

Guía jurídica

Enfrentando la aporofobia



Guía jurídica

Enfrentando la aporofobia

Índice

1. El porqué de la guía.....	7
2. Contexto	11
¿Qué es la aporofobia?	12
Algunos datos sobre la aporofobia en España	14
3. Respuesta penal frente a la aporofobia	17
Delito de odio del artículo 510 CP	20
La agravante del artículo 22. 4º CP.....	25
¿Se pueden aplicar a la vez el delito de odio del artículo 510 CP y la agravante de aporofobia del artículo 22. 4º CP?	31
4. Las entidades sociales y su papel en el proceso. Otros recursos o formas de participación	33
¿En qué se diferencian la víctima del delito y el perjudicado?	34
¿Qué puede hacer una entidad social que tenga conocimiento de que se ha cometido un delito?	35
5. La acusación popular o la acusación particular	39
Acusación popular.....	40
Acusación particular	42
6. La responsabilidad civil derivada del delito	45
Análisis de cuestiones procesales desde la perspectiva de la víctima	46
Plazo y legitimación activa y pasiva	47
Requisitos de la responsabilidad	51
Limitaciones a la responsabilidad.....	53
7. Bibliografía y jurisprudencia	57

1

El porqué de la guía

Solo puede considerarse que una sociedad garantiza los mínimos de justicia cuando sus actores luchan de manera contundente por la erradicación de cualquier tipo de discriminación. La aporofobia, como odio y discriminación al pobre por su condición de tal, es una «mancha» que ensucia el Estado de derecho y las aspiraciones que tenemos como humanidad para alcanzar un mayor bienestar y dignidad para todos.

Por ello, como abogacía, entendemos que es nuestro deber actuar frente a este tipo de discriminación, que profundiza en la percepción social de que las personas que viven en la pobreza son culpables de su condición, y no víctimas de una situación de vulnerabilidad no deseada.

Decidimos, primero, hacer un análisis de la realidad socio-jurídica de la aporofobia en la actualidad, junto con un equipo de abogados del área de procesal, civil y penal del despacho de abogados Gómez-Acebo & Pombo, con profesores y estudiantes de la Universidad Autónoma de Madrid y con una de las entidades sociales con mayor recorrido contra el sinhogarismo, Hogar Sí.

Este análisis corroboró nuestra hipótesis: es necesario promover un mayor conocimiento teórico y práctico del concepto jurídico-penal de aporofobia, que aparece recogido en el Código Penal en diversas ocasiones tanto como elemento del tipo en ciertos delitos como en su condición de circunstancia agravante.

Así fue como nos embarcamos en elaborar esta guía práctica que hoy tiene entre sus manos, con la que pretendemos contribuir no solo al fin anterior, sino también a hacer una llamada de atención en la profesión de la abogacía sobre el importante papel que puede jugar frente a hacer a la aporofobia.

¿Será siempre el proceso penal la mejor vía de solución y denuncia? ¿Cómo elegir la mejor estrategia jurídica en cada caso? En la guía tratamos de arrojar un poco de luz sobre estas y otras preguntas, prestando especial atención a los recursos al alcance de víctimas y entidades del tercer

sector en la lucha contra la aporofobia, la realidad de la práctica del derecho penal en este supuesto y los duros efectos sobre quien participa de este proceso como víctima.

Si bien se trata de una guía con el objetivo de abordar la realidad de la aporofobia desde un punto de vista penal-civil, cada caso particular requerirá de una ponderación propia y ajustada a sus circunstancias.

Queremos dar las gracias a todas las personas que han participado en esta guía:

A los abogados *pro bono* de Gómez-Acebo & Pombo: Jennifer Marchante Redondo, Marta Casilda Martínez-Almeida de Navasqués y Juan Mira Ruiz.

A los profesores de la Universidad Autónoma de Madrid: David Gallego Arribas, Sebastián López Maza, Gemma Maria Minero Alejandre, Marina Minguez Rosique, Leopoldo Puente Rodríguez, Blanca Rodríguez-Chaves Mimbrero y Ana Belén Valverde Cano.

A los alumnos de la Universidad Autónoma de Madrid: Miguel Alonso Balmaseda, Raúl Alonso Hernández, Ana Caballero Dávila, Laura Cañas Cañete, Pablo Coso González, Sara de la Cruz Pareja, Carlos Eduardo Díez Moreno, Sandra Egea Díaz, Ana Zimei Gómez Torres, Víctor González Vitón, Cristina Gutiérrez Gómez, María López Bermejo, Irene López López, Maritza Ivón Mollo Reyes, Noemí Martín Mens, Lucía Mosquera de Ena, Carlos Eduardo Olivares Luchsinger, Marina Pereda Sanz, Adriana Pinedo Guerrero, Laura Rongyu de Frutos Salvador, Ana Rupérez Morey, Pablo Toldos Cabrera, Marc Torres Martínez y Sara Gabriella Uberti-Bona Marín.

A los profesionales de Hogar Sí: Pedro Blanco Sanginés, Gema Castilla Gómez, Marina Sanchez Cuesta y Domitila Barbolla Mate.

2

Contexto

¿Qué es la aporofobia?

El término aporofobia —formado a partir de la voz griega *áporos*, ‘sin recursos’ o ‘pobre’, y *fobos*, ‘miedo’— fue acuñado en los años 90 del siglo pasado por la filósofa española Adela Cortina Orts¹, que publicó un artículo periodístico refiriéndose a uno de los males crecientes de esa época: el rechazo y el odio hacia las personas pobres. Desde entonces, su uso ha crecido significativamente y, en 2017², se registró como cultismo en el Diccionario de la lengua española con el significado de ‘fobia a las personas pobres o desfavorecidas’³.

El perfil de la persona objeto de agresiones «aporófobas» incluye tanto aquellas en **situación de sinhogarismo, como aquellas vinculadas a la falta de recursos económicos o a la manifestación de severas carencias materiales**.

El 16 de diciembre de 2005, tres jóvenes quemaron viva a María Rosario Endrinal —véase resumen de la sentencia más abajo—, una mujer que vivía en un cajero de la ciudad de Barcelona. El suceso conmocionó a la sociedad española, no porque fuera la primera vez que se producía un acto de violencia descarnada contra una persona en situación de sinhogarismo, sino porque, a través de la grabación de la cámara de la entidad bancaria, toda España pudo ser testigo de la brutalidad que se ejerció contra una mujer que se encontraba indefensa y cuya única falta era ser pobre y carecer de un hogar⁴.

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA - SECCIÓN 10ª -, DE 5 DE NOVIEMBRE DE 2008⁵

El 15 de diciembre de 2005 María pernoctaba en un cajero de Barcelona cuando bien entrada la noche dos jóvenes mayores de edad irrumpieron en el cajero. Ambos jóvenes comenzaron a increpar y mofarse de María, arrojándole objetos. Después de un breve forcejeo por el control de la puerta, María consiguió cerrarla, por lo que ambos individuos se marcharon. Horas después los jóvenes volvieron acompañados de una tercera persona menor de edad. El menor de edad engañó a María para que le dejara entrar, y al salir dejó la puerta cerrada pero franqueable, lo que los dos mayores de edad aprovecharon para irrumpir en el cajero. Acto seguido, los tres jóvenes empezaron a agredir a la mujer, que estaba dormida en el suelo, con palos y tubos de plástico. Después de agredirla, se ausentaron para coger un bidón de disolvente, que luego esparcieron sobre la mujer, tirando también una colilla al suelo, lo que provocó que la mujer se incendiase. Como resultado de las quemaduras, María falleció el 17 de diciembre de 2005.

La Audiencia Provincial de Barcelona condenó a los jóvenes a 16 años de prisión por un delito de asesinato con alevosía, debiendo estos indemnizar a las hijas de María.

1 Adela Cortina, “Aporofobia”, ABC Cultural, 1 de enero de 1995. Disponible en: <https://www.abc.es/archivo/periodicos/cultural-madrid-19951201-63.html>

2 Adela Cortina, Aporofobia, el rechazo al pobre: un desafío para la democracia —Barcelona: Paidós, 2017—.

3 Fundéu, “Aporofobia, término válido”, 15 de octubre de 2021. Disponible en: <https://www.fundeu.es/recomendacion/aporofobia/>.

4 Hogar Sí, “Por fin la aporofobia está en el Código Penal”, 20 de mayo de 2021. Disponible en: <https://hogarsi.org/aporofobia-codigo-penal/>

5 Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 5 de noviembre de 2008. RJ 127\2007.

Tuvieron que pasar casi cinco años, y gracias muy particularmente al trabajo y las reflexiones del fiscal Miguel Ángel Aguilar, para que en el ámbito judicial empezara a debatirse seriamente sobre la necesidad de incluir la aporofobia en los delitos de odio. Este debate abrió muchas puertas, no sólo en el ámbito judicial, sino también en el de las políticas públicas de seguridad, que han sido la base de los avances que hemos vivido los últimos años⁶.

Así, este caso y algunos otros, junto con el esfuerzo de muchos agentes concienciados sobre esta materia, contribuyeron al debate en torno a la necesidad de que determinadas acciones ejecutadas contra personas pobres por ostentar dicha condición fueran consideradas delitos de odio.

Es en este ambiente de reflexión y reconstrucción donde nace el Observatorio HATENTO⁷, una herramienta impulsada por Hogar Sí que busca visibilizar y condenar los delitos de odio contra personas en situación de sinhogarismo.

En 2021, se produce un gran avance cuando, a través de una disposición en la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral la infancia y la adolescencia frente a la violencia, **la aporofobia entra en el Código Penal** —en adelante, ‘CP’—. A efectos de esta guía, queremos destacar, por un lado, la ampliación del catálogo de las circunstancias agravantes recogidas en el artículo 22. 4ª CP y, por otro, la inclusión de la aporofobia como nueva circunstancia en los supuestos delictivos contemplados en el artículo 510 CP, en el que se regulan los llamados delitos de odio.

Por otro lado, cabe señalar que el término aporofobia no sólo se viene utilizando en la esfera privada, sino también en la pública. Esto sucede, por ejemplo, cuando calificamos como «aporofóbicas» determinadas actuaciones y regulaciones de las Administraciones Públicas que pueden ir en perjuicio de —o incluso agravar— la situación de vulnerabilidad de las personas sin hogar, como es la prohibición de dormir de día o de noche en vías y espacios públicos.

Otra derivación del uso de este término es lo que se ha denominado «arquitectura hostil», es decir, la incorporación en el espacio urbano de «estrategias urbanísticas que intentan desalentar las conductas no deseadas por el poder, una tendencia de diseño urbano donde los espacios públicos se construyen o alteran para desalentar su uso»⁸. De esta manera se pretende impedir que las personas en situación de sinhogarismo utilicen determinados espacios públicos, provocando su desplazamiento del centro de las ciudades y favoreciendo la marginalización.

