



**Universidad**  
Zaragoza



# Trabajo Fin de Máster

## **Dictamen jurídico sobre**

La inaplicación en la práctica jurídica de la agravante de motivos discriminatorios en los delitos de lesiones desde una perspectiva crítica.

## **Elaborado por**

Alba Vicente Benedí

## **Directores**

Miguel Ángel Boldova Pasamar

Javier Alcober Pérez

En Zaragoza, a 22 de diciembre de 2016

## **INDICE**

<b>I. OBJETO DEL DICTAMEN</b> .....	3
<b>II. ABREVIATURAS</b> .....	4
<b>III.- ANTECEDENTES DE HECHO</b> .....	5
<b>IV.- CUESTIONES JURÍDICAS PLANTEADAS</b> .....	8
<b>V. LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS</b> .....	9
1. TIPIFICACIÓN DEL CASO: DELITOS A IMPUTAR, AUTORÍA, CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD, MARCO PENOLÓGICO Y RESPONSABILIDAD CIVIL. LÍNEAS DE DEFENSA Y DE ACUSACIÓN EN EL ASUNTO. ....	9
1.1 Víctima Uno. ....	10
1.2 Víctima Dos.....	16
1.3 Investigados.....	21
1.4 Procedimiento.....	25
2. APLICACIÓN DE LAS DIFERENTES CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES EN EL SUPUESTO DEBATIDO: AGRAVACIÓN EN LOS DELITOS Y CONCURRENCIA DE CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES Y ATENUANTES. EL CASO CONCRETO DE LOS DELITOS LEVES. ....	31
3. FALTA DE APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA AGRAVANTE DE ACTUAR MOVIDO POR MOTIVOS DISCRIMINATORIOS REGULADA EN EL ARTÍCULO 22.4 DEL CÓDIGO PENAL EN GENERAL, Y EN CONCRETO, EN LOS DELITOS DE LESIONES Y EL CONSECUENTE ENGROSE DE LA CIFRA OSCURA. ....	48
<b>VI. CONCLUSIONES</b> .....	64
<b>VII. BIBLIOGRAFÍA</b> .....	74

## **I. OBJETO DEL DICTAMEN**

El objeto del presente dictamen consiste en dar respuesta a la consulta formulada por la Organización No Gubernamental STOP DISCRIMINACIÓN, entidad sin ánimo de lucro cuya finalidad es la lucha contra la xenofobia y el odio racial, sobre la aplicación excluyente o no de las agravantes del artículo 22 números 2º y 4º del Código Penal de forma genérica, y en concreto, en un caso que se les presentó en la organización, así como la operatividad de la agravante de motivos discriminatorios en la praxis judicial.

## **II. ABREVIATURAS**

CE: Constitución Española de 1978

CP: Código Penal

LECr: Ley de Enjuiciamiento Criminal

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

Art: Artículo

LO: Ley Orgánica

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

TC: Tribunal Constitucional

TS: Tribunal Supremo

AP: Audiencia Provincial

OSCE: Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa

FRA: Fundamental Rights Agency.

SEC: Sistema Estadístico de Criminalidad

ONG: Organización No Gubernamental

### **III.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En la madrugada del día dos de mayo de dos mil dieciséis, tras salir de la discoteca «Fiesta», Víctima Uno y Víctima Dos caminaban por la calle Santa Lucía de Zaragoza de vuelta a su domicilio, cuando los investigados Uno, Dos y Tres se dirigieron tan inopinada como injustificadamente a los mismos en términos racistas como «hijos de puta, negros de mierda», «gusanos, este no es vuestro sitio», «iros a vuestro puto país», al tiempo que se abalanzaban sobre éstos.

Habría que precisar, por un lado, que los investigados tienen una clara estética neonazi, como se puede observar por su físico (cabezas rapadas, vestimenta asociada con este movimiento, así como tatuajes relacionados con el nazismo y la extrema derecha) y por los gestos y expresiones con las cuales se dirigían a las víctimas.

Por otro lado, la razón por la que comenzó el ataque tiene una vertiente racista, motivándose por la nacionalidad de las víctimas y su físico. Víctima Uno es de nacionalidad colombiana y, aunque Víctima Dos es de nacionalidad española, los insultos y ataques se dirigieron igualmente hacia él, habiéndose creado cierta confusión en los atacantes por su tez morena.

**SEGUNDO.-** En el momento en el que los investigados se abalanzaron sobre las víctimas, refiriéndoles insultos y golpes, éstas intentaron defenderse de los mismos, los cuales se realizaron no solo con las manos sino que también se emplearon cinturones con clavos en el ataque, efectos que obran en autos. Las víctimas, que se vieron acorraladas y en clara inferioridad física y numérica, aunque intentaron aguantar a pie firme, vieron que no podían ni defenderse y tuvieron que intentar huir.

**TERCERO.-** A pesar de su huida, ambos fueron perseguidos por los tres individuos consiguiendo escapar Víctima Dos, pero, como quiera que habían huido por diferentes calles, Víctima Uno pudo ser seguido y atrapado por los tres acusados, siendo empujado durante un largo recorrido por la calle Conde Aranda. Los acusados acorralaron cobardemente de nuevo en superioridad, pero aún más, puesto que Víctima Uno se encontraba sólo, exhausto y ya tirado en el suelo junto al estanco situado en la calle Conde Aranda, enfrente de su número 46.

**CUARTO.-** Al tenerle acorralado en el suelo, los tres individuos siguieron dándole patadas y golpes con el cinturón a Víctima Uno hasta hacerle perder el conocimiento, mientras le seguían increpando verbalmente en términos discriminatorios y animándose unos a otros en su sinrazón violenta, siempre desde su posición de superioridad física y con ensañamiento hacia la víctima, semiinconsciente y en el suelo, de lo que se regodeaban con aspavientos y expresiones racistas.

Todos estos hechos quedaron grabados en la cámara de seguridad del referenciado establecimiento comercial, donde puede apreciarse la brutal agresión. Además fueron testigos directos, el Testigo Uno, dependiente del estanco y Testigo Dos, persona que se encontraba en la acera de enfrente cuando ocurrieron los hechos.

**QUINTO.-** Ya había amanecido y al percatarse los tres individuos que llamaban la atención de algún viandante madrugador, decidieron abandonar a Víctima Uno, sin preocuparse de si tenía lesiones graves ni llamar a ninguna asistencia médica a pesar del mal estado de su víctima.

**SEXTO.-** Contrariamente, una vez fueron interceptados e identificados por la policía cerca del lugar de los hechos, acordaron ir juntos los tres al hospital para poder luego intentar acusar a las víctimas Uno y Dos, como posteriormente hicieron, de ser éstas las responsables de la pelea y de haberles provocado unas lesiones ridículas, y más si tenemos en cuenta el grave estado en el que abandonaron a Víctima Uno tras la brutal paliza. En concreto, según el parte de lesiones aportado a la causa por el Investigado Uno, sus lesiones consistieron en «herida incisa superficial de 1 cm de longitud en el cuero cabelludo de región frontal media y otras excoriaciones circundantes, y tres erosiones lineales en cara dorsal de tercio inferior antebrazo izquierdo».

**SÉPTIMO.-** Como consecuencia de la paliza recibida, Víctima Uno sufrió lesiones que consistieron en: «policontusionado, herida en mentón, fractura de huesos propios sin desplazar, región dorsal con marcas puntiformes, coincidentes con el cinturón incautado a los acusados, fisura en articulación temporomandibular izquierda, por las que precisó además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico, y de las que tardó en curar 83 días, de los cuales, 1 fue de hospitalización, 20 fueron

impeditivos para su vida habitual y 65 días no impeditivos, sin secuelas físicas», según consta en el parte forense de lesiones de fecha 2 de mayo de 2.016, recibiendo numerosos puntos de sutura. Finalmente le quedó como secuela una cicatriz de dos centímetros en mentón que supone un perjuicio estético ligero (dos puntos).

Víctima Dos, a causa del primer episodio en que son atacados por los tres agresores, sufrió lesiones que consistieron en: «marcas en línea de cinturón de lesiones puntiformes, por las que precisó una primera asistencia facultativa y de las que tardó en curar quince días, de los cuales 4 fueron impeditivos para su vida habitual y 11 días no impeditivos sin secuelas», según consta en el parte forense de lesiones, de fecha 2 de mayo de 2.016. Como secuela estética, le quedó una mancha hiperocrómica en la zona lumbar derecha, que supone un perjuicio estético ligero (un punto).

#### **IV.- CUESTIONES JURÍDICAS PLANTEADAS**

De acuerdo con los antecedentes de hecho expuestos, se suscitan las siguientes cuestiones jurídicas:

1. Tipificación del caso: delitos a imputar, autoría, circunstancias modificativas de la responsabilidad, marco penológico y responsabilidad civil. Líneas de defensa y de acusación en el asunto.

2. Aplicación de las diferentes circunstancias agravantes en el supuesto debatido: agravación en los delitos y concurrencia de circunstancias agravantes y atenuantes. El caso concreto de los delitos leves.

3. Falta de aplicación práctica de la agravante de actuar movido por motivos discriminatorios regulada en el artículo 22.4º del Código Penal en general, y en concreto, en los delitos de lesiones, y el consecuente engrose de la cifra oscura.

## **V. LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

### **1. TIPIFICACIÓN DEL CASO: DELITOS A IMPUTAR, AUTORÍA, CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD, MARCO PENOLÓGICO Y RESPONSABILIDAD CIVIL. LÍNEAS DE DEFENSA Y DE ACUSACIÓN EN EL ASUNTO.**

En primer lugar, habría que dilucidar la tipificación legal del asunto objeto de estudio.

Por un lado, analizaremos el caso desde la perspectiva de los investigados, y por otro, desde las de las víctimas, dividiendo a su vez a las mismas en dos, Víctima Uno y Dos, por tener una tipificación jurídico penal diferente.

Propondremos las pruebas que consideremos pertinentes para el esclarecimiento de los hechos, así como una breve explicación del procedimiento a seguir.

## 1.1 Víctima Uno.

En relación con VICTIMA UNO, persona que se llevó la gran mayoría de los golpes y cuyo pronóstico final fue grave, los hechos acaecidos sobre su persona son constitutivos de un delito de lesiones.

Se entiende por lesión todo daño causado en la integridad corporal, o en la salud física o mental de una persona, siendo éstos los bienes jurídicos protegidos en los delitos de lesiones.

Las lesiones sufridas consistieron en «policontusionado, herida en mentón, fractura de huesos propios sin desplazar, región dorsal con marcas puntiformes, fisura en articulación temporomandibular izquierda, por las que precisó además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico, y de las que tardó en curar 86 días, con uno de hospitalización, y 20 impeditivos para su vida habitual y 65 días no impeditivos, quedándole, como secuela, una cicatriz de dos centímetros en mentón que supone un perjuicio estético ligero (2 puntos)», según consta en el parte forense de lesiones de fecha 2 de mayo de 2.016, recibiendo numerosos puntos de sutura.

La lesión sufrida podría encajarse en el tipo básico del delito de lesiones regulado en el artículo 147.1º del Código Penal<sup>1</sup>, pero si continuamos, el artículo 148 del Código Penal se ciñe más al supuesto de hecho planteado puesto que para provocar las lesiones se emplearon cinturones con clavos, objeto peligroso para la salud física del lesionado. En concreto, se incardinaría en el subtipo agravado en su número 1º:

«Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido:

1.º Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado».

---

<sup>1</sup> «El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico».

Las vejaciones a las que fue sometido al ser perseguido y empujado mientras seguía siendo insultado y golpeado, las entendemos consumidas en el delito posterior, cuando es agredido a patadas y golpes en el suelo.

Son responsables de dicho delito los tres investigados en conceptos de autores, conforme a los artículos 27 y 28 del CP.

A pesar de que las circunstancias modificativas de la responsabilidad se estudiaran en los apartados siguientes, hacer una pequeña alusión a que son de aplicación en el supuesto planteado la agravante del artículo 22.4º CP de «cometer el delito por motivos racistas», ya que en la agresión se realizaron comentarios racistas del tipo «hijos de puta, negros de mierda», «gusanos, este no es vuestro sitio», «iros a vuestro puto país», concurriendo un móvil racista, y la del artículo 22.2 del mismo Código «actuar con abuso de superioridad» porque los autores se prevalecieron de su superioridad numérica para perpetrar el delito cometido (tres contra dos al principio, y al final contra Víctima uno en solitario ).

También concurriría la atenuante de reparación del daño prevista en el artículo 21.5ª del Código Penal<sup>2</sup>, puesto que los acusados pagaron la responsabilidad civil como forma de compensación a las víctimas antes de la apertura del juicio oral.

Las circunstancias modificativas de la responsabilidad se aplicarán a los tres sujetos, dado que concurren en todos ellos los presupuestos de las mismas, tal y como exige el artículo 65.1 del Código Penal.

Por todo lo expuesto, el marco penológico en el cual nos moveremos para solicitar la pena concreta es de prisión de dos a cinco años, sin tener en cuenta la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad.

Para individualizar la pena, atenderemos al artículo 66.1.7 del Código Penal el cual establece las reglas que los jueces y tribunales deben seguir en los delitos dolosos para la aplicación de las penas cuando existan atenuantes y agravantes. Con base en el artículo precitado, el juez deberá valorar y compensar racionalmente las circunstancias modificativas de la responsabilidad para la individualización de la pena. En el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación aplicarán la pena inferior en grado. En cambio, si se mantiene un fundamento cualificado de agravación, aplicarán la pena en su mitad superior. Consideramos que nos encontramos en este

---

<sup>2</sup> «La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral».

segundo supuesto, manteniéndose un fundamento cualificado de agravación, ya que hay dos circunstancias agravantes frente a una atenuante.

Para calcular cuál es la pena superior en grado, se parte de la cifra máxima señalada por la ley para el delito de que se trate, añadiendo a ésta la mitad de su cuantía. El resultado será el límite máximo de la pena superior en grado (art.70.1.1ª CP) que será 7 años y 6 meses, esto es, la suma de 5 años (que es el límite máximo de la pena establecida para el delito) y 2 años y medio (que es la mitad de 5). Al ser la pena establecida de 2 a 5 años de prisión, el límite mínimo de la pena será 5 años y un día, máximo de la pena señalada por la ley incrementada en un día.

Por tanto, la pena impuesta en su grado superior será de 5 años y un día a 7 años y 6 meses de prisión, y sería dentro de este margen donde nos moveríamos para solicitar una pena para los investigados.

Se impondrán igualmente alguna de las penas accesorias del artículo 56.1 del Código Penal<sup>3</sup>. En este supuesto, solicitaría la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, por la naturaleza y circunstancias del delito.

Por último, habrá que calcular la responsabilidad civil. Esto se debe a que, junto con la acción penal, podría ejercitarse la acción civil, es decir, la petición de responsabilidad civil o la reclamación de una indemnización por los daños y perjuicios sufridos por la comisión del tipo penal. Para ello, se empleará el Baremo para los Accidentes de tráfico de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, que si bien no es obligatorio su uso, sí que se emplea en la praxis judicial para la determinación de la responsabilidad civil en estos tipos de supuestos, aplicándose el del año 2016 por ser el que estaba en vigor cuando acaecieron los hechos.

En este sentido, sentencias como la de la Audiencia Provincial de Zaragoza (sección tercera), del 18 de octubre de 2016, número de sentencia 496/2016, que

---

<sup>3</sup> «En las penas de prisión inferiores a diez años, los jueces o tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias, alguna o algunas de las siguientes:

1.º Suspensión de empleo o cargo público.

2.º Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

3.º Inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria, comercio, ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho, la privación de la patria potestad, si estos derechos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto en el artículo 579 de este Código».

establece: *«en cuanto a la responsabilidad civil, fijada en 500 euros para cada uno de los lesionados la misma es proporcionada a los 10 días que tardaron en curar las lesiones -según el informe médico-forense como hemos dicho-, no siendo obligatorio la aplicación del baremo a las lesiones dolosas -aunque pueda servir de referencia- pues el mismo queda reservado a las lesiones a las personas en los accidentes de circulación como el recurrente bien conoce»*. O la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (sección 3), número 498/2016, del 17 de octubre del 2016: *«En cuanto a la responsabilidad civil la acusación particular solicita la aplicación del baremo de la ley del automóvil para el año 2014, fecha en que se produjeron los hechos, aunque no es de taxativa aplicación, ya que no nos encontramos con un accidente de tráfico, se puede aplicar de forma analógica, y consideramos que procede dicha indemnización, por lo que efectivamente las lesiones no impeditivas, a razón de 31,43 euros por día, ascenderían a 314,30 euros, y los tres puntos de secuela por la cicatriz, todo ello de conformidad con el informe del médico forense, a razón de 902,31 euros, al tener la perjudicada menos de 20 años, multiplicado por tres, asciende a la cantidad de 2.706,93 euros, por lo que la suma de ambas asciende a 3.021,23 euros»*.

A partir del 1 de enero de 2016 se comenzó a aplicar el nuevo sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, introducido en nuestra legislación a través de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre. A diferencia del criterio jurisprudencial sentado desde la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) del 17 de abril de 2007, número 429/2007, la indemnización será la correspondiente a los importes del sistema de valoración vigente a la fecha del accidente, con la actualización correspondiente al año en que se determine la cuantía por acuerdo extrajudicial o por resolución judicial.

Los daños indemnizables en el supuesto de hecho planteado son las lesiones temporales y las secuelas, apoyándonos para el cálculo de la indemnización en el informe médico obrante en autos.

Comenzaremos con la indemnización por las secuelas (tabla número 2). En el informe médico forense consta como secuela una cicatriz de dos centímetros en mentón que supone un perjuicio estético ligero (2 puntos).

La cuantía del perjuicio personal básico por secuelas (tabla 2.A) se fijará conforme a las disposiciones y reglas que se establecen en el baremo médico que contiene la relación de las secuelas que integran el perjuicio psicofísico, orgánico y

sensorial permanente, con su clasificación, descripción y medición, y el capítulo especial dedicado al perjuicio estético. La puntuación otorgada a la secuela, según criterio clínico, tiene en cuenta su intensidad y gravedad desde el punto de vista anatómico-funcional, sin tomar en consideración la edad o el sexo del lesionado, ni la repercusión de la secuela en sus diversas actividades. Se adjudica a cada secuela una puntuación fija o la que corresponda dentro de una horquilla con una puntuación mínima y máxima.

