



Roj: **STS 1644/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1644**

Id Cendoj: **28079120012022100405**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/05/2022**

Nº de Recurso: **2658/2020**

Nº de Resolución: **437/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 437/2022

Fecha de sentencia: 04/05/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2658/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 03/05/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Segunda.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2658/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 437/2022

Excmos. Sres.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Vicente Magro Servet

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 4 de mayo de 2022.



Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación de los acusados D. Luis Enrique, D. Jesús Ángel y D. Ángel Jesús, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Segunda, de fecha 24 de febrero de 2020 que revocó parcialmente la sentencia de 30 de septiembre de 2019 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 16 de Barcelona, que condenó a los recurrentes por tres delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, siendo parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes acusados representados por la Procuradora Dña. Isabel Afonso Rodríguez y bajo la dirección Letrada de D. Eduardo Cáliz Robles y D. David Aranda Checa, y la Acusación Particular Dña. Juana, Leocadia, Lidia y D. Esteban representadas por el Procurador D. Rafael Ros Fernández y bajo la dirección Letrada de D. José M^a Fuster-Fabra Torrecillas.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Penal nº 16 de Barcelona incoó Procedimiento Abreviado con el nº 478/17 contra Luis Enrique, Jesús Ángel, Ángel Jesús y otros, dictando sentencia en fecha 30 de septiembre de 2019 que contiene los siguientes Hechos Probados:

"ÚNICO.- Ha sido probado que Pascual, mayor de edad y sin antecedentes penales, Ángel Jesús, mayor de edad y sin antecedentes penales, Jesús Ángel, mayor de edad y sin antecedentes penales, Luis Enrique, mayor de edad y sin antecedentes penales y Juan Antonio, mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, en diferentes épocas han pertenecido y pertenecen al denominado grupo "desperdicio". Este grupo está calificado policialmente como radical violento y fue fundado en 2007 por personas relacionadas con el movimiento red skin del barrio de Sant Andreu de Barcelona siendo que sus miembros y simpatizantes, además de sus ideas radicales, comparten la pasión por el fútbol. Este grupo se integra en la grada de animación del club de fútbol Unión deportiva Sant Andreu, definiéndose como "grada antifascista" donde están representadas ideologías como: el independentismo revolucionario, el socialismo, el comunismo y el anarquismo. Como grupo no asisten a ningún acto relacionado con la extrema izquierda ni muestran su simbología salvo en el campo de fútbol donde juegue el Sant Andreu, si bien algunos de sus miembros y a título individual han dado soporte a diferentes vertientes políticas, destacando las realizadas por la "Plataforma antifascista de Barcelona" la cual ha realizado ataques a colectivos calificados de "españolistas" en algunas celebraciones como, entre otras, las del Día de la Hispanidad en Barcelona, donde la "Plataforma antifascista" convoca actos en contra de esta celebración. Dentro de este contexto de odio a todo lo relacionado con España; el de junio de 2016, los acusados Pascual, Luis Enrique, Jesús Ángel y Ángel Jesús, quienes se encontraban en una fiesta de inauguración de un piso de un amigo común, fueron informados por persona desconocida, que en la confluencia del Paseo Fabra i Puig con la Avenida Meridiana de la ciudad de Barcelona se había instalado una carpa desmontable, fácilmente por su color rojo y por tener incorporadas banderas españolas y otros productos de merchandising propios de la selección de fútbol de España. Esta carpa había sido instalada por miembros y simpatizantes de la plataforma "Barcelona por la selección" siendo éste un movimiento nacido en las redes sociales que se inició en septiembre de 2015, estando legalmente constituido y formado mayoritariamente por jóvenes apasionados del deporte que pretendía dar apoyo a la Selección española en todas sus disciplinas en Cataluña y más concretamente en la ciudad de Barcelona, y que tenía por objetivo hacer una campaña divulgativa en defensa de la instalación de pantallas gigantes para que la ciudadanía pudiera ver los encuentros deportivos en los que jugara la selección y entre ellos, los correspondientes al torneo de la Eurocopa de Francia de 2016. En la citada carpa se encontraban como voluntarios de la plataforma "Barcelona por la selección" Leocadia y Lidia, y junto a ellas un amigo común, Gervasio, quienes iban vestidos con camiseta y simbología de la selección española de fútbol, repartiendo información entre las personas interesadas que transitaban por la zona. Los acusados Pascual, Luis Enrique, Jesús Ángel y Ángel Jesús, puestos de común acuerdo y guiados con el ánimo de animadversión ideológica a todo lo que representa España y lo español, y con la voluntad de hostigar y humillar a los voluntarios que allí se encontraban, una vez supieron de la existencia de la citada carpa y de cuál era su simbología sobre las 19:30 horas, de forma súbita irrumpieron en el lugar gritando "putas españolas, fuera de aquí, os vamos a matar, putas españolas de mierda, perras españolas, iros a vuestro país, hijos de putas" y comenzaron a destrozar la carpa, propinando patadas a las sillas, mesas y cuanto material había allí. Con ánimo de menoscabar la **integridad** física y de humillar por sus ideas a Leocadia, Lidia y Gervasio, comenzaron a darles patadas y empujones provocando que Leocadia cayera al suelo donde continuaron agredirla e insultándola hasta que se marcharon rápidamente del lugar llevándose consigo el bolso de Lidia con efectos tasados en 95 euros y 50 euros en metálico. Estos hechos fueron grabados por testigos que allí se encontraban siendo que uno de ellos los colgó en internet desde el que se difundieron por redes sociales y en medios de



