de fin de curso.
- 6 Su actitud ante el profesorado y sus compañeros/as es diferente a la que solía tener.
- 7 Expresa opiniones en las que justifica las desigualdades de género o el maltrato⁴².

⁴² Ministerio de sanidad, servicios sociales e igualdad, Federación española de municipios y provincias, mujeres víctimas de violencia de género: http://www.aulaviolenciadegeneroenlocal.es/consejoscolares/deteccion_lo_que_debes_saber_jovenes.php

Respecto a los jóvenes que maltratan:

Según datos del estudio “La evolución de la adolescencia española sobre la igualdad y la prevención de la violencia de género” elaborado en 2013 por la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, la mayoría de jóvenes rechaza de forma generalizada la violencia, el sexismo y la violencia de género. Sin embargo, el informe señala que un porcentaje importante justifica el uso de la violencia en diversas situaciones. Entre otros datos, destacamos que el 30,8% de los chicos considera que decir que tu pareja “no vale nada” no es un síntoma del maltrato, y un 33,8% de ellos considera que tampoco lo es controlar “todo lo que hace”. Además, el 25,9% considera que tampoco lo es “insistir en tener una relación sexual cuando ella no quiere”, y el 26% “grabarla en móvil o en vídeo, o hacerle fotos sin que ella lo sepa”. El estudio concluye que un reducido grupo, el 3,9 % de chicos, son clasificados como maltratadores, ya que reconocen ejercer maltrato a su pareja con frecuencia⁴³.

Por ello, no debemos olvidar que el foco de atención también debe dirigirse a las actitudes y comportamientos de los chicos que agreden. En general, los menores que ejercen violencia justifican en mayor medida el sexismo y el uso de la violencia. También muestran mayor dureza emocional y rechazo a la expresión de las emociones. Además, suelen tener baja autoestima y poseen mayores dificultades para relacionarse con chicas y con chicos.

En este sentido, es necesario que, en los centros educativos, grupo primario informal de control social, no se permitan ni justifiquen comportamientos dominantes y violentos, independientemente del tipo que sean. A menudo son obviados con frases tales como “son cosas de críos”, “es que tienen las hormonas revolucionadas” o “es un machito pero buen chaval”.

⁴³ “La evolución de la adolescencia española sobre la igualdad y la prevención de la violencia de género” elaborado en 2013 por la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género.

2.- EL SISTEMA DE JUSTICIA JUVENIL ANTE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

2.a.- Alcance de la responsabilidad penal del autor de la conducta violenta

La responsabilidad del menor de edad ante los hechos delictivos ha sido el nudo gordiano del legislador penal. Principalmente porque nos encontramos ante personas en plena etapa de evolución, de tránsito hacia la madurez y sin la suficiente capacidad de culpabilidad, por lo que las medidas, más orientadas a la reeducación que al castigo, que se prevén para los delitos cometidos por los mismo, quizás no se equilibren con la gravedad de los hechos cometidos. Así se plasma en la Exposición de Motivos de la reforma de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor (en adelante LORRPM) operada por la LO 8/2006, que da un paso hacia delante en la protección de la víctima: “El interés superior del menor, que va a seguir primando en la Ley, es perfectamente compatible con el objetivo de pretender una mayor proporcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del hecho cometido” .

Estamos ante un sistema penal modulado por la especialidad del infractor, que requiere un estudio de las peculiaridades que le afectan frente al sistema penal ordinario aplicado a los mayores de edad, jugando un papel importante la figura del Fiscal, el Equipo Técnico y las posibles medidas cautelares aplicables al menor infractor.

El sistema penal y la responsabilidad del menor

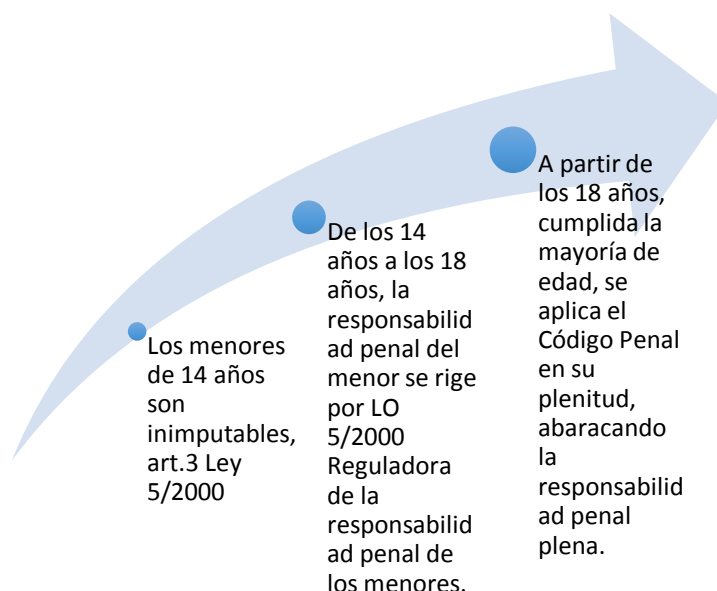
El primer punto y la base de toda la exposición gira entorno a la imputabilidad o inimputabilidad del menor. El profesor Blanco Lozano⁴⁴ define la imputabilidad como *“aquella doble capacidad del sujeto para, por un lado, comprender la ilicitud del hecho determinada por la norma, y por otro, actuar conforme a dicha comprensión, de manera que si falta una u*

⁴⁴ Vid. BLANCO LOZANO, C., Derecho Penal, cit., pág 898, y, también, “La inimputabilidad, causa de exclusión, cit. Pág.206.

otra, estaremos ante un sujeto inimputable”. Esa lógica conforma lo plasmado por el legislador en el articulado del CP.

El Capítulo II del CP trata sobre las causas que eximen de la responsabilidad criminal, comenzando en su artículo 19 por descartar la responsabilidad de los infractores menores de 18 años, y continua con la remisión por los hechos cometidos por personas que se encuentren por debajo de edad a la ley que regule la responsabilidad penal del menor, remitiendo así a la actual LORRPM.

Actualmente, según la LORRPM en su art. 1.1, la horquilla de responsabilidad se encuentra entre los 14 años de edad hasta los 18 años (en consonancia con el art. 19 del CP), eximiendo de toda responsabilidad penal a los menores de 14 años por la comisión de hechos tipificados como delitos en nuestro CP, que estarán a lo dispuesto por las normas de protección de menores del Código Civil.



En la LORRPM, se establecen además dos grupos dentro de los menores de 14 a 18 años, el primero que comprende a los menores de 14 a 16 y el segundo que engloba a los que tengan de 16 a 18, para la fijación de la duración de las medidas oportunas.

La principal diferencia entre la responsabilidad del menor y la del mayor de edad estriba en la imposición de medidas y no de penas, conforme al art.40. 4 de la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989.

Como parece lógico, la violencia de género se basa en una relación de afectividad del hombre con la mujer, ya sea establecida oficialmente mediante el oportuno matrimonio o

pareja de hecho, o a través de una relación estable como las que comúnmente conocemos pero que, en todo caso, no se fragua en edades tan precoces como son los 8 años o cualquier edad por debajo de los 14.

Por lo tanto, parece razonable el establecimiento del mínimo legal de los 14 años para tener conocimiento (aunque parcial y no realmente formado) de la relación de afectividad que se establece con otra persona, y de la violencia posible.

El aspecto decisivo es valorar si las infracciones cometidas por los menores de edad, encuadrables bajo lo que se conoce como violencia de género, merece un endurecimiento en las consecuencias por la ley o sin embargo no merece mención especial.

Otro elemento a tener en cuenta a la hora de determinar la responsabilidad penal del menor es el principio de intervención mínima. Si sumamos la protección del interés superior del menor que impregna todo nuestro ordenamiento jurídico, más el carácter de última ratio que vertebró el orden penal, nos encontramos con un requerimiento tanto nacional como internacional de una actuación penal limitada a los casos más graves y con medidas proporcionales, siempre respetando los derechos del menor.

Así lo expone la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas en su artículo 37.b:

“Artículo 37. Los Estados Partes velarán porque:

b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda [...]”.

En el caso de la violencia de género, la intervención se hace precisa en todo caso. Dado el carácter educativo de las medidas que se pueden imponer a los menores infractores, nada más propicio para la no reincidencia futura y la educación en valores, que tratar el problema a tiempo, desde que se vislumbran los primeros brotes de violencia. Sin olvidar que se encuentran los infractores en una etapa de tránsito, de aprendizaje, y que una semilla plantada en esa época de la vida, puede brotar con fuerza en la edad adulta.

Íntimamente relacionado con el principio de intervención mínima encontramos el principio de oportunidad, que se define como el mecanismo por medio del cual el titular del ejercicio de la acción penal puede desistir del inicio de las actividades de persecución, en otras palabras, de iniciar el proceso penal, así como de procurar el sobreseimiento o preclusión en el curso de la actividad investigativa, y de disponer del contenido de la pretensión penal en cuanto a su supuesto y consecuencias, con fundamento en motivos definidos de manera inequívoca en la ley procesal⁴⁵.

El Fiscal, en base al principio de oportunidad establecido por la LORRPM⁴⁶, desempeña un papel protagonista en el proceso de menores, quien deberá velar por el interés superior del menor.

Se establece así como la cara opuesta del principio de legalidad, y como el principal principio que encauza el fin último de las medidas contra los menores infractores, la de educar y rehabilitar a los menores, dado que el infractor no necesariamente debe someterse al proceso, sino que cabe la desjudicialización, llevando aparejada una medida extrajudicial o no (relacionado con el principio de intervención mínima o última ratio).

En materia de violencia de género, el principio de oportunidad presenta una incuestionable complejidad, ya no solo por la materia a tratar que se presenta como reflejos de un futuro, sino por la aplicación formal de los artículos que lo regulan.

El desistimiento del art. 18 de la LORPM, se configura como un juicio de valor del Fiscal instructor⁴⁷, solo teniendo en cuenta que el infractor desempeñe una vida familiar y educativa

⁴⁵ Vid. MOLINA LOPEZ, RICARDO. El principio de oportunidad en el proceso penal de menores., pag.67-68.

⁴⁶ Art. 18 y 19 de la LORPM.

⁴⁷ Congresoestudioviolencia.com

correcta, sin mayor hincapié en la reparación del daño o en la conducta llevada a cabo. Está contemplado este artículo para los casos leves de delincuencia en los que no concurren violencia o intimidación.

Es este último inciso el que no permite la aplicación del desistimiento en los casos de violencia de género, dado que en este tipo de infracciones la violencia o intimidación son elementos reiterados y esenciales, subsumibles bajo el tipo del art. 153.1 del CP y los arts.171.4 y 172.2 del mismo cuerpo normativo.

El sobreseimiento del art. 19 de la LORPM requiere de unos requisitos previos:

-Examen por equipo técnico.

-Conciliación con la víctima.

-Reparación del daño a favor de la víctima o colectividad o actividad educativa.

A priori, y basándonos en infracciones al margen de la violencia de género, este tipo de solución se presenta ventajosa para ambas partes. Por un lado se satisface y se le da un papel principal a la víctima, y por otro el infractor evita el proceso. Pero tratándose de violencia de género las cautelas deben extremarse por el marcado carácter psicológico que entraña este tipo delictivo.

Se precisaría de un estudio pormenorizado y profundo de las circunstancias de la infracción, de los sujetos intervinientes, valorar las actitudes, los perfiles psicológicos y lo que siempre se debe tener en cuenta, la proporcionalidad. En algunos casos puede ser positivo para ambas partes, pero si no se conceptúa como excepcional esta medida se podría lanzar el mensaje de impunidad hacia los infractores.

El informe del equipo técnico

Se establece en el art.27 de la LORPM y desempeña un papel protagonista a la hora de valorar la infracción cometida. A través de las labores desempeñadas por el ET se pretende examinar y reconocer la situación psicológica, familiar, educativa y entorno social⁴⁸ del menor

⁴⁸ Art. 27.1 LORPM.

infractor y la influencia de dicho aspecto en el entendimiento y voluntariedad de los actos cometidos.

La valoración procesal que el Fiscal haga del informe tendrá una naturaleza pericial cualificada, no siendo vinculante las estipulaciones que se contengan respecto a las medidas a tomar ni a la duración de las mismas, aunque si importantes y a tener en cuenta⁴⁹.

Entre las funciones atribuidas al ET destacamos las siguientes⁵⁰:

“a. Función asesora: Esta se pone de manifiesto a lo largo del procedimiento, en las medidas cautelares y durante la instrucción, hasta el final del mismo, con la revisión de las medidas impuestas, como veremos en el ap. VI.

b. Función de propuesta e intervención: En los supuestos de mediación previstos en el artículo 19 LORRPM, en la propuesta de intervención (artículo 27.2 LORRPM) y en la propuesta de no intervención (artículo 27.4 LORRPM).

c. Función de asistencia al menor (artículo 22, e) y f) LORRPM).

Como podemos observar, la intervención del ET no se ciñe a la fase previa a juicio, sino que se expande a través de todo el proceso⁵¹.

⁴⁹ Instrucción 1/1993 de la Fiscalía General del Estado.

⁵⁰ GARCÍA HERNÁNDEZ, GEMA. “Equipo técnico y medidas judiciales”. www.fiscal.es

⁵¹ Circular 1/2000 FGE “Además la intervención del Equipo no se cierra con la instrucción, sino que continúa en trámites esenciales como son, entre otros, la comparecencia de medidas cautelares (art. 28.2), la audiencia (arts. 35.1 y 37.2), la suspensión de la ejecución del fallo (art. 40), la vista del recurso de apelación contra la sentencia (art. 41.1), la sustitución de medidas (arts.50.2 y 51.1), y el alzamiento de una medida por conciliación sobrevenida a su ejecución (art. 51.2). De trascendental importancia en la defensa del bienestar del menor es la función de asistencia personal que le atribuye la Ley desde la detención preventiva (art. 17.3) o desde la incoación del Expediente (art. 22.1.f)”.

Medidas cautelares

Cuando desde fiscalía se recibe la *notitia criminis* de una posible infracción bajo violencia de género, la detención es prácticamente automática, aunque no en todos los casos se practica, siempre se deben tener en cuenta las garantías y principios que protegen a los menores, siendo decisivo el principio de proporcionalidad, que obliga a equilibrar la gravedad del hecho cometido con la medida que se va a imponer, entrando dentro de la gravedad del hecho no solo el daño causado a la víctima sino también las circunstancias personales del menor infractor. De ahí que la detención, como medida que limita derechos fundamentales, no se practicará en el caso de infracciones muy leves.

Es muy frecuente el uso de medidas cautelares, a instancia de la víctima principalmente, aunque también pueden ser solicitadas de oficio. Siendo posible antes y después de juicio.

Para el estudio de las medidas cautelares aplicables a las infracciones cometidas por menores, acudiremos al art. 28 de la LORPM:

- 1.- Internamiento en centro en el régimen adecuado⁵².
- 2.- Libertad vigilada.
- 3.- Prohibición de aproximación o comunicación con la víctima, familiares y personas determinadas por el Juez.
- 4.- Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo.

⁵² En el art. 7.1 de la LORPM se definen los distintos regímenes de internamiento: “a) Internamiento en régimen cerrado. Las personas sometidas a esta medida residirán en el centro y desarrollarán en el mismo las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio. b) Internamiento en régimen semiabierto. Las personas sometidas a esta medida residirán en el centro, pero podrán realizar fuera del mismo alguna o algunas de las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio establecidas en el programa individualizado de ejecución de la medida. La realización de actividades fuera del centro quedará condicionada a la evolución de la persona y al cumplimiento de los objetivos previstos en las mismas, pudiendo el Juez de Menores suspenderlas por tiempo determinado, acordando que todas las actividades se lleven a cabo dentro del centro. c) Internamiento en régimen abierto. Las personas sometidas a esta medida llevarán a cabo todas las actividades del proyecto educativo en los servicios normalizados del entorno, residiendo en el centro como domicilio habitual, con sujeción al programa y régimen interno del mismo.”

Cuestión diferente es la relativa a la extrapolación de las medidas cautelares fijadas para los casos de violencia de género en personas mayores de edad a los casos de menores. Principalmente, y respecto a la orden de protección, la Consulta a la Fiscalía 3/2004 de 26 de noviembre sobre la posibilidad de adoptar la medida cautelar de alejamiento en el proceso de menores, resulta esclarecedora.

La Fiscalía a priori estima procedente la utilización de dichas medidas cautelares a través de la supletoriedad del CP y de la LECrim (Disposición Final primera de la LORPM) o bien encauzarlas a través de la medida cautelar prevista para los menores de libertad vigilada.

Concluye la Fiscalía en dicho escrito estableciendo conforme a su criterio que las medidas cautelares que pueden pesar sobre el menor infractor son aquellas estipuladas en la LORPM (anteriormente mencionadas), por lo que se excluye el uso extensivo de otras diferentes.

Siendo así, la vía por la que se decanta la Fiscalía es la del encuadre de la medida de alejamiento bajo la libertad vigilada. De esta forma se podría imponer cualquier regla de conducta, siempre dentro de los límites legales, y el alejamiento del menor infractor, sin contar con un límite temporal de vigencia, pudiendo prolongarse durante todo el proceso hasta que desaparezca la causa que la motivo (como ocurre con las medidas cautelares comunes).

2.b - ¿Protección o desprotección de la menor víctima?

Principio de igualdad de partes

El principio de igualdad de partes, aplicado al proceso, no es sino una proyección del principio general de igualdad ante la Ley, proclamado por nuestra Constitución. Así, el artículo 14 de la CE establece que *“los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer*

discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Del tenor literal de este precepto puede desprenderse, en este sentido, que no cabe tolerar soluciones de desigualdad, ante situaciones sustancialmente iguales, sino al margen del precepto constitucional lo que, trasladado al ámbito de nuestra disciplina, se traduce en la prohibición de consentir situaciones de privilegio a una de las partes, en detrimento del perjuicio ocasionado, como consecuencia de ese beneficio, a la otra.

En este sentido, resulta evidente, que si hubiera una parte con predominio sobre la otra, entonces el Juez no tendría en sus manos un mecanismo de tutela imparcial y su sentencia estaría muy condicionada por el predominio de esa parte.

Sin embargo, nos encontramos ante una situación especial. En la Exposición de Motivos de la Ley 5/2000 se proclama que el principio fundamental es el interés del menor. Dicho interés superior del menor infractor, tanto a nivel sustantivo como procesal, significa que todas las cuestiones que se susciten en los procesos para exigir la responsabilidad penal de menores han de resolverse buscando lo más conveniente para el menor (Urbano y De la Rosa, 2001)⁵³. La finalidad de las medidas que se tomen siempre será la reeducación del menor delincuente.

Si se analiza la legislación reguladora de la responsabilidad penal de menores, puede apreciarse que:

- Hasta la adopción de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, no se preveía la posibilidad de que el perjudicado formara parte activa (como acusación particular o, inclusive, popular) dentro del proceso. Su fin prioritario, la reeducación y reinserción del agresor, no tenía por qué ser compartido por la víctima. El ejercicio de la acción penal era monopolio del Ministerio Fiscal, si bien se permitía a los particulares perjudicados por el delito participar en cierto modo en el proceso, pero sin otorgarles la consideración de parte⁵⁴. La LO 5/2000 justificaba la decisión adoptada de la siguiente forma: “Se

⁵³ URBANO CASTRILLO, E. y DE LA ROSA CORTINA, J.M. *Comentarios a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del menor* Cizur Menor, 2001. Pág. 31.

⁵⁴ Redacción originaria del artículo 28 LORPM: “El Ministerio fiscal cuando existan indicios racionales de la comisión de un delito o el riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia por parte del menor, podrá solicitar del Juez de Menores, en cualquier momento la adopción de medidas cautelares para la custodia y defensa del menor expedientado”.

pretende impedir todo aquello que pudiera tener un efecto contraproducente para el menor, como el ejercicio de la acción por la víctima o por otros particulares”.

Es con la reforma del art. 25 de la LORRPM operada por la LO 15/2003, que modifica el Código Penal de 1995, cuando se permite el ejercicio de la acusación particular en el proceso penal de menores. Esta reforma obedece sobre todo a la necesidad de dar una mayor protección a la víctima y sus intereses.

Como víctima, y como parte activa del proceso, la menor víctima de violencia de género tendrá derecho a *“(…)la protección, información, apoyo, asistencia y atención, así como a la participación activa en el proceso penal y a recibir un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio desde su primer contacto con las autoridades o funcionarios, durante la actuación de los servicios de asistencia y apoyo a las víctimas y de justicia restaurativa, a lo largo de todo el proceso penal y por un período de tiempo adecuado después de su conclusión, con independencia de que se conozca o no la identidad del infractor y del resultado del proceso”.*⁵⁵

- En materia de medidas cautelares, la LO 5/2000 no había previsto expresamente medidas específicas de protección o seguridad para las víctimas.

Será con la reforma de la LO 8/2006 cuando se añada como causa para adoptar una medida cautelar, el riesgo de atentar contra bienes jurídicos de la víctima y se incorpora como nueva medida autónoma, la prohibición al menor infractor de aproximarse o comunicarse con la víctima o su familia u otra persona que determine el Juez (Millán de las Heras, 2009)⁵⁶. Tanto la acusación particular como el Ministerio Fiscal estarán legitimados para instar al Juez de Menores dichas medidas cautelares. Respecto de la legitimación de la acusación particular para solicitar del Juez la adopción de medidas cautelares. Y en la práctica, respecto del resto de medidas cautelares, también se ha consolidado la plena legitimación de la acusación particular para instarlas.

En el ámbito de la violencia de género las reformas que se vienen realizando en los últimos tiempos tratan de reforzar la posición de la víctima.

⁵⁵ Art.3.1 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. BOE núm. 101 de 28 de Abril de 2015.

⁵⁶ MILLÁN DE LAS HERAS, M^a JESÚS, La jurisdicción de menores ante la violencia de *género*, Revista de estudios de juventud, 2009, Madrid. P. 22.

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, establece una serie de garantías específicas para mujeres en esta situación. Su artículo 17.1 afirma que *“todas las mujeres víctimas de violencia de género, con independencia de su origen, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, tienen garantizados los derechos reconocidos en esta Ley”*.

Ante esta afirmación, cabe preguntarse si este precepto sería aplicable en el caso de violencia de género entre menores, es decir, cuando la víctima y el agresor son menores de edad, si bien la edad del agresor estará entre los 14 y los 17 años cumplidos.

La Disposición Final Primera de la LORPM establece que *“tendrán el carácter de normas supletorias, para lo no previsto expresamente en esta Ley Orgánica, en el ámbito sustantivo, el Código Penal y las leyes penales especiales, y, en el ámbito del procedimiento, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en particular lo dispuesto para los trámites del procedimiento abreviado regulado en el Título III del Libro IV de la misma”*.

Esto quiere decir que, todo aquello que no se encuentre regulado en la LORPM será remitido a lo establecido en la LECrim y a las leyes especiales, como es la Ley Orgánica 1/2004. El art. 4 de dicha Ley Orgánica establece concretamente los derechos de las víctimas, y los artículos 28 y 29 las medidas cautelares aplicables; pero estos preceptos se refieren a la víctima menor en general. Por lo tanto, en materia de violencia de género entre menores, será aplicable la Ley 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Las medidas cautelares reguladas en el artículo 28 LORPM son cuatro: internamiento en centro en el régimen adecuado, libertad vigilada, prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez, y convivencia con otra persona, familia o grupo educativo.

Estas medidas tienen unas características propias que las distinguen de las del proceso de adultos. Para su adopción es preciso valorar el superior interés del menor que es el principio fundamental en este ámbito del Derecho. Lo que en cada caso constituya el interés del menor, será analizado con criterios profesionales por los equipos técnicos que asesoran a Jueces y Fiscales de Menores y que deberán informar sobre la situación educativa, psicológica, familiar del menor, entorno social y sobre cualquier otra cuestión relevante a estos efectos. También será analizado por los representantes de las entidades públicas de protección y reforma de menores de las Comunidades Autónomas, cuando tengan información sobre el menor por haber cumplido previamente alguna medida. El párrafo tercero del apartado primero del artículo 28 dispone que el Juez, oído el letrado del menor, así como el equipo

técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, que informarán especialmente sobre la naturaleza de la medida cautelar, resolverá sobre lo propuesto tomando en especial consideración el interés del menor y a su custodia (De la Rosa Cortina, 2012)⁵⁷.

En concreto, la medida de libertad vigilada (regulada en el artículo 7.1.h LORRPM), trae consigo lo que denominamos orden de protección de la víctima. En Derecho Penal de adultos, dicha orden viene establecida como una garantía concreta para la víctima. Sin embargo, en menores, este derecho que protege a la víctima⁵⁸ lo podemos encontrar integrado dentro de la medida cautelar de libertad vigilada del menor infractor. El artículo 61 de la LOVG establece la compatibilidad de las medidas de protección de las víctimas con las medidas cautelares de los procesos penales y civiles. Por lo tanto, una vez que la víctima ratifica su denuncia, el juez puede, de oficio o a instancia de parte, dictar orden de protección para las víctimas de violencia de género en los casos en que existan indicios fundados de la comisión de un delito contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad, o resulte una situación objetiva de riesgo.

Concretadas las medidas que pueden adoptarse en el marco de la LORRPM, apreciamos que la Ley de Protección Integral frente a la Violencia de Género añade una serie de garantías especiales para estas víctimas. Medidas de carácter civil conectadas a la situación de violencia mediante las cuales la víctima puede acudir a las diferentes administraciones solicitando el resto de medidas sociales, asistenciales, jurídicas, económicas y laborales que están previstas en el ordenamiento jurídico.

Dichas medidas son:

- Asistencia Jurídica Gratuita: Así el art. 20.1, establece que *“las víctimas de violencia de género tienen derecho a recibir asesoramiento jurídico gratuito en el momento inmediatamente previo a la interposición de la denuncia, y a la defensa y representación gratuitas por abogado y procurador en todos los procesos y procedimientos administrativos que tengan causa directa o indirecta en la violencia*

⁵⁷ DE LA ROSA CORTINA, J.M. *Medidas cautelares en protección de la víctima y proceso penal de menores*. Diario La Ley. Nº 6927, 2012. Pág. 2.

⁵⁸ Art. 13 LECrim, *“Se consideran como primeras diligencias la de consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, la de detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito, y la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas, pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 544 bis o la orden de protección prevista en el artículo 544 ter de esta ley”*.

padecida. En estos supuestos, una misma dirección letrada deberá asumir la defensa de la víctima, siempre que con ello se garantice debidamente su derecho de defensa. Este derecho asistirá también a los causahabientes en caso de fallecimiento de la víctima, siempre que no fueran partícipes en los hechos. En todo caso, se garantizará la defensa jurídica, gratuita y especializada de forma inmediata a todas las víctimas de violencia de género que lo soliciten". Esta prerrogativa que se ofrece a la víctima no se le ofrece al menor infractor (a no ser que la familia o tutores legales no cuenten con los medios suficientes y así lo demuestren), el cual deberá costearse obligatoriamente a su letrado y procurador.

- Título II de la Ley de Protección Integral: en él podemos ver reflejados todos los derechos con los que cuenta la mujer víctima de violencia de género, por ejemplo, derecho a la información (art. 18.1 Ley 1/2004, *"las mujeres víctimas de violencia de género tienen derecho a recibir plena información y asesoramiento adecuado a su situación personal, a través de los servicios, organismos u oficinas que puedan disponer las Administraciones Públicas.*

Dicha información comprenderá las medidas contempladas en esta Ley relativas a su protección y seguridad, y los derechos y ayudas previstos en la misma, así como la referente al lugar de prestación de los servicios de atención, emergencia, apoyo y recuperación integral"), derecho a la asistencia social integral (art. 9.1 Ley 1/2004: *"Las mujeres víctimas de violencia de género tienen derecho a servicios sociales de atención, de emergencia, de apoyo y acogida y de recuperación integral. La organización de estos servicios por parte de las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales, responderá a los principios de atención permanente, actuación urgente, especialización de prestaciones y multidisciplinariedad profesional"*), derechos laborales y de seguridad social (art. 21.1 Ley 1/2004: *"la trabajadora víctima de violencia de género tendrá derecho, en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores, a la reducción o a la reordenación de su tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica, al cambio de centro de trabajo, a la suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo y a la extinción del contrato de trabajo"*), entre muchos otros recogidos en este título II.

Todos estos derechos y garantías de la víctima menor de edad, pueden ir acompañados de la respectiva indemnización por daños y perjuicios, siempre a instancias de la víctima y alegando los motivos que sean pertinentes mediante parte de lesiones, partes psicológicas,

etc. A la responsabilidad civil se refieren los art. 61 a 64 de la LORRPM. Así, como señala la propia Exposición de Motivos de la LORPM, se trata de proteger “el interés propio del perjudicado o víctima del hecho cometido por el menor”. De este modo, los hechos cometidos por menores con daño para terceros pueden generar responsabilidad civil:

- para ellos mismos;
- para sus representantes legales;
- para terceros;

Cuando el hecho cometido por el menor, es delictivo y por tanto tiene trascendencia penal, se incoará un procedimiento penal conforme a las prescripciones de la LORPM, y junto a él se abrirá un procedimiento paralelo al penal, tramitado por el Juez de Menores, en el que se sustanciarán las responsabilidades civiles, y que termina por sentencia, con la particularidad de que no producirá efectos de cosa juzgada, y permitirá que la cuestión se plantee de nuevo ante la jurisdicción civil.

Por tanto, esta Ley Orgánica aborda la problemática de los daños derivados de hechos constitutivos de delito, estableciendo un proceso autónomo para el conocimiento de la pretensión de resarcimiento, y para ello la utiliza el término de “pieza de responsabilidad civil”. Con ello, el legislador quiere dar a entender que éste es un proceso accesorio al procedimiento penal.

Principio de no publicidad

El artículo 35.2 LORPM, establece que: *“El Juez podrá acordar, en interés de la persona imputada o de la víctima, que las sesiones no sean públicas y en ningún caso se permitirá que los medios de comunicación social obtengan o difundan imágenes del menor ni datos que permitan su identificación.”*

Esta protección especial que se ofrece, puede parecer contraria al principio de publicidad imperante en nuestro ordenamiento. Sin embargo, cuando las víctimas son menores de edad, las garantías durante el proceso deben aumentar. Este principio de no publicidad viene recogido en el artículo 39 de la Convención de los Derechos del Niño y en el artículo 3 de la Ley de Protección Jurídica del Menor, en su última modificación mediante la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Con la Ley Orgánica 8/2006, se introdujeron una serie de modificaciones en la LECrim, que afectan al tratamiento de la mujer menor de edad víctima de un delito de violencia de género, cometido por un menor de edad. Dichas modificaciones son:

- En el tercer párrafo del artículo 448 LECrim, se establece que *“La declaración de los testigos menores de edad y de las personas con capacidad judicialmente modificada podrá llevarse a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba”*. Además, el artículo 707 de la misma Ley, complementa al artículo 448 añadiendo que *“(…) con este fin podrá ser utilizado cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba, incluyéndose la posibilidad de que los testigos puedan ser oídos sin estar presentes en la sala mediante la utilización de tecnologías de la comunicación*.
- El artículo 731 bis LECrim, añade que *“el tribunal, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición resulte gravosa o perjudicial, y, especialmente, cuando se trate de un menor, podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido (…)”*.
- Toda declaración de un menor podrá realizarse ante expertos y siempre en presencia del Ministerio Fiscal. Quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor podrán estar presentes, salvo que sean imputados o el juez, excepcionalmente y de forma motivada, acuerde lo contrario. El juez podrá acordar la grabación de la declaración⁵⁹.

Derechos de la víctima en el ámbito intrajudicial

Además de las soluciones extrajudiciales a que se refiere el art. 19 de la LORRPM, el menor infractor que, encontrándose cumpliendo alguna medida judicial, cuando así se considere conveniente por el equipo técnico del centro o servicio al que esté asignado, podrá iniciar un proceso de mediación, y así lo autorice el Juzgado correspondiente. Este tipo de mediación se encuentra regulada en el artículo 51 de la LORRPM (*“sustitución de las*

⁵⁹ MILLÁN DE LAS HERAS, M^a JESÚS, *La jurisdicción de menores ante la violencia de género*, *Revista de estudios de juventud*, 2009, Madrid. Op. Cit. P. 37.

medidas”) y en el artículo 15 de su Reglamento de Ejecución (“revisión de la medida por conciliación”). Esta mediación tiene lugar, a diferencia de la extrajudicial, en la fase de ejecución del procedimiento, en la que el Juez podrá dejar sin efecto la medida impuesta en cualquier momento en el que se produzca la conciliación entre el menor y la víctima.

En este ámbito, la posibilidad de conciliar con la víctima (tanto como solución extrajudicial como fase de ejecución) no es una medida que se imponga a los menores infractores; no viene establecida como tal entre las enumeradas en el artículo 7 de la mencionada ley del menor sino que la misma responde a una solución alternativa de resolución de conflictos.

Las funciones de mediación están atribuidas, según dispone el apartado 3 del artículo 19 de la LORRPM a los equipos técnicos adscritos a las Fiscalías y Juzgados de Menores. No obstante, y de conformidad con el apartado 7 del artículo 8 del Reglamento que desarrolla dicha Ley, dichos equipos podrán ser apoyados en estas funciones por las Administraciones Públicas.

El proceso de mediación puede consistir en una conciliación entre el menor y la víctima, en una reparación del daño causado, o bien en una conciliación acompañada de una reparación.

Se entiende por conciliación la satisfacción psicológica proporcionada por el menor infractor a la víctima, reconociendo el daño causado y disculpándose, aceptando ésta las disculpas y otorgando su perdón. Este encuentro entre el menor y la víctima implica una voluntariedad de las dos partes.

Se entiende por reparación el compromiso asumido por el menor de reparar el daño causado, bien directamente en beneficio de la víctima, o bien mediante una actividad educativa simbólica que repercuta en el ámbito comunitario. Asimismo, implica la confrontación del menor con la propia conducta y sus consecuencias, y la responsabilización de sus propias acciones.

Ambas ejercen una específica acción educativa sobre el menor infractor, por cuanto que estimula la reflexión del mismo sobre su responsabilidad en el ilícito cometido y sobre el modo de afrontarla.

La reparación simbólica conlleva la participación de la comunidad en la solución pacífica del conflicto, a través de las instituciones públicas y entidades privadas. Éstas, mediante los mecanismos de colaboración necesarios, tal como se establece en la Ley 1/1998 de 20 de abril de los derechos de atención al menor (Título III, Capítulo I, Art. 44) aportarán

los espacios y actividades que puedan posibilitar al menor nuevas experiencias y formas de relacionarse con la comunidad, fomentando así una labor educativa, preventiva y socializadora.

2.c - ¿Es posible una solución extrajudicial entre menor infractor y menor víctima?

La mayoría de los casos de mediación son de carácter extrajudicial, es decir se hace uso de la mediación como una medida alternativa al proceso judicial. Este tipo de mediación está regulada en el artículo 19 de la LORRPM (*“sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima”*) y en el artículo 5 del Reglamento que la desarrolla, aprobado por Real Decreto 1774/2004, de 30 de Julio (*“modo de llevar a cabo las soluciones extrajudiciales”*). Dicho artículo de la ley ofrece al Ministerio Fiscal, en la fase de instrucción del procedimiento, y atendiendo a las circunstancias del caso concreto, la posibilidad de desistir de la continuación del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima, y define claramente ambas actuaciones. En el artículo 5 del Reglamento, se procede a regular, la forma de llevar a cabo dicha mediación.

Tal y como señalan algunos autores (Cruz Márquez, 2005), *“constituye un paso más para el desarrollo del principio de intervención mínima en el ámbito penal, pues reconoce efectos a la resolución informal del conflicto, por cauces situados fuera del proceso penal, evitando así la estigmatización individual o social que éste pueda provocar. Por otro lado, pretende solucionar el problema de la saturación de los juzgados de menores, ofreciendo un instrumento para responder a los supuestos de escasa relevancia que, sin dejar de intervenir ante las primeras infracciones del menor, permita reservar la intervención judicial para los casos de mayor gravedad. Por último, supone también la concesión de un mayor protagonismo a la víctima del delito, tradicionalmente desatendida en el ámbito penal, centrándose en la elaboración conjunta, entre ésta y el menor infractor, del conflicto interpersonal que desencadena el hecho delictivo”*⁶⁰

Sin embargo, los mecanismos de justicia restaurativa sólo pueden aplicarse en las acciones leves o iniciales de malos tratos, y parecen incompatibles con el principio de “tolerancia cero” que tiñe la normativa integral contra la violencia sobre la mujer. En todo caso en estos supuestos habría de trasladarse a los menores incurso en expedientes por

⁶⁰ CRUZ MÁRQUEZ, B., *La mediación en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: conciliación y reparación del daño*, Revista de Ciencia Penal y Criminología, 2005, Núm. 7-14. Pág. 14-2.

malos tratos el mensaje nítido de que cualquier otro rebrote será objeto de una respuesta de mayor intensidad, que ya prevé el Código Penal cuando existe reincidencia en el actuar ilícito de su autor. Simultáneamente, habrá de hacerse saber a la víctima que no ha de dudar en poner en conocimiento de la Fiscalía cualquier ulterior intención violenta, trasladándole la confianza en las instituciones y la idea de que el caso no está definitivamente cerrado.

La utilización de la conciliación en supuestos menos graves exige que exista un ambiente de calma y un deseo común de poner fin a la situación. No habrá de acudir a la misma si se detecta una situación de fuerte desequilibrio entre los afectados. En ningún caso deberá utilizarse si el menor maltratador no exterioriza un firme propósito de cesar en sus actos o si la víctima, por el daño sufrido y por la razonada falta de esperanza en la mediación, se encuentre psicológicamente inhabilitada para tomar parte en el proceso.

En los casos previstos en el art. 19 de la LORRPM cabe interesar del Juzgado de Menores el sobreseimiento si el menor, luego de ser examinado por el equipo técnico, llega a una conciliación con la víctima, realiza a favor de ésta o de la colectividad una reparación (semejante a los servicios en beneficio de la comunidad) o desarrolla una actividad educativa. Suelen tener gran aceptación social, muchas veces por parte de las víctimas, que aprecian que se les tiene en cuenta y no se les soslaya, como tradicionalmente ha venido ocurriendo dentro del Derecho Penal, ofreciéndoles la posibilidad de ser resarcidas y obviando al tiempo el proceso, con la carga de “victimización secundaria” que lleva implícita⁶¹. Y desde la perspectiva del infractor le permiten evitar igualmente el procedimiento con todo el estigma que, en algún caso, podría significar para el menor, e incluso su familia.

Sin embargo, la derivación a una solución extrajudicial en el terreno de la violencia de género entre menores debe ser puramente excepcional. Ciertamente que son concebibles a nivel teórico y legalmente factibles en supuestos en que el imputado admitiese su responsabilidad y estuviese dispuesto a desarrollar una actividad educativa de control de impulsos, resolución de conflictos etc. Sería una posibilidad, si se quiere, pero muy excepcional y subsiguiente a un riguroso estudio de las circunstancias concurrentes, que la podrían hacer aconsejable para el caso concreto. Porque lo contrario, esto es, el uso de esa facultad para este tipo de hechos

⁶¹ MARTINEZ, J. *Victimización secundaria*, Diario lasprovincias.es, 2014, define la victimización como “un sufrimiento añadido que infieren las instituciones y profesionales encargados de asistir a la víctima, investigar el delito o instruir las diligencias: policías, jueces, peritos, forenses, abogados, fiscales y funcionarios, entre otros. La persona maltratada revive el papel de víctima durante el protocolo de actuación policial, y con el agravante de que este nuevo daño psíquico se genera por la intervención de instituciones y profesionales de las que la víctima espera ayuda y apoyo. Por ello, la persona afectada no es sólo víctima de un delito, sino también de la negligencia del sistema”.

podría suponer transmitir a eventuales agresores el mensaje no ya sólo equívoco, sino peligroso, que con un eventual perdón pueden arreglarse estas conductas.

Esa excepcionalidad, por poner un ejemplo concreto, podría tener en cuenta el propio interés de la víctima. Así, para casos leves en que la relación estuviera rota, la conducta no se hubiera repetido y el menor infractor, reconociendo su responsabilidad no hubiese vuelto a importunar la ofendida, podría ser beneficioso para ésta evitar el juicio, con todo lo que supone, siempre que el agresor asumiese realizar una actividad o tareas socioeducativas relacionadas con su infracción y orientados educativamente a que no repitiera en el futuro, con otra eventual pareja, semejantes comportamientos.

Pero, en definitiva, como hemos visto y en punto a delitos relacionados con la violencia de género, la derivación a una solución extrajudicial no resultaría “oportuno” la mayor parte de las veces.

3. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO CONTRA MENORES PERPETRADA A TRAVÉS DE LA TECNOLOGÍA DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN

La ciberdelincuencia tiene una presencia muy notable entre los menores infractores. Como es natural, el frecuente contacto de las nuevas generaciones de jóvenes con las tecnologías de la información y la comunicación (TICs) desde una edad tremendamente temprana, es el factor primigenio para que, pasando por una desinformación latente, falta de cuidado y atención por parte de sus mayores y/o representantes legales, las inquietudes y curiosidades propias de la edad, etc., nuestros adolescentes y preadolescentes comiencen a hacer un mal uso de dichas tecnologías, lo cual, en función del resto de circunstancias ajenas a cada caso, puede desembocar en ciberdelincuencia.

El desconocimiento es otro de los factores de riesgo, derivado de los antedichos, que conllevan este tipo de situaciones, sin duda como consecuencia de la desinformación que nuestros menores sufren. De este modo, los jóvenes infractores ignoran el alcance que determinadas conductas que desarrollan en la Red pueden tener. Así, comportamientos que para ellos están justificados por la curiosidad, el fácil acceso, sus inocentes y lícitas inquietudes que les conducen a la curiosidad por experimentar nuevas sensaciones, entre otras causas, o bien cubiertos por el anonimato, pueden desembocar en delitos que atentan contra bienes jurídicos tan importantes como la intimidad personal (por la publicación de fotos comprometidas, por ejemplo, generalmente de contenido sexual), el honor y la propia imagen

(mediante difamaciones e injurias), la libertad de actuación (a través de amenazas y chantajes), etc. Todo lo cual, además, se ve agravado por el hecho de actuar en un medio eminentemente público como es Internet.

Igualmente, debemos observar la falta de madurez intelectual como elemento de riesgo en la proliferación de la ciberdelincuencia: aquel menor que desde una temprana edad accede a las nuevas tecnologías de forma habitual y normalizada, puede llevar a cabo conductas lesivas en un medio en el que progresivamente se ve más cómodo y en el que a su vez confluye su falta de responsabilidad por actuaciones propias, aparejada a la edad, su carencia de habilidades sociales todavía no aprendidas (aspecto éste en el que, dicho sea de paso, el ocio basado en, precisamente, entablar relaciones personales a través de la pantalla de un ordenador o, en definitiva, el abuso en el uso de las TICs, genera en muchos casos que la carencia de dichas habilidades sea cada vez sea más dilatada en el tiempo), así como el egoísmo y falta de consideración hacia el prójimo.

Con todo, en el ámbito del Derecho penal del menor son cada vez más frecuentes los supuestos en los que la conducta ilícita del menor infractor se enfoca desde el prisma de su actividad online. Conviene matizar que víctima de este tipo de infracciones del menor puede serlo tanto otro menor como un adulto. Sin embargo, es evidente la mayor enjundia de casos en los que la víctima es un menor. Concretamente, en lo que respecta a la violencia de género, pensemos que la Red es un medio idóneo para los menores infractores, en este caso chicos, que desarrollan una serie de actos enfocados a la intimidación, el hostigamiento y acoso constante hacia sus novias o exnovias menores de edad que ven ejercida sobre su persona una evidente violencia psíquica.

Así, como corolario de todo lo antedicho, hemos de incidir en el papel esencial que juegan los representantes legales del menor para el desarrollo de este fenómeno social. La transigencia, el descuido progresivo y la falta de atención por parte de los adultos hacia sus hijos en el uso por los mismos de las nuevas tecnologías, sin que exista una supervisión prácticamente constante y necesaria en determinadas edades, hace que la ciberdelincuencia entre menores sea cada vez más frecuente. No obstante, hay que tener también en cuenta que la mayoría de adultos no están preparados para abordar tal situación, habida cuenta de la sesgada diferenciación existente entre la actual «generación digital» que protagonizan nuestros menores y sus progenitores, existiendo lo que viene en llamarse una "barrera tecnológica" fruto del desconocimiento por parte de adultos y consecuente familiaridad con

la que cuentan nuestros menores sobre las TICs. De este modo, mientras que nuestro sistema judicial depurará las pertinentes responsabilidades penales, teniendo en cuenta las edades de los infractores, la responsabilidad civil pecuniaria habrá de ser satisfecha por los representantes legales de los menores infractores.

En consecuencia, los ciberdelitos deben ser considerados como un fenómeno delictivo cuya particularidad radica en el uso de las TICs para la comisión de hechos que en el Código penal vienen castigados mediante diferentes «figuras base», pero donde todos ellos cuentan con tal particularidad. Además, no obsta llamar la atención, como venimos haciendo a lo largo de todo nuestro relato, sobre la creciente preocupación que este tipo de delincuencia genera entre los jóvenes menores, tanto desde la perspectiva de la víctima como del autor, y que se pone manifiesto muy especialmente en el ámbito de la violencia de género entre parejas o exparejas de menores de edad, aprovechando el infractor la aparente cobertura que le brinda la Red.

Una de las formas delictivas que se engloban dentro de la ciberdelincuencia es el denominado **sexting**. Esta figura castiga al infractor que difunda una imagen o grabación audiovisual comprometida, con contenido sexual, sin el consentimiento de su titular o protagonista, de manera que menoscabe gravemente su intimidad personal. De esta forma viene previsto en el artículo 197.7 del Código Penal, que condena la conducta con pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses, y cuyo segundo párrafo agrava la conducta imponiendo la pena en su mitad superior para el caso de que «los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa». Precisamente, la extrapolación al ámbito de la delincuencia de menores hacia menores se puede poner de manifiesto de la mano de la violencia de género cuando es la expareja de una chica quien difunde las imágenes o participa en la cadena de difusión, de manera que se asemejaría tal noviazgo adolescente a una relación de afectividad análoga a la descrita por el precepto.

Igualmente, hay que aclarar que aquella imagen que se difunda con el consentimiento de su titular no tiene relevancia penal si éste se trata de adulto. Sin embargo, si participase un menor de edad durante la cadena de difusión los hechos sí serán tenidos en cuenta como penalmente relevantes.