Por su levedad, solo se puede indemnizar a la Víctima Uno por el perjuicio estético ligero (2 puntos) recogido en el capítulo especial. Teniendo en cuenta que el lesionado tiene 30 años, conforme al baremo económico (tabla 2.A.2) le deberán indemnizar en la cantidad de 1.685,32 euros por las secuelas.

En relación con las lesiones temporales (tabla 3), éstas afectan tanto al aspecto médico de la víctima como a los perjuicios económicos que pudiera sufrir en el periodo de lesión o estabilización de la secuela.

Referente al perjuicio personal básico, en la tabla 3.A se tratan las lesiones temporales que sufre el lesionado desde el momento del accidente hasta el final de su proceso curativo o hasta la estabilización de la lesión y su conversión en secuela.

La indemnización por lesiones temporales es compatible con la que proceda por secuelas o, en su caso, por muerte.

Los datos a tener en cuenta del informe médico son que tardó en curar 86 días, con uno de hospitalización, y 20 impeditivos para su vida habitual y 65 días no impeditivos.

Por cada día impeditivo y por el día de hospitalización, como se consideran perjuicios graves, se indemnizarán con 75 euros al día, ya que el lesionado pierde temporalmente su autonomía personal para realizar una parte relevante de las actividades esenciales de la vida ordinaria o la mayor parte de sus actividades específicas de desarrollo personal. Por ello, 75 euros por 21 días, da como resultado 1575 euros.

Los días no impeditivos se indemnizarán con 30 euros al día durante 65 días, lo cual asciende a 1.950 euros.

Por tanto, como consecuencia de las lesiones obtendrá una cuantía aproximada de 3.525 euros.

Como perjuicio patrimonial por la incapacidad temporal se podrían incluir los gastos de asistencia sanitaria, otros gastos resarcibles o el lucro cesante en su importe correspondiente, para lo cual será necesario acreditar ese gasto.

Pues bien, esta cantidad sería la resultante de aplicar el baremo orientativo nombrado, aunque sería conveniente aumentar razonablemente la cuantía de la indemnización, ya que el juzgador tiende a no asignar la cantidad solicitada en su integridad sino a reducirla.

Las beneficiarias de la indemnización serían las víctimas, tal y como predica la ley.

De este modo, los acusados deberán indemnizar a Víctima Uno conjunta y solidariamente en la cantidad de 3.525 euros por las lesiones y 1.685,32 euros por las secuelas. Dichas cantidades devengarán el interés legal del artículo 576 de la LEC.

## 1.2 Víctima Dos

La Víctima Dos, a pesar de que consiguió huir de la agresión, eso no evitó que sufriera unas lesiones, si bien de carácter menos grave, consistentes en «marcas en línea de cinturón de lesiones puntiformes, por las que precisó una primera asistencia facultativa y de las que tardó en curar quince días, de los cuales 4 fueron impeditivos para su vida habitual y 11 días no impeditivos. Como secuela estética, se le quedó una mancha hipercrómica en la zona lumbar derecha, que supone un perjuicio estético ligero (un punto)».

Antes de la reforma del Código Penal, vigente a partir del 1 de julio de 2015, este tipo de conducta era constitutiva de una falta de lesiones. Tras la precitada reforma, al variarse la configuración del sistema punitivo español que diferenciaba los delitos de las faltas, se suprimieron éstas últimas, de manera que la conducta que antes era considerada como una falta de lesiones, se convierte en un delito menos grave de lesiones, como ocurre en el caso objeto de dictamen. En general, son delitos leves las infracciones que la ley castiga con las penas leves del artículo 33.4 CP.

Este delito leve está previsto en el artículo 147.2 del Código Penal: «El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no incluida en el apartado anterior, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses».

A modo ilustrativo, la falta de lesiones se recogía en el anterior artículo 617.1 del Código Penal, cuya redacción era «El que, por cualquier medio o procedimiento, causara a otro una lesión no definida como delito en este Código será castigado con la pena de localización permanente de seis a 12 días o multa de uno a dos meses».

Las consecuencias de la reforma son importantes, ya que no solamente la pena a imponer por esta conducta se ha elevado, sino que además, el delito leve de lesiones, conlleva la existencia antecedentes penales (una vez firme la sentencia de condena, ésta se inscribirá en el Registro Central de Penados).

Por tanto, constituirá delito leve de lesiones, aquella conducta en la que por cualquier medio o procedimiento se produzca una lesión que menoscabe la integridad corporal o salud física o mental de la persona afectada, siempre que ésta requiera solamente de una sola asistencia facultativa, o de la simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión.

La sentencia del Tribunal Supremo (Sala segunda) del 27 de julio de 2002, número 1406/2002, RJ 2002\7787 diferencia de forma muy clara el ámbito de actuación del delito y de la falta (ahora delito leve) de lesiones: *«Jurisprudencialmente se viene entendiendo por tratamiento una actividad prestada por médico, aunque este puede encargar su aplicación a otro personal sanitario, y que tiene la finalidad de curar la enfermedad o lesión o de reducir sus consecuencias si no fueran curables, en el bien entendido de que, como exige el texto legal, el tratamiento sea objetivamente necesario y, así, aunque éste no se aplique podrá ser delito la causación de una lesión que necesite objetivamente de tratamiento, y no serlo una lesión a la que se aplicara tratamiento si éste no fuere objetivamente necesario en el caso, pues de otro modo quedaría a la discreción de la víctima la realización de tratamiento. El reposo, aun aconsejado por médico, no determina por parte de éste la aplicación activa de su conocimiento en la realización de un sistema de actuaciones de finalidad curativa, sino que, por el contrario, deja la obtención de la curación a la propia evolución de la naturaleza facilitada por una conducta de descanso que solo al propio lesionado o enfermo está encomendada su aplicación».*

Es presupuesto necesario el que exista denuncia previa de la persona agraviada o de su representante legal (art.147.4 CP). En la anterior regulación, la falta se consideraba pública y era perseguible de oficio, teniendo el Ministerio Fiscal un papel esencial en el procedimiento desde su comienzo. Con la actual regulación, los delitos leves de lesiones son solo perseguibles a instancia del perjudicado, por lo que si el perjudicado no denuncia, aunque se haya instruido un atestado policial, el Juzgado sobreseerá la causa. El plazo que tiene el perjudicado para interponer la denuncia es de un año, siendo un plazo de prescripción (art.131.1 CP).

Del mismo modo que pasaba con la Víctima uno, los insultos y demás vejaciones a las que fue sometido se entienden subsumidas en el delito leve de lesiones.

Conforme a los artículos 27 y 28 del Código Penal, con autores del delito leve los tres investigados.

El marco penológico es de pena de multa de uno a tres meses, sin tener en cuenta las circunstancias modificativas de la responsabilidad. En este aspecto, el artículo 66.2 del Código Penal establece: *«En los delitos leves y en los delitos imprudentes, los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior».*

Por ello, aunque entendemos que concurren las mismas circunstancias modificativas de la responsabilidad que en Víctima Uno y en los mismos términos, no existen unas reglas para determinar cuánto se tendría que agravar o atenuar la pena por esto, gozando el Juez de un cierto margen de discreción para modular la pena aplicable.

La agravante del artículo 22.4 del Código Penal «actuar movido por motivos discriminatorios» sería de aplicación a la Víctima Dos del mismo modo que a la Víctima Uno, independientemente de que su nacionalidad sea española. Esto se debe a que los agresores le atacaron creyendo que era extranjero y movidos por ese sentimiento xenófobo, no anulando ese error en las circunstancias objetivas de la persona su especial gravedad y reprochabilidad. Sobre esta cuestión profundizaremos en las siguientes cuestiones.

A la hora de solicitar la pena para este delito, la ley en su anterior regulación ofrecía la posibilidad de elegir entre la pena de localización permanente de 6 a 12 días o multa de uno a dos meses. Pero tras la reforma precitada se ha incrementado la pena de multa de uno a tres meses, eliminándose la posible sustitución por la pena de localización permanente. Personalmente y, desde la óptica de la acusación, aunque se mantuviera la posibilidad de elección, solicitaría la pena de multa la cual consiste en la imposición al condenado de una sanción pecuniaria.

Para el cálculo de la cuantía, acudiremos al artículo 50.4 del Código Penal, el cual establece unos límites mínimos y máximos, a saber, de 2 a 400 euros, por día multa.

Serán los Jueces o Tribunales quienes, de forma motivada, determinaran la extensión de la pena y el importe de estas cuotas. Para ello, tendrán en cuenta exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo (art.50.6 CP).

Solicitaría la pena de multa de tres meses, por la gravedad de los hechos. Para el cálculo de la cuota diaria habría que hacer una pequeña investigación de la situación económica y personal de los investigados, aunque consideramos razonable, para un ciudadano medio, la imposición de una cuota diaria de multa de 15 euros. Al ser tres meses, los cuales a efectos de cómputo son de treinta días, la multa asciende a un total de 1.350 euros.

Se deberá incluir el apercibimiento del artículo 53.1 del Código Penal para el caso en el que los condenados no satisfagan la multa. Este artículo regula la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas. En el caso de los delitos leves como el que traemos a colación, se podría cumplir mediante localización permanente, eso sí, sin la limitación en la duración de seis meses del artículo 37.1 del Código Penal; o mediante trabajos en beneficio de la comunidad, equivaliendo cada jornada de trabajo por un día de privación de libertad.

Para el cálculo de la responsabilidad civil habrá que proceder del mismo modo que en Víctima Uno, usando el Baremo para los Accidentes de tráfico de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

Tomaremos como base el informe del médico forense para determinar la cuantía de la indemnización, el cual definía la lesiones de Víctima Dos de la siguiente forma: «marcas en línea de cinturón de lesiones puntiformes, por las que precisó una primera asistencia facultativa y de las que tardó en curar quince días, de los cuales 4 fueron impeditivos para su vida habitual y 11 días no impeditivos, quedando como secuela estética, una mancha hipercrómica en la zona lumbar derecha, que supone un perjuicio estético ligero (un punto)».

Siguiendo el orden establecido legalmente, empezaremos con el cálculo de la indemnización que correspondería por las secuelas, basándonos nuevamente en la tabla 2. Al consistir las secuelas únicamente en un perjuicio estético ligero de 1 punto, acudiremos al baremo económico del capítulo especial, tabla 2.A.2. Víctima Dos tiene 28 años, por lo que le correspondería una indemnización de 824,62 euros por este concepto.

Para las lesiones temporales emplearemos la tabla 3, para así determinar la indemnización que correspondería tanto por el aspecto médico de la víctima como por los perjuicios económicos que pudiera sufrir en el periodo de lesión o estabilización en secuela.

Por ello, según la tabla 3.A, del perjuicio personal básico, y teniendo en cuenta que tardó en curar 15 días, de los cuales 4 fueron impeditivos para su vida habitual y 11 días no impeditivos, le corresponderá la cantidad de 630 euros (300 euros por los días impeditivos y 330 por los no impeditivos).

A esta suma habría que añadirle los perjuicios patrimoniales que se pudieran haber ocasionado como consecuencia de las lesiones, los cuales deberán acreditarse correctamente.

Así las cosas, los acusados deberán indemnizar a Víctima Dos en 1454,62 euros, de forma conjunta y solidaria. Cuantía que devengará al interés legal prescrito en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Del mismo modo que con la Víctima Uno, habría que aumentar esta cantidad de forma razonable para evitar que el Juez la rebaje en exceso.

Las cantidades que los condenados ingresen, se imputaran en primer lugar a la responsabilidad civil y después a la multa (artículo 126.1 Código Penal).

### 1.3 Investigados

Los investigados interpusieron una denuncia penal contra las víctimas, acusándoles de haber sido éstas últimas las responsables de la pelea. Como consecuencia de esa presunta agresión, se le produjo a Investigado Uno una lesión que consistía en «herida incisa superficial de 1 cm de longitud en el cuero cabelludo de región frontal media y otras excoriaciones circundantes, y tres erosiones lineales en cara dorsal de tercio inferior antebrazo izquierdo». Estas lesiones serían constitutivas de un delito leve de lesiones, de las que serían responsables las víctimas.

Pero no existe prueba de cargo suficiente como para mantener esta acusación, puesto que hay varias pruebas que desvirtúan la versión de los investigados, siendo ellos los responsables de la agresión y no al revés. Podría demostrarse con el visionado de las cámaras de seguridad del establecimiento comercial situado enfrente del lugar donde ocurrieron los hechos, y con las declaraciones de los dos testigos, principalmente, sin perjuicio de las declaraciones de los policías y las víctimas. En su caso, las lesiones que hubieran podido provocarles las víctimas quedarían amparadas por la eximente del artículo 20.4º del Código Penal de actuar en legítima defensa, al cumplirse todo los elementos necesarios para su aplicación (agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado para impedirle o repelerla, y falta de provocación suficiente por parte del defensor) por ser heridas defensivas.

Una posible línea de defensa de los investigados comenzaría con negar todos los hechos alegados de contrario, e incluso negar que estuvieran los investigados en el lugar de los hechos propiamente dicho, sino que tan solo se encontraban en las inmediaciones. Hay que recordar que el artículo 520.2.a) y b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, recoge el derecho que tiene toda persona detenida a guardar silencio no declarando si no quiere, o a no contestar alguna o algunas de las preguntas que se le formulen, o a manifestar que sólo declarará ante el juez. Asimismo tiene derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, por lo que no podrán ser perseguidos por intentar defenderse en sus declaraciones, aunque para ello tengan que faltar en cierto modo a la verdad. Obviamente esto no es aplicable a las víctimas y a los testigos, quienes tienen obligación de ser veraces so pena de falso testimonio o denuncia falsa, en su caso.

En caso de que las pruebas los coloquen en el lugar de los hechos y que los testigos y las grabaciones certifiquen que son ellos las personas implicadas y que fueron los primeros en dirigirse a las víctimas en actitud violenta, se debería crear la duda acerca de la veracidad de los testigos (era de noche aun y se encontraban a cierta distancia de la disputa tras unos arbustos, por lo que habría poca visibilidad directa de los hechos) e incluso de la pelea en sí, es decir, si fue un acto de abuso de los investigados sobre las víctimas o si hubo una riña recíproca en la que los partícipes ya sabían los riesgos que conllevaba el meterse en una pelea.

En definitiva, lo que intentaría conseguir es que fueran incluidos todos ellos en el delito de riña tumultuaria regulado en el artículo 154 del Código penal<sup>4</sup>.

Riña es un enfrentamiento entre dos o más bandos formados por una pluralidad de personas que se acometen entre sí, de tal modo que se confunden las diferentes acciones y no es factible singularizar las conductas de cada uno de ellos y el resultado concreto que producen<sup>5</sup>.

Jurisprudencialmente, se suele aplicar en los supuestos en los que se produce un resultado de lesión pero no es posible conocer el autor de la misma por estar los implicados incurso en una pelea. Es un delito de simple actividad y de peligro concreto. Se exige la efectiva utilización de medios o instrumentos peligrosos en una situación de pelea entre múltiples intervinientes, sin que para ello se precise la producción de una lesión.

Las sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 18 de noviembre de 2009, número 1180/2009, RJ 2009\7900; de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 6ª) de 1 de junio de 2009, número 514/2009, ARP 2009/1037; y de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 26ª) de 3 de mayo de 2010, 306/2010, JUR 201/231505, entre otras, establecen una serie de requisitos para que se cumpla el tipo penal, siendo autores del delito de riña tumultuaria todos los partícipes. Los requisitos son que haya una pluralidad de personas que riñan entre sí con agresiones físicas entre varios grupos recíprocamente enfrentados; que se acometan entre sí de modo tumultuario; y que alguien utilice medios o instrumentos que pongan en peligro la

---

<sup>4</sup> «Quienes riñeren entre sí, acometiéndose tumultuariamente, y utilizando medios o instrumentos que pongan en peligro la vida o integridad de las personas, serán castigados por su participación en la riña con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses».

<sup>5</sup> DE VICENTE MARTÍNEZ, R., «Resumen técnico: Riña tumultuaria», Tirant lo Blanch, Barcelona, 2015.

vida o integridad de las personas, sin ser necesario que los utilicen todos los intervinientes.

Desde la perspectiva de la defensa, y si dispusiera de pruebas como puede ser el parte de lesiones del Investigado Uno, intentaría alegar que en realidad las víctimas son los agresores y viceversa, y el camino a tomar sería el de demostrar que las lesiones fueron consecuencia de una riña tumultuaria, solicitando la multa mínima por la levedad de las lesiones.

Pero, como en el caso real fuimos la acusación particular y siendo esta la perspectiva solicitada para enfocar este dictamen, decir que no se dan los presupuestos necesarios para la apreciación de la riña tumultuaria puesto que no se cumple el primer elemento precitado, el carácter tumultuario. En el supuesto planteado, las agresiones pueden aislarse dado que fueron personales y directas. Por tanto, no pueden ser incardinadas en este tipo penal sino en los delitos y delitos leves de lesiones alegados.

La solución más beneficiosa para los acusados, y lo que se hizo en la práctica aunque de forma discutible, es un acuerdo con el Ministerio Fiscal y la acusación particular. En el caso presentado por la ONG solicitante del dictamen era la vía más satisfactoria para ambas partes. Por un lado, las víctimas estaban confusas y asustadas al no entender el porqué de la agresión, y querían olvidar lo ocurrido pero sin renunciar a las responsabilidades civiles que les pudieran corresponder por el delito. Por el otro lado, los condenados al llegar a un acuerdo podían evitar el ingreso en prisión, al solicitar las acusaciones presentes la condena más benévola posible. Por ello, previo pago de la responsabilidad civil y tras reconocer los hechos, tanto Fiscal como acusación particular solicitaron la pena de multa en vez de prisión, y en una duración y cuantía mínima (seis meses a seis euros por día por el delito, y un mes por el delito leve).

Sin duda, el mayor temor de cualquier investigado en una causa penal es el posible ingreso en prisión. Aunque no se hubiera alcanzado un acuerdo en este supuesto, los condenados podrían haber solicitado la suspensión de la pena de prisión como permite el artículo 80 del Código Penal. Ello es posible puesto que las penas privativas de libertad que les hubieran podido imponer no habrían superado los dos años, no tenían antecedentes penales y ya habían satisfecho las responsabilidades civiles derivadas del delito. Así las cosas, el Juez mediante resolución motivada podría haber dejado la pena en suspenso, siempre que, como predica el apartado 1 del

meritado artículo 80, sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos. Para llegar a este convencimiento, el Juez deberá valorar las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales de los penados, sus antecedentes penales, sus conductas posteriores a los hechos, en particular sus esfuerzos para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas.