6 Hogar Sí, “Por fin la aporofobia está en el Código Penal”, *Hogar Sí*, 20 de mayo de 2021. Disponible en: <https://hogarsi.org/aporofobia-codigo-penal/>

7 Observatorio de Hogar Sí, *Hatento*. Disponible en: <https://hogarsi.org/hatento/>.

8 Cándido Marquesán, “Arquitectura hostil: una ciudad contra los sintecho”, *Nueva Tribuna*, 10 de diciembre de 2019. Disponible en: <https://www.nuevatribuna.es/opinion/candido-marquesan-millan/arquitectura-hostil-ciudad-sintecho/20191210130856168984.html>

Algunos datos sobre la aporofobia en España

Según datos del Observatorio HATENTO⁹, el 47% de las personas en situación de sinhogarismo ha sufrido incidentes o delitos de odio; y, de estas, el 81% en más de una ocasión. En el 60% de las ocasiones estos incidentes o delitos de odio se han producido en el lugar donde dormían.

El 87% de las personas sin hogar que han sufrido delitos de odio no denuncian, mientras que el 68% de los testigos de delitos de odio no llegan a actuar.

Además, según el informe emitido por el Instituto Nacional de Estadística en el año 2022¹⁰, entre los tipos de delitos o agresiones más frecuentes destacan:

- a. Los insultos y amenazas —34,6%—.
- b. El robo de pertenencias —32,8%—.
- c. Las agresiones físicas —19,6%—.
- d. Los timos —19,2%—.

Respecto al sentimiento de discriminación, un 46,4% de las personas sin hogar en España se han sentido discriminadas. De estas, un 7,1% de las personas en situación de sinhogarismo manifiesta sentirse constantemente discriminadas, un 13,7% muchas veces y un 25,6% algunas veces¹¹.

Por último, resulta imprescindible mencionar que las mujeres informan con mucha mayor frecuencia haber sido víctima de alguna agresión sexual —11,1%— frente a los hombres —2,2%—¹².

9 Observatorio de Hogar Sí, Hatento. Disponible en: <https://hogarsi.org/hatento/>.

10 Instituto Nacional de Estadística —INE—, 2022. Personas sin hogar según si han sido víctimas de algún delito o agresión y tipo de delito o agresión por sexo. Igualdad, no discriminación y relación con la justicia. Disponible en: <https://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?tpx=54496>

11 Instituto Nacional de Estadística —INE—, 2022. Personas sin hogar según percepción subjetiva de discriminación por sexo. Igualdad, no discriminación y relación con la justicia. Disponible en: <https://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?tpx=54492>

12 Instituto Nacional de Estadística —INE—, 2022. Personas sin hogar según si han sido víctimas de algún delito o agresión y tipo de delito o agresión por sexo. Igualdad, no discriminación y relación con la justicia. Disponible en: <https://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?tpx=54496>



3



**Respuesta
penal
frente a la
aporofobia**

Los comportamientos descritos anteriormente no son sólo motivo de denuncia pública y social, sino potenciales conductas sancionables, especialmente desde su regulación normativa en el año 2021 en el ámbito penal.

El concepto de aporofobia se introdujo en el CP, con el objetivo de tratar de dar cobertura y solución penal a delitos de naturaleza discriminatoria y de odio motivados por la situación económica de la víctima. De este modo, se da una respuesta jurídico-penal a la situación de vulnerabilidad y potencial victimización que afrontan determinadas personas y/o colectivos.

La víctima de un delito motivado por razones de aporofobia no es seleccionada por el atacante por razón de su identidad propia o personal, sino por su pertenencia a un colectivo social concreto que le produce repulsión y rechazo, y que es discriminado por esa razón de una manera contraria a los artículos 10 y 14 de la Constitución Española —en adelante, ‘CE’—¹³.

Teniendo en cuenta lo anterior, el CP hace referencia a la aporofobia en distintos preceptos diferenciados:

- a. artículo 22. 4ª CP, dentro de la llamada **agravante por discriminación**;
- b. artículo 510 CP, como una de las posibles motivaciones —elemento del tipo penal— del denominado **delito de odio**;
- c. artículo 314 CP, como una de las posibles motivaciones de una grave **discriminación en el empleo** —público o privado—;
- d. artículos 511 CP y 512 CP, en relación con la **denegación de prestaciones** en los servicios públicos y privados a los que tengan derecho;
- e. artículo 515 CP, en relación con la punibilidad de las **asociaciones que se consideren ilícitas**, incluyendo como ilícitas aquellas que fomenten, promuevan o inciten al odio, violencia o la discriminación por razones «aporófobas».

En este sentido, y a efectos de limitar adecuadamente el contenido de esta guía para su mejor comprensión, desarrollaremos en los siguientes apartados el contenido citado en las previas letras a) y b) en cuanto a la agravante y los delitos de odio que reproducen este concepto jurídico-penal de aporofobia.

¹³ El artículo 10.1 CE se refiere a que la «dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social»; y el artículo 14 a que los «españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

¿Qué implica la agravante discriminatoria del artículo 22. 4ª CP en la que se menciona la aporofobia?

Como adelantábamos, este concepto encuentra cabida, en primer lugar, en el artículo 22. 4ª CP, en el que se incluyen un listado de posibles agravantes como circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

Una agravante se define como una circunstancia que, sin ser necesaria para apreciar la existencia del delito, incrementa la responsabilidad de su autor cuando concurre.

En este sentido, el artículo 22.4ª CP recoge la agravante por motivo de discriminación:

«Artículo 22. Son circunstancias agravantes: [...]

*4ª. Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas, antigitanos 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, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, **de aporofobia o de exclusión social**, la enfermedad que padezca o su discapacidad, con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta».*

Es decir, la pena de un determinado delito será objeto de agravación cuando en su comisión el juez aprecie la existencia de alguno de los motivos anteriormente listados.

Asimismo, la apreciación de la agravante será independiente de que las condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la víctima del delito. Por ejemplo, un sujeto A comete un delito de lesiones contra B, al que cree de etnia gitana, sin que en realidad dicha circunstancia concorra en B.

¿En qué consisten los delitos de odio del artículo 510 CP?

Además de su mención en calidad de circunstancia agravante, también avanzábamos la presencia de este concepto en varios tipos delictivos diseminados a lo largo del CP. Uno de ellos es precisamente el artículo 510 CP, dedicado a la regulación de los delitos de odio.

En este precepto se tipifican una serie de conductas consistentes en la creación de un clima de odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte de este o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel, siempre que el autor haya actuado movido por motivos discriminatorios.

Los motivos, por lo tanto, son los mismos que los señalados anteriormente en relación con la agravante del artículo 22.4ª CP. Sin embargo, en este precepto los motivos son parte del delito; es decir, un elemento del mismo que debe concurrir como condición necesaria para la condena del agresor.

El artículo 510 CP tipifica una serie de conductas diferenciadas: los actos incitantes, como actos de inminencia porque existe un peligro real e inminente de actuación ulterior; y los actos que en menor gravedad contribuyen de forma grave y eficaz a demonizar a los colectivos vulnerables,

entendiéndose estos actos como una fase previa a la inminente agresión. Por tanto, el primer apartado del artículo tipifica los **discursos incitantes** en sentido estricto, mientras que el segundo apartado tipifica el **discurso injuriante**.

Artículo 510.1 CP

—penas de prisión de 1 a 4 años y multa—

Se refiere a:

- el fomento, la promoción o incitación pública, directa o indirecta, al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra ciertos grupos;
- la producción, elaboración o posesión con finalidad divulgativa de material incitador directo o indirecto del odio, la hostilidad, la discriminación o la violencia contra ciertos grupos;
- el negacionismo o enaltecimiento favorecedor de un clima de odio, hostilidad, discriminación o violencia.

Artículo 510.2 CP

—penas de prisión de 6 meses a 2 años y multa—

Se refiere a:

- la humillación o menosprecio de los grupos protegidos o alguno de sus miembros;
- el enaltecimiento o justificación pública de los delitos cometidos contra los grupos protegidos o alguno de sus miembros, o de sus ejecutores.

Delito de odio del artículo 510 CP

¿A qué colectivos protegen los delitos de odio?

Como ya hemos visto, las conductas consistentes en la creación de un clima de odio, hostilidad y discriminación tipificadas en el artículo 510 CP han de dirigirse contra determinados grupos, contra una parte de aquellos o contra alguno de sus miembros. Estos grupos son los llamados «**grupos diana**».

Ahora bien, han de tenerse en cuenta las siguientes precisiones:

- Los colectivos del artículo 510 CP deben entenderse como **numerus clausus**, no siendo posible su aplicación a otros distintos; es decir, sólo se protege a aquellos colectivos o grupos diana que hayan sido descritos en el tipo por el legislador.

- Además, ha de tratarse necesariamente de **minorías o grupos tradicionalmente desprotegidos**, con un historial de opresión o injusticia, o que afronten arraigados prejuicios, hostilidad, discriminación o que sean vulnerables por otros motivos¹⁴.

¿Quién puede cometer este tipo de delitos?

Cualquier **persona física** puede ser sujeto activo de este delito.

Además, se trata de uno de los delitos directamente atribuibles a las **personas jurídicas**, que podrán llegar a ser condenadas en aquellos casos en los que alguno de sus miembros cometiera este delito en beneficio de la entidad y en el ejercicio de sus labores dentro de la misma, cuando la propia persona jurídica haya favorecido la comisión de este delito por no ejercer sobre sus integrantes el debido control —ausencia de un *compliance* penal—.

No obstante, en el caso de los ayuntamientos y otros órganos públicos, según lo establecido en el artículo 31 quinquies CP, estos nunca podrán ser sujetos dotados de responsabilidad penal. En consecuencia, por mucho que podamos considerar las acciones de las administraciones públicas, o los casos de arquitectura hostil, moralmente cuestionables, no es posible interponer una querella contra este tipo de instituciones.

¿Qué significa que deba existir un móvil discriminatorio en los delitos de odio?

El artículo 510 CP presupone que el autor de cualquiera de las conductas tipificadas ha obrado o impulsado por motivos discriminatorios. Dado que el móvil discriminatorio es **una cuestión subjetiva, interna del individuo** —ánimo del sujeto—, resulta muy difícil de probar.

Precisamente, de cara a la prueba de este móvil discriminatorio, será fundamental que la víctima relate lo sucedido, haciendo especial énfasis en los sentimientos que le produjeron las manifestaciones proferidas por el autor o autores. Del mismo modo, también será importante la declaración de testigos que hubieran presenciado los hechos que se denuncian.

Asimismo, se deberá intentar demostrar que no existía una concreta animadversión entre el autor y la víctima. Por ejemplo, que el contenido de los mensajes discriminatorios iba más allá de la existencia de una mala relación entre el autor y la víctima, lo que puede corroborarse, por ejemplo, atendiendo a expresiones como «deberían quemar a todos los sintecho», «ojalá os muráis de frío todos» u «oléis fatal, sólo traéis suciedad», las cuales denotan un ánimo discriminatorio contra todo el colectivo y no sólo contra una persona.