Este tipo penal ofrece una variedad de consideraciones. En primer lugar, la imagen o

grabación audiovisual puede provenir de su propio titular, quien voluntariamente la cede a quien posteriormente la difunde, puede ser cedida por otras personas de forma consciente y consentida por su titular, o bien puede ser robada. En cuanto al contenido de la imagen, no es sencillo determinar la gravedad en atención a su carga sexual, así como a veces viene a ser problemático identificar a la persona, lo que a su vez conlleva la dificultad de determinar la edad del titular, así como del resto de intervinientes.

Así, si el protagonista de la imagen es menor de edad, estaríamos ante supuestos de producción, posesión y distribución de pornografía infantil, mientras que, si el menor participa en la cadena de sexting como poseedor o distribuidor de la imagen, estaríamos ante delitos contra la libertad sexual y corrupción de menores (Vidal, 2010)⁶². Además, si quienes intervienen en la cadena de sexting son menores que, de forma consentida, cambian sus fotografías con contenido sexual explícito, igualmente nos encontramos ante un supuesto de producción, posesión y distribución de pornografía infantil⁶³.

Cuando el *sexting* va más allá y supone el inicio de un acoso y hostigamiento público, puede desembocar en otra figura bien determinada: el *ciberbullying*.

El *ciberbullying* fue definido por Patchin e Hinduja como el «daño intencional y repetido infligido a través del medio del texto electrónico». A su vez, P.K. Smith et al. añaden al concepto el desequilibrio de poder, definiéndolo como «una acción agresiva e intencional, desarrollada por un grupo o un individuo, usando formas electrónicas de contacto, repetidas veces a lo largo del tiempo contra una víctima que no puede defenderse fácilmente». En definitiva, el *ciberbullying* o acoso en pantalla implica la emisión de mensajes intimidatorios o insultantes a través de la Red, así como la creación de páginas web ridiculizantes entre iguales, de forma continuada y a través de las TICs⁶⁴. Tal fenómeno se concreta en el entorno virtual del menor.

Tal y como ocurre con la figura genérica de bullying, el ciberbullying requiere un elemento de continuidad o repetición, motivo por el cual se excluyen determinados acontecimientos puntuales y aislados en los que un menor es víctima de agresión física o verbal, lo cual dará lugar a tipos delictivos diferentes y no prolongados en el tiempo. Por el contrario, se diferencia claramente de figuras similares en que el menor no tiene a su alcance

⁶² VIDAL HERRERO-VIOR, M.S. *Victimización del menor ante las nuevas tecnologías de la información y la comunicación*, Madrid: Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid, 2010, p. 185.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ *Ibidem*.

el recurso de huir de la situación como ocurre cuando sufre acoso en el colegio y se niega a salir de casa, puesto que en el caso del ciberbullying, el acoso se produce *online* y los mensajes intimidatorios pueden acceder al entorno del menor en cualquier momento y se encuentre donde se encuentre (lo cual agrava la situación y el sentimiento de pánico de la víctima), y sin que necesariamente la situación deba su origen al ámbito escolar.

El elemento genuino de esta figura es, junto con su producción y desarrollo en el ciberespacio, su carácter eminentemente intimidatorio, esto es, el infractor actúa mediante *vis* psíquica en la víctima, con los consecuentes efectos psicológicos, que pueden llegar incluso a tener mayor calado que la violencia física.

Además, el anonimato es nuevamente un aliado para el agresor oculto tras los recovecos del mundo virtual, para aquellos que no se atreven a desarrollar este tipo de conductas en el entorno cotidiano material, pudiendo llegar a generar incluso un mayor nivel de gravedad como hemos visto. Pensemos, así pues, como entre nuestros menores puede llegar a ser un instrumento intimidatorio de aquel exnovio que se siente humillado por su expareja y decide dar rienda suelta a su frustración e ira a través del camuflaje que le brindan las TICs.

En otro orden de cosas, el art. 183 bis del Código Penal, incorporado por LO 5/2010, de 22 de junio, y modificado por LO 1/2015, de 30 de marzo, recoge en su texto lo que internacionalmente viene a denominarse ***child grooming o ciberacoso***. Tal precepto establece: «El que, con fines sexuales, determine a un menor de dieciséis años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual, o le haga presenciar actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años. Si le hubiera hecho presenciar abusos sexuales, aunque el autor no hubiera participado en ellos, se impondrá una pena de prisión de uno a tres años».

Así, se castiga la conducta de una persona (es un delito común y, por consiguiente, con posibilidad de que sea cometido por un menor) que contacte a través de las TICs con un menor de dieciséis años y le proponga concertar un encuentro para cometer cualquiera de una específica serie de delitos, siempre que la propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento (exigencia esta última surgida, sin duda, para evitar los reproches de ausencia de lesividad y las críticas consecuentes que la figura merece); es decir, la conducta supone contactar con medios que necesariamente suponen el alejamiento entre el menor y el sujeto activo (Internet, el teléfono u otro medio de comunicación), con un menor al que se le ha de proponer concertar un encuentro: no se castiga el concertar un encuentro,

ni que se use un medio que suponga un especial hostigamiento, sino que adelantando el momento de la intervención, se castiga la propuesta para concertar un encuentro, es decir, no se castiga «citarse» con un menor, sino «pedirle una cita»⁶⁵.

En definitiva, esta reciente figura en nuestro ordenamiento jurídico puede definirse como el conjunto de estrategias que una persona desarrolla para ganarse la confianza de un menor a través de las TICs, con el fin último de lograr concesiones de índole sexual. De un acercamiento lleno de empatía, o a través del engaño, se pasa al chantaje para obtener imágenes comprometidas del menor, e incluso, pretender un encuentro con la víctima en cuestión⁶⁶.

En el plano de la delincuencia de menores, dada la creciente proliferación de material pornográfico ilegal en el que las víctimas son menores, lo cual dota a pederastas y pedófilos de una cobertura a través de la cual satisfacen sus perversiones a la vez que se respaldan en la Red los unos a los otros, hay que hacer mención al hecho de que los propios menores pueden consumir este tipo de productos ilegales, pudiendo a su vez crear su propio material de forma fácil o más o menos consciente o imprudente⁶⁷. Esto es, pudiendo cometer la conducta típica y obtener a través de sus propios medios dicho material ilegal.

Por último, vamos a referirnos a una figura de reciente incorporación a nuestro ordenamiento jurídico penal, a través de LO 1/2015, de 30 de marzo, que introduce un nuevo art. 172 ter al Código Penal, que en el panorama internacional se conoce con el nombre de ***stalking***. Concretamente, si atendemos a la conducta 2ª de su apartado 1, se castiga a quien acose a una persona de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, estableciendo o intentando establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas.

A pesar de que existe una serie de circunstancias que terminan de concretar la figura, y que se mencionan en el resto de números de este apartado (vigilancia, persecución, búsqueda de cercanía con la víctima, uso de sus datos personales para adquirir productos o mercancías o para contratar servicios, atente contra su libertad o patrimonio, etc.), la mención a las TICs como medio de hostigamiento la encontramos en dicha circunstancia 2ª.

Igualmente, el último párrafo de este apartado primero, y el segundo apartado del

⁶⁵ José Eduardo SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, Sistema de Derecho Penal Español Parte Especial. Editorial: DYKINSON, SL, p. 258 y 259.

⁶⁶ VIDAL HERRERO-VIOR, M.S. *Victimización del menor ante las nuevas tecnologías de la información y la comunicación*, ob. cit., pp. 187.

⁶⁷ *Ibíd.*, p. 188.

precepto prevén las agravantes específicas de esta figura, entre las que se encuentran, para lo que aquí nos interesa, el que la víctima sea o haya sido cónyuge o persona que esté o haya estado ligada al infractor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.

Por último, dado que se trata de un delito común, cabe la comisión por un menor de edad contra una menor de edad.

Conclusiones: EFECTIVIDAD DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO PRINCIPIO INSPIRADOR Y GARANTÍA DE LA LEGISLACIÓN PENAL JUVENIL. ¿INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR INFRACTOR VS. INTERÉS SUPERIOR DE LA MENOR VÍCTIMA?

La Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor se encarga de regular el procedimiento penal que debe regir en el tratamiento procesal de un menor infractor. Ello significa que existe una ley específica para establecer cuáles son los derechos y garantías que asisten a un menor a lo largo de todo el proceso dirigido al esclarecimiento de los hechos que apuntan a la presunta comisión de una infracción penal por parte de éste, así como para determinar los principios base de todo procedimiento de esta peculiar índole.

Unido a lo anterior, también debemos llevar a análisis el hecho de que en el menor infractor confluye no solo la especial consideración descrita por su condición de menor, sino que, como en el caso de adultos, el procedimiento conducente a la averiguación de hechos, la práctica de pruebas y demás mecanismos de índole procesal penal, ha de estar en todo momento presidido por una escrupulosa consideración del principio de presunción de inocencia sobre el sujeto que está siendo investigado, en tanto que principio democrático esencial del Estado de Derecho.

En consecuencia, qué duda cabe de que nos encontramos ante una cuestión especialmente delicada. El nivel de cuidado exigido en beneficio del tratamiento jurídico del reo es más estricto si cabe en el caso de menores, motivo por el cual la tutela y desarrollo normativo al respecto requiere de un estatus merecedor de estar recogido en una ley penal especial.

Todo lo que hasta el momento hemos detallado responde al interés superior del menor en su condición de infractor de la legislación penal. Sin embargo, a veces se plantea la cuestión de si el interés superior del menor infractor entra en conflicto con el interés superior de la

menor víctima de la infracción penal. En el caso que nos concierne, esto es, la violencia de género en el ámbito de menores, ésta es una cuestión de incuestionable interés doctrinal, puesto que se deben valorar una serie de elementos de especial importancia en un ámbito tan delicado como es la violencia de género entre menores.

En primer lugar, nuevamente hemos de hacer referencia a que jugamos con la doble dimensión de considerar, tanto a sujeto activo como a sujeto pasivo, como menor infractor y como menor víctima. En este sentido, ya hemos indicado el especial tratamiento que asiste al menor infractor hasta el punto de que cuenta con una ley penal especial que le es de aplicación. Resta, pues, aclarar cuál es el estatus jurídico que presenta la víctima menor.

Pues bien, nuevamente hemos de tener presente que la menor víctima de delito, en este caso de violencia de género, requiere un nivel de tutela superior por su condición de menor, en atención, en todo momento, al interés superior del menor. Se podrían hacer multitud de disquisiciones tendentes a analizar el estatuto jurídico de la víctima en un delito para traer aquí a colación la doble tutela procesal penal que protege a la menor víctima; sin embargo, baste ~~sea~~ tener en consideración en nuestro caso, bajo el análisis de la violencia de género entre menores, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, pues, nuevamente, volvemos a encontrar que la importancia que rodea al análisis de la cuestión que nos concierne viene asistido por una ley penal especial. Ello no hace sino demostrar que la violencia de género entre menores supone un ámbito dentro del Derecho penal especialmente relevante, lo cual explica y justifica la labor legislativa que se materializa en los cuerpos legales que hemos citado hasta ahora que, junto con el Código penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es de aplicación a estos casos.

A partir de aquí, surge el planteamiento de la aparente controversia: ¿existe una colisión los derechos del menor infractor y los derechos de la menor víctima de violencia de género?

Como ocurre en el caso de adultos, los derechos de infractor y víctima no entran en colisión, sino que cada uno de ellos se mueven en ámbitos distintos; el menor infractor deberá recibir la aplicación de las medidas que se estimen pertinentes por el juzgador de cara a su reeducación y reincorporación plena a la sociedad, debiendo depurarse las responsabilidades civiles que procedan por parte de sus representantes legales y en beneficio de la víctima. Las medidas cautelares y, en general, los sistemas de protección que asisten a la víctima de

violencia de género obrarán de acuerdo con la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, mientras que el interés superior del menor jugará un papel muy relevante en la interpretación y aplicación de la normativa, al igual que ocurre en el caso del menor infractor, si bien siempre teniendo presente que nos movemos en diferentes órbitas, y que por tanto deberemos saber distinguir cómo se pone de manifiesto dicho interés superior en uno y otro caso, sin perder de vista que tal circunstancia no significa que uno y otro ámbito entren en conflicto, pues tanto el estatuto jurídico del menor infractor, como el estatuto jurídico de la víctima menor de violencia de género delimitan perfectamente el tratamiento jurídico que asiste a cada sujeto.

Dicho todo lo cual, es interesante incidir en ciertos aspectos del estatuto jurídico del menor infractor, lo cual nos llevará a comprender su especial tratamiento en tanto que sujeto infractor merecedor de especial asistencia reeducadora.

El menor infractor en violencia de género se encuadra dentro del período de la adolescencia. En esta etapa de la vida, la persona asiste a un conjunto de situaciones y circunstancias de continuo cambio, de desarrollo madurativo, de vivencias e inquietudes y de indudables dificultades personales, e incluso de trastornos en el carácter y en la personalidad. Todo este desarrollo biológico se presenta en la persona en una etapa en la que, precisamente, debe encaminarse hacia su formación personal y en la que se debe dar cuenta de la progresiva asunción de responsabilidades. Esta cuestión debe ser tenida en cuenta como manifestación importante de la consideración del interés superior del menor en este ámbito y en sede del tratamiento que debe profesarse al menor infractor, pues su actitud y toma de decisiones se envuelve bajo una diligencia y responsabilidad diferente al caso del adulto infractor.

En este sentido, hemos de traer a colación la llamada **“paradoja de Rubin”** y la **“curva de la edad”** (Vidal, 2015). Se trata de dos tesis científico-doctrinales que vienen a desarrollar la idea de la que hemos hablado en el párrafo anterior, en el sentido de que el proceso madurativo del menor infractor conlleva la proliferación de la realización de conductas antisociales y antijurídicas por parte de este sujeto:

“...el fenómeno social de este tipo de delincuencia se diluye, en la mayoría de los casos, como consecuencia del proceso madurativo del menor infractor. Así lo demuestran la «curva de la edad» y la «paradoja de Robin»: el paso por la adolescencia, en sentido amplio, conlleva una

alta probabilidad de conductas antisociales y antijurídicas, pero no deja de ser una etapa –en la inmensa mayoría de los casos– puramente transitoria, que se normaliza al alcanzar la adultez o madurez. Puede concluirse, con acierto, que todo delincuente adulto fue infractor siendo menor, pero no todo menor que delinque se convierte en delincuente cuando llega a adulto. Está empíricamente demostrado que es un mínimo porcentaje de menores infractores los que inician una «carrera criminal»⁶⁸.

En consecuencia, los menores infractores precisan un tratamiento diferenciado al del delincuente adulto. El nivel de desarrollo del menor no es completo y el conjunto de cambios y circunstancias que envuelven su adolescencia difumina el nivel de exigibilidad penal. Ello no significa justificar sus conductas, sino atender a una realidad biológica, personal y social que determina tener en especial consideración el interés social del menor sobre sujetos de corta edad, aún no desarrollados en su plenitud para lograr la efectiva rectitud que requiere convivir y formar parte de la sociedad, contribuyendo a alcanzar su madurez y formación personal de cara a todo el presente y futuro de su vida y para la salvaguarda de sus intereses y los de la sociedad en general.

Todo ello explica la importancia de delimitar en todo momento la especial parcela en la que nos movemos al tratar a los menores infractores, debiendo comenzar a ser escrupulosamente cautelosos en casos de esta índole, de entrada, en lo que a terminología se refiere, y así hablar en todo momento de “reeducación”, en lugar de “reinserción social”, o de “medidas”, en lugar de “penas”, pues la diferenciación que demostramos terminológicamente marcará el punto de partida hacia un tratamiento necesariamente diferente.

A modo de cierre, y tras el estudio detallado de la materia expuesto a través de este Informe, es notoria la importancia del espectro psicosocial de la materia frente al ámbito legal. Desde la ley tratamos las consecuencias del problema, pero es el estadio anterior el que da sentido a la misma.

⁶⁸ M^ª Sonsoles VIDAL HERRERO, *Tesis Doctoral: Crítica al modelo de responsabilidad penal del menor en la ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores hacia un "modelo social de responsabilidad" del menor infractor*. Departamento de Derecho Penal, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, p. 16.

La llamada quizás debiera dirigirse a los órganos de gobierno, a los encargados del patrocinio de las políticas sociales. Como vigías del interés general, y en particular el interés de los menores de edad a través de sus actuaciones, el foco reeducativo de los menores debería suponer una prioridad máxima, tratando el problema en el origen y no en la consecuencia. Publicitando el apoyo a víctimas de violencia de género y otorgando medios suficientes para su asistencia, pero sin olvidar en ningún caso la otra cara de la moneda, el otro menor involucrado, el posible infractor. Centrándonos en la Fundación Luz Casanova, dotando de medios para el tratamiento adecuado de estos menores, desde asistencia a núcleos familiares y ámbito educativo hasta apoyo psicológico a los menores infractores fuera de la sede judicial.

Dado que es en el menor infractor donde radica el núcleo duro de la finalidad de todas las medidas y el origen de toda ley, es su educación y su concienciación temprana en valores lo que evitará un desarrollo psicosocial perjudicial, y por consiguiente evitará la comisión de infracciones, alcanzando una protección verdadera, duradera y real de las víctimas. El sentimiento de criminalización puede ser un factor decisivo en el desarrollo conductual del menor, respondiendo ante el temor de una medida, pero sin interiorizar los verdaderos valores que se pretenden hacer valer: la igualdad y el repudio a la violencia.

D) Bibliografía y webgrafía empleada:

<http://www.injuve.es/sites/default/files/RJ86-10.pdf> (fuente consultada el: 8 de abril de 2016)

<http://www.madrid.org/bvirtual/BVCM013824.pdf> (fuente consultada el: 8 de abril de 2016)

<http://www.congresoestudioviolencia.com/2012/ponencias/Vanessa-Casado.pdf>

(fuente consultada el: 9 de abril de 2016)

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Informes-estadisticos-periodicos/La-violencia-sobre-la-mujer-en-la-estadistica-judicial-->

[Datos-anuales-de-2013](#) (fuente consultada el: 9 de abril de 2016)

CERVELLÓ DONDERIS, V., Y COLÁS TURÉGANO, T., *Mediación y violencia de género en menores de edad: un enfoque educativo*, Revista oijj.com, 2015.

CRUZ MÁRQUEZ, B., *La mediación en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: conciliación y reparación del daño*, Revista de Ciencia Penal y Criminología, Núm. 7-14. 2005.

DE LA ROSA CORTINA, J.M. *Medidas cautelares en protección de la víctima y proceso penal de menores*. Diario La Ley. Nº 6927, 2012.

MARTÍN DIAZ, F., *Resolución alternativa de conflictos penales*, Revista criminología.org, 2012.

MARTINEZ, J. *Victimización secundaria*, Diario lasprovincias.es, 2014.

MILLÁN DE LAS HERAS, M^a JESÚS, *La jurisdicción de menores ante la violencia de género*, Revista de estudios de juventud, Madrid, 2009.

URBANO CASTRILLO, E. y DE LA ROSA CORTINA, J.M. *Comentarios a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del menor*, Cizur Menor, 2001.

VIDAL HERRERO-VIOR, M.S. *Victimización del menor ante las nuevas tecnologías de la información y la comunicación*, Madrid: Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid, 2010.

José Eduardo SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, *Sistema de Derecho Penal Español Parte Especial*. Editorial: DYKINSON, SL.

ANEXO II

Denominación del caso: <u>Delitos de Odio contra las personas sin hogar: dificultades y desafíos.</u>	Profesor clínico: Esmeralda Iranzo Sánchez
Empresa beneficiaria FFP: FUNDACIÓN FERNANDO POMBO	Nivel de Clínica: Grupo nº: 5

Alumnos que firman el trabajo y rol desempeñado en el grupo:	Fecha de envío del informe del caso: 27 mayo 2016
Coordinador: CARLOS ROMÁN JARANA	
Investigador: PAULA PORTE SENDRA	
Comunicador: YENNY FERNANDA ROJAS CASTRO	
Redactor: GERMÁN SERRANO RODRÍGUEZ	

SOLUCIÓN DE LA CONSULTA PLANTEADA:

A) Breve resumen del caso:

Este trabajo encuentra su esencia en la pretensión de concienciar sobre la necesidad de atender a un sector de la población en absoluto minoritario dentro de aquellos grupos que sufren las consecuencias de la discriminación y desprecio social en su grado más elevado, empezando por el ciudadano medio y necesario posicionamiento como agentes sociales del cambio, hasta aquellos entes gubernamentales y legislativos que tienen la misión de cambiar la realidad jurídica en nuestra sociedad.

La aporofobia resulta a día de hoy una palabra desconocida para muchos, incluso para no pocos operadores jurídicos, habida cuenta de su falta de repercusión normativa. A pesar de la incidencia que sin duda puede tener en el ámbito administrativo, sin duda el sector del ordenamiento jurídico que más demanda la necesidad de incorporar previsiones expresas y sólidas al respecto, es el orden penal. De este modo, se echa en falta la concurrencia del «odio al pobre» como circunstancia que agrave la comisión de un amplio elenco de tipos delictivos, así como la expresa previsión de este fenómeno social entre los llamados «delitos de odio», especialmente habida cuenta de la expresa previsión normativa de dicha circunstancia entre nada desdeñables textos internacionales suscritos por el Estado español, tanto de índole europea como en el contexto de Naciones Unidas.

Además, haremos eco del sinfín de casos emanados de la Jurisprudencia del más amplio rango en los que, a pesar de concurrir muy claramente el desprecio y la intolerancia hacia las personas «en situación de calle», nuestros Jueces y Tribunales se han visto limitados y/o imposibilitados de agravar la condena como consecuencia de que la comisión del delito se halle envuelta en torno al fenómeno de la aporofobia, todo ello bajo la contextualización jurisprudencial de los delitos de odio. Y, por último, reflejaremos la importantísima función que han desempeñado y desempeñan las Fiscalías Provinciales para movilizar la acción procedimental para la persecución de los delitos de odio en todas sus

manifestaciones, tanto a través de la labor del Ministerio Fiscal, unitariamente considerado con todas sus derivaciones, como la de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Con todo, el objeto de este trabajo estriba en la toma de conciencia en torno a la intolerancia, los prejuicios y el rechazo que sufren determinados grupos humanos que son víctimas de los delitos de odio, gente discriminada por el hecho de vivir en la calle, en una grave situación de exclusión social.

Cabe definir los «delitos de odio» como todas aquellas infracciones cometidas contra las personas o su propiedad por cuestiones de raza, etnia, religión o práctica religiosa, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, por razones de género, situación de pobreza y exclusión social o cualquier otro factor similar, como las diferencias ideológicas. Según los datos oficiales del Ministerio del Interior, se producen en España casi cuatro delitos de odio al día. El leitmotiv de dichas acciones se encuentra en la intolerancia, los prejuicios y el rechazo hacia lo diferente.

Cabe decir que cobra especial importancia la cooperación en la materia de los grupos de la sociedad civil y ONG's que representan a las minorías o víctimas de estos delitos con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Esta cooperación permite, entre otras cosas, mejorar los niveles y cuotas de confianza de las víctimas de la discriminación y el odio en las Instituciones que les protegen.

Desde el Observatorio *Hatento* se considera que la generación de conocimiento específico, riguroso y fiable sobre el alcance y los mecanismos que subyacen a la especificidad de los delitos de odio contra las personas sin hogar es una prioridad. Por tanto, consideran que este informe, mediante la rigurosa recogida y análisis de datos sobre jurisprudencia, incidentes y delitos de odio que sufren las personas sin hogar será una contribución de gran valor al trabajo del Observatorio.

B) Hechos planteados en la consulta:

El concepto de delito de odio (*hate crimes* en terminología internacional) se refiere a todas aquellas conductas típicas motivadas por intolerancia o animadversión en atención a la pertenencia de la víctima a grupos, colectivos o asociaciones considerados como diferentes por razones diversas tales como la raza, la nacionalidad, la orientación sexual, la discapacidad, la ideología o las creencias religiosas. Son comportamientos de incuestionable gravedad y peligrosidad, y con un preocupante efecto sobre los principios y valores esenciales en los que se sustentan los sistemas democráticos y nuestro propio modelo de convivencia, ya que atentan contra principios fundamentales como la igualdad de todos los ciudadanos y el respeto pleno a la dignidad de la persona.

Se trata también de un fenómeno criminal extremadamente abierto, muy transversal (pues engloba acciones ilícitas de muy diversa naturaleza) y en constante evolución por la pujanza de determinadas corrientes ideológicas, de carácter transnacional con efectos en nuestro país y en otros países de nuestro entorno y también, en buena medida, por la incidencia en este ámbito del impresionante proceso de desarrollo tecnológico en el que nos encontramos inmersos. En estas circunstancias, la labor que corresponde desempeñar al Ministerio Fiscal adquiere enorme relevancia, porque la

problemática que estamos abordando afecta directamente al núcleo más sensible de nuestras funciones y de nuestra actividad y porque los principios que informan el funcionamiento de la Institución nos otorgan una posición favorable para la unificación de criterios, en todas las materias y, en consecuencia, también en este ámbito.

El hecho planteado en el informe es el estudio de la situación legal actual y propuestas legislativas sobre los delitos de odio que tienen como víctima a las personas sin hogar, a través de los siguientes puntos:

1. Análisis de los delitos de odio contra personas sin hogar, partiendo del derecho fundamental de igualdad y no discriminación de nuestra Constitución Española, qué tratamiento penal y procesal penal reciben este tipo de delitos en la Legislación Penal vigente.
2. Análisis de jurisprudencia y estudio del trabajo de las fiscalías provinciales de Delitos de Odio y Discriminación.
3. Elaborar una conclusión constructiva y argumentada sobre las posibles carencias o deficiencias de la legislación vigente en esta materia, con una propuesta de como podría subsanarse.

C) Objetivo:

Después del trabajo realizado por esta clínica jurídica en el año 2014, denominado *“Informe Jurídico sobre Aporofobia, el Odio al Pobre”*, la Fundación Fernando Pombo y el Observatorio *Hatento* proponen ampliar su investigación en esta materia proponiendo a la clínica jurídica la elaboración de un segundo informe jurídico teniendo en cuenta la realidad actual y los avances normativos en esta línea (entre las novedades más destacadas están (i) la creación de 52 fiscalías provinciales de Delitos de odio y Discriminación y (ii) la última reforma del código penal). Esta investigación permitirá ampliar la especialización de la Fundación Fernando Pombo y del Observatorio *Hatento* sobre los delitos de odio contra personas sin hogar.

Continuando con la labor realizada anteriormente por la Clínica Jurídica sobre el tratamiento de la misma circunstancia, el objetivo pretendido consiste en conocer el marco jurídico vigente sobre los delitos de odio contra personas sin hogar y proponer mejoras que contribuyan a una mayor seguridad jurídica de las personas sin hogar víctimas de delitos de odio.

D) Qué se pide a los alumnos/as:

La consulta realizada se divide en tres tramos:

1. Análisis de los delitos de odio contra personas sin hogar, abordando desde la cúspide de la pirámide de nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución Española, el derecho fundamental de igualdad y no discriminación. qué tratamiento penal y procesal penal reciben este tipo de delitos en la Legislación Penal vigente. Para ello, resultará fundamental el análisis de los tres

textos legales mencionados, relacionarlos con los delitos de odio contra personas en situación de calle, para posteriormente esquematizar los mecanismos que nuestro ordenamiento jurídico pone a disposición para enfrentar un delito de odio cometido contra una persona en situación de especial vulnerabilidad.

2. Análisis de jurisprudencia más relevante en la materia y estudio del trabajo de las fiscalías provinciales de Delitos de Odio y Discriminación. Se trata de observar los cambios que se hayan podido producir desde la creación de las fiscalías mencionadas, así como analizar y exponer como se pueden perseguir este tipo de delitos a día de hoy, de conformidad con la normativa existente.
3. Con los datos recopilados, se elaborará una conclusión constructiva y argumentada sobre las posibles carencias o deficiencias de la legislación vigente en esta materia, basándonos en la posibilidad de que la *aporofobia* se pueda convertir en un nuevo delito de odio, fundamentalmente por la especial vulnerabilidad de las víctimas, se verá cómo puede enfocarse este tema desde la perspectiva del artículo 22 CP, para finalmente concretar qué herramientas pone nuestro ordenamiento para combatir los delitos de odio cometidos contra las personas en situación de calle, con una propuesta de cómo podría subsanarse.

E) Respuesta a la consulta:

1.- Análisis de los delitos de odio contra personas sin hogar, partiendo del derecho fundamental de igualdad y no discriminación de nuestra Constitución Española, qué tratamiento penal y procesal penal reciben este tipo de delitos en la Legislación Penal vigente.

Nuestro ordenamiento jurídico, protector del orden social y de la idea de justicia, encuentra su fuente de inspiración en una obra que marca las líneas maestras del resto de normas: la **Constitución Española de 1978 (CE)**.

La primera manifestación de la idea de igualdad en la CE la encontramos en su **art. 1.1**, al configurarla como uno de sus valores superiores, junto con la libertad, la justicia y el pluralismo político. Por intuición a esta idea de igualdad que proclama el art. 1.1 CE, ésta «se configura como un valor superior que se proyecta con una eficacia trascendente de modo que toda situación de desigualdad persistente en la entrada en vigor de la Constitución deviene incompatible con el orden de valores que la Constitución proclama» (**STC 8/1983, de 18 de febrero, FJ 3º**), se trata de «un valor preeminente en el ordenamiento jurídico español, al que

debe colocarse en un rango central, como demuestra el art. 1.1 CE» (**STC 103/1983, de 22 de noviembre**). La evitación de toda situación de desigualdad en el individuo, así pues, corresponde al Estado, a través de la acción política, tal y como establece el **art. 9.2 CE**: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

Pero el precepto paradigmático de la idea de igualdad sin distinción alguna y no discriminación es el **art. 14 CE**, el cual establece: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

Sin embargo, hay que afirmar que indudablemente no todas las personas que conforman nuestra sociedad se benefician de una igualdad efectiva. Existe un sector invisible legalmente hablando, en el que convergen las carencias de dichas máximas. Son las personas sin hogar, quienes padecen la lacra del olvido, de la desigualdad y de la discriminación.

El elenco normativo-constitucional que repercute en el principio de igualdad se completa al poner el art. 14 CE en consonancia con otras regulaciones internacionales:

- **Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículos 1,2 y 7.**
- **Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Título III.**
- **Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas, art. 17.**
- **Tratado de la Unión Europea, art. 2.**

Si se realiza un estudio mínimo de nuestra Constitución, rápidamente seremos conscientes del estatus de principio rector de la igualdad. El constituyente continuamente hace mención a la igualdad a través del texto constitucional, pero sin embargo la igualdad expuesta en el art. 14, dentro del catálogo de derechos fundamentales, aunque relacionada, no es la misma que la mencionada a través de otros preceptos constitucionales (**arts. 9.2; 23.2; 31.1; etc**). En palabras de **Pérez Royo**⁶⁹, la igualdad ni es ni debe ser un derecho. El derecho a la igualdad

⁶⁹ PÉREZ ROYO, J. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid, 2007. Págs.239-273.

sería contradictorio con la condición individual del ser humano y, en consecuencia, ni existe ni puede existir. Los individuos son diferentes y su razón de ser es el derecho a la diferencia, postulándose, de este modo, la igualdad como un principio fundamental y no como un derecho.

De este modo, si el principio de igualdad «no postula ni como fin ni como medio la paridad y solo exige la razonabilidad de la diferencia de trato», las prohibiciones de discriminación, en cambio, imponen como fin y generalmente como medio la parificación de trato legal, de manera que solo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica (**STC 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 4º**). Lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto y que implica un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad (**SSTC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 4º y 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6º**).

Confluyen en la igualdad dos principios: la dignidad humana y la voluntad general. La dignidad podría definirse como el mínimo de voluntad propia y por consiguiente de libertad personal, pues todos los seres humanos tienen voluntad propia y nadie puede ser privado de ella y reducido a instrumento de una voluntad ajena. Por lo tanto, la dignidad humana no existe más que como voluntad individual, como el componente humano de la igualdad, pero precisando, sin embargo, del otro término, la voluntad general, que es la organización técnica de todas esas voluntades individuales, y que completa la definición de igualdad. La voluntad general es el canon de la igualdad, que solamente puede ser política. El punto de conexión entre la igualdad política y el Derecho es la igualdad constitucional (la Constitución como punto de conexión entre Política y Derecho). Es por lo tanto la igualdad enmarcada en el art. 14 de la CE la que sintetiza dicha conexión.

Los individuos, en igualdad política ejercida a través del proceso de formación de la voluntad general ordinaria (ejercicio del derecho al sufragio), se convierten en titulares de derechos fundamentales.

Dando respuesta a la afirmación de Pérez Royo, la igualdad del art. 14 CE no debe ser concebida como un derecho fundamental, sino como el presupuesto de todos los derechos fundamentales.

En conclusión, la dignidad es la base de una igualdad humana, pero fácticamente la que opera es la igualdad política, la de los que participan de forma igualitaria en el proceso de formación de la voluntad.

Una diferenciación común respecto al principio de igualdad, es la referente a la igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley. Por un lado, la igualdad ante la ley impide al legislador establecer, entre situaciones semejantes, diferencias de tratamiento. Tiene un carácter material y conlleva la interdicción de las leyes en las que se establezca una diferenciación sin justificación; y, por otro lado, la igualdad en la aplicación de la ley, de carácter formal. El objetivo es que no se realicen pronunciamientos arbitrarios y que se interprete la ley de igual forma para todos.

Frente a las vulneraciones a la igualdad constitucional, el propio cuerpo normativo establece unas vías de protección, que podemos resumir en las siguientes:

- I. Se prohíbe la adopción de Decretos-Leyes que afecten al derecho de igualdad ante la Ley, aunque en los supuestos de extraordinaria y urgente necesidad en los que, para la regulación de otras materias, sí resulta procedente recurrir a los Decretos-leyes (**art. 86.1 de la Constitución Española**).
- II. La tutela de Tribunales ordinarios, por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad (**art. 53.2 de la Constitución Española**).
- III. Recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (**art. 53.2 y art. 161.1.b de la Constitución Española**).
- IV. Acudir al Defensor del Pueblo. El **artículo 54 de la Constitución Española**, le habilita para la defensa de los derechos recogidos en el **Título I de la CE**.
- V. Recurso de inconstitucionalidad contra las Leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley que vulneren el derecho de igualdad ante la Ley [**artículo 53.1 y artículo 161.1.a de la Constitución Española**].
- VI. El principio de igualdad vincula directamente a las Administraciones Públicas, sin que se precise de un desarrollo normativo expreso, tal y como se desprende de la **STC 80/1982, de 20 de diciembre**.
- VII. Reserva de Ley (**art. 53.1 de la Constitución Española**).

Una vez expuestas unas breves anotaciones sobre la igualdad constitucional, que dan una imagen *grosso modo* del planteamiento de nuestro caso, nos topamos con un atentado

directo a la base de todo sistema igualitario, en el tratamiento legal de la aporofobia, u odio al pobre.

La dignidad que forma una de las dos caras de la igualdad, se destruye con expresiones vejatorias a la vez que se ejecutan graves agresiones, que en ocasiones produce incluso la muerte de la víctima, motivadas por un odio o un divertimento, incentivado por la especial vulnerabilidad de las víctimas y su situación de debilidad y desprotección.

Respecto de la otra cara de la igualdad, no cabe más que mencionar que las personas que sufren la lacra del olvido, lo padecen en todos los sentidos, y el más extremo lo hayamos en la pérdida de la propia identidad, de la propia identificación oficial, y por consiguiente, se encuentran privados de todos los derechos que emanan de dicha identificación, incluyendo el derecho de sufragio, como contribución a la voluntad general.

La vulneración desde diferentes flancos, hace que los casos de delitos de odio contra personas sin hogar se impregnen de una especial gravedad tanto social como jurídica. La igualdad ante la ley se reduce a los resquicios de un derecho fundamental que fundamenta la concepción global de nuestro pacto social y de nuestro ordenamiento jurídico.

Siendo así, el estudio debe enfocarse primordialmente a través del cauce del Derecho penal, estudiando las posibilidades que hoy en día se brindan a las personas que sufren delitos de odio por su condición socioeconómica y hacia donde debe orientarse dicho cauce *ad futurum*.

El **Código penal de 1995**, bajo su actual redacción, regula en el **Capítulo IV del Título XXI del Libro II** los «**Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas**», como una de las categorías de «**Delitos contra la Constitución**». El Capítulo IV se divide a su vez en dos Secciones, la primera de las cuales se denomina: «**De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución**». En dicha Sección se tutelan algunos de los derechos más importantes de la Constitución: el derecho a la igualdad, el de reunión, manifestación y asociación.

Pues bien, en lo que aquí concierne, hemos de prestar atención a la previsión de delitos a través de la cual se protege el derecho a la igualdad, y muy especialmente a las acciones consistentes en cometer cualquier hecho delictivo «por motivos racistas, antisemitas o

cualquier otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad». En muy buena medida, todas las circunstancias mencionadas se configuran como agravante del **artículo 22.4 del Código Penal**, y conlleva castigar el delito en la mitad superior de la pena señalada al mismo. Sin embargo, curiosamente, algunas de las circunstancias mencionadas, y que aparecen expresamente preceptuadas en el **art. 510 CP**, no están previstas en el Código penal como circunstancia agravante del art. 22.4, entre las que se encuentran la situación familiar, circunstancia que conduce al concepto de «aporofobia» u «odio hacia las personas sin hogar» que aquí estamos analizando.

Así, el bien jurídico tutelado con los «delitos de odio contra las personas sin hogar» es el derecho a no ser discriminado por razón de la situación socioeconómica, familiar o social que ostente una persona, esto es, por tratarse de una persona «en situación de calle».

En los **artículos 510, 511 y 512 del Código penal** se sancionan los ataques a la igualdad, en cuanto suponga discriminar por motivos de raza, ideología, situación familiar, religión, pertenencia a una etnia, nación, sexo, orientación sexual, enfermedad o discapacidad⁷⁰.

Los delitos de los artículos 510 a 512 CP son de omisión propia y de resultado, y ello porque se requiere para su consumación que se produzca la mera denegación de la prestación a la que se tiene derecho⁷¹. Piénsese que consisten en omitir una conducta debida, esto es, denegar una prestación por razones o causas discriminatorias, por lo que si no se logra dicho resultado no se habrá consumado el delito, pero podrá castigarse como tentativa, que tiene una pena inferior⁷².

Dentro de la categoría genérica de «Delitos de odio o discriminación», podemos distinguir cuatro modalidades: la provocación a la discriminación; la difusión de informaciones injuriosas; la prestación de un servicio público de modo discriminatorio; y la denegación de prestaciones por quienes realizan actividades profesionales o empresariales, a personas o grupos por motivos discriminatorios.

⁷⁰ Wolters Kluwer, *Delitos contra los derechos fundamentales y las libertades públicas*.

⁷¹ Antonio J. ILLANA CONDE, *Oposiciones al Cuerpo de Ayudantes de instituciones penitenciarias: Temario Derecho Penal*, cap. 12, p. 10.

⁷² Eduardo PERDIGUERO BAUTISTA y Eduardo DE URBANO CATRILLO, *Delitos contra los derechos fundamentales y las libertades públicas*. Wolters Kluwer.

En cuanto a la **provocación a la discriminación**, supone incitar a través de un medio público a la discriminación o al odio por motivaciones de raza, etnia, sexo, etc. a grupos, asociaciones, pero no a una persona concreta⁷³.

En lo que respecta a la **difusión de informaciones injuriosas**, el delito exige, que se den informaciones falsas sobre grupos, asociaciones o colectivos -no, opiniones- con un móvil discriminatorio, de modo que se les injurie, es decir, se falte a su respeto y dignidad, de modo despreciativo⁷⁴.

Por lo que se refiere a la **prestación discriminatoria de un servicio público**, la misma consiste en denegar una prestación pública -una beca, una licencia administrativa, etc.- a la que se tiene derecho, discriminándole en beneficio de otro, o simplemente negándosela, por motivos de raza, etnia, religión, sexo, orientación sexual etc. Aquí el delito se comete tanto si se discrimina a una persona individual como a un grupo, asociación fundación, sociedad o corporación. Y pueden ser autor del mismo, tanto un funcionario como un particular encargado del servicio público. En cuanto al concepto de servicio público no es cualquier actividad de trascendencia pública -prácticamente todas las que se desempeñan en una sociedad- sino sólo aquéllos que tienen reconocido tal condición por la ley⁷⁵.

Y, en cuanto a la **denegación de una prestación empresarial o profesional**, se considera delito que un empresario o profesional deniegue a alguien una prestación, en ese ámbito privado, por motivaciones discriminatorias⁷⁶.

En primer lugar, los **arts. 510 y 510 bis del Código penal** prevé las conductas de provocación a la discriminación y de difusión de informaciones injuriosas.

Así, el **art. 510.1 del Código penal** castiga con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses a:

- d) «Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación

⁷³ Idem.

⁷⁴ Idem.

⁷⁵ Idem.

⁷⁶ Idem.

familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad».

- e) «Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad».

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

Por su parte, el **apartado 2 del mismo art. 510 CP**, castiga con pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses a:

- c) «Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos racistas, antisemitas u otros referentes

a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos».

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

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

El **apartado 3 del mismo artículo** continúa concretando que: «Las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas». Y el **apartado 4** establece que: «Cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo, se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado».

No concluye así, sin embargo, el establecimiento de penas por estas conductas delictivas, por cuanto que el **art. 510.5 CP** establece que: «En todos los casos, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y diez años al de la duración de la pena

de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente».

Por último, el **apartado 6 del art. 510 CP** establece que: «El juez o tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito a que se refieren los apartados anteriores o por medio de los cuales se hubiera cometido. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación, se acordará la retirada de los contenidos». Además de que: «En los casos en los que, a través de un portal de acceso a internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refiere el apartado anterior, se ordenará el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo».

En lo que hace a la aporofobia, y a pesar de que lamentablemente no existe una concreta y expresa mención al odio como consecuencia de la condición de indigencia de la persona en el precepto que acabamos de desarrollar, hemos de destacar de entre el conjunto de conductas penadas en el art. 510 CP, la promoción al odio, discriminación u hostilidad contra una persona o grupo de personas en atención a su situación familiar. Y ello porque ciertamente la situación familiar puede suscitar la consideración de menosprecio, odio o discriminación a una persona por razón a su pertenencia a una familia encuadrada en una determinada condición social de pobreza, esto es, igualmente, en consideración a la situación socioeconómica del entorno de la persona hacia la que se produce el rechazo, el menosprecio, el odio o la discriminación.

Por su parte, **el art. 510 bis CP** contempla las consecuencias atinentes a las conductas descritas en el art. 510 cuando el responsable sea una persona jurídica, que se concretan en la pena de multa de dos a cinco años, junto con la posibilidad de imponer los jueces y tribunales imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del art. 33 CP. Además, es de aplicación la agravación de la pena prevista en el apartado 3 del art. 510 CP.

El **artículo 511 del Código penal** prevé las conductas relativas a la denegación de la prestación del servicio público al que se tenga derecho. Se trata de un delito cuyo sujeto activo compone una llamativa figura: el particular encargado de un servicio público. Esta expresión hace referencia fundamentalmente a trabajadores de empresas que gozan de la concesión de un servicio público. La conducta típica consiste en denegar a una persona una prestación a la que

tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, por razones de género, enfermedad o discapacidad. Nuevamente, asistimos al olvido por parte del legislador de aquellas personas que se encuentran discriminadas por razón de su situación socioeconómica, si bien, como en el caso de los dos artículos anteriores, la situación familiar podría entrar en el campo del análisis respecto de la situación socioeconómica en la que se encuentran las víctimas de estos delitos. Un ejemplo paradigmático de este supuesto vendría a ser el del conductor de un autobús urbano que impide el acceso a un pasajero al autobús, al tratarse de un individuo de raza negra⁷⁷.

Por otro lado, cuando el tipo penal alude a «una prestación a la que se tenga derecho», presupone la existencia de una norma legal que regula y reconoce el derecho al sujeto pasivo, encontrándose éste en posesión de los requisitos exigidos para obtenerlo, y obedeciendo su denegación exclusivamente a un acto arbitrario del sujeto activo del delito⁷⁸.

El **apartado 1** de este precepto castiga a los sujetos antedichos con pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años a estos sujetos. El **apartado 2** prevé la aplicación de las mismas penas cuando los hechos se cometan contra asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros, mientras que el **apartado 3** prevé las mismas penas en su mitad superior y la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años cuando los hechos sean cometidos por funcionario público. Por su parte, el **apartado 4** del precepto establece, además, la imposición, para todos los anteriores casos, de pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por tiempo superior entre uno y tres años al de duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito y a las circunstancias que concurran en el delincuente.

Así, llegamos al **artículo 512 CP**. Este precepto regula la discriminación de actividades empresariales o profesionales, y castiga a quienes en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho

⁷⁷ Antonio J. ILLANA CONDE, Oposiciones al Cuerpo de Ayudantes de instituciones penitenciarias: Temario Derecho Penal, cap. 12, p. 10.

⁷⁸ Idem.

por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, por razones género, enfermedades o discapacidad, incurriendo los mismos en pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio e inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el docente, deportivo y de tiempo libre, por período de uno a cuatro años. La conducta típica del art. 512 CP puede concurrir con otros delitos, y por tanto concretarse en un concurso de delitos. Así, el médico que deniega la asistencia sanitaria a un accidentado por ser de raza gitana, incurriendo además de en la conducta del art. 512 CP, en un delito de omisión del deber de socorro. De otro lado, no existe concurso de delitos cuando un taxista se niega a hacer un servicio a un cliente, por ser éste de raza negra⁷⁹.

Vistos los artículos en los que de forma expresa y paradigmática se prevén los delitos de odio en nuestro Código penal, interesa ahondar en la cuestión a través del análisis de los distintos tipos penales en los que, en atención a la legislación vigente, defendemos la tesis de su aplicación a la aporofobia, sin perjuicio de realizar los pertinentes comentarios más adelante respecto de sus imperfecciones puesto que, recordemos, defendemos la necesidad de incorporar la aporofobia tanto como circunstancia agravante genérica del art. 22.4 del Código penal, como circunstancia agravante específica de determinados tipos delictivos.

De este modo, hemos de considerar como infracciones punibles que, de lege data, pueden afectar de forma más o menos directa a las personas en situación de calle, además de los anteriores y entre otros, los siguientes: los delitos de amenazas, los tratos degradantes y las torturas, y los delitos contra los derechos de los trabajadores.