#### 1.4 Procedimiento

El procedimiento que procedería incoar sería el procedimiento abreviado regulado en los artículos 757 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Su ámbito de aplicación es el enjuiciamiento de delitos cuya pena no supere los nueve años de privación de libertad o se trate de una pena de otra naturaleza, cualquiera que sea su duración o cuantía. En el supuesto planteado, la pena de prisión máxima son 3 años, tomando como base la pena abstracta legalmente establecida, no la pena agravada.

El proceso penal responde a una estructura compleja en la que pueden identificarse varias fases de las que, como consecuencia del principio acusatorio, conocen órganos jurisdiccionales distintos. De esta manera el órgano que deba dictar sentencia no habrá participado en la investigación del hecho delictivo y así no pierde su imparcialidad. En concreto, el procedimiento abreviado puede dividirse en dos fases: instrucción por un lado, y juicio oral y sentencia por otro.

En la fase de instrucción (diligencias previas) es competente el Juez de Instrucción de Zaragoza (artículo 14.2 LECr). En ella se lleva a cabo toda la labor de investigación de los hechos y se prepara todo lo necesario para el juicio oral.

En la fase de juicio oral y sentencia, habría que diferenciar si la pena supera o no los 5 años de privación de libertad o 10 años si es de otra naturaleza. Como no los supera será competente el Juez de lo Penal de Zaragoza (artículo 14.3 LECr).

Normalmente, cada delito forma una única causa. Sin embargo, en este supuesto, al ser delitos conexos por ser cometidos por varias personas reunidas, serán investigados y enjuiciados en la misma causa porque la investigación y la prueba en conjunto resulta conveniente para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes (artículo 17.1 y 17.2.1º LECr).

Será preceptiva la asistencia letrada desde el mismo momento de la detención (artículo 767 de la LECr). Los investigados podrán designar a un abogado particular o solicitar la designación de un abogado de oficio. Este abogado tendrá también habilitación legal para la representación de su defendido.

La intervención de procurador será obligatoria a partir del trámite de apertura del juicio oral (artículo 768 LECr). Hasta entonces, será el abogado el encargado de

cumplir el deber de señalamiento de domicilio a efectos de notificaciones y traslados de documentos.

El papel de la Policía Judicial se recoge en el artículo 770 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Deberá acudir al lugar de los hechos inmediatamente, requerirá la presencia de personal médico para auxiliar a los ofendidos, acompañará al acta de constancia fotografías o cualquier otro soporte magnético o de reproducción de la imagen cuando sea pertinente para el esclarecimiento del hecho punible y exista riesgo de desaparición de sus fuentes de prueba. Además recogerá y custodiará los efectos, instrumentos o pruebas del delito para ponerlos a disposición de la autoridad judicial y recabará los datos personales y dirección de las personas que se encuentren en el lugar de los hechos, así como cualquier otro dato que ayude a su identificación y localización. La Policía realizó correctamente todas estas actuaciones, sirviendo las mismas para conseguir buenas pruebas para sustentar la acusación de los investigados.

Los sujetos intervinientes en el proceso serán el Fiscal, la acusación particular y la defensa.

El Fiscal ejercerá las acciones penales y civiles conforme a la Ley. Deberá velar por «el respeto de las garantías procesales del investigado o encausado y por la protección de los derechos de la víctima y de los perjudicados por el delito», como revela el artículo 773 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Asimismo, «impulsará y simplificará la tramitación del procedimiento sin merma del derecho de defensa de las partes y del carácter contradictorio del mismo, dando a la Policía Judicial instrucciones generales o particulares para el más eficaz cumplimiento de sus funciones, interviniendo en las actuaciones, aportando los medios de prueba de que pueda disponer o solicitando del Juez de Instrucción la práctica de los mismos, así como instar de éste la adopción de medidas cautelares o su levantamiento y la conclusión de la investigación tan pronto como estime que se han practicado las actuaciones necesarias para resolver sobre el ejercicio de la acción penal».

El Juez de Instrucción ordenará a la Policía Judicial o practicará por sí las diligencias que considere necesarias para determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, los partícipes y el órgano competente para el enjuiciamiento, dando cuenta al Ministerio Fiscal de su incoación y de los hechos que la determinen. Se emplearán para ello los medios comunes y ordinarios que establece esta Ley (artículo 777 LECr).

Tras practicarse las diligencias pertinentes, el Juez adoptará una de las resoluciones del artículo 779 LECr. En concreto, determinó la resolución del apartado

1.4ª del meritado cuerpo legal, continuando con el procedimiento abreviado. Esta resolución contendrá la determinación de los hechos punibles y la identificación de las personas a las que se les imputan. Ordenará que se dé traslado de las diligencias previas al Ministerio Fiscal y a la acusación debidamente personada. En el plazo común de diez días, éstas deberán solicitar bien la apertura del juicio oral formulando escrito de acusación, bien el sobreseimiento de la causa o, bien la práctica de diligencias complementarias.

El escrito de acusación incluirá todos los elementos explicados anteriormente (entre otros, los del artículo 650 LECr y los del 781 LECr) identificando a las personas contra las que se dirige la acusación, el órgano competente, proposición de pruebas y se solicitará la apertura del juicio oral.

Para que el Juez alcance el convencimiento, hay que proponer pruebas para el acto de la vista oral. En concreto, solicitaría, como medios de prueba, el interrogatorio de los investigados y la testifical tanto de las víctimas, como de los testigos de los hechos. Así mismo, pediría la presencia de los Policías Nacionales actuantes en el lugar de los hechos como testigos. Para el caso de que algún testigo tuviera miedo a unas posibles represalias por parte de los investigados, podría solicitarse en este punto al Juez que se preparara un biombo que impidiera que los acusados vieran a los testigos, así como un medio que les distorsionase la voz en sus declaraciones.

Como documental, además de la lectura de la totalidad de los folios que integran el procedimiento, solicitaría que se visionara en el acto del juicio oral la grabación del establecimiento comercial situado enfrente del lugar donde ocurrieron los hechos.

En el presente caso, las lesiones son muy simples y dudamos que se llegara a impugnar los informes forenses aportados. Pero, ante la duda, incluiríamos como pericial el examen y ratificación de los médicos forenses sobre su informe obrante en autos.

Como prueba de convicción, la disponibilidad de los cinturones de cuero negro con clavos incautados por la policía a los imputados, para que así puedan estar físicamente en el acto de juicio.

El Juez de Instrucción, una vez solicitada la apertura del juicio oral, la acordará. Sin embargo, si considera que los hechos no son constitutivos de delito o que no existen indicios racionales de criminalidad contra los acusados, acordará el sobreseimiento.

También resolverá sobre la adopción, modificación, suspensión o revocación de las medidas interesadas por el Ministerio Fiscal o la acusación particular; y señalará el órgano competente para el enjuiciamiento.

Contra este auto no cabrá recurso, salvo en lo relativo a la situación personal de los acusados. En el presente caso, la defensa presentó recurso puesto que el Juez instructor había decretado la prisión provisional de los acusados por riesgo de fuga. Se estimó el recurso dado que la prisión provisional es una medida excepcional y no existen motivos suficientes como para imponerla. Sin perjuicio de lo anterior, los acusados podrán reproducir las peticiones no atendidas ante el órgano de enjuiciamiento (artículo 783.3 LECr).

Tras la apertura del juicio oral, los encausados serán emplazados para que en el plazo de tres días comparezcan en la causa con Abogado y Procurador, y se les hará entrega de los escritos de acusación para que en diez días presenten escrito de defensa frente a las acusaciones formuladas. Si no presentan el escrito en plazo se entiende que se oponen a las acusaciones formuladas y continuará el procedimiento. Presentado el escrito de defensa o transcurrido el plazo para hacerlo, el Letrado de la Administración de Justicia acordará remitir lo actuado al órgano competente para el enjuiciamiento, el Juzgado de lo Penal de Zaragoza, notificándose a las partes.

La defensa podrá manifestar su conformidad con la acusación en varios momentos para así llegar a un acuerdo más favorable para los acusados, como se realizó en la práctica. En particular, podrá hacerlo en su escrito de defensa con la firma de los acusados (artículo 784.3 LECr), en un nuevo escrito de calificación que conjuntamente firmen las partes acusadoras y los acusados junto con sus Letrados en cualquier momento anterior a la celebración de las sesiones del juicio oral y, antes de iniciarse la práctica de la prueba, el Juez podrá dictar sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad o con el que se presentara en ese acto a petición de la defensa (con los requisitos del artículo 787 LECr).

El Juez de lo Penal deberá informar al acusado de las consecuencias de la conformidad, y requerirle para que manifieste su conformidad de forma libre. La sentencia de conformidad se dictará oralmente y se documentará en el acta con expresión del fallo y una sucinta motivación, sin perjuicio de su ulterior redacción. Si el fiscal y las partes, conocido el fallo, expresaran su decisión de no recurrir, el juez, en el mismo acto, declarará oralmente la firmeza de la sentencia, y se pronunciará,

previa audiencia de las partes, sobre la suspensión o la sustitución de la pena impuesta (artículo 787.6 LECr). Solo podrá recurrirse cuando no se hayan respetado los requisitos o términos de la conformidad, sin que se pueda impugnar por razones de fondo.

En el supuesto planteado hubo una conformidad en el acto de juicio, y de esta forma terminó el procedimiento.

Pero continuaremos explicando el procedimiento, por si se hubiera dado el caso en el que la defensa no se hubiera conformado, y como forma de explicación para la organización STOP DISCRIMINACIÓN para ulteriores agresiones de este tipo de las que pudieran tener conocimiento.

Una vez que las actuaciones estén a disposición del Juez de lo Penal, éste examinará las pruebas propuestas e inmediatamente dictará auto admitiendo las que considere pertinentes y rechazando las demás. Este auto no se podrá recurrir, sin perjuicio de que se pueda reproducir su petición al inicio de las sesiones del juicio oral (artículo 785.1 LECr). En vista a esto, el Letrado de la Administración de Justicia señalará el juicio oral, para el cual es preceptiva la asistencia del acusado y del abogado defensor (artículo 786.1 LECr). Si no compareciera alguno de los acusados sin motivo legítimo, el Juez podrá acordar la continuación del juicio para los restantes acusados.

El juicio seguirá los trámites de los artículos 786.2, 788 y 789 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Tras la finalización del juicio oral, el Juez dictará sentencia dentro de los cinco días siguientes (artículo 789.1 LECr), no pudiendo dar más o cosa distinta de lo solicitado por las acusaciones (artículo 789.3 LECr) por el principio de congruencia de las sentencias.

Esta sentencia, a diferencia de la de conformidad, se podrá recurrir en los términos del artículo 790 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En concreto, se podrá interponer recurso de apelación ante la Audiencia Provincial por cualquiera de las partes en los diez días siguientes de la notificación de la sentencia, presentándose el escrito de formalización ante el Juez de lo Penal, el cual remitirá las actuaciones a la Audiencia. Como se establece en el apartado 2, en el escrito «se expondrán, ordenadamente, las alegaciones sobre quebrantamiento de las normas y garantías

procesales, error en la apreciación de las pruebas o infracción de normas del ordenamiento jurídico en las que se base la impugnación. El recurrente también habrá de fijar un domicilio para notificaciones en el lugar donde tenga su sede la Audiencia», y en el apartado 3 «podrá pedir el recurrente la práctica de las diligencias de prueba que no pudo proponer en la primera instancia, de las propuestas que le fueron indebidamente denegadas, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna protesta, y de las admitidas que no fueron practicadas por causas que no le sean imputables».

Una vez que se admita el recurso, se dará a las demás partes un plazo de diez días para que presenten las alegaciones que consideren oportunas. Tras esto, se elevará a la Audiencia los autos originales. La sentencia de apelación se dictará dentro de los cinco días siguientes a la vista oral, o dentro de los diez días siguientes a la recepción de las actuaciones por la Audiencia cuando no hubiere resultado procedente la celebración de dicha vista (artículo 792.1 LECr).

La ejecución de la sentencia procederá una vez que sea firme. De la misma se encargará el Juez o la Audiencia Provincial que la hubiese dictado, dependiendo de si se ha recurrido o no la sentencia. La ejecución seguirá las reglas del artículo 794 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

## 2. APLICACIÓN DE LAS DIFERENTES CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES EN EL SUPUESTO DEBATIDO: AGRAVACIÓN EN LOS DELITOS Y CONCURRENCIA DE CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES Y ATENUANTES. EL CASO CONCRETO DE LOS DELITOS LEVES.

Las circunstancias modificativas de la responsabilidad son aquellas circunstancias accidentales al delito y concurrentes con la acción delictiva que se tienen en cuenta en el momento de la determinación de la pena para graduar la sanción penal, produciendo el efecto de modificar y ajustar la responsabilidad criminal del sujeto. Tratan de reflejar las circunstancias personales y fácticas que rodean el hecho delictivo y que han influido al autor o autores del mismo. Constituyen la base para determinar la gravedad del hecho y graduar la pena<sup>6</sup>.

El Código Penal prevé circunstancias atenuantes (artículo 21), agravantes (artículo 22) y la circunstancia mixta de parentesco (artículo 23). Sirven para disminuir o incrementar la pena según las reglas recogidas en el mismo Código meritado.

Son circunstancias atenuantes aquellas que acompañan la comisión de una infracción y que reducen la pena prevista por ley para el tipo delictivo. Estas circunstancias pueden ser las eximentes completas del artículo 20 del Código Penal cuando no concurren todos los requisitos (convirtiéndose en eximentes incompletas, que no suprimen la responsabilidad penal por completo pero sí que la disminuyen), grave adicción, estado pasional, confesión de la infracción, reparación del daño causado, y cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores.

Por el contrario, son circunstancias agravantes aquellas que, unidas a la infracción penal, suponen un aumento de la pena, bien por representar un mayor desvalor del injusto del hecho típico y/o un plus de culpabilidad o de reproche penal en la conducta del sujeto infractor. Las agravantes son *numerus clausus*, por lo que, aunque se permita que el legislador pueda incluir circunstancias agravantes nuevas, no cabe la existencia de otras mediante la técnica de la analogía, como sí que ocurre con las atenuantes. Esto se debe al principio de seguridad jurídica que prima en el Derecho Penal y en un Estado de Derecho, y porque esa inclusión conllevaría una analogía in

---

<sup>6</sup> En la forma prevista en los artículos 65 a 68 del Código Penal.

malam partem, prohibida en el Derecho Penal<sup>7</sup>, precisamente como una extensión directa del principio de seguridad jurídica, pero con la visión moderna de la individualización de la pena, por extensión a la técnica legislativa del principio práctico forense *in dubio pro reo*.

Existen varias clasificaciones de las agravantes, pero la que en este dictamen nos interesa es la que distingue entre las agravantes que determinan un mayor injusto del hecho (de índole predominantemente objetiva) y las que implican una mayor culpabilidad del autor (de carácter predominantemente subjetivo), para así tratar el tema de la compatibilidad y comunicabilidad entre ellas.

En el primer grupo se incluirían aquellas que afectan a la antijuridicidad, aumentando el plano de lo injusto, ya sea por la técnica de la comisión, por el tiempo o el lugar en el que se perpetra el delito o por la mayor gravedad del resultado. Entre ellas se encontraría la agravante de abuso de superioridad y de alevosía.

En el segundo, esa mayor culpabilidad descansa o bien en la mayor reprochabilidad de la conducta del autor, en los motivos del agente o en la mayor exigibilidad de una conducta distinta. Aquí encuentra su acomodo la agravante de actuar movido por motivos discriminatorios, por mayor el desvalor de la conducta del agresor y el reproche social que una sociedad moderna debe prever ante este tipo de acciones.

Señalar que esta distinción está perdiendo fuerza puesto que la doctrina y la jurisprudencia abogan por el carácter mixto de muchas de las agravantes. Pese a ello, siempre existe un carácter predominante de alguno de estos elementos, por lo que aunque, *prima facie* parezcan subjetivas y objetivas, en último término predominará uno de ellos, lo cual nos ayudará en nuestra tarea.

Pues bien, centrándonos ya en el análisis de la correcta aplicación al caso de las circunstancias agravantes.

En el supuesto planteado se aplicó únicamente la circunstancia agravante de abuso de superioridad. Ésta se encuentra regulada en el artículo 22.2 del Código Penal: «Ejecutar el hecho mediante disfraz, con abuso de superioridad o

---

<sup>7</sup> Afirmación que encuentra su fundamento en los artículos 1 y 9.3 de la Constitución Española, artículo 4.1 del Código Penal y 4.2 del Código Civil.

aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente».

El fundamento de la agravante radica en un mayor injusto de la acción del sujeto activo manifestada en la técnica de comisión del delito, prevalecerse de su situación de superioridad, por lo que es de carácter predominantemente objetivo. Todo ello sin perjuicio de que tenga un carácter mixto objetivo-subjetivo, ya que hay determinados elementos subjetivos en el injusto que deben ser abarcados por el dolo del autor, lo que supone que este mayor injusto se refleje en el plano de la culpabilidad por el ánimo traicionero en la ejecución del delito.

Para su apreciación deben concurrir los siguientes requisitos jurisprudenciales (en sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) número 2111/1994, de 30 de noviembre; STS 730/1995, de 5 de junio; STS 354/1996, de 27 de abril; STS 1236/2011, del 22 de noviembre; STS 275/2012, de 10 de abril, entre otras):

1) Que exista una situación de superioridad, entendida como un importante desequilibrio de fuerzas a favor de la parte agresora frente al agredido, derivada de cualquier circunstancia; bien referida a los medios utilizados para agredir (superioridad medial), bien al hecho de que concurra una pluralidad de atacantes, siendo precisamente este último supuesto el más característico y el de mayor frecuencia en su aplicación (superioridad personal).

2) Esa superioridad debe producir una disminución notable en las posibilidades de defensa del ofendido, sin que llegue a eliminarlas.

3) Como elemento subjetivo, que los agresores conozcan esa situación de desequilibrio de fuerzas y se aprovechen de ella para una más fácil realización del delito.