comunicación. A consecuencia de los golpes propinados por los acusados, quienes actuaban coordinados provocaron que: - Leocadia sufriera erosiones en codo derecho, dolor a la presión en antebrazo derecho, hematoma en la parte inferior de la plataforma tibial derecho y contractura muscular cervical, heridas que requirieron para su sanidad durante 7 días de una sola asistencia facultativa sin necesidad de tratamiento médico o quirúrgico, sin causar secuelas físicas pero sí padecimientos de un fuerte impacto emocional y temor. - Lidia , sufriera contusión en el codo y antebrazo derecho, erosión en el codo derecho, contractura muscular cervical, equimosis en el ángulo mandibular derecho, brazo derecho y rodilla derecha, hematoma ungueal en el primer dedo del pie derecho y hematomas en diferentes localizaciones, heridas que requirieron para su sanidad durante 7 días de una sola asistencia facultativa sin necesidad de tratamiento médico o quirúrgico y sin causar secuelas físicas pero sí padecimientos de un fuerte impacto emocional y temor. - Gervasio sufriera erosión superficial pectoral derecha, dolor cervical paravertebral izquierdo, dolor, lumbar bilateral, dolor a la flexoextensión del codo izquierdo y hematoma en la articulación metacarpo-falángica del segundo dedo de la mano izquierda, discopatía cervical C5-C6, heridas que requirieron para su sanidad durante 7 días de una sola asistencia facultativa sin necesidad de tratamiento médico o quirúrgico y sin causar secuelas físicas pero sí padecimientos de un fuerte impacto emocional y temor. La carpa propiedad de la Sra. Juana que había sido cedida para ese acto quedó inservible y ha sido valorada en 252,89 euros. Su propietaria reclama. Antes de los hechos, sobre las 19:15 horas un hombre increpó a las víctimas diciendo que él no se sentía español y que la carpa allí no debía estar y les hizo una foto, y tras los hechos volvió a aparecer y en tono burlesco y sarcástico les pregunto qué había pasado. No se ha probado si este hombre tenía relación con los acusados y si pudo ser él quien les informo de la existencia de la colocación de la carpa. Posteriormente y cuando las víctimas se reponían de lo acontecido y comenzaban a recoger las cosas dispersadas y rotas, apareció el acusado Juan Antonio conduciendo el vehículo Renault Clio matrículaWKX , y con igual ánimo de vejación, humillación y animadversión a lo español y con el fin de crear miedo y desasosiego personal se dirigió a Leocadia increpándola con expresiones como "¿qué es esto?, esto no debería estar aquí, fuera la bandera española, puta España!!!, puta de mierda!!!", "sois unos hijos de punta, aquí no tenéis que estar putos españoles, tú eres una cerda española, hija de puta", "iremos a por vosotras!!!" os mataremos", todo ello a la vez con cara de odio y haciendo el gesto de cortarle el cuello, procediendo acto seguido con ánimo de vejara y humillar a escupirle y tirarle un vaso con lo que parecía cerveza que llevaba y abandonando el lugar conduciendo el vehículo con el que dió un fuerte volantazo para incrementar el miedo de su víctima. Tras ello se dirigió a un bar donde celebró su cumpleaños en el cual estaba Pascual entre otros amigos. Por Auto de fecha 21 de junio de 2016 el Juzgado de Instrucción nº 5 de Barcelona impuso cautelarmente a los acusados Juan Antonio y Pascual la prohibición de comunicarse y acercarse a las víctimas en un radio de 1000 metros y la de acudir a actos convocados por aficionados o simpatizantes de la Selección Española de futbol y de aproximarse a los mismos en un radio de 1000 metros y por Auto de fecha 2 de julio de 2016 se acordó la misma medida cautelar para Luis Enrique , Jesús Ángel y Ángel Jesús ".