En cuanto a las amenazas, el art. 170 CP recoge las amenazas a un colectivo con un mal que constituya delito, y su apartado 1 establece: «Si las amenazas de un mal que constituyere delito fuesen dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas, y tuvieran la gravedad necesaria para conseguirlo, se impondrán respectivamente las penas superiores en grado a las previstas en el artículo anterior».

De este precepto es especialmente necesario destacar que la amenaza se debe dirigir a un colectivo de personas y no a una persona individualmente considerada, de modo que el colectivo debe caracterizarse por alguna circunstancia social o cultural concreta. Así, en lo que

⁷⁹ Idem.

hace a la aporofobia, sobre todo por lo que establece el precepto anterior al concretar: «...a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas...», debe ser perfectamente subsumible en el mismo un grupo social cuyas circunstancias socioeconómicas de indigencia promueva a los autores del delito a amenazarles con un mal constitutivo de delito consecuencia del odio y discriminación que les produce su situación social.

En lo que concierne a los tratos degradantes, el art. 173.1 CP establece:

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

Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima.

Se impondrá también la misma pena al que de forma reiterada lleve a cabo actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda».

En este caso, hemos de entender que los delitos contra la integridad moral, como el presente, implican la causación de un trato vejatorio, humillante o degradante que atente contra la dignidad de la persona. En los delitos de odio, como pueden ser los derivados de la aporofobia, el móvil del sujeto activo debe residir en la discriminación hacia un determinado colectivo o hacia una persona individualmente considerada por su pertenencia a un colectivo. Es evidente que «infligir un trato degradante» requiere que el autor esté movido por una determinada causa como puede ser la discriminación a una persona por su condición sociocultural o socioeconómica, de forma que el odio hacia un determinado colectivo puede llevar al infractor a la comisión del tipo del art. 173.1 CP. Ello implica que, nuevamente, nos veamos ante la necesidad de proclamar una circunstancia agravante genérica en el art. 22.4 CP para el caso concreto de la aporofobia, para los supuestos en los que, como en el del art. 173.1 CP el autor del delito se vea movido a la comisión del mismo por el odio o la discriminación que profesa hacia un determinado colectivo.

En cuanto a las torturas, la cuestión queda mucho más clara en la previsión normativa de la conducta, y se requiere menor actividad de análisis que en el caso anterior, a pesar de que,

dado que tanto los tratos degradantes como las torturas constituyen delitos contra la integridad moral, las consideraciones sobre la repercusión de ambos tipos penales en las conductas en torno a delitos de odio son muy similares. En este sentido, el art. 174 CP establece:

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

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

Las especialidades respecto del delito del art. 173 CP son obvias en cuanto que, mientras que el tipo anterior consistía en un delito común, el presente es un delito especial que requiere que el sujeto activo se trate de autoridad o funcionario público; además, la tortura requiere un especial elemento subjetivo del injusto, el cual es «con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que haya cometido», o bien, y ésta es la parte más determinante, porque actúe movido «por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación». Por tanto, es evidente que concurre una mayor gravedad de la conducta de la autoridad o funcionario público culpable cuando el odio o discriminación que profese hacia un determinado colectivo haya sido determinante para la comisión de la tortura, lo cual no nos lleva sino a concluir nuevamente la necesidad de incorporar una necesaria circunstancia agravante en el art. 22.4 CP como consecuencia del odio y discriminación que se produce sobre personas sin hogar.

Y así llegamos a los delitos contra los derechos de los trabajadores. Concretamente, pondremos atención en el art. 314 CP, atinente a la discriminación laboral, el cual establece:

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

De este precepto hemos de destacar de este precepto es la específica necesidad de que se produzca una discriminación hacia un determinado colectivo. En este sentido, tal y como dejamos sentado para los casos de los arts. 510 y ss. CP, llamamos la atención de que, a pesar de que nuevamente no se hace mención a la situación patrimonial o socioeconómica de la víctima, de lo cual podría emanar la discriminación a la que alude el precepto como consecuencia de la aporofobia del autor, lo cierto es que se menciona una circunstancia que puede ponerse en relación con la situación de pobreza, como es la situación familiar, en tanto que la víctima puede verse envuelta en una situación familiar conflictiva que traiga causa de una precaria situación económica.

En lo que hace a la normativa internacional, no podemos dejar de mencionar el **Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, ratificado por España el 25 de junio de 1991**. A diferencia de lo que ocurre en nuestra legislación nacional, en este texto legal internacional sí que aparece un acercamiento más directo a nuestro objeto de análisis, a la aporofobia. Así, su **artículo 14** establece: «El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación». Al hacer referencia el precepto a la no discriminación por razón de fortuna, está refiriéndose de forma clara y directa a la situación socioeconómica del sujeto pasivo, lo cual implica que en esta previsión cabe la prohibición de un trato menospreciativo o discriminatorio a una persona por la fortuna a la que tiene acceso, y ello se pone en relación directa con el «odio a las personas sin hogar».

Algo similar ocurre con el **Pacto Internacional de 19 diciembre 1966, sobre derechos económicos, sociales y culturales, ratificado por España el 13 de abril de 1977**, cuando en su

artículo 2.2 establece: «Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se anuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social». Al igual que el caso anterior, la indicación en este caso de la posición económica como medio prohibido de discriminación, se pone en relación con la aporofobia en lo que hace a la consideración del principio de igualdad entre las personas sin hogar.

Misma expresión adoptaría el texto de la **Declaración Universal de los Derechos humanos, adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General de 10 de diciembre de 1948** cuando establece en su **artículo 2**: «Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía». Nuevamente, la prohibición de discriminación por razón económica es el término que conduce al rechazo expresado *de lege data* por parte de la normativa internacional hacia la aporofobia.

Por último, hay que dar cuenta de la mención específica que realiza a este respecto **la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000**, ratificada. Este texto normativo establece en su **art. 21**:

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

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

En este último caso es la referencia a la prohibición de discriminación por razón del patrimonio lo que hace vislumbrar la expresa previsión por parte de la Unión Europea respecto de la circunstancia socioeconómica en el ámbito de la discriminación por determinadas circunstancias personales. Previsión que no hace sino plantear una necesidad fehaciente para

con la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de esta expresa prohibición, comoquiera que, desde el Derecho supraestatal de la Unión Europea aplicable en España, así como desde el resto de textos internacionales ratificados por España que hemos citados viene previsto.

En todos los textos internacionales mencionados, como no podría ser de otro modo, dada su naturaleza jurídica, el deber de preservación de este principio de igualdad entre los ciudadanos, atendiendo a la no discriminación por razón de la condición social de que se trate, viene impuesto a los Estados parte del tratado internacional, quienes a su vez deben velar porque tales comportamientos no se den entre los ciudadanos del país sobre el que poseen soberanía».

En lo que se refiere a la perspectiva procesal, lo primero que cabe decir es que cabe tanto acción procesal civil como acción procesal penal, puesto que de todo delito nacen estas dos posibilidades, ya sea con el objetivo de obtener resarcimiento por los daños y perjuicios causados con el ilícito penal o como castigo del culpable, respectivamente (**artículo 100 de la Ley de Enjuiciamiento Civil** -en adelante, LECr.-).

En cuanto a la acción procesal penal, el **art. 125 CE** consagra la acción popular, y el **art. 406 LOPJ** establece expresamente que el juicio de responsabilidad penal contra Jueces y Magistrados podrá incoarse por providencia del Tribunal competente o en virtud de querrela del Ministerio Fiscal, o del perjudicado u ofendido, o mediante el ejercicio de la acción popular.

De este modo, nuestra legislación procesal-penal contempla dos modalidades de acción penal: la acción penal pública y la acción penal privada.

Diferente es la distinción entre denuncia y querrela, las cuales pueden estar referidas a los mismos hechos en un procedimiento penal, pero cuya función última es distinta. Así, la denuncia tiene como finalidad la puesta en conocimiento a la autoridad competente de unos hechos presuntamente delictivos (**art. 259 LECr.**), mientras que la querrela es el medio necesariamente escrito a través del cual se ejercita la acción penal (**arts. 270 y ss. LECr.**), ya sea de forma pública o privada.

La acción penal pública es aquella ejercitada por el Ministerio Fiscal (**art. 105 LECr.**) en delitos públicos (**art. 259 LECr.**) y semipúblicos, sin perjuicio de la participación de la víctima (acusación particular) o del resto de ciudadanos (acusación popular, *ex* **art. 101 de la LECr.**) a

través de denuncia (**arts. 259 y 264 LECr.**). En este sentido, en el caso de acción penal pública respecto de delitos públicos y semipúblicos, la querella deberá ser ejercitada por el Ministerio Fiscal.

La acción penal privada es aquella ejercitada por la persona agraviada por el delito (*ex art. 105.1 LECr.*, *sensu contrario*, al establecer que el Ministerio Fiscal debe ejercitar todas las acciones penales que considere procedentes «menos aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente a la querella privada») en delitos privados, que en nuestro ordenamiento jurídico-penal son, de forma exclusiva, los delitos contra el honor, esto es, las injurias y calumnias (**arts. 205 a 216 CP**). Así, en el caso de acción penal privada respecto de delitos privados, la querella deberá ser ejercitada por el ofendido por el delito, la víctima.

Dicho todo lo cual, la acción procesal que cabe interponer en los casos de delitos de odio de los arts. 510 y ss. CP para iniciar un procedimiento judicial es una querella, la cual, en tanto que el supuesto de hecho no se corresponde con un presunto delito contra el honor, deberá ser ejercitada por el Ministerio Fiscal. Luego entonces, la querella interpuesta da lugar al ejercicio de una acción penal pública.

Sin embargo, a pesar de la necesaria interposición de querella pública por el Ministerio Fiscal, nada obsta para que exista en el presente caso, a través de la interposición de una denuncia, acusación popular (por parte de cualquier ciudadano) o acusación particular (por parte de la víctima del delito; lo cual será necesario en caso de que se trate de delito semipúblico).

Además, existe también la posibilidad de interponer querella por persona distinta del Ministerio Fiscal, a tenor de lo dispuesto en los **arts. 101 y 270 LECr.**, el cual establece: «Todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, pueden querellarse, ejercitando la acción popular establecida en el artículo 101 de esta Ley. También pueden querellarse los extranjeros por los delitos cometidos contra sus personas o bienes, o las personas o bienes de sus representados, previo cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 280 [prestación de fianza], si no estuvieren comprendidos en el último párrafo del artículo 281 [exención de fianza y excepciones en la aplicación a los extranjeros]».

Por otro lado, no podemos dejar de hacer mención de la importante labor desarrollada por la Policía Judicial, y ello porque, a pesar de la escasa importancia que concede la Ley de

Enjuiciamiento Criminal al atestado, la gran mayoría de los procesos penales se inician mediante el mismo⁸⁰.

Así, el art. 126 CE establece: «La policía judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la ley establezca». Por su parte, el régimen procesal de este cuerpo se regula en los **arts. 282 a 298 LECr.**, estableciendo el **art. 282 LECr.:**

«La Policía Judicial tiene por objeto y será obligación de todos los que la componen, averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial. Cuando las víctimas entren en contacto con la Policía Judicial, cumplirá con los deberes de información que prevé la legislación vigente. Asimismo, llevarán a cabo una valoración de las circunstancias particulares de las víctimas para determinar provisionalmente qué medidas de protección deben ser adoptadas para garantizarles una protección adecuada, sin perjuicio de la decisión final que corresponderá adoptar al Juez o Tribunal.

Si el delito fuera de los que sólo pueden perseguirse a instancia de parte legítima, tendrán la misma obligación expresada en el párrafo anterior, si se les requiere al efecto. La ausencia de denuncia no impedirá la práctica de las primeras diligencias de prevención y aseguramiento de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial».

En cuanto al mencionado atestado, éste se trata de un documento público que actualmente exige un alto grado de especialización y capacidad técnica de los miembros de las fuerzas y Cuerpos de Seguridad ya que, en su interior, además de recogerse meras denuncias nos encontramos con informes de gabinetes dactiloscópicos, de lofoscopía, reconocimientos fotográficos, entradas y registros, intervenciones postales y telefónicas, etc⁸¹. Así pues, aunque el atestado equivale, en principio, a una denuncia (**art. 297 LECr.**), también tiene virtualidad probatoria propia cuando contiene datos objetivos y verificables que, expuestos por los agentes con su firma y rúbrica y con las demás formalidades exigidas por los **arts. 292**

⁸⁰ José Miguel SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, "Atestado policial: algo más que una denuncia". Noticias jurídicas.

⁸¹ Idem.

y **293 LECr.**, han de ser calificados como declaraciones testificales (STC 22/1988, de 18 de febrero).

En este sentido, el **art. 292 LECr.** preceptúa:

«Los funcionarios de Policía Judicial extenderán, bien en papel sellado, bien en papel común, un atestado de las diligencias que practiquen, en el cual especificarán con la mayor exactitud los hechos por ellos averiguados, insertando las declaraciones e informes recibidos, y anotando todas las circunstancias que hubiesen observado y pudiesen ser prueba o indicio del delito.

La Policía Judicial remitirá con el atestado un informe dando cuenta de las detenciones anteriores y de la existencia de requisitorias para su llamamiento y busca cuando así conste en sus bases de datos».

Es por ello que, en relación con lo antedicho respecto de la normativa internacional en esta materia, a lo largo de estos últimos años se ha llevado a cabo por el legislador español una serie de adaptaciones y reformas a nivel nacional con el fin de adecuar la normativa interna a los principios consolidados a nivel internacional en esta materia. Por dicha razón, en el año 2014 se produjo la aprobación del *Protocolo de Actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para los Delitos de Odio*. Un protocolo que, aunque tiene una corta vida, ha sido objeto de una actualización el pasado año 2015, puesto que se ha convertido en un instrumento cardinal a la hora de habilitar una adecuada respuesta a los incidentes o actitudes racistas, xenófobas o discriminatorias por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad⁸².

Respecto del órgano judicial competente para conocer de los delitos de odio de los arts. 510 y ss. CP, hemos de decir lo siguiente:

- En lo atinente a la competencia objetiva, teniendo en cuenta las penas de los arts. 510 a 512 CP las cuales no exceden de cinco años prisión ni de diez años de naturaleza distinta a prisión y multa, el órgano judicial competente para conocer de estos delitos es el Juez de lo Penal de la circunscripción donde el delito fue cometido, o el Juez

⁸² Ministerio del Interior. *Informe sobre incidentes relacionados con los delitos de odio en España*, p. 4.

Central de lo Penal en el ámbito que le es propio, sin perjuicio de la competencia del Juez de Instrucción de Guardia del lugar de comisión del delito para dictar sentencia de conformidad, en los términos establecidos en el artículo 801 LECr., así como de los Juzgados de Instrucción competentes para dictar sentencia en el proceso por aceptación de decreto (**art. 14.3 LECr.**), en aplicación subsidiaria dado que no es de aplicación lo dispuesto en el apartado 3 del mismo artículo, en la medida en que la pena de prisión del presunto delito excede de 5 años.

- En lo que respecta a la competencia territorial, hay que atender a las reglas del **art. 15 LECr.**, el cual establece lo siguiente:

«Cuando no conste el lugar en que se haya cometido una falta o delito, serán Jueces y Tribunales competentes en su caso para conocer de la causa o juicio:

1º El del término municipal, partido o circunscripción en que se hayan descubierto pruebas materiales del delito.

2º El del término municipal, partido o circunscripción en que el presunto reo haya sido aprehendido.

3º El de la residencia del reo presunto.

4º Cualquiera que hubiese tenido noticia del delito.

Si se suscitase competencia entre estos Jueces o Tribunales, se decidirá dando la preferencia por el orden con que están expresados en los números que preceden.

Tan luego como conste el lugar en que se hubiese cometido el delito, el Juez o Tribunal que estuviere conociendo de la causa acordará la inhibición en favor del competente, poniendo en su caso los detenidos a disposición del mismo y acordando remitir, en la misma resolución las diligencias y efectos ocupados».

- En cuanto a la competencia funcional, los órganos con competencia objetiva y territorial para conocer del asunto serán los competentes para conocer todas sus incidencias, para llevar a efecto las providencias de tramitación y para la ejecución de las sentencias, en virtud del **art. 9 LECr.**

Por su parte, el procedimiento en base al cual ha de sustanciarse la querrela es el procedimiento abreviado, puesto que al tenor del **art. 757 LECr.**, éste será el aplicable para procedimientos para delitos con pena de prisión inferior a nueve años, así como con cualesquiera otras penas de cualquier clase, siempre que no sea de aplicación otro procedimiento especial. Dado que los delitos de odio de los arts. 510 y ss. CP tienen señaladas unas penas de prisión, en todos los casos, inferiores a nueve años, y que no se subsume en ninguno de los demás procedimientos especiales previstos por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, resulta procedente seguir el procedimiento abreviado.

En lo que hace a la presencia de aporofobia en otros tipos del Código penal que no son propiamente delitos de odio, habrá de estarse a las reglas de jurisdicción y competencia de tales delitos atendiendo a las reglas establecidas en los precitados artículos de la LECr.

Por lo demás, existe una serie de novedades surgidas en materia procesal como consecuencia de las amplias modificaciones legislativas sufridas el pasado año 2015 en materia penal, las cuales deben ser siquiera mencionadas.

En concreto, la **Ley 13/2015, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica**, ha modificado la LECr. mediante la introducción de la figura del agente encubierto informático, y ha puesto en marcha otra serie de medidas de investigación tecnológica, facultando a los agentes a investigar bien la difusión en las redes sociales de mensajes ofensivos que incitan al odio y la violencia, o bien aquéllas publicaciones en Internet que contengan contenidos que puedan constituir delitos de odio (**arts. 588.ter.a a 588.ter.50 LECr.**). De otro lado, se encuentra la **Ley 41/2015, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales**⁸³.

Igualmente, encontramos la **Ley 43/2015, del Tercer Sector de Acción Social, o la Estrategia Nacional Integral para Personas Sin Hogar 2015-2020, aprobada en Consejo de Ministros el 6 de noviembre de 2015**. Documentos que afectan de manera directa al contenido del *Protocolo de Actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para los Delitos de Odio*⁸⁴.

⁸³ *Ibíd.*, p. 6.

⁸⁴ *Ibíd.*, p. 7.

En otro orden de cosas, con la creación de la figura policial del «interlocutor social» por el *Protocolo de Actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para los Delitos de Odio*, durante el año 2015 se ha venido tejiendo una red a nivel nacional que ha permitido a los agentes policiales establecer relaciones con la comunidad y las ONG de víctimas y de defensa de los derechos humanos, así como con otras organizaciones representativas de minorías, y estrechar lazos y crear cauces fluidos de comunicación⁸⁵. Por una parte, esta red ha dado a conocer a los diferentes colectivos afectados la labor policial realizada para erradicar la discriminación y el odio; y por otra, ha facilitado una mayor comprensión de la problemática que representan los delitos de odio, redundando esto último en una mayor efectividad de la actividad policial⁸⁶.

2.- Análisis de la jurisprudencia y estudio del trabajo de las Fiscalías provinciales de los Delitos de Odio y Discriminación.

Para empezar el estudio jurisprudencial de los delitos de odio, en primer lugar, hemos de atender a las sentencias al respecto del art. 510 CP, referido a la provocación a la discriminación y a la difusión de informaciones injuriosas hacia determinados grupos o asociaciones que vienen identificados a partir de los motivos con que actúa el sujeto activo del delito y que, concretamente, hacen referencia a la raza, etnia, origen nacional, motivos ideológicos, religión, creencias, sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía.

La realidad jurisprudencial aplicativa del art. 510 CP resulta bastante exigua desde su entrada en vigor con la promulgación del Código Penal de 1995. El número sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo en esta materia es casi nulo, motivo por el cual hemos de movernos en buena medida en torno a la Jurisprudencia de instancia y de apelación, esto es, la Jurisprudencia menor, así como en torno a la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

Igualmente, es importante destacar que tampoco es común encontrar Jurisprudencia condenatoria firme respecto de los delitos del art. 510 CP. En la mayoría de casos, tras la

⁸⁵ Idem.

⁸⁶ Idem.

interposición del pertinente recurso, recae absolución sobre quienes fueron condenados en primera instancia.

Pues bien, a pesar de las numerosas circunstancias que enumera el art. 510 CP, el núcleo gordiano de la casuística jurisprudencial gira en torno a los supuestos de racismo y xenofobia.

La primera condena en instancia se produjo por **Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona, el 16 de noviembre de 1998** («Caso Varela» o «Caso librería Europa»). Los hechos comprendieron la actividad de agitación del acusado desde el año 1996 (recién entrado en vigor, por tanto, el art. 510 CP), como titular y director de la librería. Los hechos probados inciden sobre material escrito, esto es, libros, publicaciones, cartas, carteles que denigran al pueblo judío, hasta el extremo de instar a que sus miembros sean objeto de exterminio, a la vez que se niega, banaliza o justifica el «Holocausto nazi». Estos hechos fueron objeto de condena en 1998 por el Juzgado de lo Penal de Barcelona, y objeto de absolución en segunda instancia por Audiencia Provincial de Barcelona en 2008 en lo que se refiere al delito de provocación a la discriminación del art. 510 CP, pero no en lo relativo al delito de apología del genocidio del art. 607.2 CP. Posteriormente, el mismo sujeto volvería a ser juzgado por otros hechos, resultando condenado por **Sentencia del Juzgado de lo Penal de Barcelona, de 5 de marzo de 2010**. En este caso, los hechos probados se realizaban particularmente en los primeros meses de 2006 respecto, una vez más, de contenidos esencialmente antisemitas, aunque con referencia incidental a otros colectivos, con mención expresa a la celebración de ciclos de conferencias y extractos de publicaciones, difusión vía Internet, etc. Nuevamente, la Audiencia Provincial de Barcelona, apenas dos meses después de la condena de instancia, por SAP de 26 de abril de 2010, y de forma mimética al primer supuesto, absuelve del delito de provocación a la discriminación (art. 510 CP), y confirma únicamente el delito de apología del genocidio (art. 607.2 CP).

Los casos de la librería «Europa» manifestaban como foco principal de su actividad propagandística contenidos antisemitas, aunque venía complementado por agitación xenófoba sobre personas de raza negra, musulmanes, homosexuales y demás colectivos que suelen ser objeto de ataque del discurso del odio junto al pueblo judío.

Casualmente, un segundo caso igualmente emblemático tuvo lugar también en Barcelona, el «Caso de la librería Kalki», donde el grado organizativo de la actividad en el establecimiento determinaría que la sentencia de instancia, el 7 de octubre de 2009, no solo condenara por

delito de provocación a la discriminación (art. 510 CP) y de apología del genocidio (art. 607.2 CP), sino también por el delito de asociación ilícita del art. 515 CP. Este caso no solo pasó en segunda instancia por la Audiencia Provincial de Barcelona, sino que por primera vez conoció el Tribunal Supremo (**STS de 12 de abril de 2011**) de un supuesto de delito de odio del art. 510 CP. Sin embargo, Nuestro Alto Tribunal absolvería de todos los cargos a los acusados.

Entre los pronunciamientos que continúan la línea interpretativa de los supuestos del art. 510 CP, cabe la **Sentencia del Juzgado de lo Penal de Lleida de 16 de noviembre de 2006**, donde se condena a los acusados por haber creado páginas web en las que difundían, durante los meses de marzo a agosto de 2003, y durante parte del año de 2004, contenidos de ideología «*skinhead*» y de orientación antisemita, siendo la condena recaída por delito continuado del art. 510 CP, en sus dos modalidades: provocación a la discriminación (apartado 1) e injurias colectivas (apartado 2) a penas, respectivamente, de dos y año de prisión, y multa de nueve y seis meses. Misma línea seguiría la Sentencia del Juzgado de lo Penal de Barcelona, de 16 de junio de 2010, en la que el acusado publicó a través de la Red varios vídeos relativos al III Reich y a la vida privada de Adolf Hitler. La página web en cuestión remitía también a una biblioteca con acceso a libros con contenido manifiestamente xenófobo, como la obra «*Mein Krampf*» («*mi lucha*»), donde Hitler argumentaba la tesis del «peligro judío», así como «El Segundo Informe *Leuchter*», donde, por ejemplo, se cuestionaba la utilización y finalidad exterminadora de las cámaras de gas en la Alemania nazi.

Por su parte, la **Sentencia del Juzgado de lo Penal de Logroño, de 2 de abril de 2004**, enjuicia unos hechos consistentes en la distribución y exposición pública de pasquines contra inmigrantes, a quienes se descalifica con palabras tales como «gentuza», «basura», además de acusárseles de forma genérica de delitos de violación, robo, etc., y amenazarles con el uso de explosivos. Dichos pasquines finalizaban con frases tales como: «¡Arriba España!», o con una referencia al barrio sobre el que vertían sus denuncias. Uno de los pasquines se colocó en la madrugada del 10 de septiembre de 2002 en la puerta principal del Ayuntamiento de Logroño, en la Delegación de Hacienda y en el propio Parlamento de La Rioja. Los dos acusados fueron condenados a penas de un año de prisión y a multa de seis meses por el delito del art. 510.1 CP. Ésta se trata de una sentencia firme en la que, como se puede comprobar, se cambia la línea marcada por las anteriores, en el sentido de que finalmente los acusados son condenados por las previsiones normativas del art. 510 CP.

Sin embargo, a pesar de que abundan los casos relacionados con la xenofobia, algunos sobrepasan esta cuestión para recoger supuestos también por enfermedad o de un marcado carácter ideológico. Así por ejemplo, los **Autos de la Audiencia Provincial de Burgos de 15 de febrero de 2002 y de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de mayo de 2003** (caso que acabó sobreseyéndose), donde el supuesto consistía en una exclusión de los que se denominaron «grupos de riesgo», refiriéndose a la población de riesgo de transmisión del SIDA, apuntando a la homosexualidad masculina, casos de promiscuidad sexual que incluye relaciones con prostitutas en los últimos seis meses y drogadicción intravenosa. Como se puede imaginar, la cuestión suscitó una importante controversia en cuanto al análisis de si se daba una efectiva incitación a la discriminación. El propio Auto de la AP de Burgos (FJ 1º) establece la existencia «a lo sumo de desafortunada terminología», aunque descartó la tipicidad de los hechos. En cuanto a supuestos de discriminación ideológica, cabe citar el **Auto del TS de 25 de junio de 2004** respecto de unas declaraciones del Director de la Guardia Civil, quien estableció su compromiso para la no existencia de sindicatos en el cuerpo armado, y donde el denunciante alegaba que se produjo una provocación a la discriminación contra la Asociación Independiente de la Guardia Civil; el caso no se admitió a trámite.

Recapitulando en la cuestión, hay que decir que, si bien es escasa la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (**STS de 12 de abril de 2011**) en aplicación e interpretación del art. 510 CP, lo cierto es que no duda en afirmar categóricamente respecto de estos delitos que:

«(...) En cualquier caso, es preciso que se trate de una incitación directa a la comisión de hechos mínimamente concretados de los que pueda predicarse la discriminación, el odio o la violencia contra los referidos grupos o asociaciones y por las razones que se especifican en el artículo».

Con tal aseveración, el Tribunal Supremo persigue dejar sentada la idea de que la incitación al odio debe realizarse de forma directa, para con ello distinguir plenamente los delitos del art. 510 CP del delito de apología del genocidio del art. 607.2 CP, en el sentido de subrayar que, conforme al Tribunal Constitucional (**STC 235/2007, de 7 de noviembre**), no podría explicarse sistemáticamente que la incitación indirecta a la comisión de un delito de genocidio pudiera

aparejar menor pena que la incitación indirecta a actos -no delictivos- de odio, discriminación o violencia⁸⁷.

Así, la **SAP de Barcelona de 5 de marzo de 2008** concluye que el TC pretende diferenciar la justificación de apología del genocidio y el delito de provocación con el carácter directo de la incitación que ésta presenta: provocación directa, pero no para la comisión de delitos, sino a conductas de odio, discriminación o violencia, en contraposición a la incitación indirecta a la comisión de delitos de genocidio, todo ello en virtud del FD 4º *in fine* de dicha sentencia.

Llegamos por último al momento de referirnos a la Jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Tal Jurisprudencia gira nuevamente en torno a una marcada abundancia de casos relacionados con la xenofobia y el racismo, algo que se entiende si tomamos en consideración la Historia reciente de Europa y la proliferación de regímenes totalitarios durante el Siglo XX, en los que existía una declarada discriminación a determinadas razas, etnias o nacionalidades. Nazismo, fascismo y la creciente amenaza del comunismo estalinista fueron sin duda los grandes exponentes y fuente de estímulo para legisla a nivel europeo en materia de derechos humanos y en torno a la cuestión de no discriminación por pertenencia a determinados grupos o idiosincrasias tras la Segunda Guerra Mundial, de manera que igualmente el número de casos a los que se tuvo que enfrentar el TEDH fue cuantioso respecto de estas ideologías políticas totalitarias que a lo largo del Siglo XX permanecieron en la mente de muchas personas. La raza judía alrededor del concepto del antisemitismo fue sin duda la principal fuente de motivación para tutelar esta cuestión que versa sobre la dignidad de la persona. Sin embargo, en un tiempo más reciente, tiende a incorporarse a esta corriente jurisprudencial supuestos relativos al fundamentalismo islámico o situaciones de conflicto como la cuestión curda⁸⁸, algo que no sorprende si tomamos en consideración los conflictos armados de los últimos años.

Con todo, la labor interpretativa del TEDH pone especial énfasis en el análisis del art. 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), esforzándose con ahínco en preservar la libertad de expresión, pero estableciendo los límites para con el respeto del principio de igualdad y no discriminación e incitación al odio y a la violencia, esto es, ponderando ambos derechos para la consecución

⁸⁷ Jon-Mirena LANDA GOROSTIZA, «Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de *lege lata*». *Revista de Derecho penal y criminología*, 3ª Época, nº 7 (enero de 2012), p. 313.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 324.

de un estatus de respeto y convivencia entre los pueblos. Se alude como paradigmático en este sentido el **«Caso Jersild c. Dinamarca 1994»** en el que es objeto de control si resulta contraria a la libertad de expresión la sanción penal de un periodista danés (Jens Olaf Jersild) por permitir en su programa de análisis que miembros de las Chaquetas Verdes profirieran proclamas racistas de extrema dureza contra los inmigrantes y diversos grupos étnicos en Dinamarca. El TEDH, aunque de forma no unánime, decidió proteger al periodista porque aunque los profesionales de la información, de conformidad con el art. 10.2 CEDH tienen también «deberes y responsabilidades» que les pueden obligar a distanciarse de discursos racistas y xenófobos para evitar ser puras plataformas de difusión de los mismos, entendió en el caso concreto que el periodista actuaba dentro del ámbito protegido de la libertad de expresión⁸⁹. Interesa subrayar la intención del TEDH de marcar la fina línea existente entre la libertad de expresión que de forma especial ostenta un colectivo como el de periodistas, y el discurso que puede ser incluso objeto de sanción penal.

Supuestos en los que también se tiende a primar la libertad de expresión sería por ejemplo el **«Caso Lehideux e Isorni c. Francia 1998»**, donde el TEDH se enfrentó a la persecución penal de un supuesto de revisionismo del régimen de Vichy en el que los demandantes reclaman y obtienen la protección del Convenio. De otro lado, supuestos en los que el TEDH tiende a negar de forma estricta toda protección a casos de agitación negacionista o revisionista serían el **«Caso Garaudy c. Francia 2003»**, respecto del Holocausto nazi, o el **«Caso Feret c. Bélgica 2009»**, donde en opinión de la mayoría del Tribunal, la condición de parlamentario del demandante no atenúa su responsabilidad, sino que le depara un especial deber de cautela.

Pues bien, una vez que hemos llevado a cabo el análisis de la Jurisprudencia existente en aplicación del art. 510 CP, y la consiguiente labor del TEDH en la misma materia respecto de casos surgidos en diferentes Estados miembros, pasamos a analizar la labor jurisprudencial en torno al art. 22.4 CP. En cierto modo es llamativo el hecho de que la Jurisprudencia que interpreta el art. 22.4 CP resulte no solo todo lo clarificadora que no es la referida al art. 510 CP al respecto de la aporofobia, sino en algún caso incluso atinente de forma plena al odio contra las personas sin hogar, algo que muestra que la pretensión de este trabajo debe ser dicotómico en el sentido de proclamar la inclusión de la aporofobia dotando de igual nivel de importancia su inclusión tanto como agravante genérica del art. 22.4 CP, así como específico tipo penal del art. 510 CP, pues la aporofobia no solo se pone de manifiesto en los delitos de

⁸⁹ *Ibidem*, p. 325 y 326.

odio previstos por este último precepto, a pesar de que el odio sea la base de su razón de ser, sino que, tal y como hemos analizado a lo largo de este trabajo, concurre en numerosos delitos contra las personas.

De la simple lectura del art. 22.4 CP, nos damos cuenta cómo el *numerus clausus* de circunstancias agravantes genéricas preceptuadas imposibilitan totalmente a nuestros Jueces y Tribunales aplicar tal precepto cuando concorra un claro caso de odio hacia las «personas en situación de calle» en la comisión delictiva, si no confluye y se pone en relación con alguna de las circunstancias que sí aparecen previstas en el precepto, puesto que de lo contrario se atentaría al elemental principio de legalidad prevenido en los arts. 9.3, 25. Y 103 CE. La **SAP de Barcelona, de 5 de noviembre de 2008**, se pronunció respecto de un caso en el que un grupo de sujetos asesinan alevosamente a una señora que vivía «en situación de calle», y que dormía en un cajero bancario de La Caixa. Los acusados, tras maltratar físicamente a esta persona, la rociaron con líquido disolvente y le prendieron fuego, muriendo ésta a consecuencia de las graves quemaduras sufridas. La Audiencia, tras realizar el recuento de las diferentes circunstancias agravantes aplicables a este supuesto de asesinato, aseveran lo siguiente: «No concurriendo tampoco la agravante impetrada por la acusación particular (...) en cuanto a móvil subsumible en el artículo 22.4 CP, dado que no existe prueba que funde tal aserto, que por otro lado ni siquiera se ha concretado en qué supuesto versaría, significándose que la marginalidad o desocialización y situación de exclusión social no resulta contemplada en el elenco previsto en el mencionado apartado cuya interpretación debe ser restrictiva en cuanto que son circunstancias agravantes (...)» (FJ 6º). En definitiva, la Audiencia no tuvo posibilidad de agravar la pena como consecuencia de concurrir una clara aporofobia entre los agresores, dada la inexistente previsión legal de la misma como circunstancia agravante del art. 22.4 CP.

De otro lado, el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre esta cuestión en **Sentencia de la Sala de lo Penal, Sección 1ª, núm. 1160/2006, de 9 de noviembre**, refiriéndose a la correcta aplicación que debe realizarse del art. 22.4 CP respecto de la aporofobia, declarando que, en un caso de ataque peyorativo e inhumano a una persona «en situación de calle» y en atención a este hecho, no se puede subsumir a la previsión del art. 22.4 CP, y ello porque: «En el texto legal cabe diferenciar dos partes, aunque no quepa separar una de otra. En la primera, terminada con una cláusula de relativa apertura, se hace referencia a la comisión del delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación. Y, en esa fórmula abierta, ha

de incluirse el caso que nos ocupa: los acusados atacaban a la víctima al diferenciarla peyorativamente con trato inhumano, por su condición de persona *indigente*. En la segunda parte del precepto se acude a una enumeración en números clausus; la discriminación ha de centrarse en la ideología, la religión, las creencias, la etnia, la raza, la nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca (la víctima). Lo que refuerza la seguridad jurídica, exigible por los arts. 25.1, 9.3 y 81 CE y 1, 2 y 4 CP. Pero, con la utilización de tal cierre, corre peligro el legislador de dejar fuera otras modalidades de discriminación equiparables, desde la perspectiva del Estado social, democrático y de Derecho, a las que enuncia, casos de motivación discriminatoria que aumentarían el injusto subjetivo del hecho, por la negación del principio de igualdad. Y no cabe aseverar que la situación de la persona sin hogar responda, sin que se acrediten otros matices, a unas determinadas ideología o creencias que se atribuyan a la víctima, sean o no por ella asumidas, como tampoco a su etnia, raza, nación, sexo y orientación sexual, enfermedad o minusvalía».

Nuestro Alto Tribunal deja bastante claro en esta sentencia que la agravante del delito contemplada en el art. 22.4 CP, no puede aplicarse a los delitos cometidos contra las personas en situación de calle sin que se acrediten otras circunstancias contempladas en el *numerus clausus* que recoge. Para que resulte aplicable la mencionada agravante debe concurrir alguna de las circunstancias previstas en el art. 22.4, puesto que éste no contempla como agravante la discriminación por circunstancias socioeconómicas.

La mencionada, es la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo respecto a la consideración de la discriminación por circunstancias socioeconómicas, y la línea seguida por nuestros Jueces y Tribunales. Cabe citar que en los mismos términos se expresa, por ejemplo, la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 34/2013 (Sección 7ª), de 19 de marzo de 2013**.

En esta línea, la STS 360/2010, de 22 de abril, sobre un caso de racismo, analiza cómo las circunstancias previstas en el art. 22.4 CP se ponen a menudo en relación con la aporofobia, dado que el móvil que incita en este caso a los agresores a cometer delitos contra las personas que viven en la calle es el racismo, puesto que en la calle residen multitud de inmigrantes viviendo por diversos motivos, normalmente económicos, por problemas de drogadicción, e incluso por problemas mentales y derivados de discriminación por orientación sexual.

Por su parte, el TEDH ha analizado el sentido y alcance del art. 14 CEDH, el cual sienta la prohibición de no discriminación en atención a una serie de circunstancias («por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación»), y en tanto que el mismo establece que el goce de los derechos y libertades ha de ser asegurado «*sans distinction aucune*» (sin distinción alguna: versión original francesa) o «*without discrimination*» (sin discriminación: versión original inglesa). El TEDH, desde la colación del tratamiento del «Caso del régimen lingüístico belga» (**STEDH de 23 de julio de 1968**), se inclina por la versión inglesa, entendiendo igualdad como no discriminación y considerando, en consecuencia, que el art. 14 CEDH no prohíbe toda diferencia de trato. De tal modo que el TEDH admite que no todo trato diferente comporta violación del CEDH, puesto que solamente es incompatible con el mismo aquel que implique trato discriminatorio, considerando necesario averiguar en cada caso concreto si la diferencia de trato viola o no el art. 14 CEDH bajo estas premisas. Para ello, ya en esta sentencia, sienta los criterios generales que permiten afirmar si existe o no trato discriminatorio, afirmando que:

4. La igualdad de trato queda violada cuando, entre casos comparables, la no violación carece de justificación objetiva.
5. La existencia de una justificación semejante debe apreciarse en relación con la finalidad de los efectos de la medida examinada en atención a los principios que generalmente prevalecen en las sociedades democráticas.
6. El art. 14 CEDH también se ve violado cuando resulta claramente que no existe una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

Paulatinamente, a partir de una serie de casos tales como el «Caso Sindicato Nacional de Policía Belga», el «Caso Luedicke, BelKacem y Koc» o el «Caso Rasmussen», el TEDH determina que para alegar violación al principio de igualdad es necesario relacionarla con un derecho previsto en el CEDH. De modo que el TEDH ha de examinar, en primer lugar, si se ha producido o no violación del derecho individualmente considerado, y en función de si aprecia que ha existido tal violación, entrará a valorar la existencia de discriminación.

En consecuencia, volviendo a establecernos en el panorama nacional, hay que advertir la enorme relevancia que adquiere el Ministerio Fiscal en la persecución de los Delitos de Odio

y Discriminación, ya que su labor ayuda de manera muy considerable a la problemática que subyace tras la violación de estos derechos fundamentales.

La misión que le asigna el **art. 124.1 CE** es la de:

«(...) promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social».

Dichos principios de actuación encomendados al Ministerio Fiscal, hacen que la defensa de valores tan trascendentes como la igualdad y la dignidad de la persona, que son en definitiva los que se ven afectados por este tipo de conductas, nunca puedan ser ajenas en el desempeño de su trabajo.

Además, el Ministerio Fiscal tiene encomendadas importantes funciones tuitivas respecto a las víctimas del delito, que en estos supuestos adquieren especial relevancia dada la vulnerabilidad de quienes son objeto de este tipo de acciones ilícitas.

A su vez, el carácter transversal de este fenómeno determina que la capacidad de coordinación y de unificación de criterios resulte también primordial para hacer posible una actuación coherente y eficaz ante este tipo de conductas, salvaguardándose, al tiempo, la seguridad jurídica y la protección de los derechos y garantías de los ciudadanos.

Pues bien, en relación con ello también el Ministerio Fiscal, actuando de acuerdo con los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sumisión plena a la legalidad, aporta un valor añadido de especial interés.

En los últimos años el Ministerio Fiscal español sufre una serie de cambios enfocados a la modernización. Una de sus líneas esenciales es precisamente la de impulsar, bajo los principios antes señalados, una actuación especializada o, al menos, un tratamiento específico (coordinado a nivel nacional) en determinadas materias a través de la articulación de una estructura orgánica adecuada y la obtención de las capacidades y habilidades necesarias para afrontar de forma eficiente la investigación y persecución de los diferentes fenómenos criminales. Este planteamiento favorece, además, la comunicación y colaboración con instituciones y organismos públicos o privados implicados también en la lucha contra las diversas manifestaciones de la delincuencia.

Una urgente necesidad en la lucha contra los delitos de odio y discriminación es la formación de nuestros cuerpos policiales, como miembros del sistema de justicia, e, incluso, de la formación de médicos forenses, letrados y personal de seguridad privada. Dicha necesidad

responde al carácter esencial de conocer, por parte de estos cuerpos, los delitos existentes (en concreto el delito recogido en el **artículo 510 CP**), de valorar adecuadamente su gravedad (los datos recopilados por el Servicio en las **memorias 2010-2012** muestran que los juzgados acaban instruyendo como delito gran parte de los hechos que la policía calificó de falta -hoy, delitos leves- en sus atestados) y realizar las investigaciones y atestados de forma que permitan la correcta aplicación de tipos penales o el agravante del **art. 22.4 CP**.

A su vez, jueces y fiscales deben saber cómo aplicar correctamente la ley nacional e interpretar los tratados internacionales de forma adecuada.

En el último informe sobre España, en **2011**, la **ECRI (European Commission against Racism and Intolerance -Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia-)** aún señalaba la falta de formación del personal de estos servicios. Sin embargo, numerosos esfuerzos han sido llevados a cabo desde entonces, ganándose así el reconocimiento del organismo. En este sentido, deben señalarse la **«Formación sobre Identificación y Registro de Incidentes Racistas (FIRIR)»** para los cuerpos policiales, los **programas de formación específicos sobre delitos de odio y discriminación de la Fiscalía General**, así como la previsión de formación en materia de diversidad, igualdad de trato y no discriminación para el personal de seguridad privada en la nueva **Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada (art. 29.7)**.

En este marco, debemos destacar la creación y puesta en funcionamiento de la **Delegación de Tutela Penal de la Igualdad y contra la Discriminación por Decreto del Fiscal General del Estado de fecha 10 de octubre de 2011**. Su origen va vinculado al **Proyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y no Discriminación**, preparado en la IX Legislatura, del Gobierno del PSOE, en 2011 y cuyo **artículo 30** contemplaba expresamente la designación de un Fiscal Delegado del Fiscal General del Estado para esta materia (proyecto que no llegó a ser terminado íntegramente). No obstante, la Fiscalía estimo oportuno asumir esta misma idea por su valor en orden a potenciar y optimizar la actividad del Ministerio Fiscal en este ámbito. Así, en el Decreto de constitución de la Delegación se hace referencia específica a la necesidad de ofrecer una respuesta institucional ante el problema de la discriminación y ante la situación de desprotección efectiva en que se encuentran las víctimas de estas conductas, cuestiones éstas de las que el Ministerio Fiscal no podía desentenderse por las funciones tuitivas que tiene encomendadas por mandato constitucional. Se trata de un marco de autonomía organizativa de la que dispone la Institución, lo que permite retomar internamente el propósito que tuvo el legislador, ofreciendo claramente una solución adecuada a una necesidad.

Con dicha finalidad y al amparo del **artículo 22 de la Ley 50/1981, 30 diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal** (en adelante, EOMF), el Fiscal General del Estado impulsó esta Delegación con el objetivo de unificar criterios e intensificar la acción del Ministerio Fiscal en relación con los crímenes de odio, a cuyo fin fue designado como responsable, en primer término, el Fiscal de Sala del Tribunal Supremo, don Antolín Herrero Ortega, quien puso los cimientos de una coordinación nacional centralizada en esta materia . Con anterioridad a la puesta en funcionamiento de la Red, en algunos órganos provinciales ya se venía realizando una actividad seria y comprometida en este ámbito, centrada en la detección de estas conductas y en el seguimiento y control de investigaciones policiales y procedimientos judiciales. Ha de destacarse al respecto la puesta en funcionamiento, en el año 2011, de una sección con este objetivo en la Fiscalía de Sevilla, similar a las que también se habían articulado en otras Fiscalías Provinciales como las de Madrid y Barcelona, provincia, esta última, pionera en esta materia.

La **Fiscalía Provincial de Barcelona** comenzaría su andadura allá por junio de 2007, con la creación de la figura del Fiscal Interlocutor contra la homofobia por parte de la entonces Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. La experiencia lograda por este órgano ha demostrado que se dan idénticos problemas entre las víctimas homosexuales y otras personas objeto de discriminación por razón del lugar de nacimiento, el origen racial o étnico, el sexo, la religión, las convicciones u opiniones, la situación socioeconómica, la edad, la discapacidad o las enfermedades de las personas, desembocando en hechos delictivos, motivo que certifica que la labor que debe desempeñar el Ministerio Fiscal en la materia es primordial.