4) Que la superioridad no sea inherente al delito, bien por constituir uno de sus elementos típicos, bien porque, por las circunstancias concretas, el delito necesariamente tuviera que realizarse así. Por el principio de inherencia se impide que las agravantes genéricas se apliquen a los casos en que la propia norma penal las contemple dentro de la figura delictiva que regule. Se trata de evitar que una misma conducta o circunstancia concurrente al hecho se sancione doblemente, vulnerando el principio *ne bis in idem*.

Habría que separarla de la alevosía, figura con la que guarda un gran parecido. Precisamente es por esto por lo que la agravante de abuso de superioridad ha sido calificada por la doctrina como «alevosía menor o de segundo grado», motivo por el cual hay autores que apuestan por su supresión (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2010, número 1068/2010, RJ 2011\274).

La alevosía se recoge en el artículo 22.1 del Código Penal, el cual establece que es circunstancia agravante: «Ejecutar el hecho con alevosía. Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo para su persona que pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido». Al igual que el abuso de superioridad, la naturaleza de la alevosía es mixta, aunque predominantemente objetiva.

Los requisitos que deben concurrir para la aplicación de la alevosía son:

a. El empleo de determinados medios, modos o formas para su ejecución que tiendan a asegurar, no que aseguren efectivamente, el resultado.

b. La intención de emplear esos medios para no correr riesgos que provengan de una posible reacción defensiva de la víctima, representando este elemento el plus de culpabilidad que viene exigiendo el Tribunal Supremo para la correcta caracterización de esta agravante (STS de 21 de febrero de 1995, número 222/1995, RJ 1995\1203).

c. Que se trate de un delito contra las personas, es decir, delitos contra la vida y la integridad física. Hay que atender a la estructura de cada tipo penal, puesto que hay delitos contra las personas en los que no es aplicable la alevosía por ser a ellos inherente que la víctima renuncie a la defensa<sup>8</sup>.

Así las cosas, el punto de partida para su diferenciación es la situación de indefensión de la víctima y la posibilidad o no de defensa. Si la conducta agresora tiende objetivamente a la eliminación de la defensa, a la ausencia del riesgo, produciendo la indefensión total o prácticamente absoluta del sujeto pasivo estamos ante la alevosía, independientemente de que el sujeto activo busque o provoque tal situación o se aproveche de la existente. En sentido contrario, si la acción solo tiende

---

<sup>8</sup> Como en el auxilio al suicidio o las lesiones consentidas.

a debilitar la defensa y ésta solo se ve mermada, existiendo alguna posibilidad real, efectiva y objetiva de defensa, se aplicaría el abuso de superioridad.

También se diferencia en que el ámbito de aplicación de la alevosía queda circunscrito a los delitos contra la vida e integridad de las personas, no existiendo tal limitación en el abuso de superioridad.

El abuso de superioridad puede referirse tanto a la superioridad física como a la desproporción entre los medios instrumentales del delito. No obstante, si el plus de violencia que conlleva el abuso de superioridad es el preciso para la realización del tipo, no cabe apreciarla.

Como conclusión, el Juez aplicó correctamente la circunstancia agravante de abuso de superioridad frente a la alevosía, puesto que en los hechos descritos se aprecia una posibilidad de defensa de las víctimas. Esto se materializa en que, precisamente al defenderse, causaron unas leves lesiones a uno de los agresores y Víctima Dos consiguió huir del lugar de los hechos, suerte que no tuvo Víctima Uno.

Esta agravante, por su carácter predominante objetivo y la objetivación de su elemento subjetivo implica que se comunique a aquellos partícipes en el delito que tuvieran conocimiento de ella al tiempo de su intervención en el hecho punible, según el criterio sentado por el art. 65.2 del Código Penal. En este sentido, se debería aplicar a todos los acusados, ya que los tres eran conocedores de su superioridad numérica y por ende de fuerzas.

Puede suscitar dudas la compatibilidad de la agravante de abuso de superioridad y el subtipo agravado de lesiones del artículo 148.1º del Código Penal que es el precepto invocado con Víctima Uno.

La jurisprudencia mayoritaria apoya la aplicación de ambas figuras simultáneamente, pero siempre que concurra un hecho relevante diferente del uso de armas o medios peligrosos, es decir, de la superioridad medial o instrumental, como es la superioridad personal. De forma que la compatibilidad de la agravante de abuso de superioridad con el tipo penal de lesiones agravadas del artículo 148.1º del Código Penal no se deriva de la apreciación del mismo supuesto fáctico integrante del subtipo agravado de lesiones (el uso de un arma o un medio peligroso), sino de otra

modalidad comisiva distinta como es la intervención de varios agresores que determinan una situación de superioridad personal sobre la víctima.

En la sentencia del Tribunal Supremo número 1390/2011, de 27 de diciembre y en la número 729/2012, de 25 de septiembre, al tratar unos supuestos de delitos de lesiones del artículo 148.1º del Código Penal agravados con el abuso de superioridad, se afirma que la esencia de ese tipo delictivo y el fundamento de la agravación de la pena que previene el precepto radica en el resultado lesivo causado en la integridad de la víctima o en el riesgo producido según los instrumentos, armas, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud física o psíquica del lesionado. En el subtipo delictivo agravado no se encuentra necesariamente el ejecutar la agresión de forma que implique una superioridad personal, circunstancia que puede o no darse, al igual que también es perfectamente posible eventualmente efectuar una agresión en grupo sin que sea de aplicación el subtipo agravado ante la ausencia de un resultado o riesgo especialmente grave para la víctima.

Por ello, la aplicación del art. 148.1º CP no es incompatible con esta circunstancia cuando los agresores son varios, provocando así un claro desequilibrio de fuerzas que disminuye la capacidad de defensa del agredido. El tipo agravado del artículo 148.1º del Código Penal presenta una superioridad instrumental basada en la peligrosidad objetiva del medio empleado. Por el contrario el abuso de superioridad implica en este supuesto una superioridad personal basada en una estrategia comisiva que busca la mayor facilidad de la ejecución. De tal manera que en aquellas ocasiones en que se emplea un arma o instrumento peligroso y al propio tiempo concurre una desproporción entre el número de agresores que asegura la ejecución y disminuye las posibilidades de defensa, no puede hablarse de incompatibilidad entre el artículo 148.1º CP y el abuso de superioridad.

Pues bien, en el supuesto planteado, además de la agravante antedicha, también sería de aplicación la agravante de cometer el delito por motivos discriminatorios, aunque el Juez no la apreció ni recogió en su sentencia, sin perjuicio a que en los hechos probados constaran las alusiones racistas y en autos se incluyera un informe de la policía en el que daba su parecer sobre que la agresión tenía un trasfondo xenófobo. Tampoco el Fiscal la solicitó en su escrito de acusación, no así la acusación particular que sí que la trajo a colación.

El artículo 22.4º del Código Penal la regula «Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad».

No es un tema pacífico en la doctrina española la naturaleza de esta agravante<sup>9</sup>, puesto que se corre el riesgo de enmarcarla en un Derecho Penal de autor. Para evitarlo, es necesario probar el móvil discriminatorio, basándonos en que la conducta del sujeto activo se acompañe de expresiones o hechos anteriores, coetáneos o posteriores de los que se pueda objetivamente inferir su voluntad discriminatoria.

La opinión mayoritaria la considera de naturaleza subjetiva o preponderantemente subjetiva por establecer la ratio de la agravación en que la comisión del delito venga determinada por determinados procesos psíquicos o internos del sujeto, incrementándose la culpabilidad. Otra corriente doctrinal afirma que su naturaleza se centra en el plano de la antijuridicidad. Aunque en definitiva ninguna doctrina aboga por la sanción del mero hecho de albergar ideas racistas, siendo necesario distinguir entre motivaciones conscientes e inconscientes en la comisión del delito, y la inadecuación de incrementar una sanción por las últimas. Por tanto, la motivación en cuanto a la apreciación de la agravante deviene relevante a la hora de apreciarla (sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 26 de noviembre, número 325/2012).

---

<sup>9</sup> La postura mayoritaria entiende que la naturaleza jurídica de la agravante reside en una mayor culpabilidad, por lo que se aumenta la reprochabilidad de la conducta del autor por las motivaciones abyectas que lo mueven a actuar. Los detractores critican el que pueda terminar convirtiéndose en un Derecho Penal que pene la actitud interna, y que atente contra el principio de culpabilidad.

En cambio, otro sector doctrinal entiende que lo que justifica la mayor gravedad de la pena es que afecta al injusto subjetivo. El problema se centra de nuevo en el peligro de sancionar el fuero interno del autor. Dentro de esta posición doctrinal, están aquellos que entienden que se basa en un injusto objetivo. Así, la agravante sanciona los efectos discriminatorios que provoca el delito para determinados colectivos o personas especialmente vulnerables. El legislador al hablar de los motivos se refiere a las situaciones fácticas subyacentes. Con esta postura se solucionan los anteriores problemas, puesto que no se sancionan las motivaciones del autor, sino tanto el hecho objetivo como el delito cometido. Por contra, propicia la victimización secundaria y va en contra del principio de legalidad esa extralimitación a la hora de interpretar lo que el legislador quiso expresar al mencionar el término «motivos».

Por otro lado, hay propuestas que abogan por la naturaleza mixta de la agravante, para lo cual exigen que se pruebe la motivación y los efectos discriminatorios. Cuenta con detractores y críticas tanto desde la perspectiva de la parte subjetiva como de la objetiva.

El legislador no establece ninguna limitación explícita acerca de los delitos en los que se pudiera apreciar la agravante, por lo que será aplicable a toda clase de delitos, siendo una novedad del nuevo precepto del Código Penal de 1995<sup>10</sup>.

Sin embargo, esta generalidad se ve limitada en la práctica por el principio de inherencia, en los tipos en los que se contemple expresamente una manifestación concreta de una actitud discriminatoria<sup>11</sup> (artículo 67 CP) o por la incompatibilidad de la misma con la naturaleza de algunos delitos. Tampoco será aplicable cuando los motivos sean causa específica de agravación en los tipos cualificados de un delito<sup>12</sup>, ni en los delitos imprudentes, puesto que la agravante lleva aparejado un elemento intencional reforzado. No se aplicará en los casos en los que la motivación carezca de relieve, atendidos los hechos y circunstancias concurrentes en la comisión del delito.

Para aplicar la agravante se requiere que el sujeto activo haya delinquido movido por una motivación discriminatoria en relación a determinadas cualidades de las víctimas reguladas legalmente. Por la regla de la comunicabilidad, será aplicable a los partícipes en los que concurra el móvil discriminatorio por su carácter subjetivo.

En el supuesto planteado se presentan una serie de problemas para su aplicación.

Por un lado, el motivo no concurre en el agredido, es decir, se ataca a Víctima Dos por creer los agresores que es extranjero, confundidos por sus rasgos físicos y por ir acompañado de un colombiano, siendo un claro ataque de motivación racista como se desprende de los gritos con insultos y alusiones xenófobas. Algunos autores defienden que solo se aplicará la agravante cuando el sujeto activo tenga conocimiento de las cualidades de la víctima que motivan la comisión del delito, por lo que el error sobre las cualidades de las víctimas impedirá su aplicación. Opinión contraria defiende otra corriente doctrinal<sup>13</sup>, a mi parecer con argumentos más sólidos, quienes defienden que se podrá aplicar la agravante siempre que exista una relación

---

<sup>10</sup> En el número 17 del artículo 10 del anterior Código Penal, que se incorporó por la LO 4/1995 de 11 mayo, se limitaba el uso de la agravante a los delitos contra las personas o el patrimonio. «Son circunstancias agravantes: [...] cometer cualquiera de los delitos contra las personas o el patrimonio por motivos racistas, antisemitas u otros referentes al origen étnico o nacional, o a la ideología, religión o creencias de la víctima».

<sup>11</sup> Como la discriminación en el empleo (art.314 CP), genocidio (art.607 CP), pertenencia a una asociación ilícita discriminatoria (art.515.5º), violencia en el ámbito doméstico o familiar (arts.148.4º, 153, 172.2º y 173.2º).

<sup>12</sup> Por ejemplo, el delito agravado de amenazas del art.170 CP.

<sup>13</sup> Entre ellos Antonio Beristain Ipiña.

directa entre la motivación y la agresión como ocurre en el caso estudiado, ya que ese error en las circunstancias personales de la víctima no excluye su aplicación. Si el delito se agrava por algo que pertenece al fuero interno del autor como son los móviles de su actuación, no parece que un error en el conocimiento del agresor sea suficiente para que no opere la agravante, ya que el autor estaría movido por una motivación discriminatoria, independientemente de que la cualidad de las víctimas fuera otra. Los acusados actuaron movidos por esa motivación discriminatoria y pensando que sus víctimas eran extranjeras, por lo que debería aplicarse la agravante ya que ese plus de culpabilidad estaría presente del mismo modo. Ello se puede apreciar en los insultos inferidos en los que se les trata a ambos como extranjeros, en plural, sin hacer distinción entre uno y otro: «gusanos, este no es vuestro sitio» o «iros a vuestro puto país».

Hay que resaltar que por el simple hecho de que concurra en la víctima alguna de las circunstancias previstas, esto no significa que vaya a aplicarse la agravante en todo caso<sup>14</sup>. Si el móvil que lleva al sujeto activo a actuar es independiente de la condición de la víctima o cuando la finalidad discriminatoria no motiva la comisión del delito sino la elección de la víctima, la agravante no operará<sup>15</sup>.

Cuando el agresor actúa movido por motivos discriminatorios y otros móviles que no se hallen expresamente regulados, la agravante se apreciará cuando los primeros sean los predominantes y conminen al delincuente a la comisión del delito. Para ello, el juzgador deberá valorar las motivaciones<sup>16</sup>.

Por otro lado, a pesar de que la prueba es problemática ya que la motivación por su carácter íntimo y personal no resulta fácilmente aprehensible, se debe acreditar el móvil discriminatorio y el dolo específico del sujeto en cualquier caso, puesto que es preciso aplicarla agravante con sumo cuidado dado lo etéreo de su contenido<sup>17</sup>. En

---

<sup>14</sup>Como en la sentencia número 152/2014 de 4 de marzo de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 9ª), ARP 2014\754, en los que se produce una agresión a unos homosexuales por las malas relaciones previas entre los agresores y las víctimas, no por su orientación sexual.

<sup>15</sup> BERISTAÍN IPIÑA, A., «Comentarios al Código Penal», Cobo Del Rosal (dir.), Edersa, Madrid, 1999.

<sup>16</sup>ARROYO DE LAS HERAS, A., «Las circunstancias agravantes en el Código Penal de 1995», Muñoz Cuesta (coord.), Aranzadi, Navarra, 1997.

<sup>17</sup>Aunque se dudó de la constitucionalidad de esta agravante por estas razones expuestas, esta cuestión se resolvió por la sentencia del Tribunal Constitucional 176/1995 de 11 de diciembre, declarándola constitucional.

principio, se debe probar el hecho constitutivo de la infracción, la condición de las víctimas o perjudicados y la motivación e intencionalidad del delincuente<sup>18</sup>.

En la mayoría de los casos, como en el que traemos a colación, esta prueba será indiciaria<sup>19</sup>. Ésta permitirá probar, a través de ciertos signos o evidencias externas, la existencia de esa motivación discriminatoria, basándose en las manifestaciones del culpable precedentes y coetáneas a la agresión, la actividad anterior y posterior al delito, las relaciones previas entre el autor y la víctima, entre otras variables.

Pues bien, se debería aplicar en el supuesto planteado la agravante de motivos discriminatorios por concurrir los presupuestos necesarios para su aplicación. Existen pruebas que demuestran este trasfondo racista en la motivación de los sujetos para perpetrar el delito, al dirigirse a las víctimas de forma violenta, insultándoles y al grito de frases xenófobas como «negros de mierda», «iros a vuestro puto país», entre otras. Además, los agresores tienen una estética que se identifica fácilmente con un movimiento de extrema derecha que rechaza a los inmigrantes de forma violenta. Les persiguieron insistentemente, utilizaron medios peligrosos como son los cinturones con clavos, y se ensañaron cruelmente, sobre todo con Víctima Uno, a quien no dejaron en paz si quiera cuando le vieron inconsciente en el suelo. También atacaron y se dirigieron en términos racistas a Víctima Dos, a pesar de ser español, puesto que los acusados creían erróneamente, por el color de su tez y otros rasgos físicos, que éste era sudamericano como sí que lo era Víctima Uno. El uso de aquellas expresiones y la gratuidad de la agresión son suficientes para justificar la aplicación de esta agravante.

Como decíamos, el artículo 65 del Código Penal, en sus dos primeros apartados establece que las circunstancias personales no se comunican a todos los intervinientes sino que sólo se pueden aplicar a aquellos en quienes concurran. En cambio, las que consistan en la ejecución material del hecho sí que se comunican a todos los que hayan tenido conocimiento de las mismas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito.

---

<sup>18</sup>Alfonso Arroyo de las Heras influido por Ruiz Vadillo y Prats Canut.

<sup>19</sup>Como señala Manuel Gómez Tomillo, en la mayoría de los casos nos encontraremos ante un juicio de valor o inferencia que deberá ser motivada por el juzgador.

Por ello, la agravante de motivos discriminatorios se aplicaría a todos los agresores, pero no por conocer el ánimo discriminatorio de los demás, sino por concurrir en la persona de todos ellos. La de abuso de superioridad también sería de aplicación a los tres atacantes, ya que todos ellos conocían y se aprovecharon de su situación privilegiada tanto medial como personal frente a la de las víctimas<sup>20</sup>.

En relación con las circunstancias atenuantes, el artículo 21.5 del Código Penal prevé como circunstancia atenuante la de «haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o a disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral».

Tiene un carácter objetivo, a diferencia de la antigua atenuante de arrepentimiento espontáneo del art. 9.9 del anterior Código Penal<sup>21</sup>. Ésta última en el actual Código Penal se ha desdoblado en dos, apartados cuatro y cinco del artículo 21, las cuales se pueden aplicar simultáneamente si el acusado confiesa el hecho delictivo y repara el daño. Se suprime el elemento psicológico de arrepentimiento espontáneo, y se introduce el elemento cronológico para que se produzca la reparación del daño o se disminuyan sus efectos, lo que le aporta un fundamento más jurídico y social que subjetivo.