¹⁴ "Caso Savva Terentyev contra Rusia". Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de agosto de 2018. JUR 2018\226395. El Tribunal consideró que la policía, al ser un organismo público encargado de hacer cumplir la ley, difícilmente puede ser considerado minoría o grupo protegido. En opinión del Tribunal, las fuerzas de seguridad del Estado deben mostrar una elevada tolerancia hacia los discursos ofensivos, a menos que estos discursos supongan acciones ilegales inminentes respecto a ellos o se vean expuestos a un riesgo real de violencia física.

¿Qué son los indicadores y para qué sirven? ¿Que haya indicadores significa que hay delito de odio?

Los indicadores son **hechos objetivos que ocurren durante la comisión del delito** que pueden sugerir la existencia de este. Es decir, son señales de alerta para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado—en adelante, ‘**FCSE**’—, cuya concurrencia deberán constatar en sus atestados, dado que indican la posibilidad de que se haya cometido un delito de odio. También cumplen el doble propósito de educar y formar a las FCSE en su atención a estos delitos.

El Tribunal Supremo —a través de su jurisprudencia¹⁵— y la Fiscalía General del Estado¹⁶, han elaborado un listado de indicios o indicadores que permitirían extraer la existencia de un móvil discriminatorio.

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que no se trata de indicios que constituyan un sistema cerrado, sino que se trata de una lista abierta. Además, ninguno de estos indicios es determinante por sí mismo, por lo que se debe realizar una investigación exhaustiva para determinar la existencia del móvil discriminatorio.

Indicador	
1	La percepción de la víctima.
2	La pertenencia de la víctima a un colectivo o grupo minoritario.
3	Discriminación y odio por asociación.
4	Expresiones o comentarios.
5	Los tatuajes, el vestuario o la estética del autor de los hechos.
6	La propaganda, estandartes, etc. de carácter extremista o radical.
7	Los antecedentes policiales del sospechoso.
8	Si el lugar del incidente está relacionado con un grupo considerado minoritario.
9	La relación del sospechoso con grupos caracterizados por su hostilidad contra colectivos discriminados.
10	La aparente gratuidad de los actos violentos.
11	Enemistad histórica entre los miembros del grupo de la víctima y del presunto culpable.

¹⁵ Destacamos la Sentencia del Tribunal Supremo 755/2008, de 26 de noviembre, RJ 2008\7134, FJ 3.

¹⁶ Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal. RCL 2019\907.

-
- | | |
|-----------|--|
| 12 | Suceso en una fecha significativa para la comunidad o colectivo. |
|-----------|--|
-
- | | |
|-----------|--|
| 13 | Conmemoración de algún acontecimiento o hecho que constituya un símbolo para el delincuente. |
|-----------|--|
-
- | | |
|-----------|----------------------------|
| 14 | La conducta del infractor. |
|-----------|----------------------------|
-

El artículo 510.1 CP: ¿qué acciones pueden dar lugar a la aplicación del tipo?

El artículo 510.1 CP tipifica varias conductas:

- i. El fomento, la promoción o la incitación pública.
- ii. La producción, elaboración o distribución de escritos o cualquier otra clase de material que por su contenido sean idóneos para fomentar dicho clima.
- iii. Negar, trivializar o enaltecer los delitos de genocidio, de lesa humanidad o el enaltecimiento de sus autores.

Es importante destacar que el delito de odio no sanciona las meras opiniones o ideas, sino las conductas que incitan al odio o la violencia. En cualquier caso, para que alguna de las conductas anteriores pueda ser castigada, esta debe ser «*potencialmente idónea para la creación de un clima de peligro real*» respecto de los integrantes de los grupos protegidos¹⁷.

Conviene tener en cuenta que el apartado 510.1 a) CP recoge como conducta típica la creación de un clima de odio y no especifica por qué medios, mientras que los apartados 510.1 b) CP y 510.1 c) CP sí especifican la conducta típica que, junto con el favorecimiento del clima de odio, componen este delito —producir, elaborar o poseer para su distribución materiales idóneos para fomentar o promover al odio, en el primer caso; y públicamente negar, trivializar o enaltecer los delitos de genocidio o lesa humanidad, en el segundo—.

El artículo 510.1 CP: ¿qué implica la incitación a un «clima de odio»?

En el caso del artículo 510.1 CP, además de la existencia de un móvil discriminatorio por parte del sujeto activo, será necesario constatar la promoción, incitación o fomento de un clima de odio, hostilidad, discriminación o violencia contra los grupos diana.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 335/2017, de 11 de mayo. RJ 2017\2295.

La Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, en su Recomendación n.º15¹⁸, ha elaborado un listado de circunstancias que definen un umbral para establecer adecuadamente qué tipo de expresiones podrían constituir o incitar a este clima de odio:

- i. el **contexto social** en el que se realiza la conducta, esto es, si en la sociedad ya hay un clima previo de tensión u hostilidad contra el colectivo de que se trate —en cualquier caso, no es necesario que siempre sea así, lo importante es que se cree o se incremente ese clima—;
- ii. la **posición social del autor** de la conducta, principalmente si dispone de la capacidad de ejercer una influencia importante sobre determinados estratos de la población —p.ej., por ser el líder de un partido político, de una comunidad religiosa o de otras organizaciones o asociaciones—;
- iii. el **lenguaje** empleado por el autor —p.ej., si emplea expresiones de carácter provocativo y directo—;
- iv. el **medio empleado por el autor**, principalmente si permite alcanzar a un número elevado de destinatarios por poder ser accesible desde cualquier lugar y en cualquier momento¹⁹.

La propia jurisprudencia ha concretado en algunos ejemplos esta existencia o generación de un «clima de odio».

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 259/2011, DE 12 DE ABRIL

El acusado Eulalio, propietario de una librería, distribuyó y vendió una serie de publicaciones entre enero y julio de 2003 que exculpaban y justificaban los crímenes nazis durante la Segunda Guerra Mundial. Además, promovían la reinstauración de regímenes totalitarios basados en la supremacía racial. Se acusaba también a otras tres personas involucradas en la escritura, publicación y distribución de escritos similares. Las publicaciones no condenaban los crímenes contra el pueblo judío y otros grupos, sino que los justificaban e incitaban a su marginación y exclusión social. Además, los acusados pertenecían a la asociación Círculo de Estudios Indoeuropeos —CEI—, autodefinida como nacionalsocialista.

Los acusados fueron absueltos por el delito de odio previsto en el artículo 510 CP por considerar el Tribunal que los hechos no constituían un clima de odio u hostilidad que pudiera concretarse en actos específicos de violencia hacia las personas judías. La Sentencia concluye que la existencia de peligro depende tanto del contenido de lo que se define, así como de la forma en la que se hace la difusión, teniendo en cuenta el ámbito social al que se dirigen los actos. Destaca que es importante considerar el contexto o las circunstancias en las que se manifiesta una conducta, opinión o idea que puede ser determinante para generar o no un riesgo para los bienes jurídicos protegidos.

18 Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia. Recomendación general n.º15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y memorándum explicativo, de 8 de diciembre de 2015. Disponible en: <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-n-15-on-combating-hate-speech-adopt/16808b7904>.

19 En relación con este aspecto, merece la pena hacer una breve referencia a la idea de «ciberodio». El ciberodio consiste en la difusión de ideas, símbolos, videos, imágenes, discursos, actitudes o conductas que inciten al menosprecio, al ataque o a la humillación de otras personas, por medio de Internet —redes sociales, páginas web u otras plataformas—. En este sentido, que la incitación o la promoción al odio, violencia u hostilidad se realice a través de Internet facilita que pueda entenderse satisfecho el requisito referido a la creación del clima. Internet aparece como una herramienta que maximiza la difusión del mensaje, en la medida en que se convierte en potencialmente accesible para un número indefinido de destinatarios.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 335/2017, DE 11 DE MAYO

Bienvenido fue acusado por escribir varios tweets con el propósito de elogiar la actividad delictiva de una organización terrorista y al mismo tiempo vilipendiar a víctimas de actos terroristas.

En su valoración de los límites de la libertad de expresión a la hora de realizar opiniones públicas, el Tribunal Supremo entiende que condenar y suprimir los comentarios vertidos por Bienvenido no supone una vulneración de su derecho a la libertad de expresión —artículo 20.1 CE—, puesto que los mismos implican la creación de una atmósfera o ambiente social proclive a acciones terroristas que pudieran suponer la comisión de delitos.

El artículo 510.2 CP: ¿qué condiciones requiere la aplicación de la modalidad recogida en su apartado a)?

El subtipo penal del artículo 510.2 a) CP castiga a quienes **lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación**, menosprecio o descrédito por motivos discriminatorios.

Nos interesa esta modalidad delictiva en particular, la del artículo 510.2 a) CP, porque hasta ahora la mayoría de la jurisprudencia que condena por el artículo 510 CP lo hace en aplicación de este subtipo —si bien no hay publicada hasta la fecha ninguna resolución que haga expresa referencia en esta modalidad a la aporofobia—.

Como en todos los delitos de odio, deberá acreditarse que el autor del delito actuó movido por un ánimo discriminatorio. Sin embargo, a diferencia del artículo 510.1 CP, esta modalidad del 510.2 CP **no requiere acreditar la creación de un clima de odio** para considerar que existe delito; si el discurso injurioso genera ese clima de odio, dicho clima será considerado, de hecho, como una circunstancia agravante²⁰.

La agravante del artículo 22. 4º CP

¿Qué función tiene la aplicación de una agravante?

Para comprender mejor la agravante de aporofobia, conviene primero advertir una serie de cuestiones generales en cuanto a las agravantes como condiciones modificativas de la responsabilidad penal.

Cuando hablamos de la aplicación de una circunstancia agravante nos referimos a que, si concurre en un delito, **incrementa la responsabilidad por el hecho** y, por tanto, la pena aparejada a tal delito. Así, para la aplicación de una agravante es imprescindible que haya previamente un delito. Las agravantes de un delito pueden encontrarse en la redacción del mismo o en el listado genérico de circunstancias agravantes incluidas en el referido artículo 22 CP.

²⁰ Mirena-Jon Landa Gorostiza, «El delito de incitación al odio —artículo 510 CP—: quo vadis, Azafea: Revista De Filosofía 23 (2021): 57-81, doi: 10.14201/azafea2021235781.

Un ejemplo de la primera modalidad sería la agravante contenida en el artículo 148 CP, que agrava las lesiones que se cometen cuando la persona es especialmente vulnerable y convive con el autor. La agravante de aporofobia, por el contrario, es un ejemplo de las circunstancias agravantes genéricas incluidas en el artículo 22 CP.

En esta agravante, lo relevante es que el sujeto actúa por alguno de los motivos discriminatorios contemplados en el mismo. No se castiga ser racista, machista u homófobo; lo que se castiga es realizar un hecho delictivo movido por el ánimo discriminatorio y que tenga un componente expresivo. En este sentido, es importante tener en cuenta que no en todo delito en el que la víctima sea una persona que pertenezca a otra raza, etnia o nación o participe de otra ideología o religión o condición sexual, habrá de ser apreciada la agravante.