Particularmente, en lo que hace a la aporofobia, resulta de especial calado hoy día las manifestaciones delictivas en este sentido, habida cuenta de la situación de crisis en la que hemos estado y seguido estando inmersos, lo cual crea situaciones de indigencia en no pocos desamparados proclives a fomentar el nivel de odio por estas circunstancias socioeconómicas. En la provincia de Barcelona, asimismo, se constituiría el Servicio de Delitos de Odio y Discriminación en el año 2009, merced a la **Instrucción 1/2009 de la Fiscalía Provincial de Barcelona**, cuya experiencia y buen hacer en esta materia está sirviendo de modelo en el planteamiento nacional de lo que ha de ser la actuación del Ministerio Fiscal frente a este tipo de delitos. A través de dicha Instrucción, se pretende alcanzar el establecimiento de las bases que debe seguir el Ministerio Fiscal por mor de la persecución de actividades delictivas que tienen que ver con tratos discriminatorios y delitos de odio. Esta intervención penal especializada por parte del Ministerio Público viene siendo reclamada por diferentes

asociaciones y organizaciones que trabajan en el ámbito de la prevención y la lucha contra la discriminación en todos los frentes y tiene su fundamento, entre otras razones, en la creciente complejidad que los denominados delitos de odio van adquiriendo paulatinamente en su investigación como consecuencia de la proliferación en Internet de páginas, blogs personales y agrupaciones de personas en redes sociales dedicadas a la comisión de delitos de provocación al odio, la violencia y la discriminación, todo ello sin menospreciar que un importante caldo de cultivo del racismo, la xenofobia o la homofobia viene constituido también por la actividad de verdaderos grupos violentos o tribus urbanas definidas por afinidades musicales, estéticas, deportivas etc., entre ellos el movimiento «*skin head*», subcultura violenta y racista cuya agresividad y peligro han sido denunciados por la Comisión de Investigación del Racismo y la Xenofobia del Parlamento Europeo y numerosas y prestigiosas entidades de lucha contra la discriminación como son «The European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field», «Migration Policy Group», «Movimiento contra la Intolerancia», «SOS Racismo», etc.⁹⁰

Con todo, es evidente que la labor desarrollada por parte de la Fiscalía Provincial de Barcelona ha supuesto todo un avance en cuanto al desarrollo de los métodos de actuación por parte de las Fiscalías y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en materia de delitos de odio, teniendo su evidente reflejo y repercusión a nivel estatal, posibilitando avance en un cauce hasta ese momento inexplorado por parte de las Fiscalías Provinciales. Además, a partir de entonces, la creación de Fiscalías provinciales a lo largo y ancho de nuestro país y el desarrollo de su labor en torno a la materia, no ha hecho sino crecer, gracias al pistoletazo de salida efectuado por las provincias de Barcelona, Madrid y Sevilla, por nombrar las más significativas. Así, las líneas de avance han apuntado a diversos puntos esenciales en el tratamiento de este fenómeno criminal, a saber: la investigación de este tipo de delitos, la atención a las víctimas, la depuración de las correspondientes responsabilidades penales y la interpretación y aplicación de los artículos del código penal correspondientes.

A partir de la situación descrita, analizamos estos supuestos desde el punto de vista de la labor del Ministerio Fiscal y partiendo del delito de provocación al odio, a la violencia o a la discriminación, previsto y penado en el artículo 510 CP.

Así, la catalogación como delitos de odio, en todos sus casos, irá asociada a la aplicación de la agravación prevista en el artículo 22.4 del Código Penal en su actual redacción. Para cerrar el

⁹⁰ Informe RAXEN: Especial Acción Jurídica contra el Racismo y los Crímenes de Odio. Memoria de la Fiscalía de Barcelona Servicio Delitos de Odio y Discriminación 2009 (extractos), p. 24.

abanico de conductas que atentan contra el principio de igualdad, es obligada de referencia a aquellos comportamientos que, siendo susceptibles de encuadrarse en los delitos contra la integridad moral, previstos y penados en el artículo 173.1 CP, tengan su origen en razones discriminatorias basadas en la ideología, religión, raza, nacionalidad, orientación sexual o enfermedad de la víctima, o en otros motivos de similar naturaleza, pues aun cuando este precepto penal no contemple expresamente la referida motivación, es evidente que tanto el trato degradante, menoscabando gravemente la integridad moral, como las acciones hostiles o humillantes a que se refiere el indicado artículo pueden tener su origen en planteamientos de esa naturaleza.

El Ministerio Fiscal se pone en relación con otras instituciones y organismos en lo que se refiere a la persecución de delitos. La existencia de una **Red de Fiscalías** dedicadas a esta materia facilita la relación con las víctimas del delito, así como con el resto de ciudadanos y con las instituciones públicas con responsabilidad en este ámbito. Con ello, la Red de Fiscalías amplía y potencia la capacidad de obtener con mayor agilidad información completa y detallada sobre todos los acontecimientos que revistan apariencia delictiva.

Resulta especialmente efectiva la identificación de personas concretas, dentro de cada órgano provincial, para coordinar la actuación que realiza el Ministerio Fiscal en esta área. Además, es un factor positivo en orden a promover y encauzar la comunicación con la Fiscalía por parte de los colectivos afectados por este tipo de hechos, de los organismos en los que se agrupan a efectos de representación y defensa de sus intereses y, en general, de todos los ciudadanos, tanto para denunciar los hechos, como para trasladar iniciativas, sugerencias o preocupaciones que, relacionadas con esta problemática, incidan en el ámbito de funciones del Ministerio Fiscal.

El establecimiento de relaciones fluidas y constantes con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y, especialmente, con las unidades encargadas de la investigación de este tipo de conductas ilícitas constituye un elemento esencial para la identificación de los crímenes de odio y para su posterior persecución y sanción. Así, desde la Delegación nacional, se mantienen contactos permanentes con las **Unidades Centrales de la Comisaría General de Información del Cuerpo Nacional de Policía y del Servicio de Información de la Guardia Civil**, encargadas de la investigación de muchos de estos comportamientos ilícitos. Pero, además, existen un gran número de organismos, dentro de la Administración Pública implicados en esta misma labor,

facilitando extraordinariamente el desempeño de esta función en este ámbito y con los que es conveniente establecer cauces estables de relación.

F) Conclusiones:

La absoluta carencia de previsión expresa que presenta nuestra legislación penal actual y vigente en materia de aporofobia es manifiesta y evidente. Para aseverar esta idea, simplemente hemos de atender a la falta de previsión normativa del odio, desprecio o discriminación hacia las personas sin hogar que sin duda se da en nuestra sociedad actual. Se trata de una circunstancia que en muchas ocasiones constituye el móvil para cometer delitos tales como homicidios, lesiones, injurias o amenazas, por lo que su gravedad es tal, que no debe ser tenida en cuenta como mera circunstancia aislada que acompaña de forma accesoria a la comisión de determinados delitos.

De entrada, llama poderosamente la atención que nuestro Código penal prevea una serie de circunstancias agravantes en su **artículo 22.4**, las cuales resulta de especial aplicación a los delitos contra las personas, todas ellas extraordinariamente bien traídas y ajustadas a nuestra realidad social, pero sin embargo pase por alto una cuestión de odio sociocultural, clasista y basado en la consabida distinción socioeconómica entre personas de diferente posición social. Estamos en posición de afirmar que la aporofobia afecta a un sector de la población nada desdeñable, tal y como demuestra su casuística, estableciéndose con unos elementos constitutivos que en mucho se asemejan al resto de circunstancias previstas en el art. 22.4 CP. Pensemos en circunstancias tales como el racismo o la homofobia, en las que el nivel de desprecio, odio o discriminación que el agresor alcanza sobre la víctima es tal que se convierte en el motivo de su ataque, por el simple hecho de ser de otra raza o tener una orientación sexual hacia personas de su mismo sexo. Pues bien, en la aporofobia ocurre exactamente igual, puesto que el agresor ataca a la víctima como consecuencia del odio y desprecio que le produce su clase social y su nivel de pobreza, esto es, sus circunstancias socioeconómicas, lo que no hace sino vulnerar, de igual modo que en las circunstancias previstas en el art. 22.4 CP, el principio de igualdad que garantiza el art. 14 de la Constitución Española, seguido de la comisión de un tipo penal.

Es por ello que la necesidad de incorporar la aporofobia, la comisión del delito como consecuencia de la discriminación existente por razón de la situación socioeconómica de la víctima o su clase social es, desde una perspectiva de la lógica jurídica, cada vez más necesaria, puesto que los niveles de criminalidad en torno a esta cuestión no son para nada baladíes, y

dada la concurrencia de una misma estructura conceptual respecto del resto de circunstancias agravantes previstas en el art. 22.4 CP.

En otro orden de cosas, como sabemos, en cuanto a delitos de odio, resulta paradigmático el contenido de los **artículos 510 a 512 del Código penal**, referidos a: la provocación a la discriminación; la difusión de informaciones injuriosas; la prestación de un servicio público de modo discriminatorio; y la denegación de prestaciones por quienes realizan actividades profesionales o empresariales, a personas o grupos por motivos discriminatorios. Como ocurre con los supuestos de agravantes genéricas del art. 22.4 CP, en estos artículos, a pesar de que se prevén una serie de circunstancias agravantes específicas del tipo penal, no hay una concreta alusión a la situación socioeconómica o patrimonial de la víctima, como sin embargo sí ocurre en diversos textos internacionales, entre los que se encuentra la **Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000**. Sin embargo, llama la atención la aparición en estos tres artículos de la expresión «situación familiar» como circunstancia concurrente en estos tipos para la comisión del delito; cabe plantearse si la situación familiar puede llegar a considerarse como una circunstancia en la que la precaria situación socioeconómica de la familia de la víctima, y por tanto, el escaso poder adquisitivo y la situación de pobreza de la víctima individualmente considerada y su eventual situación de indigencia, sean determinantes para que surja en el agresor un marcado nivel de discriminación hacia estas personas en situación de pobreza, y que podrían llegar a encontrarse en situación de calle.

No obstante, es evidente que la necesidad de una meridiana claridad en cuanto a un fenómeno social de odio como es la aporofobia en los preceptos que se presentan como genuinos de los delitos de odio en nuestra legislación penal (arts. 510-512 CP), como ocurre en el caso de la necesidad de incorporar una agravante genérica de aporofobia en el art. 22.4 CP, y no tan solo la concurrencia de expresiones ambiguas que simplemente nos hagan plantearnos disquisiciones para la eventual subsunción de la aporofobia al tipo penal en cuestión. Todo ello, en tanto que nos encontramos ante un fenómeno social de especial gravedad social en la actualidad.

Por lo demás, las conclusiones a las que llegamos como consecuencia del análisis de otros preceptos del Código Penal en la materia, los cuales prevén determinados tipos delictivos, es que éstos no precisan de una expresa previsión normativa que haga referencia a la aporofobia, sino que dada su construcción y redacción jurídica, lo que reclaman es la existencia de una agravante genérica de aporofobia del art. 22.4 CP.

Así ocurre en el delito de amenazas del **art. 170.1 CP**, donde la amenaza ha de ser de un mal constitutivo de delito y se debe dirigir a un colectivo de personas y no a una persona individualmente considerada. Así, el hecho de referirse a un colectivo de personas, hace pensar en que el mismo ostente determinadas circunstancias sociales o culturales específicas, junto con la previsión de que vayan dirigidas «...a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas...», lleva a concluir que la aporofobia sea, como en el caso de todas las circunstancias discriminatorias previstas en el art. 22.4 CP, sea perfectamente subsumible en dicho grupo social cuyas circunstancias socioeconómicas de indigencia promueva a los autores del delito a amenazarles con un mal constitutivo de delito consecuencia del odio y discriminación que les produce su situación social.

Se da una consideración similar en cuanto a los delitos de tortura y tratos degradantes (**arts. 174 y 173.1 CP**, respectivamente). Es evidente que «infligir un trato degradante» requiere que el autor esté movido por una determinada causa como puede ser la discriminación a una persona por su condición sociocultural o socioeconómica, de forma que el odio hacia un determinado colectivo puede llevar al infractor a la comisión del tipo del art. 173.1 CP. Sin embargo, reforzaría más la posibilidad de considerar la aplicación de tal precepto cuando concorra odio o discriminación por razón de aporofobia en el caso de que existiese una circunstancia agravante genérica en el art. 22.4 CP para el caso concreto de la aporofobia, para los supuestos en los que, como en el del art. 173.1 CP el autor del delito se vea movido a la comisión del mismo por el odio o la discriminación que profesa hacia un determinado colectivo. En cuanto a las torturas, es evidente que concurre una mayor gravedad de la conducta de la autoridad o funcionario público culpable cuando el odio o discriminación que profese hacia un determinado colectivo haya sido determinante para la comisión de la tortura, y, como en el caso de los tratos degradantes, la aplicación del tipo se vería reforzada con la existencia de una circunstancia agravante en el art. 22.4 CP para la aporofobia.

Por lo demás, hemos de destacar, en otro ámbito, el **art. 314 CP**, relativo a la discriminación laboral. De este precepto hemos de destacar la específica necesidad de que se produzca una discriminación hacia un determinado colectivo. En este sentido, tal y como dejamos sentado para los casos de los arts. 510 y ss. CP, llamamos la atención de que, a pesar de que nuevamente no se hace mención a la situación patrimonial o socioeconómica de la víctima, de lo cual podría emanar la discriminación a la que alude el precepto como consecuencia de

la aporofobia del autor, lo cierto es que se menciona una circunstancia que puede ponerse en relación con la situación de pobreza, como es la situación familiar, en tanto que la víctima puede verse envuelta en una situación familiar conflictiva que traiga causa de una precaria situación económica.

En otro orden de cosas, la discriminación y odio hacia determinados colectivos puede ponerse de manifiesto en los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Así, en lo que aquí interesa, hemos de atender a la dicción del **art. 197.5 CP**, el cual establece: «Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores [descubrimiento y revelación de secretos a través del acceso a documentos o efectos personales o mediante artificios de escucha o de grabación y reproducción de la imagen y del sonido] afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, se impondrán las penas previstas [prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses] en su mitad superior». En consecuencia, a pesar de incluir y agravar el art. 197.5 CP un supuesto especial de descubrimiento y revelación de secretos, entre las circunstancias personales afectadas por la comisión de este tipo no se hace referencia alguna a la situación socioeconómica de la víctima, por lo que no cabría la aplicación de este supuesto agravado a los delitos cometidos bajo la revelación de secretos personales atinentes a la situación patrimonial de la víctima. Por tanto, en este supuesto la existencia de una agravante genérica por aporofobia en el art. 22.4 CP no resulta ya necesario para reforzar la eventual aplicación del tipo en los casos en que concurra odio hacia las personas sin hogar, sino para la propia consideración de que concurre esta discriminación a la hora de determinar la condena, puesto que no se da ningún vericuetto legal en el art. 197.5 CP que posibilite subsumir un supuesto con una circunstancia de aporofobia en este tipo penal.

Por lo demás, hemos de decir que la concurrencia de la circunstancia de aporofobia en torno a varios delitos previstos en nuestro Código Penal en los que no existe posibilidad de castigar las conductas por concurrir dicha circunstancia se hace igualmente patente. Pensemos en los casos del homicidio y sus formas (**arts. 138 a 143 CP**), las lesiones (**arts. 147 a 156 ter CP**), la omisión del deber de socorro (**arts. 195 y 196 CP**) o las injurias (**arts. 208 a 216 CP**), por nombrar los más claros y directos. Así, la inexistente referencia genérica en estos tipos penales a circunstancias discriminatorias que posibiliten incluir la aporofobia como agravante

específica, llevan a que se reafirme la necesidad de incluir dicha circunstancia como una agravante genérica del art. 22.4 CP, puesto que de este modo el juzgador tendría la posibilidad de dictar sentencia condenatoria considerando la concurrencia de una agravante del art. 22.4 CP, aplicable a la generalidad de tipos penales, y sin necesidad de incluir en cada uno de los tipos delictivos antedichos circunstancias específicas que llevaría a realizar una considerable reforma legislativa en la materia.

Con todo, los frentes pendientes por combatir los delitos de odio contra las personas sin hogar son muchos. A día de hoy, la mayor labor en materia de delitos de odio la desempeñan las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, quienes además son, junto con las Fiscalías Provinciales y la encomiable labor que han desarrollado a lo largo de los últimos años, los actores que más proclaman un estatus cada vez más justo y equitativo para las personas «en situación de calle» y para combatir la aporofobia desde el orden penal.

Y es que, la mayoría de las víctimas de estos delitos son personas que han pasado por terribles dificultades por causas de diversa índole (alcohol, drogas, y consecuente marginación social, desestructuración familiar, etc.) y en las que la precaria asistencia y ayuda por parte de los poderes públicos, en todas sus manifestaciones, les impide rehacer su vida de manera normal, por lo que su única alternativa es vivir en la calle. En este sentido, llama la atención cómo a pesar de que muchas de estas personas tienen contacto con sus familias, a pesar de ello siguen viéndose obligadas a vivir en la calle, como es el caso de la víctima de la Sentencia analizada a lo largo de este trabajo (**SAP de Barcelona, de 5 de noviembre de 2008**), quien acabó siendo vejada, maltratada, quemada y finalmente matada por parte de sus agresores, y que mantenía algún tipo de contacto con sus hijas, aunque dados los problemas familiares y personales latentes se encontraba «en situación de calle». Es por ello que por situaciones como ésta la labor que deben desempeñar los poderes públicos es alarmante y necesaria, empezando por la oportuna legislación penal y administrativa, facilitando la labor a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y finalmente prestando asistencia social de indudable urgencia para las personas «en situación de calle». Igualmente, es típico el perfil de la persona que viene de un país extranjero en busca de una mejor situación económica y que, especialmente en los últimos años dada la situación de crisis en la que estamos envueltos, se encuentran en un país que no es el suyo y repentinamente viviendo en la calle sin ningún tipo de ayuda ni de protección. La investigación de los distintos merece una especial consideración respecto de la

labor llevada a cabo por **HATENTO**, a través de sus Informes, Observatorio que nos conciencia sobre las múltiples variantes de esta realidad social tan lamentable.

Al propósito de la labor desarrollada por HATENTO, no está de más destacar ciertos datos estadísticos que dicha organización ha determinado, pues los mismos nos dan las pistas clave a través de las cuales conocer los sectores más necesitados de la acción de lucha por una parte de la población discriminada no solo por sus agresores, sino por los poderes públicos. Así, como datos importantes hemos de destacar que según el Informe HATENTO, el 23,7 por ciento de los casos analizados son mujeres y el 76,3 por ciento, consecuentemente, son hombres; sobre la nacionalidad, el mismo informe apunta que el 69,3 por ciento de los casos son de personas de nacionalidad española, mientras que el 30,7 por ciento son de otra nacionalidad. Además, la edad media de las personas que viven en la calle es de 46 años, y el tiempo medio sin hogar es de 5 años.

En consecuencia, continuando con el análisis estadístico, hemos de precisar de forma alarmante que la gran mayoría de personas «en situación de calle» no denuncian los hechos delictivos que sufren por tener poca confianza en la acción de la Justicia, además de que no confían en los cuerpos de seguridad del Estado, por distintos miedos y temores. Las personas sin hogar son prejuzgadas solamente por su apariencia y por el hecho de vivir en la calle, la mayoría de la población les tiene miedo e incluso desprecio, y es por ello que estas víctimas no ven sentido denunciar los hechos, ya que en la mayoría de casos este tipo de denuncias terminan siendo un «expediente archivado» sin ningún tipo de castigo para los denunciados o con penas leves, fundamentalmente por falta de prueba. Además, las personas «en situación de calle» se encuentran en la tesitura de que en muchas ocasiones le es imposible identificar a sus agresores y por tanto imposible o casi imposible la posterior denuncia.

Debido a la gran falta de apoyo que sienten las personas «en situación de calle», y el nivel de desprotección que ostentan, ciertos órganos estatales han puesto en marcha varios procedimientos, entre los que podemos destacar la **Instrucción nº 16/2014 de la Secretaría de Estado de Seguridad, de 7 de enero de 2015, por la que se aprueba el «Protocolo de Actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para los Delitos de Odio y Conductas que Vulneran las Normas Legales sobre Discriminación»**. De este documento jurídico hemos de destacar que dicho Protocolo está incluido dentro de las paulatinas adaptaciones de la legislación en materia de los «delitos de odio», al igual que los nuevos principios consolidados

a nivel internacional. El fin de dicha Instrucción es el de «constituir un procedimiento e instrumento que trate de facilitar, y sin duda mejorar, la relación y la cooperación entre los miembros policiales y la sociedad diversa que conjugan nuestro país. Todo ello, a fin de garantizar la seguridad, proporcionar información, y prevenir y actuar ante las amenazas e incidentes de esta índole». Hay que destacar también que en el Protocolo se adoptan y especifican distintas medidas que ayudan a determinar los criterios y contenidos esenciales a recopilar y documentar en los informes policiales, sobre todo a la hora de arbitrar una adecuada actuación y dar respuesta ante los diferentes hechos que por su naturaleza puedan calificarse como «delitos de odio», dando especial protagonismo a tratar de documentar aquellos indicadores que faciliten la identificación y concurrencia de motivaciones que permitan apreciar un incidente, desde un punto de vista jurídico-penal.

Sin embargo, a pesar de los avances que se han logrado hasta la fecha, nos seguimos encontrando ante una situación de indudable demanda social. No queremos dejar de criticar ni por un instante la insuficiente labor desarrollada por parte del legislador y de los Gobiernos de las diferentes legislaturas, con especial incisión, claro está, en el Ministerio del Interior. Esperamos que este trabajo sirva y conciencie a todo aquel que pueda movilizarse y realizar su aporte en pro de tratar la situación de la aporofobia en España, y sus incuestionables efectos paradigmáticos, empezando por el ciudadano de a pie, y terminando en la labor que deben desarrollar los poderes públicos.

Por último, no queremos concluir sin hacer mención de una noticia de plena actualidad (20/05/2016). Se trata de lo que podría ser la apertura de un nuevo frente en el terreno de los delitos de odio contra las personas sin hogar, en tanto en cuanto se ha dado un caso en el que la acusación arremete ni más ni menos que contra un Gobierno regional por no haber prestado la debida asistencia a una persona «en situación de calle», lo que incluso podría derivar en responsabilidad penal. Así, el **Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Santiago de Compostela** investiga la presunta precaria atención asistencial que dio la Xunta de Galicia a una persona sin hogar en Santiago de Compostela. El objeto de la investigación es determinar si distintos cargos de las Conserjerías de Política Social y de Sanidad incurrieron en «eventuales responsabilidades penales» por la dilación para encontrar centro residencial adecuado a una persona «en situación de calle» en Santiago de Compostela. De este modo, el Juez, en forma de **Auto**, se pronuncia sobre la «deducción de testimonio de particulares» y su remisión a la Fiscalía para depurar las responsabilidades en los hechos investigados.

Con esta noticia se abre una puerta ante la posibilidad de que los Jueces comiencen a sensibilizarse con las personas con un sector tan vulnerable de nuestra sociedad y puedan actuar con todo el rigor de la Ley. Se están instruyendo investigaciones del caso, las cuales pueden quedar en archivo, pero el hecho de que se investigue da un halo de esperanza para creer que la triste situación de estas personas puede llegar a cambiar, pues se pone de manifiesto una contienda entre los distintos poderes del Estado, en cuanto que un Juez reclama a un Gobierno regional el no prestar la asistencia debida a una persona «persona en situación de calle», lo cual ya no solo hace pensar en la responsabilidad penal en la que incurren quienes, a través de la circunstancia de aporofobia, delinquen contra este sector de la población, sino que podemos empezar a plantearnos la necesidad de depurar responsabilidades, incluso penales, sobre quien el ente que, paradójicamente, más se debe movilizar para combatir la aporofobia: la Administración Pública.

G) Bibliografía y webgrafía empleada:

- AGUILAR GARCÍA, M. Á. (2011). “Necesaria reforma del artículo 510 del Código Penal. Análisis de los problemas que plantea la redacción actual del art. 510 del Código Penal a la vista de las interpretaciones realizadas por nuestros tribunales. Necesidad de reforma legislativa urgente”. *Informe Raxen Especial: Acción Jurídica Contra El - Racismo Y Los Crímenes de Odio - Movimiento Contra La Intolerancia*, 11–18.
- AGUILAR GARCÍA, M. Á. (2011). “Principales problemas detectados en el ámbito de los delitos de odio y discriminación: necesidad de respuesta especializada en el ámbito de la Fiscalía”. *Estudios jurídicos*. Centro de Estudios Jurídicos.
- ILLANA CONDE, A.J., “Oposiciones al Cuerpo de Ayudantes de instituciones penitenciarias” *Temario Derecho Penal*, cap. 12, p. 10.
- ECRI: Cuarto Informe sobre España (2011).
- PERDIGUERO BAUTISTA, E., y DE URBANO CATRILLO, E., (2012) “Delitos contra los derechos fundamentales y las libertades públicas”. Wolters Kluwer.
- FREIXES SANJUÁN, T., (1995) “Las Principales Construcciones Jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El Standard Mínimo Exigible a los Sistemas Internos de Derechos en Europa”. *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Nº 11-12, 1995, págs. 97-115
- GASCÓN CUENCA, A. (2012). “Evolución jurisprudencial de la protección ante el discurso del odio en España en la última década”. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía Del Derecho*, Págs. 310–340.

- SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, M.A., *“Atestado policial: algo más que una denuncia”*. Noticias jurídicas.
- MINISTERIO DEL INTERIOR, (2015), *Informe sobre incidentes relacionados con los delitos de odio en España*.
- PÉREZ ROYO, J. (2007) *“Curso de Derecho Constitucional”*. Madrid, 2007. Pags.239-273.
- Wolters Kluwer, *Delitos contra los derechos fundamentales y las libertades públicas*.

ANEXO III

Denominación del caso: Implantación de los Derechos Humanos en la empresa: principios rectores de Naciones Unidas sobre empresas y Derechos Humanos. Business Case	Profesor clínico: Cristina Puigdengolas Carrera
Empresa beneficiaria FFP: Fundación Fernando Pombo	Nivel de Clínica: 5 Grupo nº: 2

Alumnos que firman el trabajo y rol desempeñado en el grupo:		Fecha de envío del informe del caso: 2/10/2016
Coordinador:	Germán Serrano Rodríguez	
Investigador:	Paola Proaño Mancero	
Comunicador:	Guillem Dachs Rufiandi	
Redactor:	Paula Cisneros Cristóbal	

[Nota preliminar sobre autoría y coordinación del informe e información sobre Clínica Jurídica – A COMPLETAR POR UNIR Y FFP].

ÍNDICE

1.- INTRODUCCIÓN

2.- BREVE RESUMEN DEL CASO

3.- OBJETIVO DEL INFORME

4.- HECHOS PLANTEADOS EN LA CONSULTA

5.- RESPUESTA A LA CONSULTA

5.1.- POSIBLES VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS DISTINTAS FASES DE ACTIVIDAD DE UNA MULTINACIONAL DEDICADA AL CALZADO DEPORTIVO

5.2.- POSIBLES VIOLACIONES ESPECÍFICAS DE DERECHOS HUMANOS QUE SE PUEDEN DAR EN EL SECTOR DE REFERENCIA. EJEMPLOS REALES CONCRETOS

5.3.- “GAP ANALYSIS” EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS: POLÍTICAS, CONTRATACIÓN, PROCEDIMIENTOS OPERATIVOS, TÉRMINOS DE CONTRATO, CÓDIGOS DE CONDUCTA, PROCESOS DE DILIGENCIA DEBIDA, FORMACIÓN DEL PERSONAL, PROGRAMAS DE ÉTICA, INCENTIVOS, DENUNCIA DE IRREGULARIDADES, MECANISMOS DE DENUNCIA, ETC

5.4.- PROPUESTA DE PLAN DE ACCIÓN EN DERECHOS HUMANOS PARA “CALZA-MEJOR”

6.- CONCLUSIONES

7.- BIBLIOGRAFÍA Y WEBGRAFÍA UTILIZADA

1.- INTRODUCCIÓN

Este dictamen jurídico versa sobre la necesidad de concienciar a los distintos operadores jurídicos y a la sociedad en su conjunto para que los Derechos Humanos sean garantizados por agentes tan importantes en nuestra sociedad y en el orden socioeconómico como son las empresas y, en especial, las grandes multinacionales. Todo ello sobre la base de una empresa multinacional española de calzado deportivo denominada “CALZA-MEJOR”.

Sin embargo, resulta necesario de forma irremisiblemente previa tener claro a priori el concepto de los «derechos humanos».

Para ello debemos establecer una importantísima diferenciación que no siempre está clara para quien aborda temas de esta índole: Derechos Humanos y derechos fundamentales no significan lo mismo. Si bien la diferencia puede parecer nimia, es extremadamente importante desde un punto de vista legal y jurídico.

La **Organización Internacional de Naciones Unidas** (en adelante, **ONU**), principal y pionera organización internacional encargada de velar por los derechos humanos en todo el mundo, define los mismos como «Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles»⁹¹.

Así, podemos decir que el texto base donde podemos encontrar recogidos los derechos humanos universales es **la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948** (en adelante, **DUDH**).

A continuación, incorporamos la clasificación de los derechos humanos recogidos en DUDH que nos parece más ilustrativa y acorde con el objeto de este dictamen⁹², para tener en cuenta que la plasmación de todos estos derechos supone reconocer una serie de garantías universales en pro del respeto que todos los sujetos de Derecho (Estados, personas físicas y empresas, fundamentalmente) han de profesar hacia los mismos:

a) Derechos inherentes a la persona

Artículos 1 al 7: igualdad en dignidad, en derechos y ante la ley; no discriminación por nacionalidad; derecho a la vida, la libertad y la seguridad; prohibición de la esclavitud y de la tortura; reconocimiento de la personalidad jurídica del individuo.

b) Derechos que garantizan la seguridad de la persona

⁹¹ NACIONES UNIDAS. *Derechos Humanos*. Oficina del Alto Comisionado.

⁹² <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/es/historia/dh-contenido.html>.

Artículos 8 al 12 y 14: derecho a la protección jurídica; a un juicio justo por un tribunal independiente e imparcial; a no ser detenido arbitrariamente; a ciertas garantías jurídicas como la presunción de inocencia; a la intimidad; al asilo frente a la persecución en el propio país.

c) Derechos relativos a la vida política del individuo

Artículos 18 a 21: libertad de pensamiento, opinión y asociación; derecho a participar en el gobierno, la administración y, mediante elecciones, en el fundamento de la autoridad del propio país.

d) Derechos económicos y sociales

Artículos 17 y 22 al 27: derecho a la propiedad, individual y colectiva; a la seguridad social, al trabajo, a una remuneración equitativa que permita a la persona vivir con dignidad, y a la creación de sindicatos y a sindicarse; al descanso y a vacaciones pagadas; a un nivel de vida que asegure su bienestar y protección frente a las enfermedades, vejez, u otros impedimentos independientes de su voluntad; a la participación en la vida cultural de la comunidad.

e) Derechos relativos a la vida jurídica y social de los individuos

Artículos 13, 15 y 26: derecho a la libre circulación y residencia dentro del propio país, y a abandonarlo y volver a él; a tener una nacionalidad y conservarla; y a la educación.

f) Otros derechos

Artículos 28 a 30: se refieren a los derechos relativos al establecimiento de un orden internacional en que se hagan efectivos tales derechos; a los deberes de toda persona hacia su comunidad; y a las limitaciones en el ejercicio de los derechos y libertades.

La labor de previsión y otorgamiento de garantías normativas a los derechos humanos a nivel internacional sería continuada por los **Pactos de Nueva York** o **Pactos Internacionales de Derechos Humanos** adoptados en el seno de la **Asamblea General de las Naciones Unidas** por la **Resolución 2200A (XXI), de 16 de diciembre de 1966**: el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** y el **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**. Es importante tener en cuenta al respecto que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en sus **artículos 6 a 9**, reconocen nuevamente los derechos laborales, sindicales y de Seguridad Social de todos los individuos.

Es a partir de este punto donde entra en juego el concepto de «derechos fundamentales». Según la ONU:

«Los derechos fundamentales se encuentran plasmados en las constituciones de los Estados, debido a la magnitud e importancia que los caracteriza. Se les denomina así (fundamentales) por la relevancia de los derechos que agrupa el concepto: aquellos derechos que se consideran vitales para el desarrollo individual y social de las personas, con independencia de factores como condición social, religión, preferencia sexual o nacionalidad. Generalmente los derechos

fundamentales son derechos humanos reconocidos por el Estado o los Estados en cuestión, es decir, son derechos humanos positivados»⁹³.

En consecuencia, cada Estado plasma en su texto constitucional aquellos derechos humanos que considera derechos fundamentales, por lo que el concepto de derecho humano es más amplio que el concepto de derecho fundamental, precisamente por las distintas dimensiones jurídicas en las que se mueven, pues mientras que los derechos humanos surgen de una Declaración Universal a nivel internacional, los derechos fundamentales se ajustan a la idiosincrasia política y constitucional de cada Estado, resultando, en definitiva, que mientras que todos los derechos fundamentales son derechos humanos, no todos los derechos humanos son derechos fundamentales desde la perspectiva constitucional de un concreto Estado.

Como es sabido, la vigente **Constitución Española de 1978** (en adelante, CE) dedica su **Título I** (denominado «**De los derechos y deberes fundamentales**») al tratamiento de los derechos fundamentales. Pero la peculiaridad que alcanza dicho título respecto al mencionado tratamiento es manifiesta, teniendo en cuenta los Capítulos y sobre todo las Secciones en las que se divide.

En este sentido, la sistemática y contenido del Título I de la CE se configura del siguiente modo:

- En primer lugar, encontramos un apartado aislado que tan solo contiene el **artículo 10 CE**, el cual recoge un principio genérico sobre la trascendencia política y social del respeto a la dignidad y derechos que son inherentes a la persona, así como del imperio de la ley, además de una regla básica que debe primar en la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que recoge la CE, que dicta que deberá ser acorde con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.
- Seguidamente, encontramos el **Capítulo Primero**, denominado «**De los españoles y los extranjeros**», el cual contiene los **arts. 11, 12 y 13 CE**, y marca el estatuto jurídico fundamental de los ciudadanos españoles y de los ciudadanos extranjeros.
- A continuación, el **Capítulo Segundo**, denominado «**Derechos y libertades**» está dotado de la siguiente sistemática:
 - De entrada, encontramos el **art. 14 CE** aislado, no encuadrado en ninguna Sección y marcando el «pistoletazo de salida» de todo el desarrollo del Capítulo Segundo, puesto que en el mismo se recoge un derecho y a la vez principio fundamentales para dotar de eficacia a la aplicación del resto de derechos constitucionales: la igualdad de todos los españoles ante la ley y la no discriminación.

⁹³ COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. *Derechos Humanos y Derechos Fundamentales*.

- Seguidamente, aparecerá la **Sección 1ª**, denominada **«De los derechos fundamentales y de las libertades públicas»**, núcleo indiscutible de toda la configuración constitucional de los derechos fundamentales que, *grosso modo*, deriva del hecho de que son derechos que vinculan a los poderes públicos, de manera positiva y negativa, son de aplicación inmediata y por tanto generan derechos subjetivos inmediatamente invocables ante los Tribunales y de que sobre ellos recae una reserva de ley orgánica⁹⁴. Dicha Sección 1ª abarca los **artículos 15 a 29 de la CE** (derecho a la vida, derecho a la integridad física y moral, libertad ideológica y religiosa, derecho a la libertad y seguridad personal, derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, derecho a la inviolabilidad del domicilio, derecho al secreto de las comunicaciones, derecho a la tutela judicial efectiva, derecho a la libre sindicación, derecho de huelga, etc.).

La vital importancia que juegan los derechos fundamentales recogidos en la Sección 1ª del Capítulo Segundo del Título I de la CE, por encima del resto de derechos recogidos en este Título, la marcan los **arts. 53.2, 81.1 y 161.1.b) de la CE**:

Art. 53.2 CE:

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

Art. 81.1 CE:

«Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución».

Art. 161.1.b) CE:

«El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: [...] Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53, 2, de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca».

Como a continuación seguiremos viendo, esta mayor importancia de los derechos de la Sección 1ª radica en que son directamente aplicables, algo que no ocurre con ningún otro

⁹⁴ NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. El Sistema de Derechos Constitucionales y sus Garantías. Manual de Derecho Constitucional (2ª edición). Editorial: tecnos, p. 430.

derecho recogido en el Título I de la CE, a salvo del derecho a la igualdad del art. 14 CE. Además, tales derechos son los únicos susceptibles de amparo ante el Tribunal Constitucional, junto con el derecho a la igualdad del art. 14 CE y el derecho a la objeción de conciencia recogido en el art. 30 CE, además de sustanciarse a través de procedimiento preferente y sumario ante los tribunales ordinarios. Por lo demás, su regulación se hará a través de Ley Orgánica, configurándose ésta como otra peculiaridad distintiva de estos derechos, la cual viene dotada por el art. 81.1 CE a unas pocas materias muy concretas, como hemos visto.

En síntesis, se puede resumir la cuestión de la importancia de los derechos fundamentales de la Sección 1ª del Capítulo Segundo del Título I de la CE aseverando que todos estos derechos, junto con el derecho a la igualdad del art. 14 CE y, en mayor o menor medida, el derecho a la objeción de conciencia del art. 30 CE, suponen un «plus» respecto del resto de derechos recogidos en este Título. Esta mayor dotación garantista que se les otorga hace vislumbrar las pretensiones de nuestro constituyente de reconocer en tales derechos una virtualidad superior y que en buena medida se puede hacer coincidir con una especie de declaración de derechos humanos a nivel nacional que emana de una selecta determinación por aquellas cuestiones sociales y personales que la sociedad en su conjunto y el individuo como tal ha de ver satisfecha de forma expresa, directa e indiscutible.

- Por último, encontramos en este Capítulo Segundo la **Sección 2ª** del mismo, denominada **«Derechos y deberes de los ciudadanos»**, la cual abarca los **artículos 30 a 38 de la CE**. Se refiere a estos derechos y deberes el **art. 53.1 CE** del siguiente modo: *«Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)»*. A su vez, el **art. 161.1.a) CE** establece: *«El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: [...] Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada»*. Los derechos y deberes que se tutelan en esta Sección son, entre otros: el derecho-deber de defender a España, el deber de contribuir con los gastos públicos, el derecho a contraer matrimonio, el derecho a la propiedad privada y a la herencia, el derecho al trabajo y el deber de trabajar, así como el derecho al salario, el derecho de negociación colectiva, la libertad de empresa, etc.

Las diferencias esenciales entre los derechos recogidos en la Sección 1ª del Capítulo Segundo del Título I de la CE y los recogidos en la Sección 2ª radica, como veremos, tanto en la especial reserva de ley que requiere los derechos de la Sección 1ª, que debe ser orgánica, mientras que los derechos de la Sección 2ª se desarrollarán por ley ordinaria o decreto legislativo, y en la preferencia y sumariedad ante los tribunales ordinarios que recae en la tutela judicial de los

derechos de la Sección 1ª, los cuales podrán ser invocados directamente, además de la posibilidad de acudir en recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, mientras que los derechos y deberes de la Sección 2ª precisarán siempre de norma legal que los desarrolle para ser invocados ante los Tribunales y tan solo podrán ser proclamados ante el Tribunal Constitucional mediante recurso de inconstitucionalidad, mas no mediante recurso de amparo.

- El **Capítulo Tercero de la CE**, que se desarrolla a lo largo de los **arts. 39 a 52 de la CE**, recoge lo que denomina **«Principios rectores de la política social y económica»**. Dispone al respecto de los mismos el **art. 53.3 de la CE**: *«El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen»*. En consecuencia, nos encontramos ante preceptos generales que no podrán ser proclamados directamente ante los tribunales y que se configuran más como principios informadores que como derechos propiamente dichos, lo que lleva a concluir, por tanto, que gozan de una manifiesta menor eficacia directa que los derechos del Capítulo Segundo del Título I en su conjunto, pues estos derechos solo surgen a raíz de la norma que desarrolle el precepto constitucional y en la medida en que ésta los reconozca⁹⁵. Sin perjuicio, no obstante todo ello, de que el principal destinatario de estos principios sean los poderes públicos, lo que significa que toda norma infraconstitucional ha de respetar tales principios, pues de lo contrario podrían incurrir en inconstitucionalidad⁹⁶. Por lo demás, los principios configurados en el Capítulo Tercero del Título I de la CE se postulan como una herramienta imprescindible para la interpretación y aplicación de la normativa existente sobre una determinada materia⁹⁷. Los principios rectores de la política social y económica se resumen en los siguientes pilares: protección de la familia y de los hijos, progreso social y económico, formación continua de los trabajadores y derecho a la Seguridad Social, derecho a la protección de la salud, derecho al acceso a la cultura, a la promoción de la ciencia y de la investigación, conservación del medio ambiente, así como del patrimonio histórico, cultural y artístico, derecho a una vivienda digna y adecuada, participación de la juventud, protección de la tercera edad, así como de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, defensa de los consumidores, regulación de las organizaciones profesionales⁹⁸.
- Por último, el Título I de la CE termina con su **Capítulo Cuarto**, denominado **«De las garantías de las libertades y derechos fundamentales»**, desarrollándose en los **arts. 53, 54 y 55 CE** y donde se recoge la tutela judicial de la que gozan los distintos derechos del Título I en función de la ubicación en el texto constitucional y la sistemática vista

⁹⁵ *Ibidem*, p. 429.

⁹⁶ *Ídem*.

⁹⁷ *Ídem*.

⁹⁸ <http://rcas.blogspot.com.es/2011/08/principios-rectores-de-la-politica.html>

más arriba, todo lo cual ya ha sido descrito en la medida en que hemos ido analizando dicha ubicación y sistemática.

Pues bien, habiendo abordado un necesario análisis de lo que debemos entender por derechos humanos, y teniendo en cuenta la diferenciación respecto del concepto de derechos fundamentales a nivel nacional (en nuestro caso, a nivel español, pero téngase en cuenta que cada Estado configura su previsión constitucional en cuanto a los derechos humanos que considera fundamentales), el desarrollo de este dictamen se focalizará en aquellos derechos humanos y aquellos derechos fundamentales que tienen una incidencia en mayor o menor grado directa sobre la gestión empresarial.

En este sentido, es evidente que los derechos laborales (*derecho al trabajo, a un salario equitativo que permita vivir con dignidad, a la seguridad social, al descanso y a las vacaciones pagadas, a la creación de sindicatos y a sindicarse libremente*, así como *el derecho de huelga y el derecho a la negociación colectiva*, entre otros) son el eje principal sobre el que debe girar la protección empresarial de los derechos humanos, pero en modo alguno son los únicos derechos que las empresas, como potencial motor económico y social de los Estados, a nivel nacional e internacional, deben respetar y garantizar, puesto que derechos como *la igualdad y dignidad en derechos y ante la ley y la no discriminación por razón del lugar de procedencia o del sexo*, así como *la salvaguarda que se debe profesar a sectores desfavorecidos como niños, ancianos o disminuidos físicos, psíquicos o sensoriales*, se ponen constantemente de manifiesto en el día a día empresarial.

2.- BREVE RESUMEN DEL CASO

La Fundación Fernando Pombo nace con la misión de impulsar en la abogacía el compromiso con los derechos de los más desfavorecidos. De acuerdo con el artículo 3.b de sus Estatutos fundacionales uno de los fines de la Fundación es la defensa y promoción de los Derechos Humanos y los valores democráticos tanto en el ámbito nacional como internacional. Para la consecución de esta misión, la Fundación promueve, entre otras actuaciones, los Derechos Humanos, la ética empresarial y la sostenibilidad en el mundo empresarial y especialmente en el sector de la abogacía.

En esta línea, la Fundación lanzó en 2013 el **proyecto «Derechos Humanos y empresa: el papel de la abogacía»**, cuyo objetivo consiste en concienciar y llamar a la acción a la abogacía de los negocios que asesora al mundo empresarial para liderar, como motor de transformación social, unas actividades mercantiles que reviertan en un mundo más sostenible y respetuoso con los Derechos Humanos.

Esta iniciativa tiene su origen en los Principios Rectores sobre las empresas y los Derechos Humanos (**“Principios Ruggie”**) aprobados por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas en 2011, y que constituyen la piedra angular de la estrategia de Naciones Unidas sobre el respeto y la protección por parte de las empresas de los Derechos Humanos. Dichos principios ponen en práctica las directrices generales o marco general de actuación de las

propias Naciones Unidas para “Proteger, Respetar y Remediar” que fue aprobado en 2008 por el Consejo de Derechos Humanos.

Los “Principios Ruggie” son creados para tratar de producir un cambio en un mundo cada vez más globalizado donde las empresas tienen un papel absolutamente fundamental. Por ello, la Fundación identificó en ellos una oportunidad para impulsar una iniciativa que embarcase a los abogados de negocio en el desarrollo e implementación de los mismos, como agentes transformadores, capaces de **guiar a las empresas hacia un futuro más ético y más sostenible socialmente, basado fundamentalmente en el respeto y protección de los Derechos Humanos.**

Este proyecto tiene los siguientes objetivos específicos:

- i) Sensibilizar al sector de la abogacía y al mundo empresarial sobre la importancia de los Derechos Humanos en el marco de los negocios.
- ii) Ayudar a los abogados a entender la filosofía que subyace en los “Principios Ruggie” y las obligaciones que dicho marco regulatorio implica para las empresas y los negocios internacionales y su propio papel de asesor jurídico.
- iii) Crear una comunidad de abogados interesados y sensibilizados en materia de Derechos Humanos y empresas: grupo de expertos.
- iv) Crear una comunidad de empresas transnacionales que implementen los “Principios Ruggie” para el respeto y promoción de los Derechos Humanos en su actividad empresarial dondequiera que operen y cualquiera que sea su mercado y su tamaño.

En base a este último objetivo, la Fundación prepara una **oferta formativa** para empresas, con y/o sin conocimiento sobre los “Principios Ruggie” y solicita ayuda a través de este informe para estructurar un **business case** que permita **contextualizar a la realidad de los Derechos Humanos a una empresa en concreto.**

Las empresas multinacionales son ajenas, de momento, a los principios rectores de Naciones Unidas. La formación que pretende llevar a cabo la Fundación se dirigirá a todos los empleados de las mismas y se trata de conseguir que se forme en cuanto a regulación de Derechos Humanos internacionalmente reconocidos, naturaleza jurídica y contenido de los principios rectores de Naciones Unidas en materia de Derechos Humanos y Empresa, impacto de los Derechos Humanos en la cadena de valor de una empresa y organización empresarial en lo que se refiere a gestión de procesos con impacto potencial en Derechos Humanos.

3.- OBJETIVO DEL INFORME

El objeto del presente informe es dar respuesta a la consulta formulada por la Fundación Fernando Pombo que, con el objetivo de **crear una comunidad de empresas transnacionales que implementen los “Principios Ruggie” para el respeto y promoción de los Derechos Humanos** en su actividad empresarial dondequiera que operen y cualquiera que sea su mercado y su tamaño, prepara una oferta formativa completa para empresas, con y/o sin conocimiento sobre estos Principios y pide apoyo en el cometido de estructurar un *business case* que permita contextualizar a la realidad de los Derechos Humanos, a una empresa concreta con una actividad concreta, que opera en un mercado concreto.