El fundamento de la atenuante es, en principio, la menor culpabilidad del sujeto y la colaboración con la Administración de Justicia. Aunque si tenemos en cuenta que la reparación concurre tras la consumación del delito, la mayoría de los autores niegan que la compensación del daño pueda influir sobre el grado de la culpabilidad o de la antijuridicidad. En efecto, la rebaja de pena por la realización de actos positivos posteriores no podrá fundamentarse en un menor merecimiento de pena<sup>22</sup>. Por ello, la doctrina mayoritaria opina que el fundamento de la atenuación reside en el interés político-criminal de fomentar que se de satisfacción al ofendido, lo que supone

---

<sup>20</sup> BOLDOVA PASAMAR, M.A. «La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva», Civitas, Zaragoza, 1995.

<sup>21</sup> En la antigua atenuante el sujeto activo debía realizar actos externos de reparación, confesión o de dar satisfacción al ofendido, y, además, debía concurrir con el elemento subjetivo de que el acusado actuara por impulsos de arrepentimiento espontáneo. La doctrina criticaba que, para la comprobación de aquella motivación o impulso, se producía una intromisión en la esfera interna del sujeto, lo que podía ser incompatible con el Derecho Penal moderno.

<sup>22</sup> GARRO CARRERA, E. y ASÚA BATARRITA, A.: «Atenuantes de reparación y de confesión», 2009.

admitir que, por el interés de favorecer a la víctima, se asuma la renuncia de una parte de la pena que se consideraría merecida y necesaria.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2002, número recurso 2726/2002, exige para la aplicación de la atenuante *«que se haya procedido por el culpable, antes de la celebración del juicio oral, a reparar el daño causado a la víctima o a disminuir sus efectos, habiendo entendido esta Sala que tal disminución ha de tener un contenido apreciable. Según se dice en la sentencia, el recurrente se limitó a ofrecer una reparación que en ningún momento llegó a ser efectiva, por lo que no puede reconocerse efectos atenuatorios a su conducta»*.

La reparación debe ser efectiva, como fue en el supuesto planteado, en que antes del juicio oral se procedió al pago completo de la cantidad indemnizatoria calculada en el escrito acusatorio del Ministerio Fiscal. Pese a que la compensación haya sido íntegra, esto no es suficiente para calificar la atenuante como muy cualificada. En la sentencia del Tribunal Supremo del 17 de marzo de 2005, número 514/2005 se establece que *«Pese a la conducta del condenado tendente a la satisfacción de los perjuicios causados, lo cierto es que el Tribunal de instancia no estimó esta circunstancia como muy cualificada. Para que la reparación del daño implique la condición de muy cualificada es exigible algo más que la reparación económica previa de los perjuicios, pues es imprescindible un especial esfuerzo para compensar los daños producidos. No puede entenderse que ha existido un especial esfuerzo de compensación y consecuentemente la atenuación como muy cualificada, cuando la indemnización se produjo poco antes de la celebración del juicio. En concreto, la STS 447/04 de 5-4-2004 estimó la atenuante cualificada, en un caso en el que la devolución se produjo muchos meses antes de incoadas las actuaciones»*.

Por todo lo anteriormente expuesto, hemos concluido que serían de aplicación dos agravantes: abuso de superioridad y motivos discriminatorios, por lo que habrá que estudiar si ambas agravantes pueden concurrir en la comisión de un mismo hecho delictivo. Cada agravante tiene la autonomía suficiente como para operar sin necesidad de las demás, por lo que es perfectamente posible que concurra más de una agravante en cada actuación delictiva. Ahora bien, esto no es posible cuando ambas sean incompatibles por su propia naturaleza, o cuando la acción o el delito de que se trate, contemple esa misma circunstancia agravante como elemento del tipo. Habría

que analizar igualmente la compatibilidad entre agravantes y atenuantes. Con el estudio de estas compatibilidades podremos fijar la pena en función de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal que pudieran aparecer, siguiendo las reglas del artículo 66 del Código Penal. .

En principio, el abuso de superioridad puede concurrir con las agravantes de carácter subjetivo, entre las que se encuentra la de actuar movido por motivos discriminatorios, aunque con matices.

Hay que tener en cuenta la imposibilidad de sustentar sobre un mismo hecho dos o más circunstancias para no vulnerar el principio de *non bis in idem*, lo que puede crear problemas a la hora de aplicar al mismo tiempo las agravantes objeto de estudio.

Se complicaría su aplicación simultánea en los casos en los que se cometa un delito por discriminación en razón del sexo, enfermedad o minusvalía, puesto que se produce un desequilibrio entre la víctima y el agresor. Éste se aprovecha de su mejor condición para facilitar la comisión del delito o buscar su impunidad. Aquí se debería estimar de forma preferente el abuso de superioridad, basándonos en la mayor debilidad física de la víctima.

Pero estas agravantes se pueden compatibilizar, pese a su dificultad, en el supuesto planteado, ya que los sujetos actúan movidos por motivos discriminatorios y, además, se aprovechan de la situación de desequilibrio que les beneficia, al ser en todo momento tres contra dos o eventualmente contra uno, dependiendo del momento de la agresión.

También es compatible la aplicación simultánea de estas agravantes y de la atenuante de reparación del daño. Nada obsta a que puedan reparar el daño causado posteriormente a los hechos y antes del juicio oral, a pesar de sus motivaciones racistas al delinquir y de haberse aprovechado de una situación de superioridad sobre las víctimas.

Un buen ejemplo de la aplicación simultánea de estas dos agravantes y de la atenuante es la Sentencia del Tribunal Supremo número 364/2003, de 13 de marzo de 2003, la cual trata una agresión a un vendedor egipcio por parte de cuatro atacantes.

En ella se desestima el recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional presentado por la defensa. Los acusados atacaron, prevaleciéndose de su superioridad numérica y empleando palos y otros objetos peligrosos, a un vendedor inmigrante. Posteriormente consignaron ante la sección de la Audiencia Provincial correspondiente la cantidad reclamada por el Ministerio Fiscal como indemnización a favor del lesionado, poniéndola así a su disposición.

Uno de los argumentos del recurso es que se aplicó indebidamente la agravante de racismo. El Tribunal resuelve rechazando este motivo *«De nuevo, por razón de la naturaleza del motivo, es preciso entrar al contenido de los hechos probados. Y en este punto, la sala de instancia sitúa el uso de la expresión “moro de mierda”, dirigida por la acusada B.G. al luego lesionado, en el inicio del incidente, que se prolongó de inmediato en la acción de la otra acusada consistente en tirar al suelo las flores que vendía aquél, que, al tiempo, recibió de la misma una patada en los testículos. Después, la persecución se llevó a cabo a gritos de “al moro, al moro”. Todo, mientras el acosado se limitaba a adoptar una actitud meramente defensiva. Así las cosas, dado el uso de aquellas expresiones y la absoluta gratuidad de la agresión, la inferencia consistente en atribuirle como único fundamento la particularidad racial de la víctima no sólo no puede considerarse arbitraria, sino que está dotada de plena racionalidad».*

Queda demostrado que en nuestra jurisprudencia se permite la aplicación simultánea de todas ellas, por lo que si no lo aplicó el Juzgador en el caso planteado ni lo solicitó el Ministerio Fiscal, se debe a una dejación en sus funciones de calificar los hechos correctamente, e intentar solucionar o disminuir los efectos nefastos que tienen los delitos discriminatorios. Aunque se llegó a un acuerdo, de las actuaciones realizadas hasta el momento de la conformidad puede desprenderse esta pasividad. Sobre esta cuestión ahondaremos en la siguiente pregunta.

En cuanto a los efectos de lo anterior, el artículo 66.3 del Código Penal establece que cuando concurren sólo una o varias agravantes los Jueces y Tribunales impondrán la pena en la mitad superior a la establecida por la Ley, para así evitar la imposición de penas superiores en grado como consecuencia de la acumulación de agravantes<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup>Salvo la regla especial del artículo 485.2 del Código Penal que ordena en caso de concurrencia de agravantes la imposición de pena de veinticinco a treinta años.

El artículo 14.2 del Código Penal establece que el error vencible e invencible sobre una circunstancia de agravación excluye su aplicación, aunque como comentábamos, el hecho de actuar movido por motivos discriminatorios es independiente de que concurra efectivamente la condición de la víctima, ya que los agresores delinquieron movidos por este móvil, no siendo un error en la circunstancia de agravación.

Pero en el supuesto concurren tanto agravantes como atenuantes por lo que aplicaríamos el apartado 7º del artículo 66 del Código Penal. Para la determinación de la pena, se valorarán y compensarán racionalmente. En el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación se aplicará la pena inferior en grado. Si se mantiene un fundamento cualificado de agravación, la pena en su mitad superior. Ya concluimos en la pregunta anterior que persiste un fundamento de agravación, por lo que se aplicaría la pena en su mitad superior. Esto es así porque concurren dos agravantes frente a una atenuante, y esta atenuante no tiene la consideración de muy cualificada.

La individualización de la pena determinada por el Juez debe estar justificada porque el artículo 120.3 de nuestra Constitución Española exige que las sentencias sean siempre motivadas. Es necesario que se expliquen todos los extremos de la sentencia, tanto en el sentido de determinar la culpabilidad o no de los acusados como en el de la pena a imponer en su caso, partiendo de la pena abstracta legalmente prevista a la que se añade la existencia de agravantes o atenuantes. Esta motivación es la que hace posible mediante su fiscalización posterior por la superioridad, el pertinente recurso que en su caso pudiera plantearse y cuyo sustento constitucional está en el artículo 24 de la Constitución Española.

Cuestión diferente es todo lo referente a los delitos leves. Como comentábamos en la anterior pregunta, entre otros cambios, se suprimen las faltas que se regulaban en el Libro III del Código Penal, si bien algunas de ellas se incorporan al Libro II del Código como delitos leves. Esta reducción del número de faltas es consecuencia del principio de intervención mínima, y debe facilitar una disminución del número de asuntos menores que pueden encontrar respuesta a través del sistema de sanciones administrativas y civiles, manteniéndose como delitos leves las infracciones que se han considerado necesarias.

Los delitos leves son aquellos que la ley castiga con una pena leve (artículo 33.4 del Código Penal), existiendo delitos leves contra la vida, la integridad física, la libertad, contra el honor, contra el deber de socorro, contra el patrimonio, contra la fauna y animales domésticos, de falsificación, de usurpación de funciones públicas, contra el orden público.

Entre otras características, resaltar que la responsabilidad penal en los delitos leves perseguibles a instancia del agraviado o cuando la ley así lo prevea, se extingue con el perdón del ofendido, que deberá ser otorgado de forma expresa antes de que se dicte sentencia, a cuyo efecto el Juez deberá oír al ofendido por el delito antes de dictarla (artículo 130.1.5º del Código Penal). En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2016, número 13/2016 *«Conforme el entendimiento habitual de Juzgados y Audiencias, también expuesto en la Circular 1/2015 FGE, esta norma transitoria, que reproduce los términos de la Disposición Transitoria segunda de la LO 3/1989, de 21 de junio, equipara en este régimen transitorio las faltas antes públicas y ahora delitos leves precisados de denuncia del agraviado, por lo que suprime toda posibilidad de conllevar en los procesos en tramitación condena penal, dejando reducido el objeto del proceso al resarcimiento civil del perjudicado si éste no ha renunciado expresamente al mismo, pues de producirse la renuncia el procedimiento se debe archivar; y así esta propia Sala, en la sentencia 108/2015, de 11 de noviembre, dictada tras estimar el recurso de casación»*.

Éstos prescriben en un año (artículo 131.1 del Código Penal)<sup>24</sup>, y generan antecedentes penales hasta los seis meses posteriores al cumplimiento o extinción de la pena impuesta (artículo 136.1.a del Código Penal).

En relación a las reglas a seguir para la determinación de la pena y la aplicación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad en los delitos leves, se deben seguir unas pautas distintas a los delitos.

El anterior artículo 638 del Código Penal establecía que en la aplicación de las penas en las faltas «procederán los Jueces y Tribunales, según su prudente arbitrio,

---

<sup>24</sup>Las faltas prescribían a los seis meses.

dentro de los límites de cada una, atendiendo a las circunstancias del caso y del culpable, sin ajustarse a las reglas de los artículos 61 a 72 de este Código».

De esta forma, daba a entender que las circunstancias agravantes y atenuantes se podrían tener en cuenta por los juzgadores para la individualización de la pena, pero dentro del marco penológico de la falta. También se separaba a las faltas y de los demás delitos dolosos e imprudentes.

En el nuevo Código Penal se regula en el artículo 66.2: «En los delitos leves y en los delitos imprudentes, los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior». El hecho de que en la actualidad se regulen los delitos leves en el mismo artículo que los dolosos y los imprudentes le da conexidad al Código Penal. Desaparece la alusión a los límites de las faltas, aunque en la práctica se aplicará del mismo modo que se venía haciendo anteriormente. Operarían las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en los delitos leves, como lo hacían en las faltas, puesto que tan «responsabilidad criminal» es la que deriva de delito como la que lo hace de un delito leve o una falta, aunque se aplicarían de forma diferente a los delitos, donde tienen un valor previsto legalmente. .

El art. 66.1 del Código Penal ordena que para la individualización de las penas, se aplicarán las reglas en él contenidas. Por ejemplo, cuando no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes, o cuando concurren unas y otras, se deben tener en cuenta las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia. Del mismo modo que en este supuesto se deberá calcular la pena en los delitos leves. El juez de forma motivada y dentro del margen de discrecionalidad del que goza en este punto deberá ponderar las circunstancias concurrentes al caso. No se hablará por tanto de atenuantes y agravantes como tal, pero se tendrán en cuenta las circunstancias que las motivan para modular la pena.

### 3. FALTA DE APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA AGRAVANTE DE ACTUAR MOVIDO POR MOTIVOS DISCRIMINATORIOS REGULADA EN EL ARTÍCULO 22.4 DEL CÓDIGO PENAL EN GENERAL, Y EN CONCRETO, EN LOS DELITOS DE LESIONES Y EL CONSECUENTE ENGROSE DE LA CIFRA OSCURA.

La circunstancia agravante de actuar movido por motivos discriminatorios, regulada en el artículo 22.4 del Código Penal tiene como finalidad evitar la discriminación de las personas, ayudándose para ello del artículo 14 de la Constitución Española<sup>25</sup> que recoge el principio de igualdad y no discriminación de todos los españoles, y de otras normas internacionales<sup>26</sup>.

La discriminación a la que hace referencia la agravante no es un problema nuevo. Tras la Segunda Guerra Mundial, como ocurre ahora, resurgió la violencia racista y xenófoba debido al desarrollo industrial de la Europa occidental lo cual supuso un crecimiento económico en estas zonas. Esto podría extrapolarse a la etapa anterior a la crisis, donde, sobre todo el sector inmobiliario, dejó latente la necesidad de mano de obra por el exponencial crecimiento económico. Esta mano de obra provenía de modo masivo de diversos países y naciones. Sin embargo, tal y como sucedió con la ruptura de la burbuja inmobiliaria, con la crisis de los años setenta y la recesión económica, se produjo un cambio en el pensamiento de los nacionales de estos Estados y se comenzó a percibir al inmigrante como a un competidor en el mercado laboral, brotando actitudes racistas y xenófobas. España no es un país con un recelo inicial al inmigrante ya que, a diferencia de otros Estados europeos<sup>27</sup>, tiene tradición emigratoria. En la actualidad, los conflictos bélicos que hay en todo el mundo, especialmente en Siria, han propiciado que incluso se vea al refugiado como a un terrorista, en vez de como injustas víctimas de una guerra.

---

<sup>25</sup>El art.14 CE: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

<sup>26</sup> En este sentido, la Carta de las Naciones Unidas del 26 de Junio de 1945, que recoge como objetivo básico el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales de todos, sin distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión. También el art.2 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965, que establece el compromiso de los Estados parte de seguir, por todos los medios apropiados sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación racial en todas sus formas.

<sup>27</sup>Los países de nuestro entorno como Italia, Francia, Alemania y Portugal.

En Europa, ya en los años ochenta ascendieron al poder partidos políticos de extrema derecha<sup>28</sup> con una ideología nacionalsocialista, en cuyos programas electorales se albergaban ataques directos a la población inmigrante y la propagación de ideas discriminatorias. Esto trae a colación directamente el reciente ascenso al poder de Donald Trump, actual presidente de Estados Unidos, con un programa electoral totalmente racista y discriminatorio, incluyéndose entre sus políticas la expulsión de todo inmigrante indocumentado y la creación de un muro que separe Estados Unidos con México.

Ante la injusta situación de incremento de las acciones racistas y xenófobas en la Comunidad Europea y por esta redistribución del mapa geográfico europeo<sup>29</sup> provocada por los acontecimientos políticos y bélicos, surgió la necesidad de reprimir y tipificar las conductas discriminatorias. Así se procede a reformar las legislaciones penales de los diferentes países para aplacar ese resurgir de ideologías discriminatorias en los países receptores.

Al igual que se hizo esto en su momento, es hora de una nueva reforma de la ley penal ya que tanto en Europa como en el resto del mundo, ha habido un aumento de la xenofobia, del rechazo a la diversidad de confesiones religiosas, en especial al islam, y en general a un incremento de la intolerancia en todos los ámbitos. Diversos organismos internacionales<sup>30</sup> requieren a los Gobiernos democráticos y a la sociedad en su conjunto abordar el problema de la discriminación con motivación xenófoba, de la propaganda racista, el discurso de odio en internet y la proliferación de grupos neofascistas, ya que están sufriendo un aumento preocupante.

Fue a través de la LO 4/1995, de 11 de mayo, mediante la que se tipifica la apología de los delitos de genocidio, cuando se modificó el Código Penal de 1973. El precedente inmediato de la actual regulación de la agravante de nuestro vigente Código Penal es el número 17 del artículo 10 del anterior Código Penal<sup>31</sup>. La circunstancia del artículo 22.4 Código Penal amplía el ámbito de aplicación en

---

<sup>28</sup> Como el Front National en Francia o el Vlaams Blok en Bélgica.

<sup>29</sup> RENART GARCÍA, F., «La agravación del delito por motivos discriminatorios: análisis del artículo 22.4º del Código Penal de 1995», en *Diario La Ley*, nº 5626, 2002.