SEGUNDO.- El citado Juzgado de lo Penal nº 16 de Barcelona dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS:

"CONDENAR a Pascual como autor criminalmente responsable de tres delitos contra la **integridad moral** del art. 173.1 del Código penal en concurso de normas con tres delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución española en su modalidad de lesión de la dignidad de las personas artículo 510.2.a) del CP a resolver en favor de este último delito ex art. 8.1 del Código penal por el principio de especialidad con la concurrencia de la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal a la pena por cada uno de los tres delitos de 6 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 6 meses con cuota diaria de 6 euros con RPS ex art. 53 del CP en caso de impago. CONDENAR a Pascual como autor criminalmente responsable de tres delitos leves de lesiones del artículo 147.2 del Código penal con la concurrencia de la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal a la pena por cada uno de los tres delitos a la pena de 1 mes de multa con cuota diaria de 6 euros con RPS ex art. 53 del CP en caso de impago. CONDENAR a Pascual como autor criminalmente responsable de tres delitos leves de lesiones del artículo 147.2 del Código penal con la concurrencia de la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal a la pena por cada uno de los tres delitos a la pena de 1 mes de multa con cuota diaria de 6 euros con RPS ex art. 53 del CP en caso de impago. CONDENAR a Pascual como autor criminalmente responsable de un delito leve de daños del artículo 263.2 del Código penal con la concurrencia de la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal a la pena de multa de 1 mes con cuota diaria de 6 euros con RPS ex art. 53 del CP en caso de impago. CONDENAR a Pascual como autor criminalmente responsable de un delito leve de hurto del artículo 234.2 del Código penal con la concurrencia de la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal a la pena de multa de 1 mes con cuota diaria de 6 euros con RPS ex art. 53 del CP en caso de impago. CONDENAR a Luis Enrique como autor criminalmente responsable de tres delitos contra la **integridad moral** del art. 173.1 del Código penal en concurso de normas con tres delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales



y libertades públicas reconocidos en la Constitución española en su modalidad de lesión de la dignidad de las personas artículo 510.2.a) del CP a resolver en favor de este último delito ex art. 8.1 del Código penal por el principio de especialidad con la concurrencia de la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal a la pena por cada uno de los tres delitos de 6 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 6 meses con cuota diaria de 6 euros con RPS ex art. 53 del CP en caso de impago. CONDENAR a Luis Enrique como autor criminalmente responsable de tres delitos leves de lesiones del artículo 147.2 del Código penal con la concurrencia de la atenuante, de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal a la pena de multa por cada delito de 1 mes de multa con cuota diaria de 6 euros con RPS ex art. 53 del CP en caso de impago. CONDENAR a Luis Enrique como autor criminalmente responsable de un delito leve de daños del artículo 263.2 del Código penal con la concurrencia de la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal a la pena de multa de 1 mes con cuota diaria de 6 euros con RPS ex art. 53 del CP en caso de impago. CONDENAR a Luis Enrique como autor criminalmente responsable de un delito leve de hurto del artículo 234.2 del Código penal con la concurrencia de la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal a la pena de multa de 1 mes con cuota diaria de 6 euros con RPS ex art. 53 del CP en caso de impago. CONDENAR a Jesús Ángel como autor criminalmente responsable de tres delitos contra la **integridad moral** del art. 173.1 del Código penal en concurso de normas con tres delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución española en su modalidad de lesión de la dignidad de las personas artículo 510.2.a) del CP a resolver en favor de este último delito ex art. 8.1 del Código penal por el principio de especialidad con la concurrencia de la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal a la pena por cada uno de los tres delitos de 6 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 6 meses con cuota diaria de 6 euros con RPS ex art. 53 del CP en caso de impago. CONDENAR a Jesús Ángel como autor criminalmente responsable de tres delitos leves de lesiones del artículo. 147.2 del Código penal con la concurrencia de la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal a la pena de multa por cada uno de los tres delitos de 1 mes de multa con cuota diaria de 6 euros con RPS ex art. 53 del CP en caso de impago. CONDENAR a Jesús Ángel como autor criminalmente responsable de un delito leve de danos del artículo 263.2 del Código penal con la concurrencia de la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal a la pena de multa de 1 mes con cuota diaria de 6 euros con RPS ex art. 53 del CP en caso de impago. CONDENAR a Jesús Ángel como autor criminalmente responsable de un delito leve de hurto del artículo 234.2 del Código penal con la concurrencia de la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal a la pena de multa de 1 mes con cuota diaria de 6 euros con RPS ex art. 53 del CP en caso de impago. CONDENAR a Ángel Jesús como autor criminalmente responsable de tres delitos contra la **integridad moral** del art. 173.1 del Código penal en concurso de normas con tres delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución española en su modalidad de lesión de la dignidad de las personas artículo 510.2.a) del CP a resolver en favor de este último delito ex art. 8.1 del Código penal por el principio de especialidad con la concurrencia de la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal a la pena por cada uno de los tres delitos de 6 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 6 meses con cuota diaria de 6 euros con RPS ex art. 53 del CP en caso de impago. CONDENAR a Ángel Jesús como autor criminalmente responsable de tres delitos leves de lesiones del artículo 147.2 del Código penal con la concurrencia de la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal a la pena de multa por cada uno de los tres delitos de una pena de 1 mes de multa con cuota diaria de 6 euros con RPS ex art. 53 del CP en caso de impago. CONDENAR a Ángel Jesús como autor criminalmente responsable de un delito leve de daños del artículo 263.2 del Código penal con la concurrencia de la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal a la pena de multa de 1 mes con cuota diaria de 6 euros con RPS ex art. 53 del CP en caso de impago. CONDENAR a Ángel Jesús como autor criminalmente responsable de un delito leve de hurto del artículo 234.2 del Código penal con la concurrencia de la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal a la pena de multa de 1 mes con cuota diaria de 6 euros con RPS ex art. 53 del CP en caso de impago. CONDENAR a Juan Antonio como autor criminalmente responsable de un delito contra la **integridad moral** del art. 173.1 del Código penal en concurso de normas con tres delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución española en su modalidad de lesión de la dignidad de las personas artículo 510.2.a) del CP a resolver en favor de este último delito ex art. 8.1 del Código penal por el principio de especialidad con la concurrencia de la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal a la pena de 6 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 6 meses con cuota diaria de 6 euros con RPS ex art. 53 del CP en caso de impago. CONDENAR a Juan Antonio como autor criminalmente responsable de un delito de amenazas graves del artículo 169.1.2 del Código penal con la concurrencia de la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal a la pena de 6 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Se impone además la prohibición