¿Por qué prestar atención a la aplicación de otras agravantes?

Debido a la falta de jurisprudencia en cuanto a la agravante de aporofobia, hemos de fijarnos en otros supuestos regulados en el propio artículo 22. 4ª CP para poder crear un contexto marco más amplio y así formarnos una idea más clara sobre esta agravante tan reciente y su posible ámbito o alternativa de aplicación.

Al observar y analizar otras agravantes ponemos el énfasis en cómo los tribunales han lidiado con su aplicación, con el objeto de extrapolar el concepto de una forma más acertada.

De hecho, como viene entendiendo la jurisprudencia, «en los delitos de odio, la discriminación no sólo afecta a la víctima concreta, sino a la colectividad que se conmociona cuando se transgrede una norma de tolerancia, a la convivencia respetuosa de las distintas opciones y, principalmente, respecto de colectivos tradicionalmente vulnerables a los que el ordenamiento quiere proteger con cierta intensidad»²¹.

¿Qué es la agravante de discriminación por motivos racistas, antisemitas y antigitanos?

Esta agravante se refiere a las actuaciones de carácter discriminatorio contra **un colectivo minoritario de personas por sus características físicas, religiosas y étnicas**.

La agravante de discriminación por motivos racistas tiene su fundamento en proteger y promover el principio constitucional de igualdad con especial protección a grupos más susceptibles de ser victimizados, castigando con más severidad aquellos actos que son contrarios a los valores de la sociedad. En los casos de discriminación por motivación racista, la agravante se aplica cuando del autor del delito se dilucida su intención de perpetuar una idea de superioridad racial, extendiendo el ataque no sólo a la víctima sino también al colectivo al que pertenece.

Algunas sentencias como las expuestas a continuación han aplicado esta agravante de discriminación por motivos racistas:

²¹ Sentencia del Tribunal Supremo 458/2019, de 9 de octubre. RJ 2019\4049.

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE LLEIDA 119/2017, DE 28 DE MARZO

Luis fue condenado por verter combustible sobre una vivienda en la que habitaban personas de origen extranjero. Posteriormente agredió con un cuchillo a cinco viandantes, de los cuales cuatro eran extranjeros.

La sentencia le condenó a cinco delitos de asesinato en grado de tentativa concurriendo la agravante de discriminación por motivos racistas en cuatro de las víctimas de origen emigrante y racializados —peruano, argelino, chino y paquistaní—.

El Tribunal se valió de un informe del perito de los Mossos d'Esquadra para probar los motivos del autor y así perfilar la agravante por motivos racistas. En concreto, se demostró que el acusado era fundador y vocal de una asociación de extrema-derecha. Tenía vinculaciones e ideología probada nacionalsocialista. Se encontraron en su casa pintadas de carácter neonazi y racista, y tenía libros de estudios sobre el fascismo y el nazismo. Tenía sentencias firmes previas de delitos por agresión a dos nacionales colombianos en situaciones distintas. En base a lo expuesto, el Tribunal concluye que el móvil del delito ha sido el racismo de Luis.

**SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ZARAGOZA 25/2008,
DE 16 DE ENERO**

Los acusados agredieron a un grupo de personas de origen subsahariano sin conocerlas previamente y sin provocación alguna por la exclusiva motivación del color de piel de las víctimas, escalando las agresiones con amenazas de muerte e insultos xenófobos.

El juez vio probada que la exclusiva motivación de los agresores era el color de la piel de las víctimas, ya que en la Sentencia se recogen como hechos probados que los agresores y agredidos no se conocían de antemano y no había mediado disputa ni provocación entre ellos. Sólo existía una diferencia racial y el hecho de cruzarse en el camino cuando los agresores se encontraban juntos, armados y exaltados.

¿Cuál es la agravante de orientación o identidad sexual o de género?

Esta agravante se aplica cuando se ha cometido un delito motivado por prejuicios hacia la orientación o identidad sexual o de género de la víctima y **busca garantizar la protección de las personas LGBTQ+ frente a actos de discriminación y violencia.**

**SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO PENAL
NÚM. 20 DE BARCELONA 332/2022, DE 19 DE JULIO**

Sobre las 6 a.m. en el metro de Barcelona los acusados —incluido un menor— se empiezan a mofar de Carlos haciendo gestos afeminados y riéndose del denunciante por su forma de vestir y porque en su camiseta se hace alusión al colectivo homosexual. Le preguntan «qué pasa, que eres maricón», a lo que Carlos contesta de manera afirmativa. A continuación, y debido a la situación vivida, la víctima decide cambiarse de asiento en el vagón con el fin de alejarse, a lo que los denunciados deciden perseguirle y volver a sentarse a su lado para seguir con las burlas y el acoso. Posteriormente, al salir del vagón, el menor de edad le propina a la víctima un fuerte golpe en el cuello que le hace caer al suelo, y en ese momento el resto de los acusados aprovechan para propinarle patadas y puñetazos.

En este caso se condenó a los acusados por un delito de lesiones del artículo 147.1º CP, con la circunstancia agravante de 22. 4ª CP por discriminación por orientación sexual de la víctima. También fue posible su aplicación porque el testimonio de la víctima fue reforzado por un testigo que confirmó la mayoría de los comportamientos homófobos que estaban teniendo los acusados hacia la víctima.

**SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID
—SECCIÓN 16ª— NÚM. 387/2022, DE 12 DE JULIO**

Adolfo vivía en la misma urbanización que Pedro, donde recibía por parte de este acoso constante aludiendo a su condición sexual con expresiones despectivas y vejatorias constantes. Esto, unido a la actitud de desprecio que mostraba hacia Adolfo en presencia de otros vecinos y en voz alta, siendo habitual que le insultara y le provocara con la mirada para ver qué reacción tenía, hizo que se mudara de vivienda. Tiempo más tarde, Pedro acudió al que era el nuevo domicilio de la víctima, movido con ánimo de amedrentar a Adolfo y con evidente desprecio hacia su orientación sexual, donde depositó en el buzón de la vivienda un sobre grande en cuyo interior se encontraba otro con la palabra manuscrita «gay», un folleto publicitario y un folio con la frase impresa «puto gay se dónde vives y te voy a matar».

La Audiencia Provincial de Madrid condenó a Pedro por un delito leve de amenazas del artículo 171.7 CP con la concurrencia de la circunstancia agravante de discriminación por razón de orientación sexual.

¿Cuál es la agravante de discriminación por razón de género?

Esta agravante se aplica en los supuestos en los que haya quedado acreditado que **el autor ha cometido los hechos contra la víctima mujer por el mero hecho de serlo**, y con intención de dejar patente su sentimiento de superioridad frente a la misma; es decir, en aquellos casos que atentan contra el principio constitucional de igualdad. Se puede aplicar, incluso, cuando sujeto activo y pasivo no sean pareja.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 66/2023, DE 8 DE FEBRERO

Lucio se encontraba en casa de sus padres cuando en un momento dado cogió una escopeta, se colocó en la terraza que da acceso a un patio interior y realizó un primer disparo para llamar la atención de los familiares de su exmujer.

Ante el disparo, Jacinta, cuñada del acusado, se acercó para recriminarle lo que había ocurrido. En ese momento Lucio le disparó, muriendo la víctima en el acto. Al desplomarse en el suelo, Lucía, hermana de Jacinta, acudió a socorrerla y, con la misma finalidad de acabar con su vida, Lucio realizó otro disparo que le alcanzó el glúteo. Lucía falleció dos días después en el hospital a causa de sus heridas.

Constanza, madre de las anteriores, al presenciar la escena acudió a socorrerlas, recibiendo un disparo en la pierna.

En este caso, el Tribunal entendió que quedaba probado por los testimonios de los testigos la concurrencia de la agravante de género debido a que el acusado eligió a sus objetivos sólo por el mero hecho de ser mujeres —Jacinta se encontraba al lado de Marco Antonio y ambos le estaban reprochando lo que había hecho cuando Lucio decidió disparar únicamente a Jacinta—.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 794/2022, DE 4 DE OCTUBRE

Baltasar, dos amigos menores de edad, Raimunda y Nieves se encuentran en un parque a las afueras de Barcelona, bebiendo. Baltasar y los dos amigos proponen ir a casa de éste, donde el acusado, aprovechándose de que ambas víctimas estaban bajo los efectos del alcohol, las agredió sexualmente. A la mañana siguiente, el acusado ordenó a las menores que le prepararan el desayuno a él y a uno de los menores y acto seguido se llevó a Raimunda y le dio a elegir la forma en que sería agredida sexualmente.

Respecto a los hechos de la noche y los hechos probados de la mañana, el Tribunal sostuvo que era de aplicación la agravante de discriminación por razón de género.

La Sentencia expresa: «El lenguaje no verbal es, en ocasiones, más claro que lo que las palabras expresan y del mismo resulta que la realización de los hechos no sólo produjo la agresión sexual en los términos relatados, sino que además los mismos se desarrollaron en un contexto de discriminación por razones de género que se pone de manifiesto, de forma palmaria, con expresiones que denotan un indudable ánimo de dominación, de subyugación machista con una pretensión de sumisión de la mujer, reducida a la condición de objeto de desahogo carnal, y de servicio al varón, y refleja un desprecio de género que va más allá de la relación sexual no consentida y forzada. Las circunstancias que acompañaron los acometimientos de los que fueron respectivamente objeto ambas jóvenes, evidencian que el comportamiento del acusado estuvo impulsado por los tradicionales roles que relegan a la mujer en la esfera sexual a un mero instrumento para la satisfacción del hombre, y en un ámbito relacional más amplio a las labores domésticas que procuran al varón la atención de sus necesidades básicas, es decir, en estereotipos de género».

La agravante de discriminación por razón de género no ha de confundirse con la de discriminación por razón de sexo. Mientras que la agravante por razón de sexo hace referencia a las características biológicas y fisiológicas que diferencian a los hombres de las mujeres; la agravante por razón de género se refiere a aspectos culturales relacionados con los papeles, comportamientos, actividades y atributos contruidos socialmente que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres.

¿Se podría aplicar alguna otra agravante a una situación de aporofobia?

La circunstancia agravante de abuso de superioridad, recogida en el apartado segundo del artículo 22 CP, puede llegar a ser útil —como alternativa o incluso de forma adicional a la agravante de aporofobia— de cara a su posible aplicación en delitos cometidos contra personas sin hogar.

El abuso de superioridad es una especie de «alevosía menor», que se aplica cuando existe un excepcional desequilibrio de fuerzas entre el sujeto activo del delito y la víctima que, sin llegar a privar a ésta de su capacidad de defensa —lo que supondría alevosía—, la disminuye en un grado tal que la coloca en una situación de inferioridad frente a los autores del delito. Se entiende que existe abuso de superioridad cuando **el sujeto activo se asegura de que al menos dispone de más medios que la víctima**, aunque esto no le asegure el resultado.