<sup>30</sup>La ONU, la OSCE, el Consejo de Europa, el Parlamento Europeo y otras instituciones internacionales,

<sup>31</sup> Art.10.17º CP 1973: «Son circunstancias agravantes: Cometer cualquiera de los delitos contra las personas o el patrimonio por motivos racistas, antisemitas u otros referentes al origen étnico o nacional, o a la ideología, religión o creencias de la víctima».

relación con el anterior artículo 83 del Proyecto de Código Penal de 1992 y la circunstancia del artículo 10.17 Código Penal derogado<sup>32</sup>.

La agravante se introdujo para los supuestos en los que el móvil para la comisión del delito sea discriminatorio, en razón de las características de la víctima y en respuesta a las prácticas genocidas y de violencia racista y antisemita<sup>33</sup>. Los motivos son *numerus clausus* y aparecen delimitados en la ley. Tras la aprobación del actual Código Penal de 1995, se modifican y amplían tanto el número de delitos en los que puede ser aplicada la agravante como en las causas a las que viene referida. Desaparece el límite referente a su aplicación solo a los delitos contra las personas y el patrimonio, pudiéndose aplicar a cualquier delito, salvo inherencia o incompatibilidad. Además se extiende la agravante a otras situaciones como son el sexo, la orientación sexual, la enfermedad y la minusvalía de la víctima.

Esta agravante ha sido objeto constante de debates doctrinales, dando lugar a opiniones muy dispares e incluso antagónicas, tanto en su fundamento y naturaleza jurídica como en su necesidad práctica y su técnica legislativa.

Aunque la doctrina es unánime al afirmar la deficiente técnica legislativa con la que es redactada, existen divergencias entre quienes califican su implantación de fundamental por su operatividad práctica y su previsible aumento, y quienes se basan en la falta de correspondencia real entre los supuestos de la agravante y la realidad social española. Para ampliar la aplicación de esta agravante y que la misma se ajustara en mayor medida a la realidad, habría que incluir la previsión de circunstancias tales como la discriminación por la edad, situación familiar o económica e incluso parte de la doctrina plantea la posibilidad de introducir una cláusula abierta para englobar otras posibles situaciones que pudieran acontecer. La redacción de la agravante afecta a la seguridad jurídica pues es casuística, redundante e imprecisa<sup>34</sup>, semánticamente desafortunada, confusa, excesivamente amplia con

---

<sup>32</sup> BERISTAÍN IPIÑA, A., «Comentarios al Código Penal», Cobo Del Rosal (dir.), Edersa, Madrid, 1999.

<sup>33</sup> Aunque no cabe dudar genéricamente de su constitucionalidad (STC 176/1995 de 11 de diciembre), es preciso aplicarla con sumo cuidado debiendo acreditar claramente la intención o dolo específico del sujeto.

<sup>34</sup> ALONSO ÁLAMO, M., «La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir», Tecnos, Madrid, 2002.

términos indeterminados y con contenidos reiterativos<sup>35</sup>. El legislador ha intentado regular todas las situaciones posibles, no dejando ninguna fuera del tipo pero, pese a ello, la redacción del artículo no es agotadora<sup>36</sup>.

Las motivaciones permiten que el desvalor por el hecho se impute al autor, es decir, el motivo ayuda a delimitar la relación del autor con el hecho típico cometido, y así la agravante del artículo 22.4º CP se empleará para justificar la pena agravada. Por ello, al hacer alusión el artículo a los «motivos», son estos mismos los que hay que probar, y no las situaciones fácticas subyacentes ni los efectos. Habrá que prestar especial atención al contexto en el que se cometió el hecho delictivo, puesto que sirve para determinar el perfil de implicación personal del sujeto en la situación concreta.

Nos centraremos en el racismo que es el objeto de nuestro estudio. Tanto el racismo, la raza y la etnia son los pilares fundamentales y originarios para la creación de esta circunstancia agravante. Las opiniones doctrinales se hallan enfrentadas en cuanto a la forma en que estos motivos se recogen en la agravante: hay un sector de la doctrina que considera que la reiteración se debe a su importancia, mientras que otros sostienen su innecesaridad. La mayoría de la doctrina afirma que no son expresiones sinónimas rechazando una concepción amplia de raza<sup>37</sup>, distinguiéndolas principalmente en el componente biológico predominante en raza, y el factor cultural en etnia<sup>38</sup>. Cuando el precepto alude a los «motivos racistas» se refiere al hecho de cometer el delito motivado por el racismo, por lo que quien comete un delito «por motivos racistas» lo hace porque tiene un prejuicio racial o étnico. Ello implica que nos encontramos ante una innecesaria repetición, el artículo 22.4º CP ya menciona

---

<sup>35</sup>Como la referencia específica a los motivos antisemitas coexistiendo con los motivos racistas o de discriminación por la etnia, raza o nación. El primero podría estar comprendido en los motivos segundos. Además, carece de sentido la determinación de los motivos racistas por un lado, y de la discriminación por raza por otro, puesto que podrían considerarse sinónimos.

<sup>36</sup>Puesto que deja fuera la protección de sujetos pasivos como las prostitutas y los mendigos.

<sup>37</sup>Por raza se entiende la identificación de grupos humanos que se distinguen por el color de la piel y otros caracteres morfológicos y fenotípicos. También como la construcción cultural (propia de ideologías racistas) para incluir o excluir a las personas en determinados grupos, en función de su genotipo o de su fenotipo. Un criterio esencial sería el color de la piel, aunque también podrían incluirse otras características morfológicas si inciden de forma análoga en la identidad personal. El Tribunal Constitucional apoya esta interpretación amplia de raza, que abarcaría en gran medida el origen étnico.

En cambio, los grupos étnicos son aquellos que, dentro de una raza, presentan características antropológicas que los distinguen.

<sup>38</sup> RENART GARCÍA, F., «La agravación del delito por motivos discriminatorios: análisis del artículo 22.4º del Código Penal de 1995», en *Diario La Ley*, nº 5626, 2002.

expresamente, como dos de las condiciones personales a las que ha de ir referida la motivación del autor, la raza y la etnia<sup>39</sup>.

Esta criticable redacción ha habilitado una interpretación alejada del fundamento del precepto vinculado al principio de igualdad. La especial mención de los motivos racistas separada, junto a los motivos antisemitas, de las demás, parece privilegiar paradójicamente la condición personal de la raza y el semitismo sobre las otras. Se sanciona con mayor amplitud la comisión de un delito motivado por los primeros sobre los segundos, siendo que todos ellos se encuentran de igual manera vinculados al principio de igualdad.

Lo importante para la aplicación de la agravante es que el agresor se haya movido por esta razón para cometer el delito, independientemente de que víctima y agresor pertenezcan a distintas razas o etnias, que son la mayoría de los casos, o que el autor y el sujeto pasivo sean de la misma, la cual puede ser minoritaria o mayoritaria<sup>40</sup>. No obstante, existen ciertos perjuicios a que se aplique la agravante por motivos racistas cuando el agresor pertenece a una minoría vulnerable o incluso a la misma que la víctima<sup>41</sup>

La OSCE (Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa) define los delitos de odio en sentido amplio como «Toda infracción penal, incluidas las infracciones contra las personas y la propiedad, cuando la víctima, el lugar o el objeto de la infracción son seleccionados a causa de su conexión, relación, afiliación, apoyo o pertenencia real o supuesta a un grupo que pueda estar basado en la raza, origen nacional o étnico, el idioma, el color, la religión, la edad, la minusvalía física o mental, la orientación sexual u otro factor similar, ya sean reales o supuestos».<sup>42</sup>

Gracias a esta organización se suple la falta de definición del concepto en la legislación penal española y le permite que lo adapte según sus necesidades específicas.

---

<sup>39</sup>DÍAZ LÓPEZ, J.A., «El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4º CP», Civitas, 2013.

<sup>40</sup> BERISTAÍN IPIÑA, A., «Comentarios al Código Penal», Cobo Del Rosal (dir.), Edersa, Madrid, 1999.

<sup>41</sup>En Barcelona un joven negro fue asesinado por unos gitanos al grito de «negro de mierda», y ni el jurado popular ni después la Audiencia consideraron la agravante de racismo, porque quienes cometieron el crimen eran gitanos, de lo que dedujeron que no podía ser un crimen racista.

<sup>42</sup>Nuestro país suscribe el acuerdo de uso de este término en el ámbito de la OSCE tras ser aprobado en diciembre de 2003 por este organismo internacional que reúne a 55 países, durante el Consejo de Ministros de Asuntos Exteriores de Maastricht.

Relacionado con todo esto, vamos a hacer referencia en este trabajo a la «cifra oscura o cifra negra». La «cifra oscura de la criminalidad» son aquellos delitos que no han sido denunciados, y así no han sido investigados y escapan al registro, no constituyendo una cifra conocida<sup>43</sup>. En la práctica constituyen un volumen muy alto.

Existen investigaciones que aportan aproximaciones sobre el volumen que puede suponer esta cifra negra, como la encuesta EU-MIDIS del año 2012 realizada por la FRA<sup>44</sup> a miembros de minorías étnicas y grupos de inmigrantes en la Unión Europea. Ésta muestra que entre un 57% y un 74% de los delitos de agresión o amenaza, entre los que se encuentran los delitos de lesiones como el del objeto de este dictamen, y entre el 75% y el 90% de los delitos graves de acoso no fueron denunciados a la policía.

Como podemos apreciar es muy elevado el número de infracciones que se producen y quedan impunes por la falta de denuncia y posterior investigación y enjuiciamiento. Las razones que justifican la no interposición de la denuncia son de diversa índole, como el encontrarse en el país de forma irregular, el miedo a posibles represalias, desconfianza en la policía, entre otras que pueden disuadir incluso a la población en general como puede ser la creencia de que denunciar no cambiará nada porque la policía no puede o no está interesada en hacer algo al respecto. Es frecuente que las víctimas, a pesar de la gravedad de los hechos, consideren que los mismos son triviales, tal vez debido a la frecuencia con que ocurren, y que desconozcan sus derechos y la forma de ejercerlos.

Pero aunque la víctima denuncie, lo cierto es que las investigaciones policiales y judiciales son insuficientes. En los delitos de odio cobra una mayor relevancia la fase de investigación para el posterior enjuiciamiento de los mismos debido a la dificultad y la importancia de acreditar la existencia de una motivación discriminatoria en la comisión del delito. Tan solo se ha aplicado la agravante de actuar movido por motivos discriminatorios a diez sentencias entre 2005 y 2011<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup>En contraposición, «la cifra conocida de la criminalidad» son aquellos delitos denunciados, y por tanto registrados.

<sup>44</sup>Por sus siglas en inglés «Fundamental Rights Agency».

<sup>45</sup> GUERRI FERRÁNDEZ, C.: «La especialización de la fiscalía en materia de delitos de odio y discriminación. Aportaciones a la lucha contra los delitos de odio y el discurso del odio en España», Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2015.

Esto puede deberse a que los atestados policiales estuvieran incompletos, que las actas de inspección ocular no hayan recogido los elementos que podrían ser relevantes para acreditar la motivación discriminatoria, y que además, el sistema informático de recogida de denuncias no permitiera señalar la existencia del agravante. A menudo tampoco se intenta averiguar si los implicados forman parte de tramas o grupos organizados.

Las encuestas denotan un aumento de la intolerancia, de prejuicios y de actitudes contrarias hacia la inmigración y otros colectivos minoritarios. En muchas ocasiones, los propios ciudadanos no tienen conciencia de los comportamientos racistas que anidan entre nosotros ya que se han normalizado actitudes de rechazo, marginación y superioridad frente a los inmigrantes, olvidándose de que los inmigrantes crean riqueza y la propia tradición inmigratoria española. Se mira con recelo al inmigrante y generalmente se considera que hay un exceso de inmigrantes que abusan de los recursos del país, afirmando una identidad que excluye al diferente al que se le niegan derechos culturales y religiosos.

Sin embargo, no hay estadísticas oficiales que permitan dilucidar la gravedad de los delitos de odio en la sociedad española, y así conocer el volumen aproximado de criminalidad para poder elaborar políticas públicas de prevención y asistencia a las víctimas. Por tanto, disponer de estadísticas oficiales, a pesar de las limitaciones que éstas suelen presentar, es esencial, aunque es uno de los principales problemas de los delitos de odio. En los últimos años, numerosos organismos internacionales<sup>46</sup> así como organizaciones no gubernamentales<sup>47</sup> han señalado de forma reiterada que España es uno de los pocos países de Europa que no registra este tipo de datos de manera sistemática.

El Ministerio de Interior realizó, a partir del 2011, modificaciones en el Sistema Estadístico de Criminalidad (SEC) para poder registrar adecuadamente cualquier acto susceptible de ser calificado como racista o xenófobo e incorporar los datos de las policías autonómicas y nacionales<sup>48</sup>. Existen limitaciones al no existir un sistema informático que permita recopilar las actuaciones de la Fiscalía y los procedimientos

---

<sup>46</sup>Como la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea o la Oficina para las Instituciones Democráticas y Derechos Humanos.

<sup>47</sup>Por ejemplo, Movimiento contra la Intolerancia o Amnistía Internacional.

<sup>48</sup>Aunque estas estadísticas no son públicas.

judiciales respecto a delitos de odio y discriminación, de tal manera que resulta muy complicado vislumbrar cuál es la situación actual en España.

Por ilustrar un poco el estado del asunto en España según el Ministerio de Interior, nos adentraremos en su página web, en concreto, en su Informe sobre la Evolución de los incidentes relacionados con los Delitos de Odio en España<sup>49</sup>. Aportaremos algunos datos e incidiremos en los del 2015, habiendo modificaciones y mejoras en la recogida de datos en relación a los años anteriores.

En concreto, se ha avanzado en la eficacia de la recogida de datos gracias a la mejora de la formación y sensibilización de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad ante los «delitos de odio», junto con los procesos de depuración y consolidación de los datos de años anteriores.

Se han introducido dos ámbitos nuevos en el Sistema Estadístico de Criminalidad (SEC): la discriminación por razón de género y por ideología. De esta forma, se pretende registrar y codificar hechos que hasta el momento no se podían incardinar en los ámbitos establecidos. También se han introducido datos relativos al «discurso del odio» que hasta la actualidad no se registraban y se codificaban de forma separada en el Sistema Estadístico de Criminalidad. Igualmente se añaden los campos de «grupo de edad» y el «ámbito y tipología delictiva» en relación a los sujetos activos y pasivos de los delitos de odio.

Pues bien, según los datos estadísticos que se computan en este Informe se refleja que el total de delitos de odio registrados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el año 2015 asciende a 1.328 hechos conocidos. Por orden de frecuencia de mayor a menor: racismo y xenofobia, ideología, discapacidad, orientación o identidad sexual, creencia o prácticas religiosas, género, porofobia y antisemitismo. Se aprecia un aumento de los datos recogidos del 3,3%. No obstante, este hecho no indica que se haya producido realmente un incremento de estos delitos, sino que la introducción de nuevos ámbitos delictivos en el Sistema Estadístico de Criminalidad permite contabilizar casos que anteriormente no se registraban.

El ámbito delictivo del racismo y xenofobia han sufrido un aumento en relación al año anterior y, junto a la ideología, suman la mayor parte de los incidentes

---

<sup>49</sup> <http://www.interior.gob.es>

relacionados con los «delitos de odio», en concreto, un 61,2% del total de hechos conocidos. La delincuencia se concentra en torno a los delitos de lesiones, amenazas, injurias, actos racistas, xenófobos e intolerantes en el deporte y daños.

La mayoría de los «delitos de odio» tienen lugar en la vía urbana y otras vías de comunicación, durante los meses marzo, mayo, y junio.

El responsable tanto detenido como imputado por «delitos de odio», es mayoritariamente de sexo masculino (87,60%), de 18 a 40 años y nacionalidad española.

En el conjunto de las víctimas de nacionalidad extranjera, por incidentes discriminatorios las nacionalidades que más sobresalen estadísticamente son las procedentes de Marruecos, Senegal, Ecuador y Rumanía.

Sorprende la falta de datos oficiales hasta fechas bien recientes, sus deficiencias, y las informaciones que en ellos se reflejan, puesto que es impactante los pocos casos documentados frente a los que, más que probablemente, sea un número mucho mayor, puesto que normalmente no se contempla este móvil discriminatorio como el motivo del delito, por el miedo a un Derecho Penal de Autor. Esto es lo que ocurrió en este supuesto, donde la sentencia en sus hechos probados recogía las alusiones racistas a las víctimas y, sin embargo, no fue apreciada la agravante del artículo 22.4 CP, sin ni siquiera justificarse el porqué. Sentencias de este tipo y jueces y fiscales así no hacen más que colaborar en el engrose de esa cifra oscura que crea una falsa ilusión de tranquilidad en el sentido de que no hay apenas delitos de odio, una ficción que no ayuda en que se atajen estos problemas que tanto reclama la sociedad.

Para hacernos una idea de la falta de correspondencia real entre los datos recogidos por el Ministerio de Interior y la realidad española nos apoyaremos en el Informe Raxen.

El Informe Raxen<sup>50</sup> ofrece cifras sobre los delitos de odio que han tenido una repercusión mediática. «Crímenes de odio: memoria de 25 años de olvido» emplea

---

<sup>50</sup> «Movimiento contra la Intolerancia» es una organización autónoma, plural, abierta y participativa que trabaja contra la intolerancia, el racismo y la violencia como puede desprenderse de su página web <http://movimientocontralaintolerancia.com>. Esta organización, desde el año 1995, elabora anualmente el «Informe Raxen» al objeto de monitorizar hechos de racismo, xenofobia, antisemitismo, islamofobia, antigitanismo, homofobia y otras formas de intolerancia, y así combatir esta cifra oscura, luchando por

estos datos para crear un mapa histórico y documental fruto de la investigación realizada durante un año por el Grupo de Investigación de Crímenes de Odio y Movimiento contra la Intolerancia.

Miguel Ramos, uno de los autores del estudio, hablaba de estas cifras oscuras asimilándolas a la punta de un iceberg. Un gran símil, puesto que lo que realmente se juzga y registra es una pequeñísima parte de un total de delitos no registrados que si bien no se investigan, si se hacen no con la suficiente intensidad como para dejar al descubierto el fin último del delincuente al delinquir escondiéndose en la tipificación de otros delitos.