La Fundación quiere facilitar a los abogados la comprensión e incorporación de los “Principios Ruggie” a su día a día en su asesoramiento jurídico a empresas, concienciar a la abogacía de negocios y facilitar su especialización en materia de Derechos Humanos con el fin de asesorar de forma completa en esta materia a empresas.

Mediante este informe se trata fundamentalmente de reflexionar sobre las **etapas más importantes de la implementación de un sistema de gestión de los Derechos Humanos dentro de una organización empresarial** con el fin de prevenir violaciones de los mismos, a través de un diagnóstico previo de una hipotética multinacional (“CALZA-MEJOR”, como veremos en el siguiente apartado).

4.- HECHOS PLANTEADOS EN LA CONSULTA

Se solicita por parte de la Fundación Fernando Pombo el apoyo de la Clínica Jurídica en el cometido de estructurar un *business case* en el que se aplique la realidad de los Derechos Humanos a una empresa determinada.

La empresa multinacional española “CALZA-MEJOR”, que tiene como principal actividad la **comercialización de calzado deportivo, quiere ser una empresa pionera en el respeto de los Derechos Humanos** y como primer paso ha solicitado un informe sobre su impacto en los Derechos Humanos a la Fundación Fernando Pombo.

“CALZA-MEJOR” ha experimentado un gran crecimiento de sus ventas en los últimos años y es en la actualidad una de las marcas de calzado deportivo más conocidas y con mejor **reputación** en este sector **a nivel mundial**.

“CALZA-MEJOR” tiene su **matriz** en la ciudad de **Madrid** y, como la mayoría de las grandes multinacionales del sector, tiene externalizado la **fabricación** del calzado deportivo en **India**, desde donde se distribuyen para su **venta a Europa y a EE.UU.**

“CALZA-MEJOR” vende directamente en sus tiendas bajo su propia marca en todos los países del mundo salvo en EE.UU., donde “CALZA-MEJOR” ha establecido acuerdos con distribuidores exclusivos que venden también los zapatos en tiendas multimarca.

De acuerdo con el caso propuesto, se suscitan las siguientes cuestiones a resolver y analizar:

1.- Identificar las **posibles violaciones** de los **Derechos Humanos** que se pueden dar en las distintas **fases de actividad de una multinacional** dedicada al calzado deportivo: producción-fabricación-transporte-comercialización.

2.- Describir qué **posibles violaciones** específicas de **Derechos Humanos** se pueden dar en el **sector** de referencia. Así mismo, se solicita buscar **ejemplos reales** concretos.

3.- Llevar a cabo un **“GAP analysis”** en materia de Derechos Humanos: políticas, contratación, procedimientos operativos, términos de contrato, códigos de conducta, procesos de diligencia debida, formación del personal, programas de ética, incentivos, denuncia de irregularidades, mecanismos de denuncia ... etc.

4.- Elaborar una propuesta concisa de **Plan de acción en Derechos Humanos** para la empresa **“CALZA-MEJOR”**.

5.- RESPUESTA A LA CONSULTA

5.1.- POSIBLES VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS DISTINTAS FASES DE ACTIVIDAD DE UNA MULTINACIONAL DEDICADA AL CALZADO DEPORTIVO

En este primer apartado vamos a analizar las posibles violaciones de Derechos Humanos en los **procesos de producción, distribución y venta de la empresa “CALZA-MEJOR”**, multinacional de calzado deportivo.

El **sector del calzado** ha sido relacionado no en pocas ocasiones con situaciones en las que los trabajadores y trabajadoras del mismo no disfrutaban de un salario digno, unas condiciones de trabajo seguras o una producción que respetase, en general, las condiciones sociales y ambientales mínimas en las fábricas. Todo ello relacionado, además, con un sector que no deja de **crecer** y que produce miles de millones de pares de zapatos al año (24.000 millones en el año 2014⁹⁹) en un contexto de **economía de consumo** y cambio constante de tendencias en moda (el calzado ya no es sólo una prenda funcional, sino un artículo de moda sujeto a las tendencias de cada temporada, lo que influye también sobre la demanda).

Esto último influye en que los precios y plazos de entrega de pedidos desemboquen en numerosas ocasiones en procesos intensivos de mano de obra, presión sobre los trabajadores, condiciones laborales precarias... y ya no solo en países considerados de rentas bajas donde las empresas multinacionales tienen costumbre de **deslocalizarse para abaratar costes** (principalmente China, India, Vietnam, Indonesia, Pakistán y Bangladesh¹⁰⁰), sino también en Europa, donde los salarios han disminuido desde la crisis económica.

⁹⁹ World Footwear Yearbook, APICCAPS, junio de 2015, pág.4

¹⁰⁰ CAMBIA TUS ZAPATOS. *¿Quedan bien estos zapatos? Un visión general de la producción mundial de calzado*, Informe, 2015.

Todas las fases de la cadena de suministro de calzado han ido **globalizándose** desde los años 70. Algunas partes del proceso productivo requieren mucha mano de obra, especialmente en las primeras etapas, realizándose cosidos a mano y, a menudo, en casa. Este tipo de fases son muy costosas en mercados laborales regularizados como Europa Occidental, donde aunque se violen en ocasiones derechos laborales, los salarios son mucho más altos y los estándares contractuales más estrictos. En países con **mercados de trabajo desregulados**, las personas que trabajan en su domicilio a cargo de la fase más intensiva en mano de obra suelen ser las que tienen condiciones más precarias: sin seguridad laboral, con sueldos muy bajos y obligadas a trabajar en situaciones de riesgo. Y aunque el problema de las violaciones de los Derechos Humanos en las empresas del sector del calzado no es un problema exclusivo de determinados países, sino que se produce en la mayoría de ellos, obviamente resulta mucho más preocupante y requiere una intervención todavía más urgente en los países con mercados de trabajo desregulados.

Debemos tener en cuenta que una de las características principales de la industria del calzado es la **subcontratación de la producción a proveedores distintos países**. Según la Organización Internacional del Trabajo¹⁰¹, esto puede provocar una gran competencia que mantenga los **costes laborales bajos**. Se trata de trabajo precario con los sueldos más bajos de un sector que ya tiene niveles salariales bajísimos. Las personas que trabajan en su domicilio no están contratadas directamente por las fábricas, sino que tienen relación con un intermediario que, a su vez, está relacionado con un subcontratista de la fábrica principal¹⁰². Para corregir vulneraciones de los Derechos Humanos y laborales las empresas deberían colaborar con sus proveedores.

El pago de salarios dignos no está garantizado en los países productores. Las empresas son las que deberían obligar a sus socios comerciales a pagar a las personas que trabajan en su cadena de suministro un salario justo. Además, no se garantizan la salud ni la seguridad laboral ni se mitigan los impactos negativos que trabajar en determinadas condiciones o con determinados materiales puede tener sobre la salud de los trabajadores a largo plazo. Estas responsabilidades suelen recaer totalmente en los proveedores, desentendiéndose las empresas contratantes, pues las medidas de seguimiento que éstas toman suelen ser, en general, poco convincentes.

No se fomenta la libertad sindical ni el derecho a la negociación colectiva: la mayoría de empresas prácticamente no han integrado ninguna actuación en las operaciones con sus proveedores para proteger la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva¹⁰³.

¹⁰¹ Textil, confección, cuero y calzado. Organización Internacional del Trabajo (OIT). <http://www.ilo.org/global/industries-andsectors/textiles-clothing-leather-footwear/lang--es/index.htm>

¹⁰² Sticking Our Shoes. Homeworkers in India. Homeworkers Worldwide, Label Behind the Label y Cividep – Cambia Tus Zapatos (marzo de 2016), pág. 2.

<http://ropalimpia.org/adjuntos/informes/Homeworkers%20Document%20WEB.pdf>

¹⁰³ CAMBIA TUS ZAPATOS. *Derechos laborales pisoteados: Una instantánea sobre las actuaciones de Diligencia debida en Derechos Humanos de 23 empresas de la industria mundial del calzado*, 2016.

En 2011, la ONU aprobó los **Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos**. Estas directrices exigen que todas las empresas, independientemente de su tamaño o contexto geográfico, respeten los Derechos Humanos a lo largo de toda la cadena de suministro. Todas deben actuar con debida diligencia para evitar vulneraciones en los mismos. Y si hay vulneraciones, estas deben ser corregidas. Las empresas deben respetar los Derechos Humanos sea cual sea la capacidad o voluntad de los Estados en los que se encuentren de cumplir con sus obligaciones (por ejemplo, si el salario mínimo fijado por un Estado no cubre las necesidades de subsistencia, la empresa debe hacer prevalecer los derechos humanos y no aprovecharse de esta deficiencia). La aplicación activa de la **debida diligencia** en Derechos Humanos es la base de los principios rectores de la ONU¹⁰⁴.

Tras esta visión general del sector del calzado y su relación con los derechos de los trabajadores, así como de la debida diligencia que deberían mostrar las empresas en relación con los Derechos Humanos, procedemos a determinar qué **infracciones** se pueden dar en el proceso de producción/fabricación, distribución y venta de esta empresa en concreto y para ello debemos comenzar por analizar la misma, pues sus características influyen en el tipo de violaciones que se pueden dar.

“CALZA-MEJOR” es una multinacional, una gran empresa en el sector del calzado deportivo, famosa y con reputación a nivel mundial. Su matriz se encuentra en España (Madrid) y **externaliza la fabricación de su calzado en India**, desde ahí se distribuye a Europa y Estados Unidos. La India es un país con mercado de trabajo desregulado, por lo que habrá que prestar especial atención a esta fase. Es probable que parte de los trabajadores lleven a cabo sus labores en su propio domicilio, que la mano de obra se encuentre en condiciones realmente precarias, que no dispongan de seguridad laboral, que los sueldos sean muy bajos y que trabajen en condiciones de riesgo.

Vende directamente sus calzados en tiendas de su propia marca en todos los países salvo en Estados Unidos, donde ha establecido acuerdos con distribuidores exclusivos que venden también los zapatos en tiendas multimarca.

5.1.1.- ¿Qué posibles violaciones de Derechos Humanos se pueden dar en “CALZA-MEJOR”?

Asumimos que esta empresa tendrá las mismas etapas que la mayoría de cadenas de suministro del calzado:

- Concepción y diseño
- Producción
- Transporte y logística
- Distribución y venta minorista

¹⁰⁴ Campaña Ropa Limpia. *Position paper on human rights due diligence*, marzo de 2016. <http://www.cleanclothes.org/resources/publications/position-paper-on-human-rightsdue-diligence> (25/04/2016).

- Concepción y diseño

La primera fase de la cadena de suministro la lleva a cabo la marca y consiste específicamente en las actividades de investigación y desarrollo. La dirección de producto de esta empresa inicia el proceso de desarrollo de un zapato aproximadamente un año y medio antes de salir al mercado. Si forma parte de una campaña de marketing global, el proceso de desarrollo puede comenzar incluso hasta dos años antes de ponerse a la venta. La selección de los centros de producción depende de los materiales necesarios para fabricar el producto, lo cual se determina en la fase de conceptualización del producto. Después de la conceptualización, el equipo de diseño de la marca empieza a elaborar los prototipos, y más adelante puede hacer un primer pedido de prueba a los proveedores.

En esta etapa no se remarca ninguna especial vulneración de Derechos Humanos. Debemos observar las condiciones laborales de las personas que se encargan de la investigación y desarrollo, aunque es probable que ésta se lleve a cabo en España, donde la empresa tiene su matriz, y se espera que, de acuerdo con la ley, se cumplan los requisitos en cuanto a salario, condiciones, seguridad social, prevención de riesgos laborales, etc. En cualquier caso, y dado el panorama laboral actual en nuestro país, resulta recomendable revisar las condiciones de los trabajadores y trabajadoras que se encargan de esta fase y, en caso de que no sean óptimos, modificarlos.

-Producción

Es probable que ésta se divida en dos fases: **procesamiento de materias primas y fabricación del calzado** (corte, costura y unión de las partes). Debemos tener en cuenta que “CALZA-MEJOR” lleva a cabo este proceso en La India, la fabricación se encuentra externalizada.

Las primeras etapas de producción dependen de muchos **procesos intensivos en mano de obra** que pueden variar en función de los materiales con los que se trabaja.

El cromo es una sustancia química tóxica que se emplea durante el curtido del 85% del calzado de piel. A menudo, el uso de cromo conlleva graves vulneraciones de los derechos laborales y humanos, ya que en las curtidorías de muchas partes del mundo se suelen incumplir las normas de seguridad y salud en el trabajo.

Después de acabar de procesar las materias primas, para fabricar el calzado son necesarios dos tipos básicos de tareas. Por un lado, **procesos de trabajo mecanizados** efectuados dentro de las fábricas y, por otro, **tareas** que requieren intensivamente mano de obra especializada que suele trabajar individualmente **desde su domicilio**. Normalmente, la mayor parte del zapato se elabora en una fábrica, mientras que solo una fase del proceso productivo se externaliza a personas que trabajan por su cuenta en su propia casa; la costura de la parte superior de los zapatos.

En general, durante la producción del calzado tienen lugar una gran cantidad de procesos. Por ejemplo, una zapatilla de deporte puede contener 26 tipos de materiales y 65 componentes distintos, y para procesarlos es necesario completar unos 360 pasos¹⁰⁵.

Probablemente esta es la **etapa en la que más derechos son vulnerados**, probablemente por la **deslocalización hacia países con rentas bajas**. Es por ello que vamos a prestar una mayor atención a este apartado, pues resulta fundamental tratar de paliar todo tipo de violaciones en esta fase.

¿Qué violaciones de Derechos Humanos se pueden observar en estos procesos?

La globalización del comercio de calzado ha provocado la deslocalización de la producción hacia los países denominados de rentas bajas, donde las malas condiciones laborales son una realidad generalizada. Tanto las empresas como la Administración tienen la responsabilidad de mejorar esta situación.

1. La propias fábricas en las que se lleva a cabo la producción pueden haber vulnerado los Derechos Humanos, al haber sido construidas vulnerando normas (y consiguiendo que la Administración lo apruebe a través de sobornos) o suponiendo, por ejemplo, el **desalojo de comunidades**.
2. La estructura de la cadena de suministro con **intermediarios**, una gran cantidad de fábricas proveedoras y la posible **falta de transparencia** de los subcontratistas y proveedores de materias primas con nuestra empresa, "CALZA-MEJOR", pueden ser un obstáculo para detectar violaciones y puede que una cadena compleja ponga en riesgo a las personas trabajadoras y no se protejan adecuadamente.
3. **Trabajadores sin contrato o en situación irregular**. Se debe prestar especial atención a todos los sectores más vulnerables de población que pueden encontrarse realizando estas labores de producción y que, de acuerdo, con la ley, no deberían hacerlo, como por ejemplo **niños** (especialmente trabajo doméstico, menos controlado). También **migrantes** que en muchas ocasiones desempeñan estos trabajos en condiciones todavía más deplorables.
4. La mayoría de trabajadores en países de rentas bajas desempeña su trabajo **sin derecho a prestaciones laborales** como pensión, seguro médico, baja por maternidad... También se debe observar si poseen **derechos sindicales** y tienen vías efectivas para hacer valer sus derechos (quejas y reclamaciones) sin que peligre su puesto de trabajo, así como si disponen de convenios colectivos y total libertad sindical. En este sentido, el derecho a formar sindicatos y a negociar colectivamente son derechos fundamentales que permiten mejorar las condiciones de trabajo y por lo

¹⁰⁵ CAMBIA TUS ZAPATOS. *¿Quedan bien estos zapatos? Un visión general de la producción mundial de calzado*, Informe, 2015.

tanto son elementos clave de los procesos de debida diligencia y su inexistencia supone una violación de derechos.

5. **Salarios indignos.** A menudo los trabajadores de los países a los que se ha derivado la producción no reciben el salario mínimo, ni siquiera un salario digno (en lugares como la India, donde se encuentra la producción de esta empresa, muchas personas obtienen unos 0,14 euros por cada pala de par de zapatos que cosen, llegando a coser un máximo de 10 al día, con lo que su salario diario ronda los 1,50 euros, teniendo en cuenta que un kg de arroz puede costar 0,60 euros, estas personas están condenadas a vivir en la pobreza realizando un trabajo prácticamente esclavo)¹⁰⁶. Es de vital importancia que los salarios sean suficientes para llegar a satisfacer las necesidades de los trabajadores y las trabajadoras, y de sus familias. También se debe estudiar si existe una igual remuneración independientemente de si se trata de un hombre o una mujer.
6. Durante la producción de calzado se realizan **procesos peligrosos para la salud** (especialmente en las curtidurías), y es frecuente la exposición a **componentes tóxicos y sustancias peligrosas** como el cromo, sin ningún tipo de medida de prevención. Las empresas deben poseer normas y políticas en relación a las sustancias peligrosas, así como directrices en materia de salud y seguridad. Es importante observar si se proporcionan equipos de protección individual adecuados al personal de las fábricas.
7. También es frecuente el **incumplimiento de las normas de seguridad** necesarias. Posibilidad de accidentes laborales por las condiciones de la fábrica, el domicilio (en el caso de las personas que trabajan desde éste), materiales, herramientas, etc. Todo ello puede tener consecuencias terribles. (En el mismo país en el que “CALZA-MEJOR” lleva a cabo su producción, en 2015 diez personas fallecieron en una curtiduría cuando un tanque de reciclaje de residuos se derrumbó mientras dormían. Este tanque no cumplía con las normas de seguridad ni en las características de su construcción ni en las cantidades de fangos tóxicos que contenía, con presencia de cromo y otras sustancias peligrosas)¹⁰⁷. Los planes de prevención de incendios y accidentes son fundamentales.
8. Más allá de las vulneraciones de los derechos laborales de los trabajadores y trabajadoras, la producción de calzado también tiene implicaciones ecológicas de largo alcance. La producción de zapatos de cuero consume muchos recursos de tierra y agua. También pueden producirse contaminaciones debido a los efluentes químicos procedentes de los procesos de producción. Por ello no podemos olvidar las **consecuencias medioambientales** de estos procesos y la debida diligencia que las empresas también deben observar tratando de respetar al máximo el medio ambiente.

¹⁰⁶ Ídem.

¹⁰⁷ The Indian Express (2015): http://www.newindianexpress.com/states/tamil_nadu/10-WorkersDie-as-Effluent-Tank-Explodes-in-Ranipet/2015/02/01/article2646963.ece

-Transporte y logística

Respecto a las condiciones de entrega pactadas entre proveedores y transportistas, existe una red compleja y opaca de relaciones, flujos comerciales y condiciones de pago que cambian dependiendo del modelo.

Por supuesto, “CALZA-MEJOR” debe controlar con qué empresas contrata el transporte desde La India hasta los distintos países en los que vende sus productos y si éstas efectivamente respetan los derechos de sus trabajadores, en qué condiciones laborales se encuentran los mismos y si todo el proceso desde la salida de las fábricas hasta la llegada a las tiendas se realiza conforme a las normas legales.

-Venta minorista

Al final de la cadena de suministro hay varios minoristas, sucursales y tiendas que comercializan zapatos. Los pedidos a los fabricantes tienen que ser por un gran volumen, de manera que solo fabricarán si la demanda por parte de los mayoristas supera una cantidad determinada. Por lo tanto, la mano de obra puede acabar sometida a mucha presión para entregar los pedidos dependiendo del tiempo de entrega pactado. En ocasiones se modifica en el último minuto las especificaciones de los productos adquiridos o se solicita mucha más cantidad a los proveedores sin ajustar los precios ni los plazos de entrega, obligando con ello a infringir las normas laborales para poder cumplir los contratos, esta es la principal vulneración de Derechos Humanos que observamos en esta etapa.

También podemos observar cómo se realiza esa venta minorista, es decir, si las personas que se dedican a llevar a cabo las ventas tienen un salario digno, unas buenas condiciones laborales (o al menos si se respetan los mínimos legales), si tienen derecho a prestaciones sociales, etc.

Parece importante en este punto la relación con el **consumidor**. Éste debería saber cómo se ha fabricado el producto que está adquiriendo. Las empresas y la Administración deberían impulsar iniciativas que aumentase la transparencia a lo largo de toda la cadena de suministro de calzado, desde las primeras etapas de producción hasta la fase final en la que los zapatos se venden al público. Conocer las condiciones de trabajo en las fábricas, saber el salario ínfimo que en muchas ocasiones se recibe por parte de los trabajadores mientras el calzado tiene un coste elevado. Así como si esa producción está teniendo efectos irreversibles sobre el medio ambiente. El poder que tiene en su mano el consumidor para impulsar que las empresas terminen con este tipo de prácticas no es baladí. Un boicot a determinados productos de determinadas marcas por ser fabricados en condiciones sospechosas, puede hacer que la empresa se plantee el impulsar la diligencia debida sobre todos sus procesos.

Es absolutamente necesario que todos los agentes implicados de los países importadores de calzado (incluyendo marcas, gobiernos, consumidores y consumidoras) actúen y cumplan con sus responsabilidades para garantizar que este sector sea totalmente sostenible. Se necesitan medidas globales para fomentar condiciones laborales justas y dignas.

Las empresas y marcas, los Estados y los ciudadanos son responsables de evitar que la industria del calzado sea una condena a la pobreza para muchas personas y conseguir, en cambio, que tengan una vida segura, digna y con el pleno respeto de sus Derechos Humanos.

Pero fundamentalmente, y en el caso que nos ocupa, **“CALZA-MEJOR” es responsable de identificar, prevenir, mitigar y remediar los impactos negativos en su cadena de suministro.** Cualquier proceso amplio de debida diligencia en materia de Derechos Humanos debería incluir **medidas que garanticen el pago de salarios dignos, la libertad sindical de los trabajadores y la seguridad en el trabajo, fundamentalmente, pues estos son los puntos críticos en cuanto a la vulneración de Derechos Humanos de una empresa como la propuesta.**

5.2.- POSIBLES VIOLACIONES ESPECÍFICAS DE DERECHOS HUMANOS QUE SE PUEDEN DAR EN EL SECTOR DE REFERENCIA. EJEMPLOS REALES CONCRETOS

Las violaciones de los derechos humanos en las **industrias textiles, del vestido y del calzado** (en adelante, **industrias TVC**) y, en consecuencia, específicamente en buena medida dentro de esta categoría general en el **sector del calzado**, es una constante en nuestro entorno internacional. No es solo una cuestión problemática en países en vías de desarrollo de los continentes más subdesarrollados, tales como Sudamérica o África, sino que se configura como una lacra social en multitud de zonas geográficas de países en los que aparentemente las garantías proteccionistas para con los derechos humanos están cubiertas.

Como es natural, los derechos humanos en el ámbito laboral son los más perjudicados por prácticas empresariales que distan mucho de ser las adecuadas para la implantación de una política de respeto con los derechos humanos, y las mismas entran en juego más aún en entornos donde las inspecciones y los controles periódicos tienen mayor dificultad de acceso.

Si bien los grandes perjudicados en este tipo de prácticas suelen ser niños, mujeres e inmigrantes, como veremos a lo largo de este informe no son los únicos colectivos desfavorecidos en este sentido.

5.2.1.- Los efectos de la precariedad laboral sobre la industria del calzado

La situación laboral, como factor de análisis en la economía de una Nación, se mide en buena medida por el tipo de contratación laboral que predomina en todo su territorio. Sin perjuicio de que tal situación es más preocupante en países en vías de desarrollo, donde la pobreza y la vulneración de derechos humanos, elementos que suelen ir de la mano, se da con más intensidad, como hemos indicado antes los países desarrollados se encuentran en la actualidad en una situación general de precariedad laboral manifiesta.

Por nombrar un ejemplo directo, los Estados Unidos, país industrializado donde los haya, mantiene una recesión respecto de los contratos de trabajo permanentes en las industrias TVC, lo que conlleva que cada vez sean más y más frecuentes los contratos temporales, a

tiempo parcial o de duración determinada, hasta el punto de haber pasado a ser la norma general.

La misma situación tiene lugar en los países de la Europa Occidental. Sin embargo, Japón se posiciona como una excepción a la regla general de los países desarrollados, en la medida en que su sistema económico tiene la peculiaridad de tan solo permitir los contratos permanentes o, si se trata del primer empleo, los contratos anuales renovables.

Por su parte, en los países de la Europa Central y Oriental, la precariedad laboral se manifiesta de forma más palpable aún que en el resto de Europa. Encontramos ejemplos tales como los de Bulgaria, donde fuentes sindicales indican que los contratos temporales de trabajo son la regla en las industrias TVC, y que los trabajadores los aceptan por temor a perder su empleo¹⁰⁸, o Hungría, donde los contratos de duración determinada son también una práctica usual y permitida por la ley, sin perjuicio de que los sindicatos se oponen a los mismos. También encontramos el caso de Eslovaquia, donde según los sindicatos, las empresas TVC otorgan prioridad a los contratos de duración determinada, puesto que ello les otorga la posibilidad de no renovar los contratos si la coyuntura no resulta favorable o si los trabajadores no satisfacen las exigencias de productividad requeridas¹⁰⁹. En Rumanía, por su parte, las pequeñas empresas privadas acaparan el mercado de las industrias TVC y contratan un pequeño número de trabajadores con contratos de trabajo precarios. Todos estos países de la Europa Central y Oriental se encuentran en esta situación debido a la debilidad que reside en los sindicatos y la práctica total ausencia de interlocutores empresariales, posibilitando a las empresas maniobrar en pro de sus propios intereses, sin perjuicio de las limitaciones legales que puedan encontrar.

Como decimos, en países en vías de desarrollo, la precariedad laboral está a la orden del día, no solo en el caso de los contratos temporales, puesto que los propios contratos permanentes ofrecen pocas garantías en cuanto a permanencia, dado que los procedimientos de despido son bastante expresos y carentes de trámites y garantías jurídicas. Este tipo de situaciones se dan en las industrias TVC de países africanos como Senegal o Costa de Marfil, o países de América Latina como Honduras, El Salvador o Guatemala.

La situación en Asia es algo peculiar. Así, en China, suele tener lugar un período de prueba para los trabajadores que empiezan a trabajar en las industrias TVC, superado el cual quienes superen las exigencias requeridas para el puesto reciben un contrato de duración determinada. Sin embargo, este tipo de situación es de las más garantistas que podemos encontrar en el continente, y es común en muchos países asiáticos, no solo en China. No obstante, el sector informal y en empresas de reducidas dimensiones se apartan de este tipo de «estabilidad»; la ausencia de inspecciones de trabajo y el incumplimiento de la legislación laboral hace que los trabajadores no tengan más remedio que aceptar condiciones precarias

¹⁰⁸ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO DE GINEBRA. *Las prácticas laborales de las industrias del calzado, el cuero, los textiles y el vestido. Informe para el debate de la Reunión tripartita sobre las prácticas laborales de las industrias del calzado, el cuero, los textiles y el vestido*, p. 33.

¹⁰⁹ *Idem*.

donde no existen garantías de permanencia de ningún tipo. A pesar de los esfuerzos de sindicatos y poderes públicos para combatir esta situación, la dependencia de las industrias TVC como motor económico del comercio exterior se sobrepone a los derechos de los trabajadores.

5.2.2.- El trabajo a domicilio

El **trabajo a domicilio** supone un tipo de subcontratación muy habitual en las industrias TVC, y que resulta tan beneficioso para un buen número de empresas como demandado por ciertas categorías de trabajadores, especialmente por mujeres de países subdesarrollados o de países en vías de desarrollo, quienes buscan compatibilizar la vida laboral con la vida familiar.

Los inconvenientes que se desprenden de este tipo de subcontratación son, sin embargo, numerosos, puesto que los beneficios que reportan a las empresas (menores costes de producción, inaplicación de medidas de prevención de riesgos ni de seguridad e higiene para con los trabajadores, etc.) y que tienen su origen en buena medida en la clandestinidad que caracteriza a este tipo de prácticas, tienen como contrapartida no solo la precariedad laboral y las menores garantías de seguridad para los trabajadores, sino también situaciones de hecho muy habituales que dan lugar a problemas tales como el trabajo infantil o de ancianos, pues es un factor inherente a este tipo de prácticas la celeridad exigida por parte de las empresas en la realización del trabajo, como consecuencia del excesivo número de horas que los trabajadores han de dedicar a esta labor (habitualmente por una retribución en absoluto proporcional) y que origina situaciones en las que niños y mayores integrantes de la unidad familiar se ven implicados en las labores del trabajo en cuestión. Nuevamente, los trabajadores aceptan este tipo de alternativas por cuestiones de necesidad, por la escasez de empleo en el sector formal, por la compatibilidad con la vida familiar de la que hablábamos antes, en el caso de las mujeres, así como por la posibilidad de obtener ingresos complementarios no sujetos a las mismas limitaciones que el trabajo en las fábricas.

Estas prácticas suelen mantener su naturaleza de trabajo artesanal basado en tradiciones habituales en distintas culturas. Aunque es bastante más común que se dé en países en vías de desarrollo, en los países industrializados también encontramos numerosas situaciones de este tipo: una parte importante de la producción de calzado a medida en Reino Unido, Italia y España se realiza a domicilio por parte de trabajadores experimentados, países en los que, sin embargo, el **trabajo a domicilio** se presta a menor número de prácticas abusivas.

En Latinoamérica, se suele recurrir al **trabajo a domicilio** con el fin de defender las industrias nacionales contra las importaciones asiáticas. Tomando el ejemplo de México, el montaje de calzado deportivo es una de las actividades predominantes del **trabajo a domicilio** en la **industria TVC**; este calzado se destina especialmente al mercado local, aunque también a la exportación (sobre todo, a los Estados Unidos). Por su parte, la producción de calzado a domicilio está también muy extendida, tratándose habitualmente de empresas familiares subcontratadas por grandes empresas que, en principio, destinan el calzado producido al mercado interior, si bien en los últimos años se ha tendido a la exportación, lo que ha generado que los criterios de calidad devengan más exigentes, pero sin que ello haya limitado

las posibilidades de recurso al **trabajo a domicilio** en el **sector del calzado**, al contrario de lo ocurrido en otros países limítrofes tales como Venezuela, puesto que los trabajadores brasileños han conseguido adaptarse y mejorar las técnicas de cosido del calzado¹¹⁰; por lo general, estos trabajadores se encargan del cosido del calzado, que realizan por sí mismos o que encargan a otros trabajadores a domicilio previo pago de una comisión.

No obstante, en Asia, el empleo de trabajadores a domicilio tiene su origen en políticas agresivas de minimización de costes de producción y de adaptación a las fluctuaciones estacionales de los mercados, por lo que el **trabajo a domicilio** se sienta sobre la base de una estrategia mundial de subcontratación nacional e internacional¹¹¹.

5.2.3.- Derechos salariales y jornada de trabajo

Si realizamos una comparativa entre los distintos Estados de la Comunidad Internacional, encontramos que los salarios del **sector del calzado** fueron siempre más elevados en casi todos los países de la Europa Occidental, mientras que entre los salarios más bajos en los últimos años figuraban los de países integrantes de la antigua URSS, Egipto, Bangladesh y Ecuador¹¹². Solo levemente por encima de ese nivel se encontraban los salarios pagados en Rumanía, Bulgaria y la Ex República Yugoslava de Macedonia; en estos países, las retribuciones otorgadas en las industrias TVC se encuentran netamente por debajo a los del conjunto de la industria manufacturera. En un nivel superior se encontraban otros países de África, Latinoamérica y Asia.

En todas las regiones del mundo, el salario de los varones ha seguido siendo superior al de las mujeres en las industrias TVC, habiendo llegado a haber diferencias del cincuenta por ciento en los últimos años en algunos Estados y, en Europa, hasta del veinte y treinta por ciento. Entre los distintos sectores de las industrias TVC, el cociente salarial más bajo entre hombres y mujeres se da en la industria del calzado. A pesar de que esta situación de discriminación suele extenderse a todos los países industrializados, en Japón la diferencia retributiva entre hombres y mujeres es menor.

Centrándonos en ejemplos concretos del sector deportivo, podemos decir que existen grandes multinacionales que de un modo u otro mantienen en su seno empresarial factores de riesgo que afectan a los derechos salariales. Así, encontramos el caso del **Grupo ADIDAS** o de **GEOX, SPA**, donde en ciertos eslabones de su cadena de suministro muchas personas carecen de un salario digno¹¹³. O el caso de **EUROSKO**, en la que la definición de los salarios en su código de conducta no tiene en cuenta a los familiares¹¹⁴.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 39.

¹¹¹ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO DE GINEBRA. *Las prácticas laborales de las industrias del calzado, el cuero, los textiles y el vestido. Informe para el debate de la Reunión tripartita sobre las prácticas laborales de las industrias del calzado, el cuero, los textiles y el vestido* (2000), p. 37.

¹¹² *Ibidem*, p. 53.

¹¹³ CAMBIA TUS ZAPATOS. *Derechos laborales pisoteados: Una instantánea sobre las actuaciones de Diligencia debida en Derechos Humanos de 23 empresas de la industria mundial del calzado* (2014), p. 18.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 32.

Por su parte, la jornada laboral ordinaria se ha visto progresivamente disminuida en los últimos años en la **industria TVC**, aunque existe la contrapartida del surgimiento de una práctica habitual entre las empresas del sector consistente en acuerdos para la implantación de horas extraordinarias.

Para más inri, a los trabajadores a domicilio y los trabajadores del sector informal no se les aplica de *facto* las normas reglamentarias o negociadas, a lo que se suma el hecho de que proteger a estas categorías de trabajadores antes este tipo de situaciones abusivas resultan escasas y desde luego insuficientes. Y es que, en la gran mayoría de países productores no existe un marco regulador de las condiciones de trabajo de los trabajadores a domicilio, mientras que los sistemas de inspección del trabajo son incapaces de controlar las prácticas laborales corrientes en los pequeños talleres. Todo lo cual da sentido al hecho de que una amplia mayoría de sindicatos, especialmente en países en vías de desarrollo, reprochen la vulneración de la normativa atinente a los horarios regulares de trabajo. De este modo, mientras que, por una parte, los empleadores de las industrias TVC reclaman la anualización del tiempo normal de trabajo, la mayoría de sindicatos están en contra de esta medida, pues alegan que tan solo se lograría echar por tierra todo lo conseguido en los últimos decenios en pro de los derechos de los trabajadores.

En definitiva, las mejoras logradas en los últimos años en materia jurídico-laboral no consiguen adaptarse del mismo modo a todas las categorías de trabajadores, del mismo modo que persisten las diferencias entre países desarrollados y países en vías de desarrollo, en detrimento de éstos últimos.

Además, los logros antedichos en la normativa y los acuerdos también se han puesto de manifiesto en cuanto al pago de las horas extraordinarias en las industrias TVC, sin embargo, las quejas de los sindicatos en el sentido de la insuficiencia del pago de dichas horas no se han hecho esperar. No obstante, nuevamente existen dificultades para demostrar este hecho, pues los trabajadores temen perder su puesto de trabajo y no suelen presentar quejas ante las autoridades.

5.2.4.- Derechos sindicales

Tomando como punto de partida la Unión Europea, hay que decir que los sindicatos de la **industria TVC** en este ámbito territorial mantienen quejas constantes respecto al hecho de que numerosas iniciativas que parten del contexto de la globalización son tendentes a la limitación de la negociación colectiva y los **derechos sindicales**. Así, en Bélgica, encontramos ejemplos directos de la vulneración de derechos humanos en el marco sindical, la Federación Europea del Textil, la Confección, el Cuero y el Calzado (en adelante, FSETHC, por las siglas de su nombre oficial en francés), reprocha que las empresas de la **industria TVC** despiden con mayor facilidad a los delegados sindicales y tienden a sancionar a los trabajadores huelguistas cuando existen conflictos colectivos. A pesar de todo, las empresas de la **industria TVC** niega hechos de este tipo y afirman que existe un clima positivo de diálogo social.

En los países de la Europa Central y Oriental, las mayores críticas se las han llevado las pequeñas empresas, en cuanto que se les acusa de no propiciar un clima de legítima acción sindical. Por su parte, las multinacionales instaladas como filiales en estos países fueron acusadas de no mantener el diálogo social que facilitan en sus países de origen¹¹⁵. Igualmente, estas fuentes afirman que con frecuencia los empleadores de estas multinacionales de la **industria TVC** influyen psicológicamente a sus trabajadores en la medida en que les advierten de que la actividad sindical que en su caso proclamaran harían peligrar la permanencia de la empresa en su país y propiciarían su traslado a otro Estado, por lo que infligen a los trabajadores el temor de perder su puesto de trabajo y desemboca en que éstos eviten sindicarse. Del mismo modo, estos empleadores recurren a la globalización para justificar el no mantenimiento del diálogo social en los sectores del vestido y el calzado.

Existen casos bastante reveladores en el marco de estos países de la Europa Central y Oriental. Así, por ejemplo, una fuente sindical informaría en su momento de que una industria del calzado búlgara despidió a un conjunto de trabajadores que reclamaban salarios atrasados, dado que para lograr tal pretensión intentaron fundar un sindicato. Otra empresa instalada también en Bulgaria y que igualmente se dedicaba al **sector del calzado** despidió abusivamente a los representantes sindicales quienes, a pesar de que el Tribunal del Trabajo les dio la razón, prefirieron no volver a incorporarse a la plantilla por miedo a ser represaliados¹¹⁶. Por su parte, en países como Polonia, la tasa de sindicación es baja y no hay generalmente representantes sindicales en las pequeñas empresas.

Así, en estos países de la Europa Central y Oriental, la liberalización económica surgida en los mismos en los últimos decenios, sin perjuicio de los beneficios conseguidos en la economía como factor de crecimiento, ha supuesto también el desarrollo de un capitalismo feroz que implica que numerosas PYME, en los sectores de la **industria TVC**, entre otros, vean en los sindicatos escollos casi insalvables para el desarrollo de sus estrategias comerciales. Y es que, tanto en el sector informal, como también en el sector formal, incluso en el seno de grandes multinacionales, como ya hemos señalado, se asiste vulneración manifiesta de los **derechos sindicales**.

A colación de esta última mención respecto de la vulneración de derechos sindicales en el seno de las grandes multinacionales, podemos nombrar el caso de **DEICHMANN**, donde voces críticas del sector le reclaman asumir responsabilidades y propiciar la salvaguarda de la libertad sindical, así como la adopción de convenios colectivos que palien la precaria situación de muchos trabajadores integrantes de la cadena de suministro¹¹⁷. Por su parte, se estima que **NILSON GROUP** no fomenta activamente la libertad sindical ni la negociación colectiva, de

¹¹⁵ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO DE GINEBRA. *Las prácticas laborales de las industrias del calzado, el cuero, los textiles y el vestido. Informe para el debate de la Reunión tripartita sobre las prácticas laborales de las industrias del calzado, el cuero, los textiles y el vestido* (2000), p. 69.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 70.

¹¹⁷ CAMBIA TUS ZAPATOS. *Derechos laborales pisoteados: Una instantánea sobre las actuaciones de Diligencia debida en Derechos Humanos de 23 empresas de la industria mundial del calzado* (2014), p.27.

manera que las personas trabajadoras puedan empoderarse a lo largo de la cadena de suministro como titulares de derechos¹¹⁸.

En el caso de los Estados Unidos, actualmente el empresariado ostenta mayores respaldos legales para despedir delegados sindicales, mientras que se utiliza el pretexto del traslado de las actividades al extranjero para justificar la limitación de la acción sindical.

En Asia, China lidera el ranking de importancia en la **industria TVC**. Dado que tan solo existe un sindicato, que además está vinculado al Gobierno, la libertad sindical del país se encuentra en una bastante precaria, a pesar de que la apertura al mercado exterior del país ha mejorado la situación de los trabajadores. Sin embargo, la acción sindical es muy deficiente y la participación de los trabajadores en la misma prácticamente inexistente.

En Bangladesh, la propia legislación ampara unas deficientes prácticas sindicales en las industrias TVC, mientras que los empleadores no suelen reconocer el derecho de negociación colectiva. En el sector informal, la situación deviene penosa, pues se puede decir que los trabajadores prácticamente desconocen los sindicatos.

En India, la **industria TVC** del sector formal es bastante respetosa con la libertad sindical. Sin embargo, el sector informal desconoce la aplicación de la ley y no se da la negociación colectiva.

En Sri Lanka, los empleadores de la **industria TVC** en las zonas francas no suelen permitir el acceso de delegados sindicales a la empresa.

En Pakistán existen quejas de las fuentes sindicales del sector formal por el hecho de que no se respeta la libertad sindical y de asociación en la **industria TVC**, mientras que la negociación colectiva es inexistente en el sector informal.

En países africanos tales como Madagascar, la sindicación apenas se da, pues, nuevamente, los trabajadores temen hacerlo por miedo a perder su empleo en un entorno de absoluta precariedad laboral. Por su parte, en Marruecos, la situación se ha visto mejorada en los últimos años, si bien la protección frente a injerencias externas de los sindicatos es una asignatura pendiente y, en general, existe una necesidad de protección adecuada de los **derechos sindicales**, a pesar de su reconocimiento.

En Latinoamérica, se sigue una línea similar, pues a pesar del reconocimiento de **derechos sindicales**, la realidad material suele quedar lejos de la legalidad, pues los trabajadores se ven imposibilitados de ejercer de manera satisfactoria su libertad sindical. Así, en Costa Rica, la hostilidad del empresariado frente a los sindicatos en el sector formal de la **industria TVC**, hace que el nivel de sindicación sea bajo y la negociación colectiva poco frecuente, pues las empresas evitan emplear trabajadores que se hallen afiliados a algún sindicato, prefiriendo en su lugar asociaciones solidarias, que pueden controlar mejor. En Colombia, se han dado

¹¹⁸ CAMBIA TUS ZAPATOS. *Derechos laborales pisoteados: Una instantánea sobre las actuaciones de Diligencia debida en Derechos Humanos de 23 empresas de la industria mundial del calzado* (2014), p. 48.

casos en que los dirigentes sindicales han sido intimidados por traficantes, la guerrilla y por grupos paramilitares. En Nicaragua, las empresas TVC de las zonas francas limitan en buena medida la libertad sindical y el acceso al derecho de huelga, sustituyendo tales medios legales por otros con menos garantías jurídicas. En la República Dominicana, fuentes sindicales advierten de que muchas empresas TVC se valen de la presión para disuadir a los trabajadores de la afiliación sindical.

5.2.5.- El trabajo forzoso

Sin ninguna duda, en el contexto de los talleres clandestinos, es donde tienen lugar las mayores violaciones de los derechos humanos en las empresas TVC, y que, a su vez, dicho sea de paso, suponen una amenaza manifiesta para las empresas que se rigen por la legalidad, por cuanto que tales prácticas suponen una competencia desleal.

Tales violaciones de derechos humanos en este entorno clandestino apuntan en buena medida a lo excesivos horarios laborales impuestos a trabajadores que se encuentran en un estatus carente de toda protección.

De otro lado, en Estados Unidos existe un amplio número de trabajadores inmigrantes clandestinos que siguen forzados a trabajar en el sector del vestido y del calzado para pagar a quienes les han hecho entrar ilegalmente en el territorio estadounidense¹¹⁹. Además, se registran casos en los que estos traficantes piden ingentes cantidades de dinero a los trabajadores inmigrantes clandestinos y, ante la imposibilidad de éstos de satisfacer la deuda, han sido golpeados o incluso asesinados por tratar de huir de tal situación.

En Saipán, en las Islas Marianas del Norte, existían talleres clandestinos que producían para grandes distribuidores estadounidenses, donde fueron halladas más de cincuenta mil jóvenes inmigrantes chinas, filipinas, tailandesas y de Bangladesh trabajaban hasta quince horas al día, siete días a la semana, en recintos rodeados de púas, durmiendo en veinte dormitorios comunes completamente antihigiénicos e insalubres.

5.2.6.- Los colectivos más afectados

Las industrias TVC de la mayoría de países industrializados recurren a mano de obra de colectivos más discriminados en la sociedad, como son inmigrantes y mujeres, como consecuencia de los menores reconocimientos retributivos que ostentan, entre otros motivos.

En cuanto a las **mujeres**, asociaciones de empleadores han afirmado que los altos cargos empresariales de la **industria TVC** tienden a rechazar el empleo de mujeres para cargos determinantes para la buena marcha de la producción, sobre todo por cuestiones tales como que las mujeres pueden quedar embarazadas. La cuestión del trabajo a domicilio, en la que algunos países, sobre todo asiáticos, muestran tal situación como algo positivo para la economía y la sociedad, tiene la evidente contrapartida de que las mujeres están mejor

¹¹⁹ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO DE GINEBRA. *Las prácticas laborales de las industrias del calzado, el cuero, los textiles y el vestido. Informe para el debate de la Reunión tripartita sobre las prácticas laborales de las industrias del calzado, el cuero, los textiles y el vestido* (2000), p. 90.

consideradas para puestos de trabajo que no requieren niveles de cualificación y en los que las garantías laborales y de empleo son mínimas. Como casos extremos de prácticas discriminatorias contra la mujer, pueden citarse los castigos corporales y las diversas modalidades de acoso, incluido el acoso sexual. Si bien los castigos corporales son afortunadamente muy poco frecuentes en muchos países, entre ellos los países industrializados, las mujeres se ven confrontadas a diversas formas de acoso en el lugar de trabajo¹²⁰.

En otro orden de cosas, los **trabajadores inmigrantes** suponen otra forma frecuente de discriminación en las industrias TVC. Su contratación surge de una situación precaria del empleo, en la que jóvenes nacionales del Estado en cuestión rechazan puestos de trabajo por insuficiencia retributiva, y que trabajadores inmigrantes están dispuestos a soportar. Y es que, la no exigencia de cualificación profesional tiene como consecuencia inmediata el abaratamiento de los salarios, una causa-efecto que determina que el sector del calzado sea poco o nada atractivo para los jóvenes. De este modo, es muy frecuente, especialmente en los países industrializados, el empleo de inmigrantes, quienes asumen percibir un escaso salario y trabajar muchas horas por necesidad y por temor a no encontrar otro puesto al verse en un contexto en el que tienen menos posibilidades que los nacionales del país en que se encuentran, en buena medida como consecuencia del desconocimiento del idioma, pero también por razón de discriminación. Una situación de la que, sin lugar a dudas, se aprovechan las empresas del sector.

En cuanto a las prácticas discriminatorias a las que hemos hecho sucinta alusión, hay que decir que normalmente las sufren trabajadores inmigrantes que no están debidamente registrados y trabajan en condiciones de clandestinidad. Es en este marco donde tiene lugar una de las mayores vulneraciones de derechos humanos en el sector del calzado, en tanto que se registran prácticas de **trabajo forzoso** y sobreexplotación de los trabajadores.