El Tribunal Supremo ha fijado los requisitos jurisprudenciales²² que han de concurrir para apreciar las circunstancias agravantes de abuso de superioridad. Estos requisitos son:

1. Que haya una situación de superioridad, es decir, una importante ventaja a favor de la parte agresora. La superioridad puede ser por medio de herramientas o superioridad personal.
2. Esa superioridad tiene que ser identificable también por parte del ofendido, en el sentido de que signifique un menoscabo importante de sus posibilidades de defenderse.
3. Que el agresor o agresores conozcan esa situación de desequilibrio de fuerzas y se aprovechen de ella para una más fácil realización del delito.
4. Que esa superioridad de la que se abusa no sea inherente al delito.

²² Sentencia del Tribunal Supremo 216/2010, de 2 de marzo. RJ 2010\3505.

Por ejemplo, la superioridad numérica de los atacantes al cometer el delito o la especial situación de debilidad de la víctima puede llegar a justificar la apreciación de la agravante de abuso de superioridad, siempre que el autor o los autores del delito hayan buscado esa situación para procurarse una mayor facilidad en su ejecución.

¿Qué es, en definitiva, la agravante por aporofobia? A la hora de aplicarla, ¿cómo nos ayuda haber prestado atención al trato jurisprudencial de otras agravantes?

En definitiva, la entrada de la agravante por aporofobia en la parte general del CP supone que la pena de cualquier delito podrá ser objeto de agravación cuando en su comisión el juez aprecie que se realizó por razones de aporofobia. Esto es, se castigará más a aquél que realice un delito movido por un ánimo discriminatorio hacia las personas pobres o sin recursos. Como ya indicamos, la aplicación de la agravante depende de la existencia de este ánimo discriminatorio, y no se aplicará exclusivamente porque la víctima del delito sea una persona pobre, sin hogar o sin recursos.

Del trato jurisprudencial de otras agravantes, podemos sacar algunas **ideas clave** que nos ayudarán a conseguir que el juez aprecie que hay un ánimo discriminatorio en nuestro caso concreto. Por ejemplo, en caso de haber una sola víctima, se podría probar el ánimo discriminatorio si el autor tiene publicaciones en redes sociales o si ha fundado o pertenece a asociaciones con ideologías aporofóbicas.

En caso de haber varias víctimas, quedaría probado un ánimo discriminatorio si una mayoría sólo tuviese en común la condición de ser persona pobre o sin hogar; o si, frente a varias personas que confluyen en un mismo lugar y situación, el agresor ataque únicamente a aquellas sin hogar. Asimismo, ayudaría probar que el agresor y la víctima no se conocían, que no constaba disputa o provocación previa y que la única diferencia entre ambos es que la víctima es una persona sin recursos.

A la hora de probar en un juicio lo anteriormente mencionado, la jurisprudencia da especial relevancia a las **declaraciones de testigos** que refuercen el testimonio de la víctima.

¿Se pueden aplicar a la vez el delito de odio del artículo 510 CP y la agravante de aporofobia del artículo 22. 4ª CP?

No, la aplicación del artículo 510 CP excluye la posibilidad de apreciar la agravante del artículo 22. 4ª CP. Lo contrario supondría una vulneración del principio non bis in idem, que impide que un mismo sujeto sea castigado dos veces por los mismos hechos.

El artículo 67 CP prevé expresamente que no se apliquen las circunstancias agravantes que la Ley ya haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse.

En consecuencia, y en la medida en que el delito del artículo 510 CP requiere necesariamente de la concurrencia de esa motivación discriminatoria, no sería posible aplicar al mismo la agravante de aporofobia contenida en el artículo 22. 4ª CP.



4

Las entidades sociales y su papel en el proceso.

Otros recursos
o formas
de participación

Una vez analizadas las especificaciones que se incluyen en el CP en relación con la aporofobia, podemos valorar las distintas opciones que tienen las entidades sociales a la hora de denunciar o acompañar a la víctima en el proceso. Para ello, es importante tener en cuenta la relación jurídica procesal que puede darse entre el sujeto pasivo del delito —víctima y perjudicado— y las posibles actuaciones con las que comenzar el procedimiento penal —denuncia o querella—, que detallaremos en este epígrafe.

¿En qué se diferencian la víctima y el perjudicado?

VÍCTIMA

La víctima es el sujeto pasivo de delito, a quien corresponde el ejercicio de la acción particular y de la acción civil derivada del delito.

En el artículo 2 del Estatuto de la Víctima del Delito se diferencia a la víctima directa de la indirecta:

- La víctima **directa** es la persona física que ha sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio por la comisión de un delito.
- La víctima **indirecta**, que surge especialmente en casos de muerte o desaparición de otra persona, suele ser el cónyuge, los hijos de la víctima, sus progenitores y sus parientes —considerándose a aquellos en línea recta o colateral dentro del tercer grado²³—.

PERJUDICADO

El perjudicado es el sujeto pasivo del delito o de sus consecuencias perjudiciales. Este puede o no coincidir con la víctima del delito. No coincidiría cuando el sujeto no es víctima, pero se ha visto dañado por las circunstancias que acompañan o derivan de su comisión.

Podrá ser parte en el proceso sin necesidad de formular querella mediante el ejercicio de la acción civil resarcitoria o indemnizatoria en el procedimiento civil correspondiente, siempre que se haga constar así de manera expresa —artículos 109 y 110 Ley de Enjuiciamiento Criminal —en adelante, '**LECrim**'—. Aun cuando no sea parte en la causa, no significa que haya renunciado a su derecho de restitución, reparación o indemnización; tal renuncia debe hacerse de manera clara y terminante.

²³ Incluye, por consanguinidad: hijos y padres —primer grado—; hermanos, abuelos y nietos —segundo grado—; y bisnietos, sobrinos, tíos y bisabuelos —tercer grado—.

¿Qué puede hacer una entidad social que tenga conocimiento de que se ha cometido un delito?

Si tenemos conocimiento de que se ha podido cometer un posible delito a una persona sin hogar víctima de una agresión «aporófoba» y queremos acompañarlos u orientarles como entidad, podemos valorar dos opciones que darían comienzo a un procedimiento penal:

- a. Ponerlo en conocimiento de la autoridad competente —**denuncia**—.
- b. Ponerlo en conocimiento de la autoridad competente y personarse en el proceso —**querella**—.

Ambas actuaciones interrumpen el plazo de prescripción del delito, tal y como se indica en el artículo 131 CP.

¿En qué consisten la denuncia y la querella?

- La denuncia implica, simplemente, dar conocimiento a la autoridad de unos hechos que pueden ser constitutivos de delito —artículos 259 y ss. LECrim—.
- En la querella, además de dar cuenta de esta información, se solicita la apertura de un procedimiento en el que el querellante será parte —acusadora—, interviniendo activamente en el proceso penal.

¿Dónde y cómo se presentan?

- La denuncia, que puede ser escrita o verbal, se presenta ante la Policía, la Guardia Civil o el Ministerio Fiscal.
- La querella debe interponerse por abogado y procurador ante el Juzgado de Instrucción competente —artículo 272 LECrim—.

¿Quién puede presentarlas?

- Puede denunciar la víctima de un delito y toda persona que presencie o tenga conocimiento de la comisión de un delito público —realmente, cuando se trata de denunciar, hablamos de una obligación o deber de denunciar—. Como ya hemos visto, la denuncia no otorga la condición de parte en el proceso.
- Puede interponer una querella cualquier persona, física o jurídica, frente a delitos públicos —artículo 270 LECrim—. Existen algunas excepciones, como a toda acción penal —artículos 102 y 103 LECrim—.

¿Qué tiene que constar en la querella?

El artículo 277 LECrim exige:

1. El Juez o Tribunal ante quien se presenta.
2. Nombre, apellidos y vecindad del querellante.
3. Nombre, apellidos y vecindad del querellado. En el caso de no saberlo, se designará por las señas que mejor pudieran darle a conocer.
4. Relación circunstanciada de los hechos —haciendo constar lugar, año, mes, día y hora en que tuvieron lugar—.
5. Expresión de las diligencias que se deberán practicar para la comprobación del hecho.
6. La petición de que se admita la querella, se practiquen las diligencias indicadas, se proceda a la detención y prisión del presunto culpable o a exigirle la fianza de libertad provisional, y se acuerde el embargo de sus bienes en la cantidad necesaria en los casos en que así proceda.
7. Firma del querellante o de otra persona a su ruego si no supiere o no pudiese firmar cuando el procurador no tuviese poder especial para formular la querella.



5



**La acusación
popular o la
acusación
particular**

Independientemente de que podamos acompañar como entidad social a una persona sin hogar en el proceso penal, si la víctima o perjudicado nos otorga poder de representación, en algunas ocasiones las entidades sociales pueden valorar personarse en el procedimiento o incoarlo como acusación popular.

Destacamos algunas diferencias entre la acusación popular y la acusación particular que pueden resultar de interés a la hora de valorar la estrategia jurídica a seguir en cada caso en particular.

Acusación popular

¿Qué es la acusación popular?

Es aquella que puede ejercer cualquier persona, física o jurídica —sea o no o perjudicada—, frente a delitos públicos —artículo 270 LECrim—, personándose, con ella, en el proceso. En todo caso, el acusador popular sólo tiene legitimación para la acción penal, no pudiendo ejercitar pretensiones de carácter civil.

¿Debo prestar fianza?

Si, como todo particular querellante —artículo 280 LECrim—.

En ocasiones, el Tribunal Supremo ha considerado que podría no solicitarse fianza a la acusación popular que se persona una vez iniciado ya el proceso. En concreto, la exigencia o no de la prestación de fianza puede depender en gran medida del momento en el que la acusación popular se persona en el proceso. Si dicha personación se produce cuando en el proceso ya se ha dictado auto de procesamiento y en dicho auto se han fijado, aunque sea indiciariamente, las responsabilidades penales y civiles en que hubiere podido incurrir el procesado, sería posible no exigir fianza²⁴.

Si la personación de la acusación popular se produce antes de haberse avanzado en el proceso, que es lo que sucede con más frecuencia, la fianza es inevitable.

¿A cuánto asciende la fianza?

El Juez valorará individualmente cada caso concreto, siguiendo los criterios de racionalidad y proporcionalidad, pues la cuantía debe ser acorde al patrimonio del sujeto; es decir, no puede ser de una magnitud tal que impida el legítimo ejercicio de la acción popular, que ha de ser gratuita —artículo 20.3 Ley Orgánica del Poder Judicial—.

²⁴ Sentencias del Tribunal Supremo 595/1992, de 12 de marzo, RJ 1992\2084; 722/1995, de 3 de junio, RJ 1995\4535; 817/1997, de 4 de junio, RJ 1997\4563.

¿Qué pasa si no se abona la fianza fijada?

El impago de la fianza fijada implicará la inadmisión de la querella, aunque es un elemento subsanable.

¿El importe de la fianza se devuelve?