Pues bien, puesto que los escasos datos oficiales son insuficientes y ya que estos delitos escapan de los registros judiciales, aportaremos aquí los datos del Informe Raxen 52 de diciembre de 2012: «Delitos de Odio e Identificación y Registro de Incidentes Racistas y Xenófobos». Para efectuar la comparación, lo haremos entre los informes del Ministerio y de la ONG del año 2012, puesto que no hay datos de éste último del 2015. Este informe cifra en 4.000 las agresiones o delitos de odio que se producen cada año en España, en contraposición de las cerca de 1300 agresiones al año que aporta el Ministerio de Interior. El presidente de Movimiento contra la Intolerancia, Esteban Ibarra, califica de conservadoras estas cifras, puesto que según la Unión Europea, solo se denuncian el 10% de los casos, por lo que la cifra podría ser aún mayor.

Los países que cuentan con mecanismos eficaces de recogida de datos, muestran niveles de delitos de odio más altos que los que carecen de ellos, pero no necesariamente por un índice de delincuencia superior sino por su correcto registro. Los estudios sociológicos de las organizaciones no gubernamentales de los países, como España, sin registros oficiales eficaces, muestran la existencia de un problema que no está siendo detectado y abordado por el sistema, o al menos, no de forma efectiva. Si se formara a los policías, los fiscales y los jueces para que entendiesen y respondieran eficazmente a estos delitos, el daño causado por los delitos de odio podría disminuir. Resulta necesario y evidente adoptar un concepto compartido y

---

su esclarecimiento. Ofrece un aporte de datos imprescindible para investigar, analizar incluso proponer políticas de prevención criminal y de apoyo a las víctimas.

registrar los hechos si se quiere disponer de una política criminal eficaz frente al problema y una efectiva política victimológica.

En países como Alemania existen más de 24.000 delitos de racismo e intolerancia, en Gran Bretaña más de 60.000. La Agencia de Derechos Fundamentales Europea señala que ocurren varios millones de incidentes en la Unión Europea. Pero parece que en nuestro país no acabamos de asumir como prioridad democrática la lucha contra el racismo y la xenofobia pese a que lo reclamen los organismos especializados internacionales.

Ninguna Comunidad Autónoma se escapa de la existencia de grupos racistas y xenófobos, y coincide con el Informe del Ministerio en que las áreas más afectadas y con mayor presencia de grupos ultras y de extrema derecha son las grandes urbes como Madrid, Barcelona, Valencia y Alicante. Existen más de 10.000 ultras y neonazis en España, más de 1.000 sitios xenófobos en Internet y decenas de conciertos de música neofascista todos los años.

Para paliar este problema y reducir la cifra oscura, desde el Ministerio del Interior, con apoyo de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, se han impulsado de forma periódica diversas campañas de sensibilización a través de las redes sociales y otras que se hacen en fechas que coincidan con días señalados en el respeto de los derechos humanos.

De esta forma se ha permitido una mayor sensibilización de la ciudadanía en general ante estos hechos, y la mejora de las cuotas de confianza por parte de las víctimas para acudir a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a efectuar una denuncia. Se procura enseñar a la gente a ser tolerante y a denunciar los delitos de odio. Aunque parece que no es suficiente puesto que las cifras siguen siendo muy inferiores a la realidad práctica.

A los problemas antedichos se suma la falta de formación de los operadores del sistema de justicia penal lo cual es una necesidad para paliar los delitos de odio, lo cual desembocaba en una muy escasa aplicación de la agravante por las diversas motivaciones de intolerancia y de otros delitos relacionados como el de asociación ilícita.

Esta formación es esencial, en un primer término, para que la policía conozca los delitos existentes, los motivos discriminatorios y su poder de agravación, para que así valore adecuadamente su gravedad y realice las investigaciones y atestados de forma que permitan la correcta aplicación de los tipos.

También se les debe formar a los jueces y fiscales para que sepan cómo aplicar correctamente la ley nacional e interpreten los tratados internacionales de forma adecuada.

Desde la Fiscalía, se asumió el compromiso de potenciar y optimizar la actividad del Ministerio Fiscal en este ámbito ante la necesidad de ofrecer una respuesta institucional al problema de la discriminación y la situación de desprotección efectiva en que se encuentran las víctimas de estas conductas. Por lo que desde el año 2013 cada provincia de España cuenta con un fiscal especializado en este ámbito. Éste coordina la actuación de los Fiscales integrantes de la Red de Fiscales Delegados para la Tutela Penal de la Igualdad y contra la Discriminación para cada Provincia, identifica los crímenes de odio y lleva el control estadístico para poseer datos reales del problema, efectúa el seguimiento de las Diligencias o Procedimientos que se incoen o tramiten por crímenes de odio. Además es la encargada de las relaciones de la fiscalía con otras instituciones en este ámbito y controla el cumplimiento de los deberes asumidos por España en los tratados internacionales y de los fijados en las normas que conforman nuestro ordenamiento jurídico interno, así como las exigencias derivadas de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Procura la debida atención a las víctimas de los delitos de odio y discriminación.

Por tanto, queda latente que, para llevar a cabo todas estas funciones, se debe mejorar e incrementar la formación y capacitación de todos aquellos operadores jurídicos con responsabilidad en la investigación y enjuiciamiento de este tipo de infracciones penales, Se han llevado a cabo numerosos esfuerzos en este punto, a través de la Formación sobre Identificación y Registro de Incidentes Racistas 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.

Pese a ello y, aunque estas aspiraciones son muy acertadas y aconsejables, lo cierto es que en la práctica, la labor del fiscal especializado se ciñe a la redacción de las denuncias y demás documentos relacionados pero sin que suponga un papel activo contra la lucha de la intolerancia. Los casos en los que concurre el móvil discriminatorio se le adjudican al Fiscal que por turno le corresponda, no siendo prevalente la actuación del Fiscal especializado, quedando desdibujada esta figura. En el supuesto planteado, en las negociaciones previas a la conformidad, el Fiscal no era el especializado en la materia y en ningún momento entró a valorar el móvil discriminatorio. Ni en su escrito de acusación lo hizo valer, a pesar de las pruebas, ni lo tuvo en cuenta en las negociaciones al hablar de la pena a imponer. Esto da una idea aproximada del nivel de aplicación práctica de esta figura, que aunque tenga unas funciones deseables, en la práctica se limita a ser un caso más sin especial atención ni estudio. Además, en vista de los numerosos casos de impunidad latente, estos fiscales deberían actuar de oficio cuando conozcan la existencia de delitos de odio.

El informe Raxen constata la falta de formación de los jueces y tribunales, así como del Gobierno y la sociedad en general para prevenir y solucionar este tipo de conductas. De los 88 casos a los que hace referencia, tan solo 35 de los casos fueron condenados. Del resto, tres acabaron en absolución, 4 archivados, y de los 44 restantes «no sabemos qué pasó en el juzgado», en palabras de los autores del informe.

En sentencias, como las que traemos a colación, se recogen en los hechos probados alusiones completamente racistas pero, pese a ello, no se considera la aplicación de la agravante de motivos discriminatorios simultáneamente con el abuso de superioridad, aunque su aplicación sea compatible y no excluyente. Por ello, el caso objeto de estudio es uno más de aquellos que engrosan la cifra oscura, ya que pese a su denuncia y su correcta investigación, ha encontrado su traba en el enjuiciamiento pese a las pruebas más que indiciarias que demostraban el móvil discriminatorio. Es necesaria la aplicación efectiva de la agravante porque si no estos delitos de odio, y en concreto estos delitos agravados por la motivación racista, quedarán subsumidos en otros tipos penales, como el delito de lesiones, sin darles la importancia que merecen, y quedarán difuminados hasta su desaparición. Del mismo modo, es necesaria la transparencia de las instituciones respecto este tipo de casos para poder paliar los efectos y acabar con el problema desde la raíz.

Realmente quienes sufren las consecuencias de la cifra negra son las víctimas. Es la cara más débil del delito y quienes necesitan la protección institucional. El «delito de odio» se distingue de otros tipos de delitos comunes por la motivación de quien los perpetra, que rara vez se investiga con suficiente detalle como para extraer la significación real discriminatoria del delito, y en el impacto especialmente gravoso sobre la víctima. El agresor selecciona específica e intencionalmente a la víctima por su pertenencia a un grupo, lo cual sugiere que un miembro de ese grupo es intercambiable por cualquier otro, y por tanto no se eligen por lo que las víctimas son, sino por lo que representan. El agresor niega a las víctimas toda dignidad y derechos e incluso las llegan a considerar vida sin valor, como a seres inferiores. De esta forma, el mensaje violento alcanza a la víctima individualmente considerada, al grupo o colectivo al que pertenece, y en general a toda la sociedad democrática que ve degradada la convivencia pacífica.

Se les inflige un daño físico y mental incalculable. Además, estas víctimas se sienten solas, ya que no hay en España ninguna protección o apoyo específico<sup>51</sup>, e impotentes porque no entienden la razón por la que han sido atacadas e incluso no suelen ser conscientes de que están en peligro cuando están delante de sus agresores ni pueden evitar otras agresiones de este tipo en un futuro, al no poder cambiar su etnia, origen o color de piel.

Los Gobiernos no reconocen de manera satisfactoria el daño que causan los crímenes de odio a la seguridad individual, al orden público y a la paz social. Desde los poderes públicos se debería mejorar y ampliar la protección a las víctimas y sus familiares, implantando unas mayores garantías procesales que eviten el desamparo y el maltrato, y la asunción de responsabilidades del Estado mejorando la cobertura indemnizatoria, sin discriminar frente a otros colectivos. También se requieren instrumentos penales más precisos para hacer frente a estos delitos, además de reformar el Código Penal adecuándolo a los compromisos internacionales.

Se puede combatir contra estos delitos desde tres frentes diferentes: la acusación particular, acusación popular y ministerio fiscal. Como decíamos, el Fiscal, aunque debería ser el elemento principal para luchar contra esta cifra oscura y estos delitos al existir la figura de la Fiscalía especializada, lo cierto es que no aplica en la práctica

---

<sup>51</sup>A diferencia de las víctimas de terrorismo o de violencia de género.

las figuras correspondientes (como no solicitar la agravante en los hechos traídos a colación cuando hasta el juez lo plasma en sus hechos probados), y que no siempre dispone del tiempo necesario para hacer una investigación de los motivos, principalmente por el volumen de trabajo que tiene. La Acusación Particular defiende a la víctima del delito de odio, por lo que es la parte especialmente perjudicada. Aun así, no deja de ser un cliente con cuyos intereses se trabaja. Ya sea por miedo o por las ganas de acabar cuanto antes con el asunto, muchas veces se llegan a conformidades y acuerdos que, aunque no son satisfactorios completamente para las víctimas, al menos les permiten descansar y olvidar todo lo ocurrido, ya que no hay mecanismos efectivos de defensa que les permitan encararse a situaciones tan desagradables como discriminaciones por ser como son y por circunstancias que no pueden ni deben cambiar (por ejemplo, ser colombiano o parecerlo por la tez más oscura, entre otros rasgos).

Por ello, y ante la falta de operadores jurídicos especializados, cobra especial importancia el ejercicio de la acusación popular en los procedimientos judiciales contra el racismo, la xenofobia y otras formas de intolerancia, apoyando a las víctimas o colaborando con el Ministerio Fiscal, si bien la regulación de la figura de la acusación popular, al prever la posible prestación de una fianza, hace más sencillo en la práctica que la defensa correcta de los intereses de las víctimas se realice mediante la acusación particular por designa directa de la víctima.

Hay que aprender a valorar y disfrutar la heterogeneidad de las sociedades actuales, con una rica diversidad étnica, cultural, religiosa y social en general, lo cual es una fuente potencial de enriquecimiento para Europa. Resulta imprescindible promover programas educativos y de sensibilización preventiva destinados a niños y jóvenes frente a los prejuicios racistas, xenófobos o de cualquier otro tipo de intolerancia, para así paliar el problema desde sus orígenes. La mayoría de estos delitos fueron cometidos por menores de 25 años, e incluso menores de edad, lo que constituye unos datos alarmantes y que deben encontrar una pronta solución. Sin duda la educación es la base de cualquier sistema de convivencia, y, como acertadamente prevén los informes precitados, existe la necesidad de replantearse el sistema educativo y los valores de las nuevas generaciones. Por ello, es importante educar a las futuras generaciones en valores de igualdad y respeto a la diferencia, para así

formar a individuos tolerantes y fomentar la pacífica convivencia entre personas distintas.

Organizaciones como Movimiento contra la Intolerancia reclaman la instauración de una ley integral contra los delitos de odio, con el fin de prevenir la aparición de estos crímenes mediante una acción integral en los ámbitos de la educación, la comunicación, el deporte y la cultura, además de prestar asistencia a las víctimas y sus familias.

## VI. CONCLUSIONES

Sobre la base de los antecedentes de hecho expuestos, dando respuesta a las preguntas planteadas e indagando en la aplicación de las diferentes agravantes y, en concreto, el abuso de superioridad y los motivos discriminatorios, se pueden extraer las siguientes conclusiones.

**I.** En primer lugar, en relación con la Víctima Uno los tres agresores serán acusados como autores de un delito de lesiones agravadas del artículo 148.1º del Código Penal por haber empleado los cinturones con clavos en la agresión, lo cual constituye un instrumento peligroso y por haber provocado unas lesiones graves que requieren tratamiento médico quirúrgico. Por la agresión contra Víctima Dos serán acusados por un delito leve de lesiones del artículo 147.2º del Código Penal, por precisar para su curación únicamente una primera asistencia facultativa.

**II.** Las circunstancias modificativas de la responsabilidad que serían de aplicación en ambos supuestos son, por un lado como agravantes, el abuso de superioridad y los motivos discriminatorios (artículo 22, números 2º y 4º respectivamente del CP), y por otro lado, la reparación del daño causado como atenuante.

Tales circunstancias agravantes son de aplicación a los tres sujetos activos, porque en la agresión todos ellos realizaron los comentarios racistas que se recogen en los antecedentes de hecho, y que dan a entender que su motivación para delinquir y para elegir las víctimas era discriminatoria, en concreto, racista. Además la del artículo 22.2º del mismo Código «actuar con abuso de superioridad», porque se prevalecieron de su superioridad física e instrumental para perpetrar el delito.

Todos los investigados ingresaron la cantidad solicitada por el Ministerio Fiscal como responsabilidad civil antes de que se dictara la sentencia de conformidad, lo cual fundamenta que se les aplique la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5ª del Código Penal.

Para la individualización de la pena, en relación con el delito agravado de lesiones habría que acudir al artículo 66.7º del Código Penal porque concurren agravantes y atenuantes, persistiendo un fundamento cualificado de agravación. Del resultado de la aplicación de estas reglas resulta un marco penológico de 5 años y un día a 7 años y 6 meses de prisión, añadiéndole alguna de las penas accesorias del artículo 56.1 del Código Penal, como es la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

En cambio, para determinar la pena por el delito leve de lesiones no existen unas reglas fijas como ocurría en el caso anterior, sino que será el juez quien aplicará la pena a su prudente arbitrio (art.66.2 CP), tomando como base el marco legal de la multa de uno a tres meses. De los parámetros legales para determinar el valor del día multa de la pena de entre 2 y 400 euros, y tras investigar la situación personal y económica de los investigados, parece razonable solicitar como cuota diaria la multa de 15 euros durante tres meses, lo cual asciende a la cantidad de 1.350 euros cada uno. De todas formas, serán los Jueces o Tribunales quienes, de forma motivada, determinaran la extensión de la pena y el importe de estas cuotas. Para ello, tendrán en cuenta exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo (art.50.6 CP).

**III.** Para el cálculo de la responsabilidad civil usaremos como base el Baremo para los Accidentes de tráfico de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, que si bien su uso es ampliamente aceptado en la praxis judicial, no es obligatorio para el cálculo de la responsabilidad civil en este supuesto.

Pues bien, los acusados deberán indemnizar a la Víctima Uno conjunta y solidariamente en la cantidad de 3.525 euros por las lesiones y 1.685,32 euros por las secuelas, y a la Víctima Dos en 824,62 euros por las secuelas y 630 euros por las lesiones temporales. A esta cuantía se le añadirá el interés legal prescrito en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Las cantidades que los condenados ingresen en relación con Víctima Dos, se imputaran en primer lugar a la responsabilidad civil y después a la multa (art.126.1 CP).

**IV.** Sobre la denuncia penal interpuesta por los investigados contra las víctimas, en la que las responsabilizan del delito y de las lesiones que sufrió uno de ellos. No obran en autos pruebas suficientes como para realizar tal afirmación, sino más bien en sentido contrario, pruebas inculpatorias de los acusados. Las víctimas se podrían defender de esta acusación amparándose en la eximente del artículo 20.4º del Código Penal de actuar en legítima defensa. En caso de que se hubiera lesionado a uno de los acusados, estas lesiones serían defensivas por parte de las víctimas.

**V.** Desde la perspectiva de la necesaria defensa de los acusados habría que precisar, en primer lugar, que les amparan una serie de derechos como el derecho a no declarar o a no confesarse culpable. En cambio, tanto las víctimas como los testigos tienen obligación de ser veraces en sus declaraciones. Partiendo de esta base, los acusados podrían negar los hechos e incluso afirmar que ellos no se encontraban en el lugar de los hechos si no en las inmediaciones exclusivamente. Pero es una línea de defensa arriesgada ya que las pruebas los colocan en el lugar de los hechos. Así las cosas, habría que crear dudas acerca de la veracidad de los testigos y de la pelea en sí, intentando reenfocar los hechos por el artículo 154 del Código Penal, la riña tumultuaria, solicitando la pena mínima de multa de 6 meses. Desde la óptica de la acusación particular, negaríamos la apreciación de la riña tumultuaria reconduciéndolo a los tipos penales antes expuestos puesto que no se cumple el primer elemento, el carácter tumultuario, porque las agresiones fueron personales, individualizables y directas.

**VI.** La solución más beneficiosa para los sujetos implicados en los hechos es la conformidad y, de esta forma, intentar evitar el ingreso en prisión. Para ello, se deberá abonar la responsabilidad civil y reconocer los hechos, para que así tanto Fiscal como acusación particular solicitaran la pena de multa en vez de prisión, y en una duración y cuantía mínima.