Así, en Estados Unidos, existe una situación de hecho en la que puestos de mayor cualificación no suelen ser desempeñados por trabajadores inmigrantes, mientras que, en otros países industrializados, sobre todo europeos, los trabajadores inmigrantes clandestinos son objeto de prácticas tendentes al **trabajo forzoso**, y desgraciadamente asistimos a la puesta en práctica de insuficientes e inadecuadas medidas para paliar estas situaciones.

Como apuntábamos, el desconocimiento de la lengua supone también un escollo para trabajadores inmigrantes que no pueden movilizarse para hacer valer sus derechos laborales y sindicales, por lo que la necesidad de proporcionar formación en el idioma por parte de la empresa receptora no es cuestión baladí.

Por último, resulta trascendental la cuestión del **trabajo infantil** en la **industria TVC**, situaciones que se dan especialmente en países asiáticos y habitualmente en el marco del trabajo a domicilio, aunque no solo en este ámbito. Así, en Pakistán, una importante fuente sindical advierte de que, en el **sector del calzado**, los niños se ven compelidos a prestar su

¹²⁰ *Ibidem*, p. 83.

mano de obra para el pago anticipado a la familia de éstos en el momento de la contratación. Algo que deriva igualmente en el problema de la servidumbre por deudas en el contexto del **trabajo infantil**, y sobre lo que los Gobiernos de Indonesia, Filipinas y Tailandia han colaborado, junto con el Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC, por sus siglas en inglés) para investigar acerca del trabajo infantil en el **sector del calzado**.

5.3.- “GAP ANALYSIS” EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS: POLÍTICAS, CONTRATACIÓN, PROCEDIMIENTOS OPERATIVOS, TÉRMINOS DE CONTRATO, CÓDIGOS DE CONDUCTA, PROCESOS DE DILIGENCIA DEBIDA, FORMACIÓN DEL PERSONAL, PROGRAMAS DE ÉTICA, INCENTIVOS, DENUNCIA DE IRREGULARIDADES, MECANISMOS DE DENUNCIA, ETC.

5.3.1.- Estado actual en que se encuentra la materia

Así pues, procedemos a describir, en primer lugar, de forma concisa el estado actual en que se encuentra la producción y fabricación del calzado en el marco de los derechos humanos.

No hace falta ir más allá de lo socialmente conocido para saber que son más de uno los derechos humanos vulnerados en esta materia. Las muchas horas trabajadas, los salarios bajos, las nulas garantías de salud y seguridad social, e incluso nos permitimos hablar de una explotación de migrantes.

Así pues, según la OIT y la campaña internacional en favor de los derechos humanos “CTZ” (Cambia Tus Zapatos), son pocas las empresas que pueden demostrar fehacientemente que estén realizando todo cuanto les es posible para mitigar o corregir las vulneraciones que se dan en su sector de trabajo. Los datos son devastadores, de las 23 empresas encuestadas en la campaña CTZ “solo hay una empresa que obligue a sus socios comerciales a pagar salarios dignos, y ninguna de las 12 empresas que respondieron a la encuesta puede garantizar que las personas que trabajan en su cadena de suministro perciben un salario digno”¹²¹.

En lo que respecta a las garantías de la salud y la seguridad social, la situación actual es que dichas garantías son nulas, las empresas de manera generalizada incumplen su deber y responsabilidad de hacer estas garantías efectivas. Y según el informe de la campaña CTZ “sobre todo, no parece que se identifiquen y mitiguen adecuadamente los impactos negativos en las condiciones laborales de las curtidurías”¹²².

En lo que respecta a los colectivos más vulnerables, así lo llamó el informe antes dicho, “existe un riesgo muy elevado de que no se identifiquen ni protejan adecuadamente los colectivos más vulnerables como migrantes y personas que trabajan desde su domicilio”¹²³. En este sentido, no podemos olvidar que, a día de hoy, aún existe un amplio índice que discriminación por origen racial en el ámbito laboral, ya no solo de empresario a trabajadores, sino también

¹²¹ CAMBIA TUS ZAPATOS. *Derechos laborales pisoteados: Una instantánea sobre las actuaciones de Diligencia debida en Derechos Humanos de 23 empresas de la industria mundial del calzado* (2014), p.7.

¹²² CAMBIA TUS ZAPATOS. *Derechos laborales pisoteados: Una instantánea sobre las actuaciones de Diligencia debida en Derechos Humanos de 23 empresas de la industria mundial del calzado* (2014), p. 7.

¹²³ *Ídem*.

de trabajador a trabajador. Ésta conducta, además de vulnerar los derechos humanos, dificulta el correcto funcionamiento en la cadena de fabricación.

Y, aunque es sabido y las empresas así lo reconocen, en la cadena de fabricación se emplean ciertas sustancias que pueden resultar peligrosas, y dichas empresas se han venido centrando en “proteger el medio ambiente y a las personas consumidoras, y no a las trabajadoras. Hay un riesgo muy elevado de no detectar las vulneraciones de la salud y seguridad laboral en las curtidurías, y que tampoco puedan mitigarse ni remediarse”¹²⁴.

Por otro lado, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas en su Guía para la Interpretación sobre la Responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos señala que la industria del calzado se caracteriza, entre otras cosas, por la subcontratación de la producción a proveedores de distintos países. Así “Según la OIT, esto puede provocar una enorme competencia que mantenga los costes laborales bajos. Por otro lado, este sector es uno de los más intensivos en mano de obra. El uso de trabajo en el hogar es otra de las características de este sistema moderno de producción. Se trata de trabajo precario con los sueldos más bajos de un sector que ya tiene niveles salariales bajísimos. Las personas que trabajan en su domicilio no están contratadas directamente por las fábricas, sino que tienen relación con un intermediario que, a su vez, está relacionado con un subcontratista de la fábrica principal”¹²⁵.

En dicha cadena de suministros, es evidente que, y así lo ha señalado el informe CTZ, las empresas “no están cumpliendo con su obligación de aplicar la debida diligencia en derechos humanos (DDDH)”. Dichas diligencias, muy relevantes a nuestra forma de ver, consisten en “identificar, prevenir, mitigar y remediar los impactos negativos sobre los derechos humanos, además de rendir cuentas por ello ante la ciudadanía. La DDDH debe tener un carácter integral, continuo y transparente. Además, tiene que centrarse en los titulares de los derechos (las personas trabajadoras) y difundir las acciones realizadas públicamente. El sector no puede quedarse al margen de este proceso es necesario que evolucione al mismo ritmo que la sociedad y la demanda de productos sostenibles”¹²⁶.

Finalmente, parece que en la época en la que vivimos existe poca preocupación e interés para mejorar las condiciones laborales, socialmente no se está dando solución al problema evidente que existe respecto a la vulneración de los derechos humanos en el ámbito laboral. Y es que “Se han creado muchas iniciativas para fomentar la producción respetuosa con el medio ambiente y los derechos de las personas consumidoras, pero prácticamente no existen, iniciativas para proteger a las personas que trabajan en las cadenas de suministro globales”¹²⁷.

¹²⁴ *Ídem*.

¹²⁵ CAMBIA TUS ZAPATOS. *Derechos laborales pisoteados: Una instantánea sobre las actuaciones de Diligencia debida en Derechos Humanos de 23 empresas de la industria mundial del calzado* (2014), p. 8.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 7.

¹²⁷ *Ídem*.

5.3.2.- Estado futuro del mercado

Hemos visto que la realidad del mercado de que se trata en el presente informe, ni tan siquiera se acerca a las expectativas que se tiene de las empresas en la aplicación de los derechos humanos, que resulta tan esencial en cualquier ámbito de la vida misma.

Y aquí es donde entra en juego la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, no solo laborales, sino también los derechos humanos internacionalmente reconocidos en todos los ámbitos. Si bien, en la práctica solo serán algunos los más relevantes derechos en esta materia, por lo que de manera generalizada serán éstos a los que las empresas presten más atención, pero no descuidando de ninguna forma los demás derechos. Esto ya que, la responsabilidad que es exigible a las empresas es precisamente aquella que se genera por la vulneración o por tener consecuencias negativas en cualquier derecho humano de que se trate. Recordemos que “El incumplimiento de una empresa de su responsabilidad de respetar los derechos humanos puede tener consecuencias de carácter jurídico, financiero y para su reputación. Ese incumplimiento podría también afectar a la capacidad de la empresa para contratar y mantener a su personal, obtener permisos, inversiones, posibilidades de llevar a cabo nuevos proyectos o ventajas similares esenciales para el éxito y la sostenibilidad de una empresa. Como resultado, cada vez es más frecuente que cuando una empresa provoca un riesgo en relación con los derechos humanos esté dando lugar al mismo tiempo a un riesgo para sus propios intereses a largo plazo”¹²⁸.

Por tanto, consideramos que el estado al que se debiese llegar, es a uno de completa armonía entre los derechos, un correcto desarrollo de los mismos, en el que las empresas se basen de manera activa en cada uno de los derechos humanos, máxime en los referidos al ámbito laboral. La consecución de este estado de correcto funcionamiento puede ser posible con la efectiva puesta en marcha de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos que presentó al Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas, el profesor John Ruggie.

Esto supondría para las empresas llevar a cabo tareas de especial supervisión para que dichos principios sean operativos en sus propias empresas y en el mercado en el que desarrollan su actividad. Prestando especial atención a los puntos antes mencionados y que resultan tan vulnerados en la actualidad, pero que a su vez son indispensables en el ámbito de los derechos humanos laborales en general, y en concreto en la fabricación y producción de calzados. Éstos son: las amplias jornadas trabajadas y sus bajos salarios, las nulas garantías en salud y seguridad social, y la “disfrazada” pero evidente una explotación de migrantes.

5.3.3.- Identificación, descripción y análisis de los factores responsables de la brecha entre el estado actual y el estado futuro de la materia

Consideramos que la principal brecha que existe es la falta de transparencia de las empresas. La mayoría no cumplen con su responsabilidad de rendir cuentas e informar sobre cómo han

¹²⁸ LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS DE RESPETAR LOS DERECHOS HUMANOS. *Guía para la interpretación*. Alto Comisionado de las Naciones Unidas, p. 16.

solucionado los impactos negativos. Esta falta de transparencia trae consigo cierta inseguridad y desconocimiento sobre si se está lidiando o, por lo menos, intentando solucionar las distancias tan abismales entre la realidad y la perspectiva en la aplicación de dichos derechos y principios en el mercado de referencia.

Es preocupante también, el hecho de que, o no se identifiquen los impactos negativos causados, o que, pese a estar identificados, no se promuevan medios para solucionar esos impactos negativos. Acertadamente dice el informe CTZ que “es arriesgado que las marcas se centren en la relación contractual con un proveedor directo en lugar de analizar las vulneraciones existentes o potenciales más importantes de los derechos laborales y humanos en los países productores”¹²⁹.

Creemos que hay además un desconocimiento entre las mismas empresas y sus filiales o compradoras y marcas vendedoras, de la cadena de subcontratación. Es decir, desconocen el cómo se han producido los productos que están adquiriendo. Esto supone una brecha importante, puesto que no hay una correlación entre la realidad y la expectativa que se tiene sobre el cómo se elaboró ese producto que están comprando para su posterior venta en el mercado. Es preocupante en tanto que no se está analizando ni los salarios, ni las jornadas laborales, ni ningún otro derecho laboral.

5.3.4.- Soluciones, acciones y propuestas para la mejora de la aplicación de los derechos humanos en este mercado

Las soluciones, casi en su totalidad, vienen señaladas por un lado, en el informe CTZ, y por otro, en los mencionados Principios. Por lo cual, para el análisis de las soluciones posibles, vamos a referirnos básicamente a ambos.

Llegados a este punto, nos parece interesante la campaña CTZ (Cambia Tus Zapatos), la cual pretende concienciar a la población en general, y a las empresas en concreto, sobre los derechos humanos en la industria del calzado. En este sentido, nos recuerdan la responsabilidad que tienen las empresas de implementar la debida diligencia en materia de derechos humanos a lo largo de sus cadenas de suministros globales. Responsabilidad recogida en los Principios Rectores sobre Empresa y Derechos Humanos de la ONU.

La visión de la campaña se fundamenta en “que los trabajadores y las trabajadoras de la cadena de suministro mundial de calzado tienen derecho a un salario digno y a unas condiciones de trabajo seguras, y que los consumidores y las consumidoras tienen derecho a productos seguros y a la transparencia en la producción de sus zapatos”¹³⁰.

Por tanto, siguiendo el plan de la campaña, nos parece interesante una de sus propuestas que es que las empresas deberían intensificar “sus esfuerzos para evaluar sistemáticamente los

¹²⁹ CAMBIA TUS ZAPATOS. *Derechos laborales pisoteados: Una instantánea sobre las actuaciones de Diligencia debida en Derechos Humanos de 23 empresas de la industria mundial del calzado* (2014), p. 52.

¹³⁰ CAMBIA TUS ZAPATOS. *Derechos laborales pisoteados: Una instantánea sobre las actuaciones de Diligencia debida en Derechos Humanos de 23 empresas de la industria mundial del calzado* (2014), p. 2.

riesgos de su actividad comercial y garanticen que se respetan los derechos laborales y humanos en cualquier parte del mundo”¹³¹.

Además, tal y como señala el informe de dicha campaña, “la estructura de las cadenas de suministro de la mayoría de empresas muestra que es posible generar las condiciones adecuadas para implantar mecanismos de DDDH”¹³².

Del informe se llega a la conclusión que se debe identificar, en primer lugar, los impactos negativos sobre los derechos humanos, ya que, “es responsabilidad de todas las empresas – grandes y pequeñas– ya que depende de las características de su cadena de suministro y no de su tamaño”. Tal y como señala el informe, “Es preocupante que ninguna empresa disponga de procesos y prácticas empresariales de carácter integral que permitan detectar los impactos negativos (existentes y potenciales) sobre los derechos humanos. Es evidente que para poder prevenir y corregir un problema, primero hay que detectarlo”¹³³.

Otra de las soluciones es el adaptar las prácticas empresariales para poder prevenir y reducir las vulneraciones de los derechos humanos. “Es preocupante que para la mayoría de empresas las auditorías sean el único método para garantizar el cumplimiento de los criterios de responsabilidad social. La experiencia de la industria de la confección demuestra que estas auditorías no bastan para evaluar globalmente a las fábricas. [...]. La debida diligencia en materia de derechos humanos de una empresa debe ser un proceso continuo y de carácter transversal”¹³⁴.

Un punto importante en el que consideramos deben fijarse más las empresas es en las cuestiones que afectan a las personas trabajadoras, aquellas directamente vinculadas a la fabricación del calzado. Ya que, según el informe CTZ “Se ha detectado que las marcas casi no colaboran con otras partes interesadas en estas cuestiones, requisito previo para poder introducir cambios estructurales que beneficien a las personas que trabajan en la cadena de suministro. Para promover cambios a largo plazo, las empresas deben incluir la participación de colectivos locales en las acciones de monitoreo en las fábricas (personal, sindicatos y ONG)”¹³⁵. Esto repercute, por ejemplo en el salario que perciben las personas trabajadoras, ya que está demostrado que dicho salario no es un salario digno, tal y como debiese ser en virtud de los derechos humanos básicos. Parece evidente que las empresas a lo largo del tiempo no se han preocupado, o no han requerido preocuparse, porque el personal de su cadena de suministros perciba salarios que sean dignos de su condición de trabajadores.

Otra de las propuestas para mejorar en la aplicación de los derechos humanos en la cadena de fabricación y producción de calzados consiste en que las empresas rindan cuentas sobre cómo se han abordado los impactos negativos sobre los derechos humanos. En este sentido, la antes mencionada falta de transparencia debería ser una preocupación de todos los

¹³¹ *Ibidem*, p. 5.

¹³² *Ibidem*, p 7.

¹³³ *Ibidem*, p 52.

¹³⁴ CAMBIA TUS ZAPATOS. *Derechos laborales pisoteados: Una instantánea sobre las actuaciones de Diligencia debida en Derechos Humanos de 23 empresas de la industria mundial del calzado* (2014), p. 53.

¹³⁵ *Ídem*.

practicantes del mercado, desde los empresarios, pasando por los mismos fabricantes, proveedores, autoridades gubernamentales, hasta llegar, incluso, a los consumidores. Es decir, debería formar parte de una preocupación colectiva de la sociedad por el correcto funcionamiento de esta cadena de producción en concreto, y de las demás en general.

Por tanto, lanzamos como una propuesta directa a las empresas, el poner como foco de su preocupación y de su misión empresarial, el evaluar los riesgos de su actividad y luchar por garantizar que los derechos laborales y humanos sean respetados, no solo a nivel global, sino y ante todo, en sus propias empresas. Enfocándose en los ámbitos más relevantes del ámbito laboral, como es mejorar los salarios, la salud y seguridad laboral, y la no discriminación por ningún motivo posible. Dicho en otras palabras, proponemos a las empresas que se hagan cargo de la responsabilidad que les corresponde por su condición propia de empresarios.

Como señalamos antes, también queremos referirnos a los Principios Rectores como solución a las brechas arriba mencionadas, en el sentido de que, la correcta aplicación de dichos principios traería como consecuencia el correcto funcionamiento de las empresas en el mercado de la fabricación de calzado en el ámbito de los derechos humanos. De forma resumida se puede decir que la misión de estos Principios es la de “proteger, respetar y remediar” todo cuanto respecta a los derechos humanos laborales. Así lo ha señalado el Alto Comisionado de las Naciones Unidas, “Estos Principios Rectores aclaran las responsabilidades de las empresas en relación con los derechos humanos. Con ellos se pretende establecer la primera norma mundial para prevenir y hacer frente al riesgo de que las actividades empresariales tengan consecuencias negativas sobre los derechos humanos. Si el Consejo lo hace suyos, los Principios Rectores se convertirán en una plataforma normativa autorizada que ofrecerá también orientación acerca de las medidas jurídicas y políticas que los Estados, en cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos, pueden poner en práctica para asegurar el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas”¹³⁶.

La Guía para la interpretación realizada por las Naciones Unidas señala que “Contemplados conjuntamente, en los Principios Rectores se esbozan medidas para que los Estados promuevan el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas, se muestra un esquema para que las empresas gestionen el riesgo de provocar consecuencias negativas en los derechos humanos y se ofrece un conjunto de parámetros de referencia para que los interesados evalúen el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas”¹³⁷.

Bien es cierto que, estos principios no ponen fin al problema, pero consideramos que su adecuado seguimiento puede marcar el inicio del cambio en materia de derechos humanos laborales.

¹³⁶ LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS DE RESPETAR LOS DERECHOS HUMANOS. *Guía para la interpretación*. Alto Comisionado de las Naciones Unidas, p. 3.

¹³⁷ LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS DE RESPETAR LOS DERECHOS HUMANOS. *Guía para la interpretación*. Alto Comisionado de las Naciones Unidas, p. 2.

Básicamente lo que se pretende con los Principios y su aplicación es que las empresas actúen con la debida diligencia y responsabilidad para evitar vulneraciones de los derechos humanos, y que, en caso de que estas vulneraciones se den, sean las empresas capaces de corregirlas.

A modo únicamente sistemático y de propuesta, vamos a analizar algunos principios que nos parecen relevantes al hilo de este análisis.

PRINCIPIO RECTOR 11 “Las empresas deben respetar los derechos humanos. Eso significa que deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación”.

No podemos olvidar que, según la ONU “Las empresas pueden afectar a los derechos humanos de sus empleados, sus clientes, los trabajadores de sus cadenas de suministro o las comunidades asentadas en torno a su zona de actividad. La experiencia demuestra que las empresas pueden vulnerar los derechos humanos, y de hecho lo hacen, cuando no prestan suficiente atención a la existencia de ese riesgo y la forma de mitigarlo”¹³⁸. Parece interesante recalcar que las empresas deben hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que hubieren sido causadas por las mismas empresas. Un plan de control y de acciones sobre este tema podría ser una forma de intentar paliar con este problema.

PRINCIPIO RECTOR 15 “Para cumplir con su responsabilidad de respetar los derechos humanos, las empresas deben contar con políticas y procedimientos apropiados en función de su tamaño y circunstancias, a saber: a) Un compromiso político de asumir su responsabilidad de respetar los derechos humanos; b) Un proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan su impacto sobre los derechos humanos; c) Unos procesos que permitan reparar todas las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que hayan provocado o contribuido a provocar”.

De manera práctica, este Principio regula las principales acciones que una empresa debe poner en marcha para el respeto y aplicación de los derechos humanos. Es necesario que la empresa sepa, y pueda demostrar, que respeta los derechos humanos. En concreto: una declaración de compromiso político, un proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos y unos procedimientos que hagan posible la reparación.

PRINCIPIO RECTOR 16 “Para asumir su responsabilidad de respetar los derechos humanos, las empresas deben expresar su compromiso con esta responsabilidad mediante una declaración política que:

- a) Sea aprobada al más alto nivel directivo de la empresa;*
- b) Se base en un asesoramiento especializado interno y/o externo;*
- c) Establezca lo que la empresa espera, en relación con los derechos humanos, de su personal, sus socios y otras partes directamente vinculadas con sus operaciones, productos o servicios;*
- d) Se haga pública y se difunda interna y externamente a todo el personal, los socios y otras partes interesadas;*

¹³⁸ *Ibidem*, p 13.

e) *Quede reflejada en las políticas y los procedimientos operacionales necesarios para inculcar el compromiso asumido a nivel de toda la empresa”.*

El compromiso político es, en su esencia, una declaración pública que hace la empresa sobre su responsabilidad de respetar dichos derechos. De lo que trata es que esa declaración se convierta en una política empresarial. Por tanto, proponemos a la empresa hacer un compromiso político detallado, y de esta forma obligarse al cumplimiento del mismo a favor de sus trabajadores y de aquellos que vean sus derechos humanos especialmente vulnerados en el ámbito de su labor en la empresa.

PRINCIPIO RECTOR 17 *“Con el fin de identificar, prevenir, mitigar y responder de las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos, las empresas deben proceder con la debida diligencia en materia de derechos humanos. Este proceso debe incluir una evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos, la integración de las conclusiones, y la actuación al respecto; el seguimiento de las respuestas y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas. La debida diligencia en materia de derechos humanos: a) Debe abarcar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que la empresa haya provocado o contribuido a provocar a través de sus propias actividades, o que guarden relación directa con sus operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales; b) Variará de complejidad en función del tamaño de la empresa, el riesgo de graves consecuencias negativas sobre los derechos humanos y la naturaleza y el contexto de sus operaciones; c) Debe ser un proceso continuo, ya que los riesgos para los derechos humanos pueden cambiar con el tiempo, en función de la evolución de las operaciones y el contexto operacional de las empresas”.*

Nos parece preciso citar textualmente lo dicho por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas, según el cual “la diligencia debida en materia de derechos humanos es la forma en que una empresa determina qué información necesita para comprender sus riesgos específicos relacionados con los derechos humanos en un momento determinado y un contexto operacional dado, así como las medidas que necesita adoptar para prevenir y mitigar esos riesgos. Con la expresión “riesgos relacionados con los derechos humanos” se hace referencia al riesgo de provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos, y no los riesgos para la propia empresa, aunque cada vez es más frecuente que los primeros conduzcan a los segundos”¹³⁹.

Lanzamos, finalmente, la propuesta de llevar a cabo una evaluación, integración, actuación activa y un seguimiento de los derechos humanos en cada parte del desarrollo de la cadena de trabajo en el marco de la fabricación y producción de calzado. Además de implementar unos procesos que estén dirigidos de manera concreta a la reparación de aquellos derechos vulnerados, ya sea directamente por la empresa o por los mismos trabajadores entre ellos. Esto ya que es responsabilidad, como venimos diciendo, de la empresa, la observancia del cumplimiento y aplicación de los derechos humanos, y no solo en cuanto beneficio humano

¹³⁹ LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS DE RESPETAR LOS DERECHOS HUMANOS. *Guía para la interpretación. Alto Comisionado de las Naciones Unidas, p. 36.*

para sus trabajadores, sino también en la medida en que la reputación y trabajo de la empresa se puedan ver afectados.

5.4.- PROPUESTA DE PLAN DE ACCIÓN EN DERECHOS HUMANOS PARA “CALZA-MEJOR”

Con este plan de acción se intentará dar respuesta a ciertas expectativas para la mejora del respeto de los derechos humanos.

Expectativas

Expectativa: Disponer de una política de derechos humanos que ofrezca una orientación significativa a quienes están dentro de la organización como a quienes están estrechamente ligados a ella.

Con objeto de reforzar la cultura de respeto a los derechos humanos ya existente en la compañía, Calza-Mejor aprobará en 2017 una política específica que vincule a todas sus actividades en el entorno mundial. La adopción de esta política constituye un paso fundamental en la aplicación de la diligencia debida en este ámbito y servirá para establecer los principios generales que han de guiar nuestra actuación en materia de derechos humanos. Adicionalmente, la acción contempla la elaboración de un plan de implantación de la política el cual habrá de estar listo también en 2017.

Expectativa: Identificar las áreas generales que presenten mayor riesgo de consecuencias negativas reales o potenciales sobre los derechos humanos, y dar prioridad a la debida diligencia en esas áreas.

Dentro del ciclo de actividad de Calza-Mejor, las operaciones relacionadas con la fabricación y producción son algunas de las que mayor riesgo de impactos negativos en materia de derechos humanos presenta.

Por ello, además de las acciones que ya ha implantado la compañía en el pasado, el presente Plan contempla la modificación de los procesos de Fabricación y Producción para garantizar que los derechos humanos son respetados en nuestras operaciones. Esta actuación implica la revisión del sistema de Gestión Integrada de Proyectos de las unidades encargadas de estas actividades con objeto de reforzar la consideración de los principios rectores para empresas y derechos humanos de Naciones Unidas en nuestros procesos operativos

Expectativa: Incluir una evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos.

La evaluación de los impactos de las actividades es otra de las etapas fundamentales en la aplicación de la debida diligencia a los aspectos relacionados con los derechos humanos. Calza-Mejor se entiende que dispone de diversos sistemas de gestión en esta línea a los que se incorporan dos acciones contempladas en el presente Plan. La primera de ellas se refiere al establecimiento de pautas corporativas para la realización de estas evaluaciones en las operaciones para lo cual se elaborará una guía que complemente y desarrolle la puesta en

práctica de la Norma de Evaluación de Impacto Ambiental, Social y de Salud que ya rige en las actividades de la compañía. Adicionalmente, en el marco de esta expectativa, Calza-Mejor incorpora una segunda acción en el Plan consistente en realizar un análisis exhaustivo de los hallazgos resultantes de las evaluaciones de impacto para así poder proponer acciones de mejora. Para ello, dentro del procedimiento a seguir se abordará una recopilación de todos los hallazgos encontrados en las evaluaciones, una agrupación de los mismos y, finalmente, una propuesta de acciones de mejora específicas.

Expectativa: Difundir internamente la política de derechos humanos y hacer que quede reflejada en las políticas y procedimientos operacionales necesarios para inculcar el compromiso asumido a nivel de toda la empresa.

Además del plan de implantación de la política sobre derechos humanos mencionado anteriormente, Calza-Mejor ha incluido en el presente Plan dos acciones para extender este compromiso entre los diferentes niveles de la empresa. La primera de las acciones, -aumentar nuestra capacidad de actuar y tomar decisiones pro derechos humanos-, consistirá en la impartición de una formación a la plantilla de Calza-Mejor, fundamentalmente, a la que opera en países considerados prioritarios así como a los empleados de gerencia de todos los negocios y áreas corporativas. Adicionalmente, Calza-Mejor dedicará una segunda acción específicamente a la plantilla de abogados en España e India consistente en difundir los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos de Naciones Unidas. Para ello, se realizarán diversas sesiones de formación entre este colectivo.

Expectativa: Esforzarse para asegurar que no discrimina a sus empleados, socios, clientes, partes interesadas, miembros, ni a nadie con quien la empresa tenga algún tipo de contacto.

Implantación de acciones para evitar la discriminación y abuso de los empleados que realizan la fabricación del Calzado.

Expectativa: Establecer mecanismos de resolución de reclamaciones en materia de derechos humanos.

El establecimiento de mecanismos de reclamación accesibles, basados en el diálogo, efectivos y que susciten la confianza de los grupos de interés es una expectativa fundamental en los estándares internacionales en materia de Responsabilidad Social Corporativa para empresas multinacionales. Por esta razón, Calza-Mejor llevará a cabo en 2017 una acción dirigida a avanzar en la puesta en marcha de mecanismos de reclamación en nuestras operaciones alineados con los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de Naciones Unidas para lo cual se desarrollará una guía corporativa que permita implementarlos.

Acciones incluidas en el programa:

1. Reforzar el requerimiento ya vigente en nuestra compañía de respetar los derechos humanos a través de la adopción de una política específica de derechos humanos de aplicación mundial.

2. Aumentar nuestra capacidad de actuar y tomar decisiones siempre pro derechos humanos.
3. Modificar procesos de Fabricación y Producción para que los derechos humanos queden más integrados en nuestras operaciones.
4. Establecer pautas corporativas para la realización de evaluaciones de impacto en derechos humanos en las operaciones.
5. Analizar los hallazgos resultantes de las evaluaciones de impacto en los derechos humanos realizadas y proponer acciones de mejora.
6. Implementar la adhesión a la iniciativa de los Principios Voluntarios en Seguridad y Derechos Humanos (PVSDH).
7. Solicitar formalmente la adhesión de la Compañía a la iniciativa de los Principios Voluntarios en Seguridad y Derechos Humanos (PVSDH).
8. Tener en cuenta las minorías sociales y los colectivos con necesidades especiales en nuestra comunicación corporativa.
9. Avanzar en la puesta en marcha de mecanismos de reclamación en nuestras operaciones alineados con los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de Naciones Unidas.
10. Promover el empleo de personas con capacidades diferentes.
11. Difundir los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos de Naciones Unidas a toda la plantilla de abogados de Calza-Mejor

A continuación, se ofrece información específica sobre cada una de las acciones incluidas en el Programa de Derechos Humanos del presente plan.

Acciones incluidas en el Plan

1. ACCIÓN

Reforzar el requerimiento ya vigente en nuestra compañía de respetar los derechos humanos a través de la adopción de una política específica de derechos humanos de aplicación mundial.

DESCRIPCIÓN

- Iniciaremos el proceso oficial de aprobación de la Política.
- Realizaremos la implementación de la Política en la compañía.

INDICADOR

Aprobación de la Política por parte del Comité de Dirección en 2017.

AÑO EJECUCIÓN 2017.

2. ACCIÓN

Aumentar nuestra capacidad de actuar y tomar decisiones siempre pro derechos humanos.

DESCRIPCIÓN

Impartiremos formación en derechos humanos al grupo de empleados de gerencia de todos los negocios y áreas corporativas.

INDICADOR

- Número de personas que recogen la necesidad de realizar este curso en su plan de formación.
- Número de personas que han realizado el curso.

AÑO EJECUCIÓN 2017.

3. ACCIÓN

Modificar procesos de Fabricación y Producción para que los derechos humanos queden más integrados en nuestras operaciones.

DESCRIPCIÓN

Revisaremos el sistema de Gestión Integrada de Proyectos de Fabricación y Producción para asegurar que los principios rectores para empresas y derechos humanos de la ONU quedan más integrados en nuestros procesos operativos.

INDICADOR

Número de procesos revisados en los que se incluyen los requisitos derivados de la revisión de la normativa de F&P.

AÑO EJECUCIÓN 2017.

4. ACCIÓN

Solicitar formalmente la adhesión de la Compañía a la iniciativa de los Principios Voluntarios en Seguridad y Derechos Humanos (PVSDH).

DESCRIPCIÓN

Llevaremos a cabo las acciones necesarias, a nivel interno de la Compañía, para realizar la solicitud formal de adhesión. Una vez realizadas estas acciones, emprenderemos las que corresponden a la propia solicitud.

INDICADOR

Solicitud presentada

AÑO EJECUCIÓN 2017.

5. ACCIÓN

Difundir los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos de Naciones Unidas entre los abogados de la compañía.

DESCRIPCIÓN

Realizar sesiones de trabajo formativas con los equipos jurídicos de Calza-Mejor en España e India, sobre los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos –puesta en práctica del marco Proteger, Respetar y Remediar- de Naciones Unidas.

INDICADOR

Número de personas formadas.

AÑO EJECUCIÓN 2017.

6. ACCIÓN

Implementar la adhesión a la iniciativa de los Principios Voluntarios en Seguridad y Derechos Humanos (PVSDH).

DESCRIPCIÓN

Recabaremos la cooperación de los distintos departamentos de la compañía para la aplicación de los PVSDH. Llevaremos a cabo los requerimientos del compromiso de la adhesión (evaluación de riesgo y acciones con la seguridad pública y privada) y estableceremos las formas del reporte de las acciones realizadas para la elaboración de los correspondientes informes anuales.

INDICADOR

Informe anual a remitir a la Plenaria de los PVSDH.

AÑO EJECUCIÓN 2017-2018.

7. ACCIÓN

Analizar los hallazgos resultantes de las evaluaciones de impacto en los derechos humanos realizadas y proponer acciones de mejora.

DESCRIPCIÓN

Recopilaremos todos los hallazgos encontrados en las evaluaciones de impacto en los derechos humanos para analizarlos y agruparlos proponiendo acciones de mejora a nivel macro.

INDICADOR

Número de hallazgos encontrados y nº de acciones de mejora propuestas.

AÑO EJECUCIÓN 2017 – 2018.

8. ACCIÓN

Establecer pautas corporativas para la realización de evaluaciones de impacto en derechos humanos en las operaciones.

DESCRIPCIÓN

Elaboraremos una guía corporativa para la evaluación de impactos en derechos humanos que complemente y desarrolle la puesta en práctica de la Norma de Evaluación de Impacto Ambiental, Social y de Salud.

INDICADOR

Guía metodológica desarrollada.

AÑO EJECUCIÓN 2018.

9. ACCIÓN

Avanzar en la puesta en marcha de mecanismos de reclamación en nuestras operaciones alineados con los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de Naciones Unidas.

DESCRIPCIÓN

Elaboraremos una guía corporativa para la implementación de mecanismos de reclamación a nivel operación acordes con el Marco de Naciones Unidas “Proteger, Respetar y Remediar” y los Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos.

INDICADOR

Guía metodológica desarrollada.

AÑO EJECUCIÓN 2018.

6.- CONCLUSIONES

Las empresas tienen el deber expreso de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. Esta es la **premisa básica** de la que debemos partir para proclamar la efectiva implantación de una necesaria tutela que debe emanar toda empresa que se precie, marcando, a su vez, un especial énfasis respecto de las grandes multinacionales.

En el sector del calzado este imperativo se pone de manifiesto de una forma nada desdeñable, especialmente en el ámbito laboral. Las grandes cadenas de suministro, las extenuantes jornadas de trabajo, la jornada laboral, el respeto a los sectores más desfavorecidos, etc., son solo algunos de los factores que debemos tener en cuenta para mitigar los efectos de las políticas de producción masiva que, por regla general, se mantiene en las fábricas del calzado, con la falta de cautela, en muchas ocasiones, respecto de los derechos universales de las personas.

Los trabajadores del sector del calzado sufren en su mayoría las vulneraciones de los derechos humanos en el contexto empresarial. Una situación de inestabilidad jurídica internacionalmente acaecida y que tiene como detonante principal la mala o inexistente configuración sindical del sector.

En efecto, **el origen de toda esta situación** de inestabilidad jurídica entre los trabajadores del sector del calzado recae sobre la vulneración de los derechos sindicales. Y ello porque el sindicato es la institución por excelencia de representación colectiva del trabajador, en la medida en que es el encargado de hacer valer los derechos laborales de toda índole: el mantenimiento de un salario digno, la ausencia de explotación laboral, la ausencia de desigualdades y discriminación en el trabajo, etc. Por tanto, el reconocimiento de los derechos sindicales es un requisito *sine qua non* para la garantía del resto de derechos laborales, máxime teniendo en cuenta que de la libertad sindical emana otro derecho indispensable para la buena marcha de la situación jurídica del trabajador: la negociación colectiva.

Unida a esta mala praxis sindical que tiene lugar en muchos países de la Comunidad Internacional, a pesar de que en muchas ocasiones sí se da la existencia de sindicatos en el sector de referencia, los trabajadores temen sindicarse por la influencia psicológica que la empresa les inflige, dándoles a entender que las presiones sindicales no harían si no lograr que establezcan el negocio en otros países.

Como contrapartida a la situación descrita, que refleja una precaria configuración sindical en el sector del calzado en muchos puntos del planeta, encontramos que, en un buen número de países, la ausencia de asociaciones empresariales en la industria TVC se vertebra como factor añadido que impide el avance hacia un necesario diálogo social efectivo en el sector del calzado.

De otro lado, hemos de tener en cuenta que la responsabilidad empresarial en esta materia debe necesariamente pasar por detectar los posibles riesgos existentes en torno a la vulneración de los derechos humanos, para poder prevenirlos antes de su acaecimiento, o bien detectar las efectivas vulneraciones que se estén produciendo para combatirlas a la

mayor brevedad. En este sentido, resulta alarmante que muchas multinacionales del sector del calzado no cuenten entre sus políticas corporativas con un sistema de detección eficaz e integral para la detección de amenazas y/o vulneraciones presentes de los derechos humanos, a la vez que no vertebren métodos para determinar qué sectores poblacionales son los más afectados.

Por su parte, también existe falta de políticas revisionistas para el mantenimiento de un salario digno. La mayoría de empresas del sector del calzado afirman o permiten colegir el hecho de que no establecen comparativas con las empresas del sector de otros países industrializados en menor o mayor medida, así como tampoco se encargan de fijar indicadores de referencia. Todo ello no hace sino minorar las garantías salariales de un colectivo poblacional que, como decimos, en la mayoría de ocasiones no tienen más remedio que ceder por necesidad ante la precaria situación retributiva.

En cuanto a otro tipo de cuestiones, resulta preocupante que se reconozca que en este sector industrial el trabajo con sustancias peligrosas y tóxicas es constante, y que en todo momento se trata de cuidar que tales productos no afecten a la salud de los consumidores ni al medio ambiente, mientras que inspecciones realizadas en las fábricas demuestran que la salvaguarda a las personas trabajadoras es prácticamente inexistente en muchos casos. Algo que lleva a concluir que las condiciones en materia de seguridad laboral ponen en riesgo la salud de muchas personas, sobre todo si tenemos en cuenta que la falta de transparencia en este sector es una constante.

En definitiva, los factores de riesgo y las situaciones de vulneración efectiva de los derechos humanos en la empresa se deben canalizar de forma progresiva y cada vez más necesaria a través del concepto de la **diligencia debida** en el que tanto hincapié hacen los textos internacionales en la materia («Principios Ruggie», «Líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales», etc.), unos textos que, aunque considerados aún hoy día enmarcados en lo que se denomina «*soft law*», progresivamente han de tener mayor calado en el contexto que nos ocupa y ante la evidente necesidad de implantación de un papel tan relevante en el seno de los sujetos que en mayor medida suponen el motor económico y social de los Estados: las empresas.

Además, hilando esta última cuestión con el PUNTO INTRODUCTORIO de este dictamen, no podemos dejar de incidir en la idea de que, si bien el respeto de los derechos humanos se centra en buena medida en la legislación interna de cada Estado, la diferenciación entre «derechos humanos» y «derechos fundamentales», donde los primeros suponen un concepto más amplio y universal, supone otorgar mayor relevancia, dada su mayor amplitud y mayor sentido garantista, a todos los derechos humanos internacional y universalmente reconocidos, y por tanto otorgando un nivel de salvaguarda paralelo a todos estos derechos para la buena marcha del Estado de Derecho y para coadyuvar con la Administración de Justicia.

Analizando la situación actual, resulta preocupante que, pese a tener conocimiento de la vulneración de los derechos humanos en la cadena de suministro de las industrias de calzado,

no se estén utilizando medios para solucionar esas vulneraciones. Y es que, no podemos olvidar que el hecho de que se vulneren esos derechos humanos en este ámbito afecta directamente a los trabajadores, también afecta en igual medida al empresario y como consecuencia a toda la sociedad.

Pues bien, la observancia del cumplimiento de cada uno de los derechos humanos sea del ámbito que sea, pero en especial del que se trata en este informe, es tarea de todos, es decir, la **responsabilidad** de cuidar la aplicación de los derechos humanos en el ámbito laboral, no incumbe únicamente a las **empresas**, sino, y ampliamente, al **Estado** y a la sociedad en general.

Por tanto, resulta de elevada importancia social emprender medidas para subsanar estos problemas. Tales pueden ser simplemente que cada una de las empresas se comprometa a **vigilar** que los derechos humanos estén siendo correctamente aplicados en el ámbito de sus empresas. Y que tal compromiso se convierta en acción.

De las soluciones propuestas en el informe, se debe empezar por buscar una **transparencia** de las empresas para identificar las violaciones que se dan en esta materia y para minimizar los impactos negativos hasta el punto de lograr eliminarlos del todo. Recordemos que no es algo nuevo, que las empresas saben y son conscientes de este problema. Por ello, no parece descabellado, que se busque intensificar los esfuerzos para **evaluar los riesgos de su actividad e intentar minimizarlos**.

Finalmente, un punto importante es el de la **debida diligencia** que se les exige a las empresas. Los métodos usados hasta ahora por las empresas, consisten, en su mayoría, en una simple auditoría, la cual no es suficiente en ningún caso para el desarrollo de la práctica empresarial. La debida diligencia y los Principios Rectores (“**Principios Ruggie**”) han de formar parte de la misión empresarial de manera inexcusable y, para ello, es imprescindible la evaluación de los riesgos de la actividad y la garantía de la observancia de los derechos humanos en la cadena de suministros.

Mediante la implantación del Plan de Acción se busca aumentar y mejorar el control sobre el respeto de los derechos humanos de los trabajadores de la empresa, concretamente a los empleados de las fábricas de producción en India. Se intenta implementar medidas para evitar la discriminación y abuso de los empleados, o en caso que se produzca dicho abuso, dar acceso a los empleados a plataformas para realizar quejas y poder evitarse en el futuro esos abusos. En el plan de acción expuesto se establecen los pasos para llevar a cabo una reforma a nivel global dentro de la compañía para adaptar su funcionamiento empresarial a lo establecido en los PRINCIPIOS RECTORES SOBRE LAS EMPRESAS Y LOS DERECHOS HUMANOS.

7.- BIBLIOGRAFÍA Y WEBGRAFÍA UTILIZADA

- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS – CONSEJO GENERAL DE DERECHOS HUMANOS. *Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie – Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar», 21 de marzo de 2011.*
- APORTES DPLF. *Empresa y derechos humanos, una relación compleja*, Revista de la Fundación para el debido proceso Nº15, Año 4, Septiembre de 2011.
- CAMBIA TUS ZAPATOS. *Derechos laborales pisoteados: Una instantánea sobre las actuaciones de Diligencia debida en Derechos Humanos de 23 empresas de la industria mundial del calzado*, 2016.
- CAMBIA TUS ZAPATOS. *¿Quedan bien estos zapatos? Un visión general de la producción mundial de calzado*, Informe, 2015.
- CÁTEDRA LA CAIXA DE RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LA EMPRESA Y GOBIERNO CORPORATIVO. *La empresa y los derechos humanos*, Nº12 Septiembre de 2011.
- CEGESTI, PROYECTO NEGOCIOS RESPONSABLES, REINO DE LOS PAÍSES BAJOS. *Guía práctica sobre derechos humanos y empresa*, 2013.
- COLOMBIA AVANZA. *Plan de acción de Derechos Humanos y empresa*, 2011.
- CONSEJO GENERAL DE LA IBA. *Guía práctica de la IBA de Empresas y Derechos Humanos para Abogados Mercantiles*, aprobada por la resolución del Consejo de la IBA de 28 de mayo de 2016.
- HUMAN RIGHTS WATCH. *Los derechos humanos en las cadenas de suministro – Un llamado a favor de una norma internacional vinculante sobre la debida diligencia*, 30 de mayo de 2016.
- NACIONES UNIDAS, DERECHOS HUMANOS - OFICINA DEL ALTO COMISIONADO. *La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos. Guía para la interpretación*, 2012.
- NACIONES UNIDAS. *Principios rectores sobre la empresa y los derechos humanos. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”, 2011.*

- OBSERVATORIO DE RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA. *Propuesta de Plan Nacional sobre empresa y Derechos Humanos.*
- OCDE. *Líneas directrices para Empresas Multinacionales*, Revisión 2011.
- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO DE GINEBRA. *Las prácticas laborales de las industrias del calzado, el cuero, los textiles y el vestido. Informe para el debate de la Reunión tripartita sobre las prácticas laborales de las industrias del calzado, el cuero, los textiles y el vestido*, 2000.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Examen de las memorias anuales que se presentan con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Consejo de Administración OIT*, 2015.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Los niveles mundiales de empleo en las industrias textiles, del vestido y del calzado se mantienen estables mientras las industrias se reubican*, Nota de prensa de 16 de octubre de 2000.
- OXFAM INTERMÓN. *Empresas y derechos humanos: perspectiva de Oxfam sobre los Principios rectores de la ONU*, Junio de 2013.
- PNUD, RED PACTO MUNDIAL ARGENTINA. *Guía de derechos humanos para empresas. Proteger, remediar y respetar: todos ganamos*, 18 de octubre de 2010.
- PROGRAMA “EMPRESA Y DERECHOS HUMANOS” DE LA ESCUELA DE CULTURA DE PAZ DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID. *La gestión de los derechos humanos en la empresa*, María Prandi Chevalier.
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES DEL GOBIERNO DE ESPAÑA. *Los derechos humanos laborales: el núcleo duro de derechos (core rights) y el ius cogens laboral*, Revista, Miguel F. Canessa Montejo.
- TELEFÓNICA. *Nuestros compromisos: derechos humanos*. Web: <https://www.telefonica.com/es/web/sostenibilidad/nuestros-compromisos/derechos-humanos/introduccion>

Informe que emiten Germán Serrano Rodríguez, Paula Cisneros Cristóbal, Paola Proaño Mancero y Guillem Dachs Rufiandis, alumnos de la Clínica Jurídica UNIR-FUNDACIÓN FERNANDO POMBO, en resolución de la consulta formulada por Fundación Fernando Pombo.