Sí, se trata de una fianza, no de una tasa. Una vez finalizado el proceso, si se ha constatado la buena fe de quien se personó como acusación popular —independientemente de cuál haya sido la decisión sobre el fondo del asunto—, se decretará de oficio la devolución de la fianza en la sentencia.

Si ya existe un procedimiento sobre los hechos en cuestión, ¿puedo sumarme como acusación popular?

Sí, la acusación popular puede acceder al proceso una vez iniciado, antes de la finalización de la fase intermedia, tal y como sucede con la acusación particular —artículo 110 LECrim—, habiéndose ampliado esta vía a la acusación popular a través de la jurisprudencia²⁵.

En estos casos en los que la acusación popular se suma a un proceso ya abierto —como coadyuvante o adhiriéndose a la acusación formulada por otra parte—, como hemos adelantado, el Tribunal Supremo ha establecido que no es necesaria ni querella ni fianza, si bien esto será así cuando haya quedado clara la existencia de unos hechos susceptibles de incriminación que justifiquen la actividad del juez competente.

Si me persono como acusación popular, ¿tengo derecho a asistencia jurídica gratuita?

No, el derecho a la asistencia jurídica gratuita sólo podrá reconocerse a quienes litiguen en defensa de derechos o intereses propios, o ajenos cuando tengan fundamento en una representación legal —artículo 3.4 Ley de Asistencia Jurídica Gratuita —en adelante, 'LAJG'—.

¿Basta la acusación popular para sostener el proceso penal? Es decir, ¿puede la acusación popular ser la única parte acusadora?

Si bien el Tribunal Supremo restringió el alcance de la acción popular al interpretar el artículo 782.1 LECrim, en el sentido de excluir la posibilidad de que se abra juicio oral sólo a instancias de la acusación popular cuando el Ministerio Fiscal y la acusación particular hayan solicitado el sobreseimiento de la causa²⁶, debe señalarse que esta exclusión no opera en aquellos casos en los que se persigan delitos que protejan bienes de titularidad colectiva, públicos o difusos, esto es, sin un «perjudicado concreto»,

25 Sentencias del Tribunal Supremo 595/1992, de 12 de marzo, RJ 4687\198, FJ 1; y 702/2003, de 30 de mayo, RJ 2003\4283, FJ 3.

26 «Doctrina Botín». Sentencia del Tribunal Supremo 1045/2007, de 17 de diciembre. RJ 2007\8844.

y que sólo concurren el Ministerio Fiscal y el acusador popular²⁷. En caso de delitos de odio por aporofobia, por tanto, sí es posible que la acusación popular, en solitario, sostenga el proceso.

Acusación particular

¿Qué es la acusación particular?

Es aquella que puede ejercer la persona que ha sido perjudicada por el hecho delictivo. La acusación particular podrá ejercitar tanto la acción penal como civil, y podrá iniciar el proceso por medio de querrela o denuncia de los hechos delictivos.

¿Puede una organización social ejercer la acusación particular?

La acusación particular podrá ser ejercida por las **asociaciones de víctimas legalmente constituidas para representar los intereses de éstas**, siempre que se encuentren autorizados por la misma. Si bien esta vía fue concebida inicialmente para asociaciones de víctimas de un mismo suceso, lo cierto es que asociaciones que responden a un problema social han logrado reconocimiento para personarse en casos de delitos relacionados con el racismo o la violencia de género. Por ejemplo, en Cataluña, SOS Racismo ha estado acompañando como acusación particular a una familia que había sido víctima de una agresión racista por un conductor de autobús en 2020²⁸.

¿Debo prestar fianza?

No, la acusación particular estará exenta de prestar fianza, incluso cuando la ejerciten las asociaciones legalmente reconocidas para defender los intereses de las víctimas —artículo 281.3 LECrim—.

Si me persono como acusación particular, ¿tengo derecho a asistencia jurídica gratuita?

Sí, el derecho a la asistencia jurídica gratuita está reconocido para la acusación particular, aunque se encuentra limitado a personas físicas, asociaciones de interés público y fundaciones. Para ello, debe

27 «Doctrina Atutxa», Sentencias del Tribunal Supremo 54/2008, de 8 de abril, RJ 2008\1325; 277/2018, de 8 de junio, RJ 2018\3196; 110/2020, de 11 de marzo, RJ 2525\2018. Más recientemente, el Tribunal Supremo ha admitido que la acusación popular puede instar la apertura del juicio oral en los casos de delitos relativos a la prostitución de menores, aun en el caso de que el fiscal pida el archivo de la causa y no haya acusación particular, a la vista de la necesidad de protección de este colectivo —Sentencia del Tribunal Supremo 842/2021, de 4 de noviembre. RJ 2021\4993—.

28 SOS Racisme, "SOS Racismo Cataluña acompaña como acusación particular a la familia que fue víctima de la agresión racista de un conductor de autobús de TMB", 13 de febrero de 2023. Disponible en: <https://sosracisme.org/es/sos-racismo-cataluna-acompana-como-acusacion-particular-a-la-familia-que-fue-victima-de-la-agresion-racista-de-un-conductor-de-autobus-de-tmb/>

acreditarse que los ingresos y el patrimonio del solicitante no superan los límites establecidos, que se encuentran establecidos en el artículo 3.1 LAJG.

En la página web del Consejo General de la Abogacía Española se puede comprobar el cumplimiento de requisitos y el lugar donde se debe solicitar la Justicia Gratuita, dependiendo de la Comunidad Autónoma.



6



La responsabilidad civil derivada del delito

Una vez analizadas las posibilidades que tenemos en relación con la acción penal, conviene analizar desde una perspectiva civil si los daños derivados del ilícito penal son susceptibles de alguna clase de indemnización monetaria.

Puede ser interesante valorar la vía civil con la persona que acompañemos en el procedimiento, o a la hora de tomar una decisión sobre si queremos iniciar o no un procedimiento de estas características.

Análisis de cuestiones procesales desde la perspectiva de la víctima

¿La acción civil puede instarse junto con la criminal?

Sí, la acción civil puede instarse junto con la criminal. En muchas ocasiones, los daños producidos son susceptibles de indemnización mediante la acción civil de responsabilidad por daños derivados del delito, por lo que es posible que la víctima del delito, a través de su abogado, solicite en el mismo proceso penal la reparación de los daños causados o su indemnización.

El **Ministerio Fiscal** también puede ejercitar la acción civil en el proceso penal si lo considera necesario para la protección de los intereses de la víctima o de la sociedad.

¿Se puede renunciar a la acción civil dentro del proceso penal? ¿Puede el perjudicado en un proceso penal reservarse la acción civil para ejercitarla ante la jurisdicción civil?

Sí, la renuncia expresa de la persona a ejercer acciones civiles provoca una extinción de estas. Será desde este momento que las acciones no podrán ser ejercidas en su nombre por el Ministerio Fiscal. Esta renuncia no afecta en ningún caso a la eventual pena derivada del delito en el proceso penal.

Además, es importante destacar que la Ley permite que la persona perjudicada **se reserve el derecho a ejercitar la acción para ejercitarla ante la jurisdicción civil**. De esta manera, la víctima de un delito puede optar por presentar una demanda aparte en la jurisdicción civil para reclamar una indemnización por los daños y perjuicios.

El interesado o parte afectada puede ejercitar la acción civil en el proceso que más le interese —civil o penal—, pero es muy importante que manifieste sus intenciones expresamente, de manera clara y concisa. Si esto no sucede, la regla general es el ejercicio simultáneo de ambas acciones.

Conviene destacar además las ventajas de optar por una opción u otra:

- En caso de **ejercitar ambas acciones de manera conjunta**, la víctima se puede ver beneficiada respecto de la duración y los gastos del proceso judicial. En este caso, el proceso será más rápido

que si ejercitara dos acciones distintas, y el gasto económico será menor, pues no necesitará representación judicial doble.

- En caso de **ejercitar ambas acciones por separado**, este puede verse beneficiado por una indemnización mayor por parte del juez de lo civil, ya que incluso pueden entrar a valorar daños diferidos o continuados. Esta opción es recomendable en casos en los que haya un daño moral presente —véase infra—, debido a que este tipo de daños suelen ser mejor cuantificados y valorados bajo la jurisdicción civil.

Plazo y legitimación activa y pasiva

¿Cuál es el plazo de prescripción de la acción de reclamación de daños? ¿Cuándo comienza el cómputo del plazo?

El plazo de prescripción de la **acción de reclamación de daños causados por culpa es de un año**, desde que lo supo el agraviado —artículo 1968, apartados 1 y 2 del Código Civil —en adelante, ‘CC’—. En el caso de la **acción de reclamación de daños derivados de delitos, el plazo es de cinco años** —artículo 1964.2 CC—, desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación.

El **comienzo del cómputo del plazo** varía dependiendo del tipo de daño:

- **Daños patrimoniales**: el cómputo del plazo comienza desde el momento en el que se provoca el daño. Por ejemplo, en el supuesto en el que a una persona sin hogar le quemaran sus pertenencias —colchón, mantas, etc.— sin su consentimiento.
- **Daños continuados**: se producen de manera prolongada en el tiempo como consecuencia de una actividad dañosa continuada. Por norma general, el plazo de prescripción no se inicia hasta que los daños se estabilizan y se conoce su gravedad real. No debe confundirse el concepto de actividad dañosa continuada con el daño continuado.

Para la determinación del momento en que empieza a transcurrir el plazo de prescripción, los daños continuados deben distinguirse entre:

- Aquellos que, derivando de una **causa continuada**, son fraccionables en distintos periodos de tiempo delimitado, en cuyo caso el plazo de prescripción comienza a computar en el momento en que finaliza cada uno de los periodos de tiempo en los que se ha fragmentado el daño. Por ejemplo, una persona sin hogar que suele dormir siempre en un mismo parque y sufre amenazas verbales diarias por una misma persona cada vez que el individuo pasa por el parque.
- Aquellos en los que **no es posible hacer un fraccionamiento en periodos de tiempo**, en cuyo caso el plazo de prescripción comienza a computarse desde que el agraviado pudo tener conocimiento de los daños.

- Daños sobrevenidos o diferidos: se manifiestan después de transcurrido un tiempo del acaecimiento del evento dañoso. El cómputo comienza cuando se manifiestan los daños en toda su extensión. A efectos de prescripción, la agravación de un daño preexistente debe calificarse también como un daño sobrevenido.
- Lesiones físicas: el plazo de prescripción empieza a computarse en el momento en que el enfermo o lesionado sea dado de alta médica por finalización del tratamiento y puedan conocerse de manera cierta las secuelas persistentes.
- Daños morales: en este caso distinguimos dos supuestos: si se trata de daños morales derivados de una **acción puntual**, se empieza a contar el plazo desde que se tiene conocimiento del acto y, por tanto, se inicia el daño permanente; y si se trata de daños morales derivados de una **acción continuada** en el tiempo, se empieza a contar desde que cesa la acción dañosa.