**VII.** El procedimiento que procedería incoar sería el procedimiento abreviado regulado en los artículos 757 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El juez competente en la fase de instrucción es el Juez de Instrucción de Zaragoza (artículo 14.2 LECr), y para la fase de juicio oral y sentencia, el Juez de lo Penal de Zaragoza (artículo 14.3 LECr). Los hechos serán investigados y enjuiciados en la misma causa porque la investigación y la prueba en conjunto resultan convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes (artículo 17.1 y 17.2.1º LECr). Será preceptiva la asistencia letrada desde la detención (artículo 767 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), pudiendo ser de oficio o particular. Este abogado tendrá también habilitación legal para la representación de su defendido hasta que sea preceptiva la intervención de procurador a partir del trámite de apertura del juicio oral (artículo 768 LECr).

**VIII.** Sería de aplicación la agravante del artículo 22.2 del Código Penal, el abuso de superioridad, agravante de índole predominantemente objetiva, cuyo fundamento radica en un mayor desvalor de la acción del sujeto activo manifestada en la técnica de comisión del delito, prevalecerse de su situación de superioridad. Se aplica al caso planteado ya que existe una situación de superioridad, medial y personal, que no es inherente al delito, y que produce una disminución notable en las posibilidades de defensa del ofendido, sin que llegue a eliminarlas. Los agresores conocían esa situación de desequilibrio y se aprovecharon de la notable inferioridad de condiciones de las víctimas para una más fácil realización del delito. Los agresores se dirigieron a las víctimas con cinturones con clavos que emplearon en la agresión, siendo inicialmente tres contra dos y finalmente contra uno.

Sería compatible la aplicación conjunta de la agravante de abuso de superioridad y el subtipo agravado de lesiones del artículo 148.1º del Código Penal que es el precepto invocado con Víctima Uno porque, además de emplearse el cinturón con clavos como instrumento peligroso, concurre una desproporción entre el número de agresores frente al de víctimas que asegura la ejecución y disminuye las posibilidades de defensa.

**IX.** No sería de aplicación la alevosía, circunstancia con la que guarda un gran parecido el abuso de superioridad, regulada en el artículo 22.1 del Código Penal, por incompatibilidad. Se diferencian en que en la alevosía la conducta agresora tiende objetivamente a la eliminación de la defensa, a la ausencia del riesgo, produciendo la indefensión total o prácticamente absoluta del sujeto pasivo. Pero en el caso estudiado, sí que existían posibilidades de defensa, aunque estuviera debilitada, por lo que se aplicaría el abuso de superioridad. Esto se aprecia principalmente en que Víctima Dos pudo escapar del lugar de los hechos, y que ambas víctimas al defenderse pudieron haber causado unas lesiones defensivas a uno de los agresores.

**X.** En el supuesto planteado no se aplicó incorrectamente la agravante del artículo 22.4º del Código Penal. Para aplicar dicha agravante se requiere que el sujeto activo haya delinquido movido por una motivación discriminatoria en relación con determinadas cualidades de las víctimas reguladas legalmente, siendo un listado cerrado. Se debe acreditar el hecho constitutivo de la infracción, el dolo específico de lesionar de los sujetos activos, la condición de las víctimas y el móvil discriminatorio, pese a la dificultad de su prueba por el carácter íntimo y personal de las motivaciones.

Aunque la circunstancia objetiva que determina el móvil discriminatorio no concurra en Víctima Dos por ser español y no extranjero, el ataque tiene una clara motivación racista como se desprende de los gritos con insultos y alusiones xenófobas. Se podrá aplicar la agravante siempre que exista una relación directa entre la motivación y la agresión porque ese error en las circunstancias personales de la víctima no excluye su aplicación, dado que el autor igualmente está movido por una motivación discriminatoria.

En principio, el abuso de superioridad puede concurrir con la agravante de actuar movido por motivos discriminatorios. Ambas se pueden compatibilizar ya que los sujetos actúan movidos por motivos discriminatorios y, además, se aprovechan de la situación de desequilibrio que les beneficia, al ser en todo momento tres contra dos o eventualmente contra uno, dependiendo del momento de la agresión.

**XI.** Junto a las circunstancias agravantes, es de aplicación la atenuante del artículo 21.5 del Código Penal de reparación del daño causado, ya que los agresores abonaron la responsabilidad civil derivada del delito solicitada por el Ministerio Fiscal antes de la celebración del juicio oral.

Es compatible la aplicación simultánea de las agravantes meritadas y de la atenuante de reparación del daño. Nada obsta a que puedan reparar el daño causado posteriormente a los hechos y antes del juicio oral, a pesar de sus motivaciones racistas al delinquir y de haberse aprovechado de una situación de superioridad sobre las víctimas.

**XII.** Los delitos leves no siguen las reglas de individualización de la pena del art.66.1 CP sino que el Juez tiene un cierto margen de discrecionalidad para decidir el valor que le otorga a las agravantes y atenuantes para la delimitación de la pena dentro del marco jurídico penal, como ya ocurría en las antiguas faltas. En la actual regulación las reglas sobre los delitos leves se encuentran en el mismo artículo que los demás delitos, dando la imagen de un Código más sistemático y mejor organizado. Hay otras diferencias con las anteriores faltas, como es el incremento de la pena del delito leve de lesiones frente a la anterior falta, la ampliación del plazo de prescripción y la existencia de antecedentes penales. Estos delitos leves de lesiones ya no se consideran públicos y perseguibles de oficio sino que necesitan denuncia previa de la persona agraviada o de su representante legal. De esta forma, aunque se haya instruido un atestado policial, si el perjudicado no denuncia, el Juzgado sobreseerá provisionalmente la causa. Aunque el legislador con estos cambios parece haber intentado reducir el número de procedimientos que entran en el Juzgado por denuncias de lesiones con escasas probabilidades de éxito, lo cierto es que propicia que no se denuncien ciertas agresiones por miedo a represalias que antes podían ser denunciadas por cualquier ciudadano y llevadas a enjuiciamiento.

**XIII.** Es llamativa la falta de aplicación práctica de la agravante de motivos discriminatorios, y más si tenemos en cuenta lo que representa y protege.

Existen reticencias a su uso por temor a que se enmarque la agravante en un Derecho Penal de autor que sancione el fuero interno de las personas. Nada más alejado de la realidad, ya que existen medios para evitar que se produzca esto, como es la necesidad de probar ese móvil discriminatorio a través de pruebas indiciarias principalmente. Habría que prestar atención a que la conducta del sujeto activo se acompañe de expresiones o hechos anteriores, coetáneos o posteriores de los que se pueda objetivamente inferir su voluntad discriminatoria. Por tanto, no se sanciona el fuero interno, sino los hechos típicos externos realizados con esa motivación discriminatoria que aumenta la reprochabilidad por esos delitos.

La agravante no sanciona las motivaciones en sí mismas consideradas, sino un hecho típico cuya pena viene delimitada legalmente. No se puede valorar penalmente el fuero interno mientras el mismo no se exteriorice con hechos. No obstante, en Derecho Penal se admiten los motivos, puesto que son elementos imprescindibles para delimitar lo ilícito penal de otros ilícitos y de lo lícito. Realmente una persona puede ser racista o no gustarle un determinado colectivo como opción de conciencia, aunque no puede delinquir basándose en este móvil discriminatorio, pues su conducta será más reprochable que el mismo delito perpetrado sin esa motivación. Por ello, no se entra a valorar la actitud interna del autor de un delito siempre y cuando no cometa un delito con base en unos motivos discriminatorios que habrá que probar.

Desde la perspectiva de los derechos humanos, habría que dotar a la agravante de un contenido real y práctico para que pueda cumplir la función que tiene encomendada. No se debería quedar su uso en la simple teoría y menos aún dar a los ciudadanos una imagen distorsionada de los delitos de odio en sentido amplio, al crear una falsa sensación de tranquilidad y de protección estatal frente a ellos.

Nuestra jurisprudencia permite la aplicación simultánea de las circunstancias modificativas de la responsabilidad citadas. Pese a ello, no se aplicó la agravante de motivos discriminatorios en el caso planteado. Esto puede deberse a una cierta dejación de sus funciones por parte del Juez y del Ministerio Fiscal, al no cumplir su deber de calificar correctamente los hechos a enjuiciar, ignorando la aplicación de esta agravante. Sorprende que en sentencias como la que traemos a colación se recojan en los hechos probados alusiones racistas y xenófobas y que no se considere la aplicación de esta agravante. Casos como este ayudan al engrose de la cifra oscura,

ya que pese a su denuncia y su correcta investigación, ha encontrado su traba en el enjuiciamiento pese a las pruebas más que indiciarias que demostraban el móvil discriminatorio. Es necesaria la aplicación efectiva de la agravante porque si no estos delitos de odio, y en concreto estos delitos agravados por la motivación racista, quedarán subsumidos en otros tipos penales, como el delito de lesiones, sin darles la importancia que merecen, quedando difuminados hasta su desaparición. Del mismo modo, es necesaria la transparencia de las instituciones respecto a este tipo de casos para poder paliar sus efectos y acabar con el problema desde la raíz.

**XIV.** Según los datos aportados, la cifra oscura supone un volumen muy superior a la cifra conocida, lo cual deja latente la necesidad de replantearse el sistema de recogida de datos y del tratamiento de los delitos de odio en la praxis judicial. Es inaceptable que se dejen impunes estos delitos bien por la falta de denuncia, o bien por la deficiente investigación o enjuiciamiento.

Las encuestas denotan un aumento de la intolerancia, de prejuicios y de actitudes racistas. Sin embargo, no hay estadísticas oficiales que permitan dilucidar la gravedad de los delitos de odio en la sociedad española para así, tras conocer el volumen aproximado de criminalidad, elaborar políticas públicas de prevención y asistencia a las víctimas. Aunque el Ministerio de Interior modificó el Sistema Estadístico de Criminalidad para poder registrar cualquier acto con trasfondo racista o xenófobo, tiene limitaciones que complica el vislumbrar cuál es la situación actual en España.

España se debería dotar de mecanismos eficaces de recogida de datos, como sí que tienen otros países, los cuales muestran niveles de delitos de odio más altos que los que carecen de ellos, y no por un mayor nivel de delincuencia sino por una correcta recogida de datos.

**XV.** Para intentar disminuir los delitos de odio y los daños que éstos producen, hace falta paliar la falta de formación de los operadores del sistema de justicia penal. Este déficit de formación es una causa más para la escasa aplicación de la agravante en cuestión. Se debe mejorar e incrementar la capacitación de todos aquellos operadores jurídicos con responsabilidad en la investigación y enjuiciamiento de este

tipo de infracciones penales, porque si se les formara para que entendiesen y respondieran eficazmente a estos delitos, el daño causado por los delitos de odio podría disminuir.

**XVI.** Se debe instaurar una ley integral contra los delitos de odio, para evitar su aparición mediante una acción completa en los ámbitos de la educación, la comunicación, el deporte y la cultura. Se deben promover programas educativos y de sensibilización preventiva relacionados con la discriminación racista y con cualquier otro tipo de intolerancia destinados a niños y jóvenes, así como replantearse el sistema educativo y los valores de las nuevas generaciones.

**XVII.** Los poderes públicos deberán reconocer el daño que causan los crímenes de odio a la seguridad individual, al orden público y a la paz social. Deberán prestar ayuda a la víctima directa y sus familiares, ofreciéndoles garantías procesales que eviten su sensación de abandono, y asumiendo responsabilidades al mejorar la cobertura indemnizatoria.

Del mismo modo, atenderá y apoyará a las asociaciones y organizaciones contra la intolerancia como la solicitante del presente dictamen, y pedirá un uso responsable de los medios de comunicación, a fin de evitar la difusión de discursos que inciten al odio. También deberá tomar medidas para evitar la segregación en todos los ámbitos, como puede ser el acceso a los colegios.

Por tanto, el Estado debería implicarse eficazmente y dar respuesta integral a este problema a través de políticas estructurales para frenar el avance del racismo y la intolerancia, concretando tal compromiso en una ley.

Nos gustaría cerrar el trabajo con un conocido poema del pastor luterano alemán Martin Niemöller, el cual sintetiza muy bien la pasividad de la sociedad en general ante el fenómeno de la discriminación: «Primero fueron a por los sin papeles, pero como yo tenía documentación, guardé silencio; después vinieron a llevarse a los sin techo y no dije nada, porque no duermo en la calle; después vinieron a buscar a los

musulmanes, pero yo no tenía esa religión y miré a otro lado; después vinieron a por todos los inmigrantes y no protesté porque yo estaba en mi país; finalmente, se llevaron a gays, judíos y demócratas, tampoco reaccioné pues pensé que no era mi problema, y cuando vinieron a buscarme no había nadie que pudiera protestar».

Esta es la opinión que emitimos como dictamen y que sometemos a otra mejor fundada en Derecho, firmándola en Zaragoza a veintidós de diciembre de dos mil dieciséis.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

Para la resolución de las indicadas cuestiones jurídicas planteadas se ha empleado la siguiente normativa, jurisprudencia y doctrina de aplicación a las mismas:

### 1. NORMATIVA.

1.1. Constitución Española de 1978

1.2. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

1.3. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

1.4. Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil.

1.5. Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

### 2. JURISPRUDENCIA. Jurisprudencia de aplicación al caso, ordenada de mayor a menor importancia y en orden cronológico.

1) STC, número 176/1995, de 11 de diciembre.

2) STS (Sala de lo Penal) número 2111/1994, de 30 de noviembre

3) STS de 21 de febrero de 1995, número 222/1995, RJ 1995\1203.

4) STS número 730/1995, de 5 de junio;

5) STS número 354/1996, de 27 de abril;

6) STS, de 9 de febrero de 2002, número recurso 2726/2002,

7) STS (Sala segunda) del 27 de julio de 2002, número 1406/2002, RJ 2002\7787

8) STS, de 13 de marzo de 2003, número 364/2003

9) STS, del 17 de marzo de 2005, número 514/2005

10) STS (Sala de lo Civil) del 17 de abril de 2007, número 429/2007.

11) STS (Sala de lo Penal) de 18 de noviembre de 2009, número 1180/2009, RJ 2009\7900

- 12) STS de 2 de diciembre de 2010, número 1068/2010, RJ 2011\274.
- 13) STS número 1236/2011, del 22 de noviembre;
- 14) STS número 1390/2011, de 27 de diciembre
- 15) STS número 275/2012, de 10 de abril.
- 16) STS 729/2012, de 25 de septiembre.
- 17) STS, de 12 de enero de 2016, número 13/2016
- 18) SAP de Barcelona (Sección 6ª) de 1 de junio de 2009, número 514/2009, ARP 2009/1037
- 19) SAP de Madrid (Sección 26ª) de 3 de mayo de 2010, 306/2010, JUR 201/231505
- 20) SAP de Zaragoza, de 26 de noviembre, número 325/2012.
- 21) SAP de Málaga (sección 9º) número 152/2014 de 4 de marzo, ARP 2014\754
- 22) SAP de Zaragoza (sección 3), número 498/2016, del 17 de octubre del 2016.
- 23) SAP de Zaragoza (sección tercera), del 18 de octubre de 2016, número 496/2016

3. DOCTRINA. Aunque no es una fuente del Derecho, sí que permite analizar la opinión interpretativa mayoritaria de los problemas planteados.

- 1) ALONSO ÁLAMO, M., «*La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*», Cerezo (dir), Tecnos, Madrid, 2002.
- 2) ARROYO DE LAS HERAS, A., «*Las circunstancias agravantes en el Código Penal de 1995*», Muñoz Cuesta (coord.), Aranzadi, Navarra, 1997.
- 3) BERISTAÍN IPIÑA, A., «*Comentarios al Código Penal*», Cobo Del Rosal (dir.), Edersa, Madrid, 1999.
- 4) BOLDOVA PASAMAR, M.A. «*La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*», Civitas, Zaragoza, 1995.
- 5) CUERDA ARNAU, M.L., «*Comentarios al Código Penal de 1995*», Tomás (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- 6) DE URBANO CASTRILLO, E., «*Comentarios al Código Penal*», Conde Pumpido (dir.), López Barja de Quiroga (coord.), t. I, Bosch, Barcelona, 2007.

- 7) DE VICENTE MARTÍNEZ, R., «Resumen técnico: Riña tumultuaria», Tirant lo Blanch, Barcelona, 2015.
- 8) DÍAZ LÓPEZ, J.A., «El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4º CP», Civitas, 2013.
- 9) DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 57, nº1, 2004, pp. 143-176.
- 10) GARRO CARRERA, E. y ASÚA BATARRITA, A.: «Atenuantes de reparación y de confesión», 2009.
- 11) GOYENA HUERTA, J., «Comentarios al Código Penal», Gómez Tomillo (dir.), Lex Nova, Madrid, 2010.
- 12) GUERRI FERRÁNDEZ, C.: «La especialización de la fiscalía en materia de delitos de odio y discriminación. Aportaciones a la lucha contra los delitos de odio y el discurso del odio en España», Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2015.
- 13) LANDA GOROSTIZA, J.M., «La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho Penal», Comares, Granada, 2001.
- 14) LANDA GOROSTIZA, J.M., «Recensión a Juan Alberto Díaz López, *El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4º CP*», en *InDret*, nº3, 2014.
- 15) MACHADO RUIZ, M.D., «El derecho a no ser discriminado y el error sobre la orientación sexual de la víctima (Comentario a la sentencia de la AP de Barcelona de 13 de marzo de 2000)», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Nº5, 2002.
- 16) MIR PUIG, S., «Derecho Penal Parte general», t.6º, Reppertor, Barcelona, 2002.
- 17) PRATS CANUT, J.M., «Comentarios al nuevo Código Penal», Quintero Olivares (dir.), Morales Prats (coord.), ed. 6, Aranzadi, 2011.
- 18) RENART GARCÍA, F., «La agravación del delito por motivos discriminatorios: análisis del artículo 22.4º del Código Penal de 1995», en *Diario La Ley*, nº 5626, 2002.
- 19) VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., «Comentario al Código Penal», La Ley, 2010.

#### 4. RECURSOS DE INTERNET

- 1) <http://www.interior.gob.es>, visitada el 2 de noviembre
- 2) <http://movimientocontralaintolerancia.com>, visitada el 7 de diciembre

#### 5. INFORMES

1. «Crímenes de odio: memoria de 25 años de olvido»
2. Informe Raxen 52 de diciembre de 2012: «Delitos de Odio e Identificación y Registro de Incidentes Racistas y Xenófobos».