ANEXO IV

Denominación del caso: EL PROYECTO "RADIO PELONA" Y LOS DERECHOS DE LA INFANCIA	Profesor clínico: RICARDO ARRANZ
Empresa beneficiaria FFP: FUNDACIÓN UNO ENTRE CIENTO MIL	Nivel de Clínica: 5 Grupo nº:

Alumnos que firman el trabajo y rol desempeñado en el grupo:	Fecha de envío del informe del caso: 25-11-2016
Coordinador: Agustín Asís Alaustré	
Investigador: Miguel Bibiloni Puigserver	
Comunicador: Sandra Consuelo Nguema Oyono	
Redactor: Germán Serrano Rodríguez	

ÍNDICE

- I. EXPOSICIÓN DEL SUPUESTO DE HECHO
- II. DETERMINACIÓN DEL MARCO LEGAL
- III. IDENTIFICACIÓN DE LAS CUESTIONES PLANTEADAS POR EL CLIENTE Y OTRAS QUE PUDIERAN RESULTAR DE INTERÉS

I. EXPOSICIÓN DEL SUPUESTO DE HECHO

El ser humano está avanzando, tecnológicamente, muy rápido. Sin embargo, este proceso no se ha visto acompañado por la seguridad que le brinda el Derecho a esas ideas que han sido causa del progreso, no solo en lo que se refiere a seguridad legal sino también económica.

Los medios tecnológicos que han surgido en el último siglo no solo han dado lugar a una gran variedad de modalidades de transmisión de la información, sino también a un gran desarrollo de la normativa de propiedad intelectual y protección de datos de carácter personal debido a la necesidad de proteger los derechos de las personas objeto de protección en ambas materias.

En el caso que nos brinda la fundación será de obligada observancia el tratamiento de datos de carácter personal así como el respeto a los derechos de autor que se generarán por la producción del programa de radio *Radio Pelona* ya que el autor de dicho programa será el único que podrá decidir sobre el uso de las grabaciones realizadas y los datos personales que sean cedidos a la fundación podrán ser modificados e incluso eliminados para aquellos usos que los afectados (menores enfermos y sus representantes legales) estimen conveniente .

Una buena o mala gestión de los derechos de propiedad intelectual y la protección de datos de carácter personal influirá de manera determinante en el éxito o fracaso de esta iniciativa.

Mismo papel determinante en dicha iniciativa tendrá el hecho de una eficaz regulación en materia de voluntariado, para dotar de un marco jurídico garantista al ejercicio de esta actividad, que se posiciona como esencial en el marco de una ONG como la Fundación “Uno entre Cien Mil”.

Tras la imperiosa necesidad demandada por diversos sectores de la sociedad en general, y del voluntariado en particular, finalmente se ha promulgado una Ley del Voluntariado acorde con la realidad social del momento y que suple las carencias de su antecesora: la **Ley 45/2015, de 14 de octubre**.

Estas demandas apuntaban, y aún hoy día en cierta medida apuntan, en tanto que debe asentarse el nuevo texto normativo mediante una implantación progresiva, a cuestiones tales como la clara diferenciación entre los distintos sectores de la acción de voluntariado y el ámbito de actuación de cada uno de ellos; la relación entre el trabajo por cuenta ajena y la

acción voluntaria, en cuanto que un solapamiento de ambas dedicaciones puede ocasionar un fraude de Ley por contravenir las reglas de las incompatibilidades (en la actual Ley del Voluntariado se desarrolla esta importante cuestión de manera mucho más completa de lo que se hacía en su antecesora); una mayor delimitación del concepto de voluntario y de voluntariado; etc.

Se echa de menos, no obstante, que la nueva Ley del Voluntariado no haya tratado más en profundidad cuestiones que durante la vigencia de su antecesora estaban pendientes de desarrollo, como es el caso del seguro obligatorio por enfermedad y accidente que debe suscribir la entidad de voluntariado para la cobertura del personal voluntario, en tanto en cuanto en la anterior Ley del Voluntariado se dejaba constancia de la necesidad de un desarrollo reglamentario de tal cuestión, siendo ésta una previsión que en la actual normativa se ha eliminado sin que, sin embargo, haya dejado de ser necesario tal desarrollo, en la medida en que son las entidades aseguradoras las que ostentan libertad para cubrir abordarlo.

Otras cuestiones importantes en torno al voluntariado, y que trataremos en el desarrollo del presente dictamen, son las que apuntan al régimen fiscal de estas entidades, y que se vertebran por la **Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo**. Especial incidencia haremos en el cuestionamiento de si la persona del voluntario incurre en algún caso en el deber legal de tributar por su actividad de voluntariado.

La **Leucemia** es una enfermedad grave que representa **más del treinta por ciento del cáncer infantil diagnosticado en España**, con más de trescientos casos al año sólo en nuestro país. Las cifras son duras pero muy elocuentes: dos de cada diez niños siguen sin tener ninguna esperanza porque no se han producido avances clínicos desde hace años.

Los avances contra la enfermedad son muy difíciles, caros y excepcionales, porque sólo tienen un camino: la ciencia y la investigación médica. Investigar es avanzar, porque los avances solo llegan a través de la investigación que se convierte en la Esperanza de los pacientes y de sus familias.

La **Fundación “Uno Entre Cien Mil”**, es la única **ONG** en España que **dedica la totalidad de los beneficios** obtenidos a través de sus actividades a un proyecto anual de **investigación** contra la enfermedad.

Para conseguir esos beneficios que se invierten al cien por cien en sus fines, la Fundación ha hecho a lo largo de los años un importante **esfuerzo en el diseño y desarrollo de proyectos innovadores** y diferentes, que buscan otorgar un valor añadido a sus actividades.

“Uno Entre Cien Mil” ha puesto especial cuidado en la programación de sus actividades, que deben transmitir la idea de búsqueda del empoderamiento de sus protegidos a la vez que permiten recaudar los recursos económicos tan necesarios para sus fines.

La Fundación siempre ha procurado que las acciones sean, por un lado, capaces de marcar diferencias para que sean atractivas para el público y, por otro lado, opciones eficaces para la **financiación de la investigación científica** objeto de su esfuerzo.

Estas acciones no siempre tienen un contenido emocional evidente y van dirigidas a un público objetivo dispuesto a colaborar con la compra de determinado tipo de productos de calidad. Así podemos citar la comercialización de una exclusiva y original Pulsera Viceroy o de un aceite de oliva virgen extra, de extraordinaria calidad, dirigido a gourmets como es el Aceite Uno.

Sin embargo, en la mayoría de los proyectos fundacionales podemos encontrar iniciativas de enorme atractivo emocional como son el Proyecto Corre contra la leucemia infantil o Pijamas para soñar. Mediante estas iniciativas, personas de todos los rincones de España y del mundo pueden comprar un dorsal para lucirlo mientras corren de manera solidaria o un pijama de cuyo precio una parte se convierte en donativo para los fines investigadores de la Fundación.

En este grupo de actividades encontramos también el cortometraje cuya dirección cinematográfica ha corrido a cargo de la conocida actriz española Penélope Cruz, el reto deportivo presentado en la acción Tres Hombres contra el Mar o las actividades dirigidas a escolares como La Vuelta al Cole, que va cosechando años tras año mejores éxitos de participación.

Es evidente que la Fundación siempre ha centrado su trabajo en el diseño de **actividades que persiguen** por una parte los **ingresos** necesarios para la investigación científica y, por otra, el

fortalecimiento de los pacientes y sus familias mediante la promoción y la mejora de las condiciones sociales y de bienestar de los niños afectados por la enfermedad.

En esta línea la Fundación “Uno Entre Cien Mil” propone una **nueva herramienta innovadora** que sirva para el **empoderamiento real de los pequeños** pacientes para hacer visible una situación que debe ser conocida para procurar el mayor número de apoyos posible a la investigación de la leucemia: ***Radio Pelona***.

La Fundación quiere convertir *Radio Pelona* en la **primera radio de España hecha por y para los niños hospitalizados**, simulando un programa de radio en el que los propios protagonistas, los niños, hacen entrevistas, debates y cuñas publicitarias.

Se pretende que la estancia en el hospital de los pequeños sea una etapa constructiva, positiva y enriquecedora. Entendiendo que *Radio Pelona* puede convertirse en una **plataforma terapéutica** que mejore su calidad de vida y la de sus familias. No cabe duda de que la radio es una herramienta de distracción y aprendizajes, que permitirá potenciar y formar su imaginación, oratoria, comunicación, narrativa.

Radio Pelona surge como un nuevo proyecto de innovación social, dentro de la Fundación, se trata de la primera radio hecha por y para niños hospitalizados. La idea principal es la de **dar voz y altavoz a los niños hospitalizados**, a través de debates de temas de actualidad y entrevistas a famosos.

Se trata de una radio online que se preparará y grabará directamente por niños en los hospitales. El formato será en podcast que luego podrán escucharse online por cualquier persona y desde cualquier dispositivo.

Los beneficiarios directos serán los niños que participen en la creación y emisión de la Radio Pelona. Se pretende que participen unos 50 niños por hospital. Sin embargo, la Fundación pretende ampliar ese número a alrededor de 150 beneficiarios directos.

El caso propuesto por la Fundación consiste en la **identificación y análisis de todas aquellas cuestiones legales que deben tenerse en consideración para el desarrollo de la actividad *Radio Pelona*** teniendo en cuenta que se trata de una actividad dirigida y participada por menores de edad con el apoyo de voluntarios

El caso propuesto por la Fundación consiste en la identificación y análisis de todas aquellas cuestiones legales que deben tenerse en consideración para el desarrollo de la actividad *Radio Pelona* teniendo en cuenta que se trata de una actividad dirigida y participada por menores de edad, con el apoyo de voluntarios, que pretende cumplir los objetivos que a continuación se relacionan:

- Ser una herramienta para empoderar a los niños enfermos de leucemia.
- Convertir su estancia en el hospital en una etapa constructiva, positiva y enriquecedora.
- Darles una plataforma que mejore su calidad de vida y la de sus familias.
- La radio como herramienta de distracción y aprendizajes, que potencie su imaginación, oratoria, comunicación, narrativa.

¿A quién está dirigido? El proyecto está dirigido a niños que trabajan en el mismo pero también a todos los niños enfermos de cáncer y sus familias. La idea es crear un producto de fácil escucha para cualquier tipo de audiencia, sobre todo la adolescente y juvenil, con temas de interés para ellos.

¿En qué consiste el proyecto?

- Los niños dirigirán la actividad, entrevistarán a famosos y debatirán sobre temas de actualidad.
- Estarán preparados y coordinados por profesionales con larga trayectoria en la radio.
- Radio online en diferido, formada por *podcast* con grabaciones periódicas.
- Grabación directamente en el hospital.

Habida cuenta lo anterior, la Fundación solicita la elaboración de un informe jurídico sobre las siguientes cuestiones que se enumeran a continuación:

a. Sobre los derechos de los MENORES HOSPITALIZADOS que participarían en la actividad.

En este contexto hay que considerar las siguientes cuestiones:

- Los aspectos legales que debe tener en cuenta la Fundación para publicar en su página web las imágenes y voces de esos niños, que son menores y están hospitalizados.

— En su caso, que tipo de autorizaciones debieran recabar y de quién. — Qué implicaciones legales tiene la grabación de niños dentro de un hospital (y si existe algún tipo de protocolo o restricción, etc.)

— Qué derechos de propiedad intelectual nacen como fruto de las grabaciones que realiza la Fundación (derechos y titulares de los mismos). Qué debe hacer la Fundación para tener el uso exclusivo de esas grabaciones y protegerlas frente a terceros).

— Necesidad o no de dar parte al Ministerio Fiscal en algún momento y, en su caso, de qué.

b. Sobre la relación de la Fundación con los VOLUNTARIOS que intervengan en este proyecto, teniendo en cuenta los siguientes aspectos:

— Puesto que, tanto los presentadores como el equipo de sonido y audiovisual empleados para hacer el “programa de radio”, serán todos ellos personas profesionales de estas actividades que las realizarán gratuitamente ¿les es aplicable la nueva Ley del voluntariado? ¿Tiene alguna implicación fiscal para el voluntario?

— Especial consideración tiene que los voluntarios desarrollaran sus actividades en contacto con los menores hospitalizados. ¿Esto requiere a la Fundación y las personas voluntarias de algún requerimiento legal específico?

c. En cuanto a las posibles EMPRESAS COLABORADORAS/PATROCINADORAS:

A medio plazo, el proyecto pretende ser un “producto” sostenible económicamente mediante el establecimiento de colaboraciones económicas concretas con empresas y otras instituciones interesadas en participar de algún modo en la iniciativa (a través de patrocinio o mediante acuerdos comerciales de marca, cuñas publicitarias u otros). Se solicita a este respecto la redacción de un Convenio de Patrocinio.

Por último, cabe señalar también que la Fundación está entablando conversaciones con algunos hospitales para implementar ya la actividad y tiene un dominio web reservado para la creación de una página web específica.

II. DETERMINACIÓN DEL MARCO LEGAL

Para llevar a cabo este proyecto es necesario hacer un exhaustivo análisis de la legislación aplicable a todos los puntos previamente enunciados, el marco legal de protección de los menores, el marco legal que regula la figura del voluntariado y por último, el marco legal del Patrocinio.

a) El marco normativo referente **al menor como titular de derechos** hay que analizarlo desde una triple perspectiva, basándonos entre otros, en la **Instrucción Fiscalía General del Estado núm. 2/2006, de 15 marzo (JUR 2006\94040) sobre los Menores de edad.**

1. Ámbito Internacional

- El **artículo 16 de la Convención de Derechos del Niño** de 20 de noviembre de 1989 proscribe las intromisiones en la intimidad del menor al declarar que «ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. El niño tiene derecho a la protección de la Ley contra tales injerencias».
- El **punto 8.29 de la Carta Europea de Derechos del Niño** (Resolución del Parlamento Europeo A3-0172/92 de 8 de julio de 1992) declara que «todo niño tiene derecho a no ser objeto por parte de un tercero de intrusiones injustificadas en su vida privada, en la de su familia, ni a sufrir atentados ilegales contra su honor», y el punto 8.43 de esta misma Carta otorga protección frente a utilizaciones lesivas de la imagen del menor.
- El **artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966** [RCL 1977, 893] relativo a las medidas de protección que requiere el menor tanto de la familia como de la sociedad y el Estado.
- El **artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966** obliga a adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes y específicamente contra la explotación económica y social.

- El **artículo 25.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos**, de 10 de diciembre de 1948 reconoce el derecho de la infancia a cuidados y asistencia especiales.
- Por último destacan la importancia que este asunto tiene, enmarcado en el ámbito de los **Derechos del niño Hospitalizado** (Resolución A2-25/86 de 13 de mayo de 1986 del Parlamento europeo)

2. Ámbito Interno

- **Art. 18 CE** reconoce con carácter general el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
- **Art. 20.1.d)** especifica que el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión encuentra su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título y «especialmente en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia».
- **Art. 18.4** prevé la limitación por medio de Ley del uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar.
- **Art. 105, b) CE** a la vez que prevé que la Ley regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, excluye del público conocimiento «lo que afecte a la intimidad de las personas».
- **Art. 39 CE** asume como principio rector de la política social y económica la protección integral de los hijos.
- **Art.4.1 LO 1/1996** dispone que los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
- **La Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión** televisiva ha sido incorporada a nuestro ordenamiento interno por la Ley 25/1994, de 12 de julio, modificada por Ley 22/1999, de 7 de junio . Esta Ley dispone en su art. 1.5 que tiene por objeto defender los intereses legítimos de los usuarios y, en especial, de los menores para preservar su correcto desarrollo físico,

mental y moral. El medio televisivo está obligado, pues, a proteger específicamente el honor, la intimidad y la propia imagen del menor, ya en el ámbito estatal, autonómico o local, y tanto los medios públicos como los privados.

- **El art. 4 de la Ley 4/1980, de 10 de enero, reguladora del estatuto de la Radio y la Televisión** establece que «la actividad de los medios de comunicación del Estado se inspirará... en el principio de la protección de la juventud y de la infancia». Idénticos principios se asumen en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (art. 3 e). Estos mismos criterios son seguidos por las normativas autonómicas.

3. Legislación autonómica

La preocupación de los poderes públicos por la protección de estos derechos de los menores ha llevado a que la mayoría de los Legisladores autonómicos hayan promulgado sus propias disposiciones, en esencia reiterando lo dispuesto en el art. 4 de la LO 1/1996, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad de Madrid.

Estas disposiciones autonómicas también generan obligaciones para las respectivas Administraciones en relación con la salvaguarda de estos derechos de los menores como ejemplo; la ley de Atención y Protección de los Niños y los Adolescentes de Cataluña y arts. 19 e, 43 y 45 de la Ley 27/2001, de 31 de diciembre, de justicia juvenil de Cataluña; arts. 13 y 86 de la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores, de la Comunidad Autónoma de Canarias; art. 3 de la Ley 7/1994, de 5 de diciembre, de la Infancia en Valencia; art. 4 e) de la Ley 7/1995, de 21 de marzo, de Guarda y Protección de los Menores Desamparados en Baleares; art. 8 de la Ley 3/1997, de 9 de junio, de la familia, la infancia y la adolescencia, de Galicia.

Además este marco se completa con la Instrucción de la Fiscalía General 3/2005, de 7 de abril, sobre las relaciones del Ministerio Fiscal con los medios de comunicación, y, intimidad y propia imagen de los menores, que fue la que abordó la actuación del Ministerio Público de forma integral y transversal.

b) En segundo lugar debemos añadir el marco legal aplicable al voluntariado:

Ley 45/2015, de 14 de octubre, sobre el Voluntariado, debemos tener en consideración tanto su Preámbulo como los artículos 2, 3, 6, 8, 19, 12, 14, 20, 21 y 22.

Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, artículo 17,

Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de Régimen Fiscal de Entidades Sin Fines Lucrativos e Incentivos Fiscales al Mecenazgo, artículos 6 y 7,

Ley 50/2002, de 26 de diciembre, sobre Fundaciones, artículos 5, 20 y 23.

Ley general de la Seguridad Social RDL 8/2015.

c) En tercer lugar las normas que regulan **las grabaciones** realizadas por la actividad de *Radio Pelona* y el **Patrocinio**:

Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, artículos 10, 17, 18, 19, 20, 21, 126, 127, 166.1, 138, 139, 140 y 141.

Reglamento de Ejecución de la Ley de Propiedad Intelectual, artículo 2.

Ley 34/1998, de 11 de noviembre, General de Publicidad, artículo 24.

Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, artículo 17.

Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de Régimen Fiscal de Entidades Sin Fines Lucrativos e Incentivos Fiscales al Mecenazgo, artículos 6 y 7.

III. IDENTIFICACIÓN DE LAS CUESTIONES PLANTEADAS POR EL CLIENTE Y OTRAS QUE PUDIERAN RESULTAR DE INTERÉS.

A) Sobre los derechos de los MENORES HOSPITALIZADOS que participarían en la actividad.

En este contexto hay que considerar las siguientes cuestiones:

Como punto de partida debemos señalar la **Convención de los Derechos del Niño**, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990. Este texto jurídico de referencia en relación está basado en la necesidad de un mayor reconocimiento del menor y del papel que éste desempeña en la sociedad y en la exigencia de un mayor protagonismo para el mismo, como persona y ciudadano.

Así mismo, la **Carta Europea de los Derechos del Niño** aprobada por el Parlamento Europeo a través de la Resolución A 3-0172/92, desarrolla estos derechos del niño, en el que entre otros derechos, se encuentra el que determina que *“todo niño tiene derecho a ser protegido contra la utilización de su imagen de forma lesiva para su dignidad”*.

Por su parte, el Estado desarrolla en normas de ámbito nacional estos derechos. En concreto, que sean de aplicación al caso podríamos mencionar las siguientes como las más importantes:

- **Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen** (en adelante LOPCDH). Concretamente los artículos 2 y 3 de la LOPCDH.
- **Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor**, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LPJM) Fundamentalmente su artículo 4 la LPJM que establece medidas de protección al derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor.
- **Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual** (en adelante LGCA). El más importante aplicable al caso sería el artículo 7.

- **Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.**

Como entidad responsable de los datos que obtengan, la Fundación “Uno Entre Cien Mil”, durante el desarrollo de su actividad, **debería tener presente la normativa relativa a la protección de datos personales dado que una mala gestión de estos datos podría dar lugar a responsabilidades administrativas y penales.** Para abordar esta cuestión, en primer lugar, trataríamos la estructura necesaria básica para el desarrollo de dicha actividad:

- 1) **Consentimiento:** Al tratarse de niños y niñas enfermos, la obtención de datos está especialmente protegida por el artículo 7.3 de la LOPD *“Los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente.”*. Teniendo en cuenta la esfera relativa a la salud que rodea tanto a los menores y a sus familiares, así como las dependencias donde se realizarían las grabaciones (centro hospitalario), será necesario el consentimiento previo del menor, y siendo este menor, el de sus tutores legales, tal como establece la LOPJM en su artículo 4 apartado 3 *“Se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales”*.

Se debe especificar que en el presente caso la divulgación de las imágenes a través de la web de la fundación, relatos orales de los menores, no menoscaba la integridad del menor, ya que dichas actividades tienen como objeto mejorar la calidad de vida de los menores y de sus familiares convirtiendo su estancia en el hospital en una etapa constructiva, positiva y enriquecedora, de tal forma estos niños y niñas dejarían de lado de forma temporal la rutina de su estancia en el Hospital.

Todo ello, porque los menores tienen derecho al ejercicio en la participación, asociación y reunión, así como a la libertad de expresión, artículos 7 y 8 de la LOPJM, por consiguiente, ayudarían al desarrollo del ejercicio de estos derechos por parte de los menores.

2) **Respeto al derecho de información:** El artículo 5 de la LOPJM garantiza el respeto al derecho de la información del menor, entendiendo en este caso, que la fundación antes de recabar el consentimiento del menor y de sus progenitores debe informar de todos los aspectos relevantes dentro de la esfera protectora del menor, además, debe concretar con claridad estos aspectos así como el funcionamiento, el procedimiento de grabación, participación de terceras personas, la emisión de los programas de radio en diferido así como de las imágenes captadas, etc. Derecho de la información relacionado con el artículo 3 apartado h de la LOPD que dice “*Consentimiento del interesado: toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen*”. De lo que se deduce que sin la exposición de toda la información de forma clara y comprensible para los menores, así como a sus padres (que también es necesario su consentimiento) ni unos ni otros podrán realizar el consentimiento con todas las características establecidas en el artículo 3 apartado h de la LOPD.

Para garantizar el respeto al derecho de la información podría ser interesante la confección de folletos informativos, disponer en el hospital de una oficina en que la propia Fundación tenga un horario de atención para disipar dudas y mantener informados a los interesados, así como a los ya integrantes como participantes en el programa y de sus familiares.

3) **Derecho de rectificación y cancelación:** Se debe poner en conocimiento de los menores y sus padres que tienen a su disposición la facultad de ejercer el derecho de rectificación y cancelación, sobre las imágenes y registro de voz así como otros datos como pueden ser los personales, dirección, etc. Este derecho está regulado en el artículo 16 de la LOPD que establece que “*El responsable del tratamiento tendrá la obligación de hacer efectivo el derecho de rectificación o cancelación del interesado en el plazo de diez días*”.

Este extremo es de importancia debido a la posibilidad de que los menores integrantes del programa o sus padres pudieran cambiar de opinión por muy diversas circunstancias, como por ejemplo empeoramiento de la enfermedad y que el menor decida no participar más en el programa y que los programas grabados con anterioridad a tal decisión no se difundan.

4) **Creación de un fichero, servidor de la Fundación:** La fundación determinará la finalidad del servidor, es decir, en nuestro caso estaría encaminado al almacenamiento de datos en una “intranet” que tenga la fundación (contendrán las imágenes y registros de voz) en el servidor de la Fundación, con la finalidad de poder enlazar los programas ahí guardados en la web de la fundación. Establecido además el contenido como el uso y tratamiento de la información almacenada, con todo ello la fundación será la responsable del buen fin en la utilización de los datos, artículo 3 apartado de la LOPD *“Responsable del fichero o tratamiento: persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento”*.

Lo dicho anteriormente se debe relacionar con el artículo 9 de la LOPD *“El responsable del fichero, y, en su caso, el encargado del tratamiento deberán adoptar las medidas de índole técnica y organizativas necesarias que garantice la seguridad de los datos de carácter personal y evite su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, habida cuenta del estado de la tecnología, la naturaleza de los datos almacenados y los riesgos a que están expuestos, ya provengan de la acción humana del medio físico o natural.”*. Dicho artículo sigue diciendo que reglamentariamente se determinará *“los requisitos y condiciones que deban reunir los ficheros y las personas que intervengan en el tratamiento de los datos a que se refiere el artículo 7 de esta Ley”*. Por tanto, observamos que en caso de datos relativos a la salud, no solo se especificaran unos requisitos técnicos sino también se exigirá que las personas que intervengan en el tratamiento de los datos deben reunir una serie de requisitos. Entendiendo que una persona que realiza el tratamiento de datos es aquella que registra las imágenes y la voz, hasta aquella que tenga acceso a la base creada con tal fin.

Respecto a esta cuestión, en este caso todos los enlaces del servidor a la página web de la fundación así como otras páginas pertenecientes a otras entidades colaboradores se realizarán a través del *“Hypertext Transfer Protocol Secure”* (en español: Protocolo seguro de transferencia de hipertexto), más conocido por sus siglas HTTPS, *“es un protocolo de aplicación basado en el protocolo HTTP, destinado a la transferencia segura de datos de Hipertexto, es decir, es la versión segura de HTTP”*.

El sistema HTTPS utiliza un cifrado basado en SSL/TLS para crear un canal cifrado (cuyo nivel de cifrado depende del servidor remoto y del navegador utilizado por el cliente) más apropiado para el tráfico de información sensible que el protocolo HTTP. De este modo se consigue que la información sensible (usuario y claves de paso normalmente) no pueda ser usada por un atacante que haya conseguido interceptar la transferencia de datos de la conexión, ya que lo único que obtendrá será un flujo de datos cifrados que le resultará imposible de descifrar.

Por tanto, la fundación se debe comprometer a no realizar ninguna cesión de grabaciones ni de datos, quedando dentro del ámbito de protección de la propia fundación.

5) **Deber del secreto:** El artículo 10 de la LOPD dice que *“El responsable del fichero y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aun después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con el responsable del mismo.”*.

Importante, en relación a todos aquellos voluntarios que realicen las sesiones de grabación y tratamiento de estas. A pesar de que este precepto exige tal deber, la fundación atendiendo a la sensibilidad de la situación de los menores y de sus familiares debería exigir la cumplimentación de un contrato con estos voluntarios en el que se den a conocer estos deberes.

6) **Autorizaciones:** Juntamente con el apartado 1, para completar este apartado sería necesario acudir a la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en la que en su artículo 3 establece que:

“1. El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil.

2. En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en

conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el juez.”

Por lo tanto, atendiendo a las circunstancias de los protagonistas del programa de radio, además del lugar donde se realizarían las grabaciones, es necesaria recabar la autorización de los menores, así como la de sus padres, y una vez recabada ésta poner en conocimiento al Ministerio Fiscal de tales hechos y propósitos por si pudiera observar algún impedimento, con ello se evitaría que la Fundación incurriera en algún hecho ilícito. En este apartado es necesario puntualizar la situación del menor hijo de padres separados o divorciados, en cuyo caso independientemente del progenitor que tenga la guardia custodia del mismo se antoja necesario el consentimiento de ambos progenitores para su actuación en los medios de comunicación. (SE ADJUNTA MODELO A CUMPLIMENTAR POR EL REPRESENTANTE LEGAL DEL MENOR)

Además puntualiza la citada Resolución de la Fiscalía 2/2006 lo siguiente: Aun contando con los preceptivos consentimientos, si la difusión de la identidad o de la imagen del menor puede considerarse contraria a sus intereses, la intromisión será en principio ilegítima.

No procederá en general el ejercicio de acciones por el Ministerio Fiscal ante emisión de programas o la publicación de fotografías en los que aparezcan menores, en actividades con dimensión pública tales como concursos, debates, musicales, actividades deportivas etc., siempre que las propias circunstancias que rodeen la publicación excluyan el perjuicio para los intereses de los mismos.

Tampoco procederá en general el ejercicio de acciones por el Ministerio Fiscal ante la difusión de imágenes de menores en lugares públicos, cuando aparezcan de manera meramente casual o accesorio de la información principal y siempre que tales lugares o actos no presenten aspectos negativos.

Por otro lado, no debemos dar la espalda a la Dirección del Centro Hospitalario. Hay protocolos diferentes de acuerdo con la realidad de cada Comunidad Autónoma, pero en resumen el procedimiento consiste en realizar una solicitud

administrativa en el hospital de referencia. La normativa aplicable son las ya referenciadas, con especial prevalencia de la Ley de Protección de Datos y la Ley de Protección Jurídica del Menor, sin embargo en este caso deberemos atender a la Normativa de Régimen Interno del Hospital en concreto. Por ejemplo, el Régimen Interno del Área de Salud de Cáceres establece que *“Está prohibida la grabación de imágenes y sonidos, tanto por particulares como por profesionales de los medios de comunicación, del interior del hospital (personas e instalaciones), salvo por autorización expresa de la Dirección del Centro o su representante en cada momento y cuando de personas se tratase, siempre que éstas lo autoricen o consientan.”*. Por tanto, en este caso concreto debería la Fundación recabar previamente la autorización expresa del Hospital. Además, sería interesante, que así como en el Régimen Interno regula el horario de visitas, también acordasen la Fundación y el Hospital un horario de grabación, para conseguir así la evitación de perjuicios a los menores en cuanto la participación en el programa no le sea un impedimento al seguimiento y tratamiento médico de sus patologías. De tal forma, se evitaría el nacimiento de conflictos entre el Hospital y la Fundación.

- 7) **Tratamientos con fines de publicidad y de prospección comercial:** El artículo 30 de la LOPD en su apartado 1 dice que *“Quienes se dediquen a la recopilación de direcciones, reparto de documentos, publicidad, venta a distancia, prospección comercial y otras actividades análogas, utilizarán nombres y direcciones u otros datos de carácter personal cuando los mismos figuren en fuentes accesibles al público o cuando hayan sido facilitados por los propios interesados u obtenidos con su consentimiento.”*.

Y en su apartado 4 que *“Los interesados tendrán derecho a oponerse, previa petición y sin gastos, al tratamiento de los datos que les conciernan, en cuyo caso serán dados de baja del tratamiento, cancelándose las informaciones que sobre ellos figuren en aquél, a su simple solicitud”*.

El derecho a la intimidad está también vinculado a “la dignidad personal” que, en el caso de los menores, debe respetarse incluso cuando las propias familias exponen su privacidad, según un informe-resolución llevado a cabo por la

Comisión de Arbitraje, Quejas y Deontología del Periodismo, órgano impulsado desde la Federación de Asociaciones de Periodistas de España (FAPE), que incluye recomendaciones éticas para el tratamiento periodístico y mediático de los menores. De cara a garantizar una adecuada protección, los medios deben tener también cierta cautela en aquellos casos en los que la utilización de los menores como reclamo para campañas individuales sea evidente, aunque estén propiciadas por los propios familiares o tutores.

La Fundación debe comprometerse a no ceder ningún dato de carácter personal, y aún menos permitir la utilización de estos datos para fines publicitarios, dado que el carácter y propósitos de la Fundación se verían seriamente afectados ante estos hechos de carácter publicitario que podrían causar un perjuicio a los menores y a sus familiares.

En cuanto a la edición de un vídeo promocional y puesta a disposición del público u otras empresas patrocinadoras de la actividad de la fundación, sería conveniente recabar un consentimiento expreso previo. Esto es así porque si bien todos los derechos de los implicados estarían protegidos por los preceptos legales y medios técnicos mencionados anteriormente, podrían darse malentendidos por parte de los representantes de los niños y podrían ver defraudada su confianza con las implicaciones económicas y funcionales, respecto a la actividad, que ello podría suponer.

No podemos pasar por alto los derechos de propiedad intelectual generados durante el desarrollo de la actividad. Respecto a la propiedad intelectual, en este caso, hay que aclarar ciertos conceptos para dirimir los derechos que nacen de las grabaciones realizadas por la fundación.

En primer lugar, como dice el supuesto, la actividad la realizarían los propios niños supervisados por voluntarios, se entiende entonces que no existen guionistas que generen sus propios derechos de autor, por lo tanto el único derecho de propiedad intelectual objeto de protección sería el mismo programa como grabación fonográfica junto con las eventuales grabaciones audiovisuales que pudieran llevarse a cabo con fines promocionales de la actividad de la Fundación (art. 10.1.d del Real Decreto Legislativo 1/1996, de

12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, en adelante LPI), también serán protegidas las imágenes que pudieran aparecer en la web de la fundación relativas a la grabación del programa (arts. 10.1. h y 126.1.a de la LPI).

En cuanto a la titularidad de este derecho de autor correspondería a la Fundación, que según establece la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, sobre Fundaciones (en adelante Ley de Fundaciones) en su art. 5.2 dice que de *“la protección que esta Ley concede al autor se podrán beneficiar personas jurídicas en los casos expresamente previstos en ella”*, una persona jurídica como la fundación mencionada en el caso. Por lo tanto, la fundación será titular tanto de los *“derechos morales”* del programa de radio, así como de los *“patrimoniales”* (derecho exclusivo de explotación, de reproducción, de distribución, de comunicación pública y de transformación de la obra (programa de radio – Arts. 17 a 21 de la LPI). Obviamente, la fundación deberá utilizar el programa de modo que no corrompa los fines fundacionales y respete en todo momento los derechos e intereses de los menores enfermos.

Para profundizar un poco más, la Ley de Fundaciones establece en su art. 23 que: *“Las fundaciones están obligadas a: a) Destinar efectivamente el patrimonio y sus rentas, de acuerdo con la presente Ley y los Estatutos de la fundación, a sus fines fundacionales (...)”*. Estos fines fundacionales son imperiosamente fines de interés general que en este caso serían fines de fondo social, es decir, mejorar la calidad de vida de los enfermos y familiares, educación de los niños y concienciación social acerca de las enfermedades que padecen los menores que realizan el programa de radio.

De hecho, la propia fundación está obligada por el art. 20 de la Ley de Fundaciones a inscribir a nombre de la fundación, en los Registros correspondientes, la titularidad de ese derecho de autor para que conste en su patrimonio, también es muy aconsejable inscribir el título de la obra, en este caso el nombre del programa de radio, ya que se protegerá igualmente si es original como parte integrante de la obra (art. 10.2 de la LPI). Con ello, podrá

obtener beneficios que se integrarán en la Beca de Investigación de la fundación cuya finalidad es mejorar la calidad de vida de los niños enfermos durante su hospitalización y la de sus familiares.

En este punto conviene hacer una advertencia, en la edición de las grabaciones, ya sea fonográficas o audiovisuales, muy posiblemente se inserten tonos, politonos, canciones, bandas sonoras, o cualquier otro tipo de composición musical. Aquellas que se inserten en las grabaciones que realice la fundación deberán ser aquellas que se rijan por “*copyleft*” o licencia protectora. De esa manera, la fundación podrá utilizar una modificación de esa composición para sus propios fines de manera gratuita y sin infringir la Ley de lo contrario debería consultar con el autor de la composición que fuere o, directamente, con la SGAE (Sociedad General de Autores y Editores) para establecer el canon que debería pagar la fundación por la utilización de composiciones de su repertorio protegido (“*copyright*”).

La Fundación, como entidad de radiodifusión titular de los derechos de autor del programa *Radio Pelona*, gozará de los derechos previstos en los arts. 126 y 127 de la LPI cuya duración será de 50 años y de cuya defensa velará la LPI tal y como recoge el art. 166.1 de la citada normativa.

Toda reproducción total o parcial del programa utilizada para cualquier tipo de fin deberá ser pactada con la Fundación, que se atenderá a sus fines fundacionales, sus estatutos y a lo convenido con los tutores legales de los menores que realizan el programa.

Para la protección de este derecho de autor frente a terceros es conveniente conservar grabaciones originales y otros vestigios que prueben la autoría de la obra (en este caso del programa de radio) ya que la LPI protege la obra por el sólo hecho de su creación (art. 2 del Reglamento de Ejecución de la Ley de Propiedad Intelectual, en adelante RPI), la inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual es voluntaria.

No obstante, sería muy conveniente la inscripción en el Registro de Propiedad intelectual del programa “RADIO PELONA” ya que las ventajas que ofrece la

inscripción en Registro son, además de proporcionar una prueba cualificada de que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular, salvo que se demuestre lo contrario, la de dar publicidad a los derechos inscritos. Esto mismo es de aplicación respecto a la protección derivados de las grabaciones audiovisuales.

Para favorecer la protección de estos derechos, también es recomendable indicar la reserva de derechos y el símbolo ©, en el caso de una obra o prestación o, si se trata de fonogramas el símbolo ®.

Ante cualquier vulneración de los derechos de autor de los que es titular la Fundación, ésta podrá ejercer las acciones contenidas en los arts. 138 a 141 de la LPI. El desarrollo de estos artículos trata de las acciones y medidas que puede solicitar el perjudicado por la vulneración de los derechos de propiedad intelectual, como por ejemplo: cese de la actividad ilícita, destrucción de los de la información cuya propiedad intelectual se ha vulnerado así como los medios producirla o reproducirla, etc. (art. 139 LPI).

Cuestión importante a tener en cuenta será la indemnización por una eventual vulneración del derecho de propiedad intelectual para la utilización de las grabaciones del programa o del nombre del programa a que tendrá derecho la fundación en el caso de que alguna entidad o particular utilice dicho contenido audiovisual para otros fines que los estrictamente acordados expresamente por la Fundación (art. 140 LPI).

B) Sobre la relación de la Fundación con los VOLUNTARIOS que intervengan en este proyecto:

— Puesto que, tanto los presentadores, como equipo de sonido y audiovisual empleado para hacer el “programa de radio”, serán todos ellos personas profesionales de estas actividades que las realizarán gratuitamente ¿les es aplicable la nueva Ley del voluntariado? ¿Tiene alguna implicación fiscal para el voluntario?

La regulación normativa por Ley de la institución del voluntariado a nivel estatal en nuestro ordenamiento jurídico tiene una muy reciente implantación. Sería en 1996 cuando, a través

de la **Ley 6/1996, de 15 de enero**, se promulgaría nuestra primera Ley de Voluntariado, lo cual supuso un fenómeno tan necesario como importante. Sin embargo, muy recientemente hemos asistido a la promulgación de una nueva Ley del Voluntariado a través de la **Ley 45/2015, de 14 de octubre**.

Y es que, tal y como expresa el **PREÁMBULO** de dicha nueva Ley del Voluntariado, la Ley de 1996 «[...] se ha visto desbordada por la realidad de la acción voluntaria y se hace necesario un nuevo marco jurídico que responda adecuadamente a la configuración y a las dimensiones del voluntariado en los comienzos del siglo XXI».

Respecto al ámbito de aplicación subjetivo tanto de la Ley de 1996 como de la Ley de 2015, en lo que atañe a los voluntarios, ambas normas siguen una misma línea al incluir a estos sujetos en cuanto que destinatarios tanto de la Ley de 1996 hasta que quedó extinta por la entrada en vigor de la Ley de 2015, como de esta última en la actualidad. Por tanto, si establecemos como premisa el hecho de considerar a los profesionales del equipo de sonido y audiovisual, así como a los presentadores, incluidos en el concepto de «voluntarios», es evidente que **la nueva y vigente Ley del Voluntariado** les es de aplicación por cuanto que la misma establece en su **art. 2.1**: *«Esta Ley será de aplicación a los voluntarios, destinatarios y entidades de voluntariado que participen, se beneficien o lleven a cabo programas de voluntariado de ámbito estatal o supraautonómico, ya se desarrollen dentro o fuera de España. También será de aplicación respecto de aquellos programas en los que el Estado tenga reconocida constitucionalmente su competencia, sin perjuicio de las competencias atribuidas a las comunidades autónomas en materia de voluntariado por sus Estatutos de Autonomía así como también en su legislación específica»*.

Así pues, debemos justificar ahora que dichos profesionales participantes en el programa de radio son, efectivamente, personal voluntario. En primer lugar, hemos de distinguir entre el concepto de «voluntariado» y el de «voluntarios» individualmente considerados y, para ello, hay que poner en relación el **artículo 8.1 de la Ley de 2015** con los **artículos 3 y 6 del mismo cuerpo legal**.

El **artículo 3** define al voluntariado como *«el conjunto de actividades de interés general desarrolladas por personas físicas, siempre que reúnan los siguientes requisitos:*

a) Que tengan carácter solidario.

b) Que su realización sea libre, sin que tengan su causa en una obligación personal o deber jurídico y sea asumida voluntariamente.

c) Que se lleven a cabo sin contraprestación económica o material, sin perjuicio del abono de los gastos reembolsables que el desempeño de la acción voluntaria ocasione a los voluntarios de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.2.d).

d) Que se desarrollen a través de entidades de voluntariado con arreglo a programas concretos y dentro o fuera del territorio español sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 21 y 22».

Al respecto, el **art. 12.2.d) de la vigente Ley del voluntariado** recoge el régimen de aquellos gastos reembolsables que han de abonarse a los voluntarios de conformidad con la actividad que desarrollen, el cual debe venir recogido en el acuerdo de incorporación suscrito entre la entidad de voluntariado y el voluntario, mientras que los **arts. 21 y 22 de dicha Ley** regulan el régimen de voluntariado promocionado a través de empresas y universidades, respectivamente.

Así, si bien el voluntariado se define genéricamente como el conjunto de actividades que desarrollan los voluntarios, el voluntario viene definido en el **art. 8.1 de la Ley de 2015** como aquella persona física que decida libre y voluntariamente dedicar, todo o parte de su tiempo, a la realización de una serie de actividades, remitiendo precisamente al **art. 3.2 de la vigente Ley del Voluntariado** para fijar cuáles son dichas actividades: han de ser actividades de interés general, entendidas las mismas como *«aquellas que contribuyan en cada uno de los ámbitos de actuación del voluntariado a que hace referencia el artículo 6 a mejorar la calidad de vida de las personas y de la sociedad en general y a proteger y conservar el entorno»*.

En este sentido, tal y como indica el **art. 3.2 de la Ley de 2015**, el **art. 6 del mismo texto normativo, en su apartado 1**, enuncia los diferentes ámbitos de actuación que puede desarrollar el voluntariado y, por consiguiente, los voluntarios individualmente considerados; así, el voluntariado puede ser: social, internacional de cooperación para el desarrollo, ambiental, cultural, deportivo, educativo, socio-sanitario, de ocio y tiempo libre, comunitario, o de protección civil.

Pues bien, es evidente que en el caso en el que nos encontramos estamos ante la figura del voluntario por los siguientes **motivos**:

- Los profesionales que desarrollan la actividad de voluntariado lo hacen de forma solidaria, en consideración a un colectivo de niños enfermos de leucemia, y con el ánimo de hacerles evadirse de su rutinaria vida hospitalaria, configurándose como función esencial para combatir el trance por el que se ven obligados a pasar y por una buena causa, que es la de reunir fondos para financiar la lucha contra esta enfermedad que se da en nada menos que el treinta por ciento de los casos de cáncer infantil, contabilizándose al año más de trescientos niños con leucemia.
- La voluntariedad con la que estos profesionales desarrollan la actividad es manifiesta por cuanto que la Fundación “Uno entre Cien Mil” es una ONG dedicada a los fines descritos en el apartado anterior y cuyo cometido es que la gente interesada en participar del proyecto acceda al mismo libre y deliberadamente suscribiendo un acuerdo de incorporación y entrando a formar parte como voluntario.
- Consecuencia directa de la voluntariedad concurrente y descrita en el anterior apartado, es el hecho de que, por la consideración de tal, y por la suscripción de un acuerdo de incorporación con la entidad de voluntariado, las personas que colaboran con dicha entidad no serán retribuidas más que por los gastos reembolsables que pudieran surgir como consecuencia del desarrollo de su acción voluntaria.
- Además, es igualmente consecuencia directa del hecho de suscribir tal sujeto un acuerdo de incorporación con dicha entidad, la consideración de la misma como entidad de voluntariado con arreglo a un programa concreto, como es la lucha contra la leucemia infantil.
- Por último, no cabe duda de que el programa de acción voluntaria que desarrolla la Fundación «Uno entre Cien Mil» y del que participan una serie de profesionales en calidad de voluntarios engloba un interés general que coadyuva a la mejora de la calidad de vida de las personas, en concreto de los niños enfermos de leucemia, y de la sociedad en general, pues es un problema generalizado que afecta a multitud de familias, con más de trescientos casos al año en España y constituyendo el treinta por ciento de los casos de cáncer infantil. En este sentido, la actividad desarrollada por la

Fundación «Uno entre Cien Mil» conecta directamente con el concepto de «voluntariado social» que menciona el **art. 6.1.a) de la vigente Ley del Voluntariado**, y que define como aquel *«que se desarrolla mediante la intervención con las personas y la realidad social, frente a situaciones de vulneración, privación o falta de derechos u oportunidades para alcanzar una mejor calidad de vida y una mayor cohesión y justicia social»*. En definitiva, es evidente que nos encontramos ante una actividad de voluntariado en la que se propugna la salvaguarda de los derechos de los menores, en pro de su calidad de vida y una mayor justicia social.

Dicho todo lo cual, estamos en disposición de afirmar que los profesionales colaboradores de la Fundación “Uno entre Cien Mil” son personal voluntario. Sin embargo, para determinar de forma radical e incuestionable que entran dentro del ámbito de aplicación de la **vigente Ley del Voluntariado de 2015**, hay que descartar toda posibilidad de que exista causa de exclusión por incompatibilidad en el desarrollo de las ocupaciones que implica la actividad de voluntariado con el trabajo retribuido. Para ello, aquello que está en nuestra mano es marcar las directrices que hagan descartar dicha incompatibilidad atendiendo a las causas que puedan dar lugar al más mínimo atisbo de su concurrencia.

Al respecto de esta cuestión, la **Ley de 1996** era muy escueta al respecto al establecer, **en su art. 3.3**, tan solo que *«la actividad de voluntariado no podrá en ningún caso sustituir al trabajo retribuido»*; si bien una interpretación conjunta con los demás apartados del precepto, y el desarrollo jurisprudencial al respecto configuraban la dimensión de esta compatibilidad.

Seguramente por ello, el **art. 9 de la vigente Ley de 2015** fija pormenorizadamente los supuestos de compatibilidad del voluntariado con el trabajo retribuido de trabajadores por cuenta ajena y empleados públicos, con las debidas matizaciones. Así, dicho precepto reza del siguiente modo:

«1. Los trabajadores por cuenta ajena y los empleados públicos, sólo podrán realizar actividades de voluntariado fuera de la jornada laboral, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 2 del artículo 20.

2. La condición de trabajador por cuenta ajena es compatible con la del voluntariado en la misma entidad de voluntariado en las condiciones que se establezcan en el acuerdo de incorporación, con el mismo límite que en el supuesto anterior.