Finalmente, debe destacarse que **el procedimiento penal suspende el cómputo del plazo de prescripción de la acción civil** —artículos 111 y 114 LECrim en conexión con el artículo 1969 CC—. En este sentido, la interposición de denuncia interrumpe dicha prescripción.

En el proceso, ¿puede exigirse responsabilidad civil a terceras personas que no sean penalmente responsables?

Sí, puede exigirse la responsabilidad de terceros contra los que no se ejercitó la acción penal. Se pueden distinguir dos sujetos civilmente responsables: los **responsables civiles directos** y los **subsidiarios**. Deberán responder primero los directos, y sólo en el caso de que sean insolventes, total o parcialmente, responderán los subsidiarios. La extensión de la responsabilidad del responsable civil subsidiario siempre coincide con la declarada para el responsable directo.

Entre los responsables civiles directos —artículos 116 a 118 CP—, pueden distinguirse:

- Sujetos responsables criminalmente y sujetos declarados responsables civiles:
 - Autores, coautores, inductores y cooperadores necesarios: por ejemplo, en un delito de lesiones hacia una persona sin hogar, el sujeto que golpea a la víctima.
 - Cómplices: en la misma situación que en el ejemplo anterior, el sujeto que vigila que nadie se aproxime mientras se comete el delito de lesiones.

Dentro de cada uno de estos grupos, los sujetos indicados serán responsables solidariamente, entre sí, respecto de sus cuotas. Esto es, la víctima golpeada por dos personas, A y B, declarados coautores de un delito de lesiones, puede pedir que abone toda la responsabilidad civil A o B, indistintamente.

Entre los grupos, la responsabilidad será subsidiaria. Es decir, en un delito de lesiones con dos autores, A y B, y un cómplice, C, se requerirá que abone toda la responsabilidad civil a A o a B. Si estos no pueden responder, se requerirá para el pago a C.

- Compañías aseguradoras de los responsables civiles, que hubieran asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias del uso o de la explotación de bienes, industrias, empresas, actividades.

Responderán cuando el daño entre dentro del riesgo asegurado y hasta el límite de la indemnización establecida o de la cobertura pactada —artículo 117 CC—. Puede distinguirse entre:

- Cuando el responsable civil hubiese contratado un **seguro obligatorio**: los aseguradores pueden escudarse en las cláusulas limitativas de su responsabilidad si el asegurado obró de manera dolosa. Por ejemplo, un sujeto que atropella a una persona intencionadamente, empleando el coche como instrumento del delito.
- Cuando el responsable civil hubiese contratado un **seguro voluntario**: las aseguradoras no pueden escudarse en cláusulas limitativas para no responder.

Entre los responsables civiles subsidiarios —artículos 120 y 121 CP—, pueden distinguirse:

- Progenitores y curadores del sujeto menor o con discapacidad: por ejemplo, si un hijo usa el coche de su padre y atropella a una persona, su padre será responsable civilmente.
- Personas naturales o jurídicas que dirigen o administran empresas en el caso de delitos cometidos en sus establecimientos favorecidos por infracciones de reglamentos.
- Personas naturales o jurídicas que dirigen o administran empresas en el caso de delitos cometidos por sus empleados, administradores o dependientes en el desempeño de sus obligaciones. Por ejemplo, un trabajador que en horas de trabajo agrede a una persona sin hogar que duerme frente al negocio para expulsarla.
- Personas titulares de vehículos susceptibles de crear riesgos para terceros, en el caso de delitos cometidos mediante el uso de esos vehículos por empleados, administradores o autorizados.
- Estado, las Comunidades Autónomas y entidades locales por delitos cometidos por autoridades, agentes y funcionarios en el ejercicio de sus cargos. Por ejemplo, una persona sin hogar que duerme en un albergue público y es víctima de un delito cometido dentro del establecimiento.

Si el autor del hecho delictivo es un menor de edad, ¿quién responde del daño? ¿Qué sucede con el menor «aporóforo» autor de delitos?

Debemos distinguir entre:

1. Menores de 14 años o persona con discapacidad:

- La **responsabilidad civil** de menores de 14 años o personas con discapacidad está sujeta a la normativa del CC, concretamente a lo estipulado en el artículo 1903 CC. Responderán:
 - Los progenitores, de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda.
 - En el supuesto de padres divorciados, con sólo un progenitor ostentando la custodia, responderán ambos progenitores civilmente, pues ambos contribuyeron a la formación del menor.
 - No habrá responsabilidad civil para aquellos padres a los que se les hubiera privado de la patria potestad.

- Los tutores, de los perjuicios causados por los menores bajo su autoridad y que habitan en su compañía.
- Los curadores, de los perjuicios causados por la persona a quien presten apoyo, siempre que convivan con ella.

La responsabilidad de los padres, tutores y curadores cesará cuando éstos prueben que emplearon la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño —artículo 1903 CC—. No obstante, el Tribunal Supremo suele declarar en la práctica la responsabilidad civil de los padres sin posibilidad de exoneración.

- Los menores de 14 años no tienen responsabilidad penal, por lo que el menor de 14 años no podrá responder por un delito «aporóforo».

2. Menores de entre 14 y 18 años:

- La **responsabilidad civil**:
 - Responderán solidariamente el menor y sus progenitores, curadores o guardadores de hecho, por este orden.
 - Cuando los padres, curadores o guardadores no hubieran favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el juez según el caso. No hay posibilidad de exención, por lo que se responderá siempre civilmente, sólo que en menor medida. No obstante, como muestra la jurisprudencia, la moderación es muy arbitraria dependiendo del Juzgado o Audiencia Provincial.
- La **responsabilidad penal**: estos menores sí tienen responsabilidad penal, pero responden conforme a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores —en adelante, 'LORPM'—. Esto es, responderán ante la justicia en un procedimiento especial, y harán frente a unas medidas especiales: desde sanciones económicas, hasta la derivación en centros de internamiento cerrado.

3. Otros casos a tener en cuenta:

- En el caso de menores **tutelados por las Comunidades Autónomas y menores en centros docentes**, se ha reconocido la responsabilidad civil solidaria de la Comunidad Autónoma respectiva. No obstante, es importante destacar que suele haber problemas con el cobro de la responsabilidad civil de las Comunidades Autónomas²⁹.
- En el caso de **menores en centros de internamiento**, se ha reconocido la responsabilidad civil solidaria de la Administración General del Estado.
- Se podrá considerar las posibilidades que ofrece la LORPM, en relación con la **justicia restaurativa y la reparación del daño**.

²⁹ Fiscalía General del Estado, Memoria de la Fiscalía General del Estado, 2014. Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2014/FISCALIA_SITE/

Requisitos de la responsabilidad

¿Qué daños son indemnizables?

Son indemnizables, siempre que se logren demostrar:

- Los **daños materiales**: contra la integridad física —ya sean corpóreos o sobre la salud— o contra el patrimonio.

Algunos subtipos de daños materiales son:

- El **daño emergente**: la pérdida de un bien que compone el patrimonio —p.ej., hurto, quema, rotura, etc.—, además de los gastos que deba hacerse como consecuencia del ilícito —p.ej., gastos de hospitalización, de medicamentos o prótesis; compra del bien perdido, etc.—.
- El **lucro cesante**: la ganancia económica dejada de percibir como consecuencia del hecho dañoso —p.ej., ayudas económicas dejadas de percibir, que se venían obteniendo regularmente y para las que se cumplen los requisitos, pero que no pueden solicitarse por estar hospitalizado tras una agresión—. Hay que tener en cuenta que no son meras expectativas de ganancia, sino la pérdida de una ganancia que se iba a obtener con certeza.
- Los **daños morales**: se manifiestan como el dolor, angustia, sufrimiento o menoscabo de la fama y reputación como consecuencia del delito, aunque no es necesario que éste se haya concretado en determinadas alteraciones patológicas o psicológicas.

¿Cómo se valora el daño patrimonial y el extrapatrimonial? ¿Cómo se reparan?

- Los **daños materiales**:

Por un lado, los **daños a la integridad física, la salud o la vida** se suelen valorar tomando en cuenta las tablas para el Sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación³⁰.

Estos daños se reparan con las indemnizaciones previstas en estas tablas, que distinguen entre los distintos resultados que puedan derivar del hecho dañoso —muerte, lesiones temporales, secuelas, lucro cesante, etc.— y que valoran atendiendo a diversos factores, tales como la convivencia con la víctima, los años de matrimonio y edad del cónyuge, la dependencia de la víctima o la duración de la incapacidad o lesión si es temporal, entre otros.

³⁰ Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2004-18911>. Si bien se incluyen tablas como mera orientación para el juez, no está obligado a determinar la indemnización conforme a este baremo.

Por otro lado, para valorar los **daños sobre el patrimonio** —como daño material, emergente o lucro cesante—, se atenderá al valor económico que supone la pérdida o el desembolso, y se repararán reintegrando estas cantidades.

- Con los **daños morales** no se puede acudir a ningún baremo o sistema de tasación legal, sino que, para su reparación, se acude a la figura de la compensación, que depende enteramente de la valoración discrecional que haga el juzgador de instancia.

En todo caso, el actor debe cuantificar los daños cuya indemnización solicita en el escrito de demanda.

¿Qué medios de prueba necesito para valorar el daño?

Una vez analizado qué daños son indemnizables, es imprescindible ver de qué manera podemos probar que estos daños han sucedido para que tengan validez en el procedimiento.

- Para los **daños físicos, morales y patrimoniales**, conviene recurrir al dictamen pericial, ya sea médico o de cualquier otro tipo de especialidad —artículos 335 y ss. Ley de Enjuiciamiento Civil—.
 - Existe la posibilidad de obtener este dictamen pericial por designación judicial de perito de quienes tienen derecho a la asistencia judicial gratuita.
- En cuanto al **daño emergente**:
 - Como pérdida de patrimonio: se podría intentar probar la titularidad y posesión del bien arrebatado, destruido, etc., con pruebas documentales o, en su defecto, con testimonios.
 - Como gastos previsibles: podría probarse con dictámenes periciales de expertos sobre el tipo de gastos que previsiblemente se vaya a tener que soportar —p.ej., con un dictamen sobre gastos sanitarios de un perito médico—.
- Sobre el **lucro cesante**, conviene probar la existencia de la fuente de ingresos que ya no van a ser percibidos por medios documentales o testificales, si es posible.

¿A quién le corresponde la carga de la prueba?