de comunicación por cualquier medio o procedimiento y acercamiento en un radio de 1000 metros a cada uno de los condenados Pascual , Luis Enrique , Jesús Ángel , Ángel Jesús y Juan Antonio , a Leocadia , Lidia y Gervasio , así como la prohibición de acudir en un radio de 1000 metros a actos, eventos o encuentros organizados por la plataforma "Barcelona por la selección" por tiempo de 3 años superior al tiempo de prisión impuesto a cada uno de ellos. Deberán los condenados Pascual , Luis Enrique , Jesús Ángel , Ángel Jesús , indemnizar solidaria y conjuntamente a Leocadia , Lidia y Gervasio en la cantidad de 350 euros más los intereses legales por las lesiones causadas a cada uno de ellos y a Juana en la cantidad de 252,89 euros más los intereses legales y a Lidia la cantidad de 95 euros como los objetos que le sustrajeron y 50 euros como la cantidad de dinero que contenía. Deberán los cinco coacusados Pascual , Luis Enrique , Jesús Ángel , Ángel Jesús y Juan Antonio , indemnizar de forma conjunta y solidaria con la cantidad de 6.000 euros por los daños **morales** causados a cada uno de las tres víctimas, Leocadia , Lidia y Gervasio . Se ABSUELVE a Pascual , Luis Enrique , Jesús Ángel , Ángel Jesús y Juan Antonio del delito de pertenencia a grupo criminal por el que se les acusaba. Manténgase la medida cautelar acordada en esta causa hasta que la presente resolución no sea firme. Deberán los cinco condenados satisfacer las costas procesales de este procedimiento incluidas las de la acusación particular. Notifíquese la presente resolución a las partes, con expresión de que contra la misma cabe recurso de apelación que deberá interponerse, en su caso ante este mismo Juzgado en el plazo de diez días desde su notificación".

La anterior sentencia fue recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Segunda, que con fecha 24 de febrero de 2020 dictó sentencia que contiene el siguiente Fallo:

"Que con estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Juana , Leocadia y Lidia contra la sentencia dictada el 30 de septiembre de 2019 por el Juzgado de lo penal N.º 16 de Barcelona en la causa Procedimiento Abreviado n.º 478/17 debemos revocar y revocamos parcialmente dicha sentencia en el sentido de imponer a Pascual por cada uno de los tres delitos contra la **integridad moral** en concurso de normas con tres delitos contra el ejercicio de los derechos fundamentales, sin circunstancias, la pena de nueve meses de prisión y multa de nueve meses a una cuota diaria de 6 euros (1620 euros) cuyo impago comportará 135 días de prisión por cada una de las multas impagadas. Asimismo, por la comisión de tres delitos leves de lesiones, sin circunstancias, por cada uno de ellos a la pena de un mes y catorce días multa a una cuota diaria de 6 euros (264 euros) cuyo impago comportará 22 días de prisión por cada multa impagada y como autor responsable de un delito leve de daños y de un delito leve de hurto, sin circunstancias, la pena por cada uno de ellos de un mes y catorce días multa a una cuota diaria de 6 euros (264 euros) cuyo impago comportará 22 días de prisión por cada una de las dos multas impagadas, manteniendo el resto. Que debemos revocar y revocamos parcialmente dicha sentencia en el sentido de imponer a Luis Enrique por cada uno de los tres delitos contra la **integridad moral** en concurso de normas con tres delitos contra el ejercicio de los derechos fundamentales, sin circunstancias, la pena de nueve meses de prisión y multa de nueve meses a una cuota diaria de 6 euros (1620 euros) cuyo impago comportará 135 días de prisión por cada una de las multas impagadas. Asimismo, por la comisión de tres delitos leves de lesiones, sin circunstancias, por cada uno de ellos a la pena de un mes y catorce días multa a una cuota diaria de 6 euros (264 euros) cuyo impago comportará 22 días de prisión por cada multa impagada y como autor responsable de un delito leve de daños y de un delito leve de hurto, sin circunstancias, la pena por cada uno de ellos de un mes y catorce días multa a una cuota diaria de 6 euros (264 euros) cuyo impago comportará 22 días de prisión por cada una de las dos multas impagadas, manteniendo el resto. Que debemos revocar y revocamos parcialmente dicha sentencia en el sentido de imponer a Jesús Ángel por cada uno de los tres delitos contra la **integridad moral** en concurso de normas con tres delitos contra el ejercicio de los derechos fundamentales, sin circunstancias, la pena de nueve meses de prisión y multa de nueve meses a una cuota diaria de 6 euros (1620 euros) cuyo impago comportará 135 días de prisión por cada una de las multas impagadas. Asimismo, por la comisión de tres delitos leves de lesiones, sin circunstancias, por cada uno de ellos a la pena de un mes y catorce días multa a una cuota diaria de 6 euros (264 euros) cuyo impago comportará 22 días de prisión por cada multa impagada y como autor responsable de un delito leve de daños y de un delito leve de hurto, sin circunstancias, la pena por cada uno de ellos de un mes y catorce días multa a una cuota diaria de 6 euros (264 euros) cuyo impago comportará 22 días de prisión por cada una de las dos multas impagadas, manteniendo el resto. Que debemos revocar y revocamos parcialmente dicha sentencia en el sentido de imponer Ángel Jesús por cada uno de los tres delitos contra la **integridad moral** en concurso de normas con tres delitos contra el ejercicio de los derechos fundamentales, sin circunstancias, la pena de nueve meses de prisión y multa de nueve meses a una cuota diaria de 6 euros (1620 euros) cuyo impago comportará 135 días de prisión por cada una de las multas impagadas. Asimismo, por la comisión de tres delitos leves de lesiones, sin circunstancias, por cada uno de ellos a la pena de un mes y catorce días multa a una cuota diaria de 6 euros (264 euros) cuyo impago comportará 22 días de prisión por cada multa impagada y como autor responsable de un delito leve de daños y de un delito leve de hurto, sin circunstancias, la pena por cada uno de ellos de un mes y catorce días multa a una cuota diaria de 6 euros (264 euros) cuyo impago comportará 22 días de prisión por cada una de las dos multas