3. *Los voluntarios podrán tener la condición de socia o socio en la entidad de voluntariado en la que estén integrados y participar en los órganos de gobierno de la misma de conformidad con sus estatutos».*

La referencia al **art. 20.2 de la Ley del Voluntariado de 2015** en el precitado artículo debe ser tenida en cuenta en cuanto que dicho apartado establece: *«Las Administraciones públicas y las empresas o instituciones privadas podrán promover y facilitar, de acuerdo con la legislación laboral o de empleo público y con pleno respeto a lo acordado en la negociación colectiva, la adopción de medidas de reducción o adaptación de la jornada laboral, suspensiones de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo o interrupciones de la prestación retribuidas o no, para que los trabajadores por cuenta ajena o empleados públicos, puedan ejercer sus labores de voluntariado».*

Como decimos, la previsión de este nuevo precepto legal sigue la línea marcada por la interpretación jurisprudencial que nuestros Jueces y Tribunales hacían al respecto de dicha compatibilidad bajo la vigencia de la Ley de 1996, por lo que es evidente que uno de los logros de la Ley de 2015 es haberse adaptado a la realidad material contemplada por la autoridad judicial.

En este sentido, es muy ilustrativa y significativa la fundamentación ofrecida por la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 425/2006 de 16 junio**, respecto de un caso relativo a lo que vino a calificar como «fraude de Ley», en tanto que una Asociación de Bomberos voluntarios, cuyo objeto entraba dentro de las áreas de interés social que puede ser objeto de voluntariado y donde se desarrollaban actividades propias de este tipo de asociaciones y entidades, sin embargo, se creó otro vínculo jurídico, simultáneo al de voluntariado, entre las mismas partes, a través de contratos laborales temporales (irregulares, al ser de obra o servicio determinado sin constituir realmente obra o servicio alguno), con la categoría, no de bomberos, sino de «oficiales de mantenimiento». La Sentencia determinó que *«no es posible admitir una superposición estas dos relaciones jurídicas entre las mismas partes, de forma simultánea, pues resulta incompatible que los actores sean bomberos voluntarios para la Asociación (actividad altruista, no retribuida salvo con una reducida dieta) y que simultáneamente, trabajen como “oficiales de mantenimiento” para la misma Asociación de Bomberos, que, a la vista de ello, mal pueden llamarse “voluntarios”, pues bajo su irregular*

contrato laboral temporal perciben salarios y realizan una prestación material y real de servicios en régimen materialmente laboral, con lo que en realidad hacen es laboralizar su función de bomberos «voluntarios», desnaturalizando ésta, prevaliéndose de la cobertura de voluntariado enmarcado en una Asociación pretendidamente altruista para autocontratarse como trabajadores ordinarios [...], puesto que mientras no se les llame para extinguir un incendio permanecen a la espera en el Parque de Bomberos, que es la situación normal, y en ese tiempo pueden realizar las funciones de mantenimiento».

En consecuencia, la situación legal es clara, pues resulta meridiano que un asalariado no podrá realizar actividades de voluntariado durante su jornada laboral ni en el marco de la misma, sin perjuicio de que pueda realizar ambas ocupaciones en la misma entidad de voluntariado, siguiendo las instrucciones establecidas en el acuerdo de incorporación. Además, asiste al voluntario las posibilidades otorgadas por el **art. 20.2 de la vigente Ley del Voluntariado** de que la Administración Pública, a través de su actividad de fomento y en el marco de un reconocimiento a la actividad del voluntariado, así como empresas u otras instituciones privadas, promuevan y faciliten medidas de reducción o adaptación de la jornada laboral, suspendan las relaciones laborales de los asalariados-voluntarios, con una reserva de su puesto de trabajo, o interrumpan las prestaciones retribuidas o no, en pro de que estos sujetos puedan desarrollar las actividades de voluntariado bien con un «plus» de compatibilidad respecto de su jornada de trabajo o bien con una dedicación plena y conservando sus derechos laborales.

Por consiguiente, visto con carácter previo todo este marco regulatorio de la cuestión de la compatibilidad del trabajo retribuido con la actividad de voluntariado, hemos de incidir en la cuestión de si, en el presente caso, sería de aplicación la vigente Ley del Voluntariado de 2015 a los profesionales de los equipos de sonido y audiovisual, así como a los presentadores del «programa de radio» y que, en el desarrollo de la iniciativa *Radio Pelona*, actúan de forma desinteresada y sin recibir contraprestación alguna.

Con todo, hemos de tener en cuenta que, si bien los sujetos desarrollan dicha actividad de forma altruista, son profesionales de las actividades que llevan a cabo en la Fundación sin ánimo de lucro y que, es de suponer, podrían dedicarse profesionalmente a actividades como las que desarrollan en la Fundación y ser retribuidos por las mismas. Sin embargo, como hemos expuesto más arriba, la actividad de voluntariado puede ser perfectamente compatible

con una eventual actividad profesional retribuida en la que se desarrollen las mismas funciones, incluso pueden ser desempeñadas ambas ocupaciones en la misma entidad de voluntariado siempre y cuando, tal y como establece el **art. 9.1 de la vigente Ley del Voluntariado**, se desarrollen dichas actividades de voluntariado fuera de la jornada laboral o bajo alguna de las situaciones jurídicas fijadas en el **art. 20.2 de dicha Ley**.

Por su parte, teniendo claro que la **vigente Ley del Voluntariado** resulta plenamente aplicable a los profesionales del equipo de sonido y audiovisual y a los presentadores de *Radio Pelona* en tanto que personal voluntario, salvo que se diera el supuesto, en último lugar descrito, relativo a la concurrencia de incompatibilidad con el trabajo retribuido, conviene dejar sentada la cuestión relativa a la cobertura del riesgo que asumen los voluntarios al desempeñar sus funciones.

A este respecto, la **Ley del Voluntariado de 2015** reconoce el derecho de los voluntarios a *«estar cubiertos, a cargo de la entidad de voluntariado, de los riesgos de accidente y enfermedad derivados directamente del ejercicio de la acción voluntaria y de responsabilidad civil en los casos en los que la legislación sectorial lo exija, a través de un seguro u otra garantía financiera» -art. 10.1.e)-*.

En efecto, hay que decir de entrada que cualquier asociación puede dirigir una solicitud de seguro a cualquier compañía aseguradora, tanto pública como privada¹⁴⁰, por lo que una entidad de voluntariado como la Fundación “Uno entre Cien Mil” puede operar en consecuencia y solicitar la cobertura de seguro. La Fundación deberá advertir a la entidad aseguradora, antes de la conclusión del contrato, de todas las circunstancias que a su juicio puedan suponer un riesgo para el desempeño de la actividad, a través de un formulario previamente aportado por la aseguradora. No obstante, la Fundación quedará exenta de dicho deber si la aseguradora no le somete a formulario alguno o cuando, aún sometiéndole, se trate de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo y que no estén comprendidas en él¹⁴¹.

En consecuencia, la Fundación debe ser la encargada de contratar el seguro que dará cobertura a los voluntarios, y tanto ésta como el voluntario asegurado deberán comunicar a

1. Ana YAGÜE MARTÍN -Fundación Gestión y Participación Social-, *Voluntariado y Seguros: Cuadernos de buenas prácticas FEAPS*. FEAPS, p. 18.

². *Ibidem*, p. 20.

la entidad aseguradora toda circunstancia concurrente durante la vida del contrato de seguro y que sea susceptible de agravar el riesgo, o bien disminuirlo¹⁴².

El seguro en cuestión puede contemplar una póliza nominal, esto es, una póliza donde se aseguren determinados riesgos relativos a una persona en concreto, o una póliza colectiva, en la que existan varias personas aseguradas simultáneamente, debiendo ser el grupo delimitado por alguna característica común y extraña al propósito de asegurarse, es decir, debe existir algún nexo de unión entre ellos y debe tratarse de riesgos de cierta homogeneidad (por ejemplo, voluntarios pertenecientes a una asociación y enmarcados dentro de una actividad o actividades concretas)¹⁴³.

En referencia al contrato de seguro colectivo, no es necesario en ocasiones determinar previamente las personas, sino tan solo el mecanismo de inclusión de los beneficiarios por parte de la Fundación, de manera que este seguro puede permanecer abierto de manera permanente. Así, esta modalidad suele ser más ventajosa para la gestión habitual de la póliza de seguro, siendo eso sí, de especial importancia definir con claridad el sistema de identificación de los beneficiarios, es decir, bien hacerlo con referencia a una totalidad de voluntarios que figure por ejemplo en el Libro Registro de Voluntarios, o bien, para el caso de que puedan ir rotando los voluntarios, se deberá ir dando de alta y de baja a los diferentes voluntarios según tengan que estar o no cubiertos por el seguro para realizar esa actividad¹⁴⁴.

Con todo, en cuanto a los seguros obligatorios marcados por el **art. 10.1.e) de la vigente Ley del Voluntariado** (seguro de accidentes y seguro de enfermedad), éstos son seguros de personas que comprenden todos los riesgos que puedan afectar a la existencia, integridad corporal o salud del asegurado, y por los que la entidad aseguradora se obliga, mediante el cobro de una prima estipulada con la entidad de voluntariado, a satisfacer al voluntario una renta o unas prestaciones convenidas en caso de muerte o de supervivencia del asegurado¹⁴⁵.

142. *Ídem*.

143. Ana YAGÜE MARTÍN -Fundación Gestión y Participación Social-, *Voluntariado y Seguros: Cuadernos de buenas prácticas FEAPS*. FEAPS, p. 22.

144. *Ibidem*, p. 21

145. Ana YAGÜE MARTÍN -Fundación Gestión y Participación Social-, *Voluntariado y Seguros: Cuadernos de buenas prácticas FEAPS*. FEAPS, p. 22.

En otro orden de cosas, debemos discernir por último si la actividad de voluntariado desarrollada por estos sujetos implica alguna carga fiscal para los mismos.

En primer lugar ha de quedar claro que el surgimiento de cualquier tipo de eventual hecho imponible por parte de los voluntarios derivaría de sus ocupaciones en la entidad sin ánimo de lucro de la que son partícipes. Por ello, es sencillo comprender que se trata de una dedicación para beneficio de terceros, lo cual tan solo hace pensar que podrían generar una especie de rendimientos del trabajo. Sin embargo, tan siquiera plantearse esta cuestión es cuando menos extraño en tanto que, como sabemos, por definición no se puede asemejar una relación laboral de la que derivan unos rendimientos del trabajo, y que coloca al trabajador en la situación de sujeto pasivo del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), con la actividad de voluntariado, en la que no se da contraprestación por la ocupación que desarrolla el voluntario. Y es que, tal y como fija el **artículo 17.1 de la Ley de IRPF (LIRPF)**: *«Se considerarán rendimientos íntegros del trabajo todas las contraprestaciones o utilidades, cualquiera que sea su denominación o naturaleza, dinerarias o en especie, que deriven, directa o indirectamente, del trabajo personal o de la relación laboral o estatutaria y no tengan el carácter de rendimientos de actividades económicas»*. Por tanto, en la medida en que no puede legalmente existir contraprestación ni retribución alguna en la relación entre el voluntario y la entidad de voluntariado, no cabe plantearse que el voluntario deba tributar por el desempeño de sus labores en la entidad de voluntariado.

Cuestión diferente es que a los voluntarios se les compense por aquellos gastos derivados de su acción voluntaria **-art. 12.2.d) de la Ley del Voluntariado de 2015-**, en cuyo caso estos importes estarían exentos de cotizar a la Seguridad Social y Hacienda, pero con los límites que marca la Ley. Los desplazamientos en transporte público estarían exentos por el importe de los títulos de transporte, y en el caso de transporte privado de la persona con su propio vehículo, el límite es 0,19 euros por kilómetro **-art. 9.A.2.b) del Reglamento de IRPF (RIRPF)-**. Ello quiere decir que por cada kilómetro recorrido en transporte privado por parte del voluntario, se le aplica una retención de la cantidad dineraria que supere dichos 0,19 euros, debiendo igualmente cotizar a la Seguridad Social, pues se entendería como una retribución.

Además, «se exceptúan de gravamen las cantidades destinadas por la empresa a compensar los gastos normales de manutención y estancia en restaurantes, hoteles y demás establecimientos de hostelería, devengadas por gastos en municipio distinto del lugar del

trabajo habitual del perceptor y del que constituya su residencia» (art. 9.A.3 RIRPF), por lo que, como resulta evidente, el voluntario queda igualmente exento de gravamen por dichas cantidades.

A mayor abundamiento, la cuestión del régimen fiscal de la entidad de voluntariado y de los voluntarios por el desempeño de esta actividad queda saldada por la regulación que se desarrolla en la **Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de Régimen Fiscal de Entidades Sin Fines Lucrativos e Incentivos Fiscales al Mecenazgo (en adelante, Ley 49/2002)**.

Así, el art. **6.1º.b) de la citada Ley** establece que están exentas del Impuesto sobre Sociedades (IS) las rentas obtenidas por entidades sin fines lucrativos derivadas de *«las cuotas satisfechas por los asociados, colaboradores o benefactores, siempre que no se correspondan con el derecho a percibir una prestación derivada de una explotación económica no exenta»*. Por su parte, el **apartado 2º de dicho precepto** declara igualmente exentas las rentas *«obtenidas en el ejercicio de las explotaciones económicas exentas a que se refiere el artículo siguiente»*. Entre dichas rentas derivadas explotaciones económicas exentas previstas por el **art. 7 de la Ley 49/2002** se encuentran, siempre y cuando sean desarrolladas en cumplimiento de su objeto o finalidad específica, las explotaciones económicas de prestación de servicios de promoción y gestión de la acción social, así como los de asistencia social e inclusión social para la protección de la infancia y la juventud, incluyendo las actividades auxiliares o complementarias de aquéllos, como son los servicios accesorios, alojamiento o transporte (**art. 7.1º.a Ley 49/2002**); así como *«las explotaciones económicas de prestación de servicios de hospitalización o asistencia sanitaria, incluyendo las actividades auxiliares o complementarias de los mismos, como son la entrega de medicamentos o los servicios accesorios de alimentación, alojamiento y transporte» (art. 7.2º de la Ley 49/2002)* y *«las explotaciones económicas de elaboración, desarrollo, edición, publicación y venta de libros, revistas, folletos, material audiovisual y material multimedia»*.

En primer lugar, en tanto en cuanto estamos discerniendo respecto de los rendimientos ocasionados por los voluntarios, es evidente que los mismos quedan exentos de tributación, en atención al tenor del **art. 6.1º.b) de la Ley 49/2002**, puesto que el mismo prevé como renta exenta la desarrollada por entidades sin fines lucrativos y derivadas de cuotas satisfechas, entre otros, por los colaboradores de la entidad, *«siempre que no se correspondan con el derecho a percibir una prestación derivada de una explotación económica no exenta»*.

En cuanto a esta última previsión, de acuerdo con el **art. 7.1º.a), 2º y 9º de la Ley 49/2002**, no cabe duda que nos encontramos ante una explotación económica exenta, puesto que la dedicación desarrollada por el personal voluntario de *Radio Pelona* se encarga de la realización de una actividad destinada a recabar fondos para la investigación y tratamiento de la leucemia infantil, así como de la salvaguarda de los menores afectados por esta enfermedad, además todo ello en un contexto hospitalario y llevando a cabo actividades auxiliares o complementarias para con los niños enfermos de leucemia, realizando actividades con los mismos y ayudándoles a tener acceso a una vía de escape de su rutina diaria y una distracción. Por su parte, la actividad de dicha entidad culmina con la puesta a disposición del público, a través de la escucha y visionado en diferido en la página web de la Fundación del material grabado en la simulación de un programa de radio con los niños enfermos de leucemia, por lo que igualmente se cumple la exención establecida en el **apartado 9º del art. 7 de la Ley 49/2002**.

Por todo ello, estamos en disposición de afirmar que la actividad desarrollada por los voluntarios de la Fundación “Uno entre Cien Mil” está exenta de tributación, tanto en lo relativo a los rendimientos del trabajo como respecto de los rendimientos de actividades económicas, a salvo de los pequeños matices sobre los que hemos advertido.

En este sentido, verificando la concurrencia de la exención a la que nos venimos refiriendo, por la concurrencia de más de un supuesto de exención, se pronuncian las **Consultas Vinculantes de la Dirección General de Tributos núm. V1170/2012, de 30 de mayo y V2165/2012, de 12 de noviembre**. La primera de ellas, sobre un caso de elaboración, edición, publicación y venta de libros, revistas, folletos, material audiovisual y material multimedia difundido por una asociación de utilidad pública dedicada a la realización de todo tipo de actividades dirigidas a la mejora de la esperanza y calidad de vida de las personas con infección por VIH, determinó que procedía la exención impositiva del IS, «[...] *en la medida en que el material informativo difundido por la sociedad consultante consista en libros, revistas folletos, material audiovisual o material multimedia, la actividad de traducción y difusión de dicho material desarrollada por la consultante, en cumplimiento de su objeto o finalidad específica, en virtud del convenio de colaboración suscrito [...], estaría encuadrada en el apartado 9 del artículo 7 de la Ley 49/2002, [...], las rentas derivadas de la prestación de dicha actividad estarían exentas de tributación en el Impuesto sobre Sociedades*». Por su parte, la segunda de las Consultas Vinculantes referenciadas, se pronuncia acerca de la exención de las rentas

procedentes de actividades de una asociación sin ánimo de lucro derivadas de las cuotas satisfechas por los colaboradores o asociados, y al respecto establece: «[...] *los ingresos correspondientes a subvenciones, donaciones y cuotas de colaboradores o asociados recibidas con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1º del artículo 6 de la Ley 49/2002 estarán exentas en la medida en que no se destinen a financiar la realización de explotaciones económicas no exentas*». A lo que posteriormente añade: «*En definitiva, las rentas obtenidas por la entidad consultante estarán exentas, siempre que procedan de la realización de su objeto social o finalidad específica y no deriven ni del ejercicio de una explotación económica ni de su patrimonio. A este respecto, las cuotas satisfechas por los colaboradores o asociados, generalmente constituirán rentas exentas en la medida en que cumplan esta condición [...]*».

— Especial consideración tiene que los voluntarios desarrollaran sus actividades en contacto con los menores hospitalizados. ¿Esto requiere a la Fundación y las personas voluntarias de algún requerimiento legal específico?

En referencia a esta cuestión, hemos de volver a romper una lanza a favor de la promulgación de una **nueva Ley del Voluntariado**, pues ésta se encarga de fijar una especial consideración a los menores y al ejercicio de la acción de voluntariado con los mismos, en la medida en que en la **Ley de 1996** no se advertía ninguna especialidad ni requerimiento legal específico al respecto del voluntariado llevado a cabo con menores o en el que éstos se vieran inmersos.

Así, el **art. 8.4 de la Ley del Voluntariado de 2015** establece: «*Será requisito para tener la condición de voluntarios en entidades de voluntariado o programas cuyo ejercicio conlleve el contacto habitual con menores, no haber sido condenadas por sentencia firme por delitos contra la libertad e indemnidad sexual, trata y explotación de menores. A tal efecto, deberán acreditar esta circunstancia mediante la aportación de una certificación negativa del Registro Central de Penados por estos delitos*».

En consecuencia, se otorga la debida salvaguarda al interés superior del menor, puesto que la existencia del más mínimo atisbo de peligrosidad que haga saltar la alarma de una situación de riesgo para los menores que se vean envueltos en acciones de voluntariado, debe ser prevenida. Por ello, el precepto enunciado aparta del contexto de estas actuaciones a los sujetos que pretendan ser voluntarios en contacto habitual con menores y sin embargo ostenten antecedentes penales no cancelados por delitos contra la libertad e indemnidad sexual, trata y explotación de menores. En consecuencia, todo sujeto que pretenda acceder al

voluntariado en el que se vean envueltos niños, deberá aportar **certificación negativa del Registro Central de Penados**, por estos delitos.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que el **art. 14.4 Ley del Voluntariado de 2015** establece: *«Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 4 y 5 del artículo 8, las entidades de voluntariado podrán desarrollar programas de voluntariado en los que se contemplen los objetivos de reinserción de personas con antecedentes penales no caducados a través de la acción voluntaria. En este caso, la entidad reflejará en el propio programa de voluntariado las características especiales del mismo».*

Ello quiere decir, que habrá de adoptarse una actitud diligente a la hora de permitir a determinados sujetos condenados en el pasado por determinados delitos (los señalados más arriba y relacionados con menores, en lo que a nosotros interesa) entrar a formar parte de una entidad de voluntariado en la que su actividad apunta directamente hacia menores, ponderando los intereses de los menores con los intereses de personas en proceso de reinserción social, teniendo siempre en especial consideración el interés superior del menor, en virtud del **artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor**.

A mayor abundamiento, respecto de las entidades de voluntariado y centrándonos ahora específicamente en el supuesto que nos concierne, esto es, el relativo a los derechos audiovisuales de los menores hospitalizados, es necesario acudir a la **Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen**, en la que en su **artículo 3** establece que:

«1. El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil.

2. En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el juez».

Por tanto, atendiendo a las circunstancias de los protagonistas del programa de radio, además del lugar donde se realizarían las grabaciones, es preceptivo recabar la autorización de los

menores y, en el caso de que las condiciones de madurez de éstos lo impidiesen, la de sus padres, y una vez recabada ésta poner en conocimiento al Ministerio Fiscal de tales hechos y propósitos por si pudiera observar algún impedimento, evitando con ello que la Fundación incurriera en algún hecho ilícito.

Por otro lado, no debemos dejar de lado a la Dirección del Centro Hospitalario. Así, debemos atenernos a la Normativa de Régimen Interno del Hospital en cuestión. En este sentido, resulta ilustrativo a modo de ejemplo el procedimiento de Régimen Interno seguido por el Área de Salud de Cáceres, donde se establece que: *«Está prohibida la grabación de imágenes y sonidos, tanto por particulares como por profesionales de los medios de comunicación, del interior del hospital (personas e instalaciones), salvo por autorización expresa de la Dirección del Centro o su representante en cada momento y cuando de personas se tratase, siempre que éstas lo autoricen o consientan»*. Por tanto, sería conveniente que la Fundación “Uno entre Cien Mil” recabara previamente la autorización expresa del Hospital. Además sería interesante que, así como en el Régimen Interno se regula el horario de visitas, también se acordase por parte de la Fundación y el Hospital un horario de grabación, para conseguir así evitar eventuales perjuicios a los menores, por cuanto que la participación en el programa no perturbe el seguimiento y tratamiento médico de sus patologías. De tal forma, se evitaría el surgimiento de conflictos entre el Hospital y la Fundación.

C. En cuanto a las posibles EMPRESAS COLABORADORAS/PATROCINADORAS:

A medio plazo, el proyecto pretende ser un “producto” sostenible económicamente mediante el establecimiento de colaboraciones económicas concretas con empresas y otras instituciones interesadas en participar de algún modo en la iniciativa (a través de patrocinio o mediante acuerdos comerciales de marca, cuñas publicitarias u otros). Se solicita a este respecto la redacción de un Convenio de Patrocinio.

Mediante el contrato de patrocinio, la Fundación y aquellas Instituciones interesadas en participar en el Proyecto establecen los límites en que se basará esa relación jurídica. El convenio es ley para las partes contratantes y va a regir el marco de actuación de las partes durante el tiempo estipulado.

El Contrato de Patrocinio está regulado en el artículo 24 de la Ley 34/1998, de 11 de noviembre, General de Publicidad: *“El contrato de patrocinio es aquél por el que el*

patrocinado, a cambio de una ayuda económica para la realización de su actividad deportiva, benéfica, cultural, científica o de otra índole, se compromete a colaborar en la publicidad del patrocinador”.

“El contrato de patrocinio publicitario se regirá por las normas del contrato de difusión publicitaria en cuanto le sean aplicables”. El contrato de patrocinio se trata de una prestación de servicios sujeta al IVA, por lo que hay que diferenciarla de otros tipos de colaboraciones como es el Contrato de Colaboración.

La diferencia entre ambas está en la finalidad perseguida. Mientras en el contrato de patrocinio el fin perseguido por el patrocinador está en la publicidad que le vamos a hacer, en la colaboración, el fin perseguido es la ayuda económica para consecución del objeto de la entidad sin fines lucrativos.

Por esa razón, la Fundación establece el siguiente convenio de patrocinio que servirá de modelo para las contrataciones futuras. El presente Convenio, extrae la información de los estatutos de la Fundación que se encuentran en la página web de la misma www.unoentrecienmil.com

**CONTRATO DE PATROCINIO ENTRE LA FUNDACIÓN UNO ENTRE CIEN MIL Y LA EMPRESA X
PARA LA REGULACIÓN DEL PATROCINIO PARA LA RADIO PELONA**

Madrid Día 16 de octubre de 2016

REUNIDOS

De una parte LA FUNDACIÓN UNO ENTRE CIEN MIL, con domicilio en Calle Barquillo 10,4o Izda. MADRID y con CIF G86524741.

Y de otra..... con domicilio..... y con el CIF

INTERVIENEN

D ... como Presidente y en nombre y representación de la FUNDACIÓN UNO ENTRE CIEN MIL, inscrita en el registro de Fundaciones con el número X, con domicilio en calle Barquillo 10, 4o Izda. De Madrid, CP 28224, con CIF G86524741. Acredita dicha intervención mediante poder notarial otorgado.

D ... en nombre y representación de la Sociedad ... (Empresa patrocinadora), inscrita en el Registro Mercantil, con domicilio en ... y CIF Cuya intervención acredita mediante poder notarial.

Manifiestan lo siguiente:

I.-Que la Fundación UNO ENTRE CIEN MIL es una fundación sin ánimo de lucro que nace para crear proyectos sociales cuyos fondos van dirigidos a la investigación contra la Leucemia infantil, convirtiéndose en la única ONG en España comprometida a dedicar todos los beneficios de sus actividades en exclusividad a este fin.

II.- Que los fines de interés general de la fundación son los recogidos en el artículo 6 de sus Estatutos y, son:

a) De carácter asistencial, promoviendo y desarrollando iniciativas solidarias en beneficio de la infancia, de las personas enfermas y de los más desfavorecidos, la sensibilización social hacia esos colectivos y la integración social de las personas con discapacidad.

b) De promoción de la acción social y fortalecimiento del sector de las ONG, en cuanto a su crecimiento, visibilidad, notoriedad, conocimiento de su misión y divulgación de sus proyectos sociales, así como el crecimiento de sus recursos de financiación, a través del desarrollo y conocimiento de las Tecnologías de Información y Comunicación con la finalidad de mejorar el bienestar social de los más desfavorecidos entre otros.

c) De carácter científico, promoviendo la investigación médica para la cura de enfermedades, particularmente de la leucemia infantil.

III.- Que entre las actividades llevadas a cabo por la Fundación, para el cumplimiento de sus fines, se encuentra la creación de una nueva iniciativa “PROYECTO RADIO PELONA”, la primera radio hecha por y para niños hospitalizados.

VI.- Que la empresa _____ está interesada en ayudar económicamente a la FUNDACIÓN UNO ENTRE CIEN MIL a llevar a cabo el PROYECTO RADIO PELONA a cambio de una colaboración publicitaria de la Fundación.

Sin perjuicio de lo anterior, toda difusión publicitaria se hará teniendo en cuenta el interés y respeto de los derechos de los menores.

V.-Como consecuencia del mutuo consentimiento en este sentido, los firmantes quieren celebrar el contrato de Patrocinio bajo las siguientes:

CLÁUSULAS:

Primera.- La empresa _____ se obliga a ayudar económicamente a la Fundación para la realización del PROYECTO RADIO PELONA que arrancará en abril y se emitirá los primeros podcast en noviembre de 2017 Online. Dicha ayuda económica consistirá en la entrega de:

1. La Empresa Patrocinadora entregará la suma de.....Euros, al momento de la firma del presente contrato.
2. La Empresa Patrocinadora se compromete a no ceder los datos a los tenga acceso a terceras personas sin el consentimiento de los afectados y dar cumplimiento a los derechos ARCO de los menores que participan en el proyecto.

Segunda.- La Fundación Uno entre Cien mil, organizadora del Proyecto se obliga a colaborar publicitariamente con la firma patrocinadora en los términos siguientes:

1. La Empresa Patrocinadora aparecerá en dicha calidad en toda la documentación relativa al PROYECTO, tales como folletos divulgativos, carteles, anuncios en revistas, etc. En tal documentación la firma patrocinadora ocupará un lugar distinguido.
2. La Empresa Patrocinadora se compromete a ubicar una valla publicitaria en la parte centro del Hospital en que se llevará a cabo la grabación y emisión de la radio. Para efectos de calidad, tamaño y otras especificaciones del soporte se acordará de común acuerdo en cláusula adicional.

3. La Fundación uno entre cien mil se compromete con la empresa patrocinadora a otorgarle los siguientes beneficios:

- Reconocimiento Público mediante agradecimientos públicos en prensa: publicidad, notas de prensa, etc.

- Utilizar la imagen de la fundación en soportes de comunicación de la empresa patrocinadora entre otros.

Tercera.- Los costos fiscales en que se incurra con ocasión de la celebración del presente contrato de Patrocinio serán cancelados de acuerdo a los beneficios recogidos en la Ley de Régimen fiscal de entidades sin fines de lucro.

Cuarta.- El presente contrato tiene una vigencia de 1 año entrando ser ley para las partes desde el día de la firma y finalizando el día de emisión de la radio.

Quinta.- La Fundación Uno entre cien Mil se guarda el derecho a suscribir contratos de patrocinio publicitario con empresas comercializadoras o productoras de productos de similar o iguales características que los producidos y comercializados por la empresa que ahora firma en calidad de contratante o de realizar contratos de colaboración empresarial, estos son:

- Utilizar la marca, el logo, firma...

- Autorizar el uso de su imagen, website, derechos de propiedad intelectual o industrial del patrocinado y colaboración del patrocinado en la publicidad del patrocinador.

Sexta.- La Fundación se obliga a suscribir un contrato de seguro para garantizar la devolución del importe económico abonado si por alguna causa ajena a la voluntad de la Empresa Patrocinadora no se pudiera celebrar en su integridad (PROYECTO OBJETO DE PATROCINIO).

No obstante, el patrocinador se guarda el derecho a resolver el contrato en caso de que no pudiera celebrarse el Proyecto en su integridad, salvo que se haya producido por fuerza mayor.

Séptima.- El patrocinador podrá explotar publicitariamente su ayuda a la realización del (PROYECTO) con ocasión de su patrocinio.

Octava.- El presente contrato de patrocinio que se registrará en lo no dispuesto en este documento por el artículo y concordantes de la Ley General Publicidad, La ley de Comunicación

Audiovisual, la Ley Régimen Jurídico las entidades sin fines de lucro y de incentivos fiscales del mecenazgo y la ley de protección de datos. Quedará prorrogado por el plazo de 1 año, siempre y cuando no lo denunciare ninguna de las partes con una antelación mínima de 30 días a la finalización del contrato.

Novena.- El incumplimiento del presente contrato de patrocinio conllevará la correspondiente indemnización a cargo de la parte incumplidora.

Décima.- Las partes se obligan a someter sus diferencias al arbitraje de Derecho de..... de conformidad con lo dispuesto en la Ley 60/2003 y se comprometen a cumplir el laudo arbitral que se dicte.

En consecuencia y como prueba, se firma por los contratantes a los 16 días del mes de octubre de 2016

Patrocinador

Patrocinado

CONCLUSIONES

Respecto a la salvaguarda de los derechos de los menores hospitalizados podemos decir que:

- La Fundación será titular de los derechos de autor del programa y podrá utilizarlo para los medios que estime oportunos para la consecución de los fines fundacionales que se estipulen en sus estatutos, nunca podrá contravenirlos.
- La Fundación deberá guardar copias originales de las grabaciones y pruebas de la autoría y originalidad del programa de radio a fin de poder defender la eventual vulneración de sus derechos de autor. Aunque sería conveniente, adicionalmente, la inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual tanto del programa como del título del programa de radio para una mayor seguridad y más rapidez en las acciones de protección y cesación de la vulneración de derechos.

- Las retribuciones que perciba la fundación como consecuencia de la actividad realizada por la Fundación deberían ser invertidos en la Beca de Investigación de la Fundación que favorecerá el cumplimiento de los fines fundacionales a los que se debe la Fundación.
- La Fundación deberá recabar el consentimiento tanto de los menores como de sus padres. Además, deberá solicitar la autorización para la grabación del programa en el Hospital y de la participación de los menores enfermos al Ministerio Fiscal, todo ello para evitar posibles inconvenientes a la actividad a desarrollar por la Fundación.
- Para el almacenamiento de los datos, imágenes y sonidos y su posterior tratamiento y emisión en diferido, contara con un servidor que cumpla con unas normas de seguridad mínimas y eviten cualquier tipo de intrusión.
- Establecerá las clausulas necesarias con los voluntarios para asegurar el deber de secreto que estos deben guardar respecto de los datos y archivos tratados, dado el carácter confidencial de los mismos y especial para la salvaguarda del interés de los menores.

En cuanto a la relación de la Fundación con los voluntarios intervinientes en este proyecto, hemos de decir en primer lugar que el régimen jurídico que asiste a los mismos en la actualidad se encuentra adaptado a la realidad social del voluntariado, por lo que no es aventurado sostener que es un campo de actuación que a día de hoy se encuentra dotado con las suficientes herramientas jurídicas necesarias para sustanciar las relaciones derivadas de su ejercicio.

Esta adecuada situación jurídica es tan reciente como que, después de nuestra primera experiencia con una regulación del voluntariado tras la **Ley 6/1996, de 15 de enero**, primera Ley de ámbito estatal en regular el voluntariado en España, hace apenas un año entró en vigor la actual Ley del Voluntariado, la **Ley 45/2015, de 14 de octubre**. En ella se regulan aspectos tan importantes de la institución del voluntariado, y que no se encontraban recogidos en su antecesora, tales como el preceptivo requerimiento legal de certificación negativa del Registro Central de Penados por delitos contra la libertad e indemnidad sexual, trata y explotación de menores para tener la condición de voluntarios en entidades de voluntariado o programas cuyo ejercicio conlleve el contacto habitual con menores (**art. 8.4 de la Ley de 2015**); además,

se entra al detalle de aspectos tan esenciales como las incompatibilidades de la actividad de voluntariado con el trabajo retribuido (**art. 9 de la Ley de 2015**), algo que se regulaba de forma muy sucinta en la Ley de 1996.

Por su parte, la definición y delimitación de lo que debe entenderse por voluntariado y por personal voluntario es igualmente clara. Volviendo a lo referenciado en el párrafo anterior, nos parece importante establecer una comparativa ilustrativa e indubitada de la figura del asalariado, con la del voluntario, así como la de una empresa al uso con una entidad de voluntariado, junto con todas las derivaciones conceptuales que tales instituciones conllevan y que las hace diferenciarse claramente aún siguiendo un itinerario parecido.

En primer lugar, asalariado es aquel que, siendo trabajador o funcionario público presta sus servicios con un ánimo puramente interesado y en beneficio propio, por cuestiones obvias y en la medida en que requiere de medios para su subsistencia. En tal sentido, ello choca de plano con la figura del voluntario, en tanto en cuanto éste destina la dedicación de su tiempo a prestar desinteresadamente sus esfuerzos; algo que, como en el caso del asalariado, bien puede reportarle satisfacción, interés y beneficio personal, pero en modo alguno económico, siendo, como resulta obvio, la diferencia esencial, puesto que la motivación por la que «prende su mecha» el voluntario no es una compensación económica, sino una satisfacción personal por saber que está ayudando al prójimo.

Es precisamente por ello que resultan determinantes los términos alcanzados por la actual Ley del Voluntariado respecto de las incompatibilidades que pudieran surgir entre el trabajo retribuido y la actividad de voluntariado. Puede darse, efectivamente, el surgimiento de una delgada línea que no se debe traspasar y que en buena medida puede llegar a resultar algo complicado de evitar en la práctica. El tiempo que cada persona dedique a sus ocupaciones personales y profesionales en muchas ocasiones se pone en relación, se conjuga, e incluso se entremezcla; por ello es preciso dejar sentados de forma previa los ámbitos de actuación espacial y, sobre todo, temporalmente. Resulta por ello determinante la previsión que realiza el **art. 9.2 de la nueva Ley del Voluntariado**, en virtud de la cual «*la condición de trabajador por cuenta ajena es compatible con la del voluntariado en la misma entidad de voluntariado en las condiciones que se establezcan en el acuerdo de incorporación [...]*»; quiere ello decir que un asalariado, trabajador por cuenta ajena, puede prestar sus servicios a través de una relación laboral tras haber contraído con la entidad de voluntariado un contrato de trabajo, y

además puede desempeñar actividades de voluntariado tras la suscripción del correspondiente acuerdo de incorporación con la misma. De ahí que marcar los tiempos de la prestación del servicio para una contraprestación económica como consecuencia de una relación laboral, y de la dedicación desinteresada a una causa solidaria de voluntariado, resulte vital, especialmente en supuestos como el antedicho y descrito por la norma.

En segundo lugar, respecto de las entidades voluntariado, su régimen jurídico es igualmente particular, y de esta cuestión pueden surgir varias consideraciones. Así, debe quedar claro que una entidad de voluntariado no es una empresa, sino todo lo más una asociación o fundación, esto es, personas jurídicas con una regulación específica y expresa. Ello quiere decir que el objeto de una entidad de voluntariado no puede ni debe ser el ánimo de lucro, puesto que los beneficios obtenidos en su haber deben ser destinados a una causa previamente determinada y por la que se ponen en marcha sus estructuras. Cuestión independiente es la fuente de la que se valgan para financiar el proyecto y poner los medios necesarios para el abordaje del mismo, lo cual no es, en muchas ocasiones, sino una manifestación de las liberalidades que emanan bien de particulares, a través de las donaciones, o bien de los poderes públicos, a través de las subvenciones.

Toda esta cuestión atinente al funcionamiento, ingresos para la autofinanciación y consecuciones finales de las entidades de voluntariado lleva a cuestionarse, precisamente, el régimen fiscal que deba asistir a las mismas. A este respecto, la especialidad del tratamiento es evidente por cuanto que les es de aplicación una norma especial por razón de sus concretas vicisitudes, cual es, la **Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de Régimen Fiscal de Entidades Sin Fines Lucrativos e Incentivos Fiscales al Mecenazgo (en adelante, Ley 49/2002)**. Como punto vertebrador de esta norma debemos incidir en la efectiva exención de una nada desdeñable mayoría de actividades de voluntariado por cuanto que las mismas se destinan a causas sociales imperiosas, esenciales, de justicia material y en las que no se hace sino coadyuvar a la debida actuación que deben desarrollar los poderes públicos para paliar las consecuencias de hechos devastadores o, al menos perjudiciales, para muchos colectivos.

Además, resulta obvio pensar que, si exentas están la mayoría de actividades titularidad de las entidades de voluntariado, tanto más lo estará la mano de obra desarrollada por el personal voluntario, precisamente por el hecho de no generar renta alguna que gravar, en tanto en cuanto no perciben contraprestación económica alguna. Sin perjuicio de lo anterior,

se debe atender al régimen fiscal de aquellos gastos reembolsables que perciben los voluntarios para el desarrollo de la actividad de voluntariado, cuando se sobrepasan ciertos límites establecidos por Ley y que se explicitan en el desarrollo de este informe. Por este mismo motivo, resulta igualmente lógico que, ante la realización de una prestación de servicios desinteresada por parte del voluntario, sea la entidad de voluntariado la encargada de cubrir la póliza de seguro que debe asistir por Ley a los voluntarios ante el riesgo que puede suponer el desarrollo de sus funciones en la misma.

Por lo demás, y focalizando más en concreto en el presente caso, se debe advertir la importancia de atender al interés superior del menor previsto, descrito y desarrollado en el **artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor**, por cuanto que el mismo debe ser el eje central a la hora de valorar y ponderar los intereses en juego dentro de la acción voluntaria, en atención a escenarios, intervinientes, objetivos y demás circunstancias concurrentes en cada caso.

Por último, y abundando en las implicaciones fiscales y las colaboraciones, resaltar que es la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo la que será de aplicación a las fundaciones, y que una vez definidas las diferencias entre Convenio de Colaboración y Contrato de Patrocinio, cabría sugerir a la Fundación que contará con ambos instrumentos jurídicos de captación de fondos, no sólo con el de contrato de patrocinio, así como con otros medios de conseguir fondos, indicados en la exposición.

A la vista de lo expuesto dado la repercusión que pueda tener el proyecto “Radio Pelona”, podríamos conseguir atraer por un lado empresas que quisieran publicitarse a través del programa, incluso con banners, y reservaríamos el convenio de colaboración para aquellas otras empresas e instituciones que quisieran lograr no solo el mero ahorro fiscal sino una repercusión social corporativa en positivo, colaborando con una Fundación como “Uno Entre Cien Mil”, que sin lugar a dudas contribuiría a mejorar la imagen pública de las mismas.

AUTORIZACIÓN DE CESIÓN DE DATOS PERSONALES Y DERECHOS DE IMAGEN.

Yo, _____, mayor de edad, con DNI _____ y en nombre y representación de _____, menor de edad, con DNI _____ y domicilio en _____, expresamente

AUTORIZO a “RADIO PELONA”, a la utilización de mi imagen personal resultante de la producción del programa de radio, así como a la inclusión en cualquier soporte audiovisual de las imágenes obtenidas, para efectos de reproducción y comunicación pública, sin que dicha autorización esté sometida a ningún plazo temporal ni esté restringida al ámbito nacional de ningún país.

Esta autorización de utilización del contenido grabado de mi imagen, se hace al amparo de lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

Por otro lado, de conformidad con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, sobre Protección de Datos de Carácter Personal, “RADIO PELONA” garantiza que ha adoptado las medidas técnicas y organizativas necesarias para mantener el nivel de seguridad requerido, en atención a la naturaleza de los datos personales tratados.

Asimismo, “RADIO PELONA”, informa que no cederá o comunicará los datos personales obtenidos, a terceros, salvo en los supuestos legalmente previstos o cuando fuere necesario para la prestación del servicio.

El tratamiento se hará con la necesaria discreción, sin perjuicio de que el afectado pueda ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, oposición y cancelación en su caso.

En _____, a ____ de _____ de 20__

Fdo.

BIBLIOGRAFÍA Y WEBGRAFÍA

- **COPYLEFT**
- http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=Page&cid=1269535415920&language=es&pageName=PortalVoluntariado%2FPage%2FPVOL_listado&vest=1269535415920
- <http://www.hospitalregionaldemalaga.es/LinkClick.aspx?fileticket=3Ucq9LdgwGU%3D&tabid=237>
- <https://www.aecc.es/Voluntarios/Teinteresa/Paginas/CursosonlineVoluntariado.aspx>
- Consideraciones sobre las aportaciones de servicios profesionales y trabajo voluntario a las fundaciones que gocen de los beneficios fiscales de la Ley 49/2002 (D. Domingo Carbajo Vasco, Lefebvre El Derecho).
- Guía legal para Branded Content y figuras publicitarias afines (IAB Spain). <http://www.iabspain.net/wp-content/uploads/downloads/2015/05/GUIA-BRANDEDCONTENT-IAB.pdf>
- Ley 34/1998, de 11 de noviembre, General de Publicidad. -Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo.
- Ley 45/2015, de 14 de octubre, de Voluntariado. -Menores en los medios de comunicación (Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid, Consejo General de la Abogacía y Asociación de la Prensa de Madrid).
- Manual de casos prácticos del área de bioética y derecho sanitario (Servicio Madrileño de Salud, Dirección General de Atención al Paciente).
- Protección de la intimidad de los menores de edad, (Carlos Mariscal de Gante Castillo). https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/7_15Ponencia_D%20Carlos%20Mariscal.pdf?idFile=6bb8f786-5727-4012-8cce-785d2a3eea83
- Voluntariado con menores. Requisitos legales para las personas voluntarias (FEVOCAM, Plataforma del Voluntariado de España).

http://www.plataformavoluntariado.org/ARCHIVO/documentos/recursos/1460042178_documentacion_jornada_delitos_sexuales_marzo_2016.pdf

- <http://www.bebesymas.com/consejos/fotografia-de-menores-aspectos-legales-atener-en-cuenta>
- <http://www.menoresenred.com/legislacion-imagen-menores-internet/>
- <http://ayudaleyprotecciondatos.es>
- <http://www.tuabogadodefensor.com/derecho-intimidad-personal/#>
- <http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/07/Libro-menores-en-los-medios.pdf>
- <http://www.unentrecienmil.org>
- <https://es.wikipedia.org/wiki/Copyleft>
- http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rdleg1-1996.html
- http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rd281-2003.html
- <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2002-25180>
- **PROTOCOLO HTTPS**
- https://es.wikipedia.org/wiki/Hypertext_Transfer_Protocol_Secure
- **DERECHOS DE AUTOR ONLINE**
- http://www.ugr.es/~derechosdeautor/derechos_autor.html
- **SGAE**
- <http://manualdeestilo.rtve.es/cuestiones-sensibles/5-2-ninos-y-adolescentes/>
- FUNDACIÓN ATRESMEDIA. *La imagen de los niños hospitalizados en los medios de comunicación: Cómo informar respetando su intimidad*. ANIS: INFORMADORES DE LA SALUD.

- <http://www.sgae.es/es-ES/SitePages/corp-ventalicensiaP3.aspx?l=16>
- AGENCIA VALENCIANA DE SALUT, 2012. Autoras: M^a Ángeles FERNÁNDEZ HERRERO (Hospital Universitario La Fe de Valencia. Departamento de la Salud de Valencia – La Fe), Raquel FUSTER RIBERA (Hospital Universitario La Fe de Valencia. Departamento de Salud de Valencia – La Fe), Carmen ILLA LAHUERTA (Consorcio Hospital General Universitario de Valencia. Departamento de Salud de Valencia – Hospital General), Manuela LÓPEZ SANMIGUEL (Hospital Dr. Peset de Valencia. Departamento de Salud de Valencia – Dr. Peset). *Protocolos de intervención en el Trabajo Social Hospitalario: Guía de intervención de Trabajo Social Hospitalario.*
- FUNDACIÓN LUIS VIVES, 2008. Autora: Lourdes ARGOTE RODRÍGUEZ. Coordinadora: Laura CISNEROS DEL PRADO. Cuaderno de Gestión 4: Guía del Régimen Fiscal de Entidades sin Fines Lucrativos y de los Incentivos Fiscales al Mecenazgo.
- Ana YAGÜE MARTÍN -Fundación Gestión y Participación Social-, *Voluntariado y Seguros: Cuadernos de buenas prácticas FEAPS.* FEAPS.
- http://www.consumer.es/web/es/solidaridad/proyectos_y_campanas/2009/07/24/186826.php