Para que el daño pueda ser indemnizado, el acto del que proviene debe haber sido cometido sin atender a la diligencia debida; es decir, cometido de manera negligente³¹. El autor de un acto negligente no quiere voluntariamente que de su comportamiento se derive un daño para un tercero. Sin embargo, se comporta de modo distinto a un determinado patrón de conducta, es decir, no se comporta conforme a lo que hubiera hecho un buen padre de familia en sus mismas circunstancias personales, de tiempo y

31 Una actividad negligente se caracteriza por: (i) la inobservancia de deberes: El sujeto no actúa con la diligencia debida, ya sea por desconocimiento inexcusable —culpa con representación— o por falta de previsión —culpa sin representación—; (ii) la previsibilidad: El resultado dañoso debía ser previsible para una persona en la situación del autor, es decir, una persona que actúa con la diligencia debida habría podido prever el resultado y actuar de otra manera; (iii) la evitabilidad: El resultado dañoso podía haberse evitado si el sujeto hubiera actuado con la diligencia necesaria y; (iv) la extralimitación en el riesgo permitido: En algunas actividades, existe un riesgo inherente. La negligencia se produce cuando el sujeto se extralimita en el riesgo considerado como permitido o normal para esa actividad.

lugar. Por ejemplo, si una persona va por la calle, tira una colilla al suelo y se prenden unas hojas secas al lado del banco donde duerme otra persona, que resulta dañada por el fuego, la conducta de la primera persona sería negligente porque no se cercioró de apagar la colilla antes de tirarla y la tiró al suelo en lugar de una papelería; ahora bien, seguramente no quería causarle ningún daño a la otra persona.

Por tanto, será indemnizable un daño que se derive de una acción realizada con culpa —sin el cuidado debido— o con dolo —se produce el daño de manera intencionada—.

La culpa y el dolo deben ser probados por quien lo alegue, es decir, el demandante.

¿Debe mediar un nexo causal entre la conducta del sujeto responsable y el daño?

Sí, debe mediar nexo causal entre la conducta del sujeto responsable y el daño producido para que surja un derecho/obligación de indemnización, sin perjuicio de que dicha responsabilidad pueda quedar exonerada por concurrir alguna de las causas a las que alude el artículo 1105 CC.

Estas causas que exoneran la responsabilidad del sujeto aun habiendo nexo causal —esto es que, aunque a priori se pueda establecer como responsable de la acción, no surge responsabilidad— son:

- **Caso fortuito:** es un acontecimiento imprevisible, pero que, de haberse previsto, podría haberse evitado.
- **Fuerza mayor:** es una circunstancia siempre inevitable, incluso aunque se haya podido prever —p.ej., un temporal que destruye el lugar donde vivía una persona sin hogar—.
- **Culpa de la víctima:** es la propia víctima la que, en última instancia, genera el resultado dañoso —p.ej., una persona sin hogar inicia una pelea en la que acaba sufriendo lesiones—.
- **Hecho de un tercero:** en este caso quien causa el daño es un tercero ajeno a las partes implicadas en el litigio.

Limitaciones a la responsabilidad

¿El pago de la responsabilidad civil supone siempre la aplicación de una circunstancia atenuante por reparación del daño?

La atenuante de reparación del daño es una circunstancia de la responsabilidad penal que rebaja la pena cuando el autor de un delito repara el daño causado, o bien disminuye sus efectos, con anterioridad al juicio oral —artículo 21.5 CP—. Ello puede dar lugar a una disminución de la condena.

Esta reparación puede ser total o parcial, y suele ser de carácter económico, aunque también caben reparaciones morales, como puede ser pedir perdón o socorrer a la víctima.

¿Es posible aplicar una circunstancia atenuante por reparación del daño en supuestos en los que no hay daño civilmente resarcible?

Si bien se debe partir del hecho de que pueden darse delitos que no lleven aparejada responsabilidad civil, respecto a los que sí se haya dado algún tipo de reparación, debemos plantearnos los efectos de la aplicación de la atenuante por reparación del daño. Esta no hace referencia únicamente a una reparación de carácter económico o patrimonial a la víctima, sino que también podría consistir en la prestación de servicios comunitarios, como limpiar las calles, recopilar elementos con fines benéficos —comida o ropa—, ayudar en una residencia de ancianos, etc.

También es posible que, en el caso concreto, se dé la reparación mediante el restablecimiento de la situación anterior al delito; por ejemplo, si una persona quema el colchón sobre el que duerme otra en la calle, podría caber reparación con la mera sustitución por otro nuevo.

Así, en los casos de un delito de odio donde se ataca a un colectivo, aunque no existe daño resarcible como tal, hay otras formas de reparar el daño, como podría ser la petición pública de perdón.

En otros delitos se acepta como reparación del daño el subvencionar a fundaciones que pretenden reducir la producción de estos daños, lo que también podría ser aplicable a los delitos de odio; por ejemplo, subvencionar a una institución con fines sociales tras lanzar un discurso de odio contra personas sin recursos económicos.

Por tanto, cualquiera de estas reparaciones, cuando sean voluntarias y previas al juicio, podrán reducir la responsabilidad penal por el delito cometido.

7

Bibliografía y jurisprudencia

- Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal. RCL 2019\907.
- Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia. Recomendación general nº15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y memorándum explicativo, de 8 de diciembre de 2015. Disponible en: <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-n-15-on-combating-hate-speech-adopt/16808b7904>
- Cortina, Adela. "Aporofobia", ABC Cultural, 1 de enero de 1995. Disponible en: <https://www.abc.es/archivo/periodicos/cultural-madrid-19951201-63.html>
- Cortina, Adela. Aporofobia, el rechazo al pobre: un desafío para la democracia. Barcelona: Paidós, 2017.
- Fiscalía General del Estado, Memoria de la Fiscalía General del Estado, 2014. Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2014/FISCALIA_SITE/
- Fundéu, "Aporofobia, término válido", 15 de octubre de 2021. Disponible en: <https://www.fundeu.es/recomendacion/aporofobia/>
- Hogar Sí, "Por fin la aporofobia está en el Código Penal", 20 de mayo de 2021. Disponible en: <https://hogarsi.org/aporofobia-codigo-penal/>
- Instituto Nacional de Estadística —INE—, 2022. Personas sin hogar según percepción subjetiva de discriminación por sexo. Igualdad, no discriminación y relación con la justicia. Disponible en: <https://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?tpx=54492>
- Instituto Nacional de Estadística —INE—, 2022. Personas sin hogar según si han sido víctimas de algún delito o agresión y tipo de delito o agresión por sexo. Igualdad, no discriminación y relación con la justicia. Disponible en: <https://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?tpx=54496>
- Landa Gorostiza, Mirena-Jon. "El delito de incitación al odio —artículo 510 CP—: quo vadis, Azafea: Revista De Filosofía 23 —2021—: 57-81, doi: 10.14201/azafea2021235781.
- Marquesán, Cándido. "Arquitectura hostil: una ciudad contra los sintecho", Nueva Tribuna, 10 de diciembre de 2019. Disponible en: <https://www.nuevatribuna.es/opinion/candido-marquesan-millan/arquitectura-hostil-ciudad-sintecho/20191210130856168984.html>
- Observatorio de Hogar Sí, Hatento. Disponible en: <https://hogarsi.org/hatento/>
- Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2004-18911>
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 5 de noviembre de 2008. RJ 127\2007.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de agosto de 2018. JUR 2018\226395 —Caso Savva Terentyev contra Rusia—.
- Sentencia del Tribunal Supremo 54/2008, de 8 de abril. RJ 2008\1325 —«Doctrina Atutxa»—.
- Sentencia del Tribunal Supremo 110/2020, de 11 de marzo. RJ 2525\2018 —«Doctrina Atutxa»—.
- Sentencia del Tribunal Supremo 216/2010, de 2 de marzo. RJ 2010\3505.
- Sentencia del Tribunal Supremo 277/2018, de 8 de junio. RJ 2018\3196 —«Doctrina Atutxa»—.

- Sentencia del Tribunal Supremo 335/2017, de 11 de mayo. RJ 2017\2295.
- Sentencia del Tribunal Supremo 458/2019, de 9 de octubre. RJ 2019\4049.
- Sentencia del Tribunal Supremo 595/1992, de 12 de marzo. RJ 1992\2084.
- Sentencia del Tribunal Supremo 702/2003, de 30 de mayo. RJ 2003\4283.
- Sentencia del Tribunal Supremo 722/1995, de 3 de junio. RJ 1995\4535.
- Sentencia del Tribunal Supremo 755/2008, de 26 de noviembre. RJ 2008\7134.
- Sentencia del Tribunal Supremo 817/1997, de 4 de junio. RJ 1997\4563.
- Sentencia del Tribunal Supremo 842/2021, de 4 de noviembre. RJ 2021\4993. —«Doctrina Atutxa»—.
- Sentencia del Tribunal Supremo 1045/2007, de 17 de diciembre. RJ 2007\8844 —«Doctrina Botín»—.
- SOS Racisme, “SOS Racismo Cataluña acompaña como acusación particular a la familia que fue víctima de la agresión racista de un conductor de autobús de TMB”, 13 de febrero de 2023. Disponible en: <https://sosracisme.org/es/sos-racismo-cataluna-acompana-como-acusacion-particular-a-la-familia-que-fue-victima-de-la-agresion-racista-de-un-conductor-de-autobus-de-tmb/>

Fundación Fernando Pombo

Paseo de la Castellana, 216, 28046, Madrid

Teléfono: 91 582 94 49

Dirección de correo electrónico: info@fundacionpombo.org

Coordinación del proyecto

Patricia Fita Ríos, Ana Higuera Garrido y Rafael Merino Rus, Fundación Fernando Pombo.

Autores

Miguel Alonso Balmaseda, Raúl Alonso Hernández, Ana Caballero Dávila, Laura Cañas Cañete, Pablo Coso González, Sara de la Cruz Pareja, Carlos Eduardo Díez Moreno, Sandra Egea Díaz, Patricia Fita Ríos, David Gallego Arribas, Ana Zimei Gómez Torres, Víctor González Vitón, Cristina Gutiérrez Gómez, María López Bermejo, Irene López López, Sebastián López Maza, Jennifer Marchante Redondo, Noemí Martín Mens, Marta Casilda Martínez-Almeida de Navasqués, Rafael Merino Rus, Gemma María Minero Alejandre, Marina Mínguez Rosique, Juan Mira Ruiz, Maritza Ivón Mollo Reyes, Lucía Mosquera de Ena, Carlos Eduardo Olivares Luchsinger, Marina Pereda Sanz, Adriana Pinedo Guerrero, Leopoldo Puente Rodríguez, Laura Rongyu de Frutos Salvador, Ana Rupérez Morey, Pablo Toldos Cabrera, Marc Torres Martínez, Sara Gabriella Uberti-Bona Marín y Ana Belén Valverde Cano.

Colaboradores

Pedro Blanco Sanginés, Gema Castilla Gómez, Marina Sanchez Cuesta y Domitila Barbolla Mate, Hogar Sí.

Leyre Campillo Romo, Isabel Hernández Aguado y Julieta Staschewski Martínez, estudiantes en prácticas en la Fundación Fernando Pombo.

Maquetación: José Ángel Rodríguez León.

Ilustraciones: Claudia Iza.

Depósito legal: M-33211-2023

© Fundación Fernando Pombo, noviembre 2023. Todos los derechos reservados. Varios autores.

La información contenida en esta guía es de carácter general y no contiene asesoramiento jurídico.