impagadas, manteniendo el resto. Que con desestimación de los recursos de apelación interpuestos por las representaciones procesales de los acusados Pascual, Jesús Ángel, Luis Enrique y Ángel Jesús debemos confirmar y confirmamos dicha sentencia en todos los extremos cuestionados por dichos acusados. Que con estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por Juan Antonio debemos revocar y revocamos parcialmente dicha sentencia en el único sentido de condenarte como autor responsable de un delito contra la **integridad moral** en concurso de normas con un delito contra el ejercicio de derechos fundamentales en concurso ideal con un delito de amenazas graves a la pena de dieciséis meses de prisión y multa de diez meses (1800 euros) cuyo impago comportará como responsabilidad personal subsidiaria 150 días de prisión, manteniendo el resto. Se declaran de oficio las costas de los recursos".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional por la representación de los acusados Luis Enrique, Jesús Ángel y Ángel Jesús, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso interpuesto por la representación de los acusados Luis Enrique, Jesús Ángel y Ángel Jesús, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por infracción de ley por indebida aplicación del art. 109 del C. P. en relación con el art. 104 de la Ley 35/2015.

Segundo.- Infracción de ley al amparo del art. 849.1 L.E.Cr. por vulneración del art. 21.5 del C. P. en relación al art. 66 C.P.

Tercero.- Infracción de ley por aplicación indebida del art. 173.1 en concurso de normas con el art. 510.2 del C. Penal.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto solicitó su inadmisión y subsidiaria desestimación, dándose asimismo por instruida la representación de la Acusación Particular quien impugnó también el recurso, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 3 de mayo de 2022, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación interpuesto por la representación procesal de los acusados Luis Enrique, Jesús Ángel y Ángel Jesús contra la sentencia dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 24 de febrero de 2020, que revocó parcialmente la sentencia de 30 de septiembre de 2019 dictada por el Juzgado de lo Penal 16 de Barcelona.

SEGUNDO.- 1.- Por infracción de ley por indebida aplicación del art 109 del CP en relación con el art. 104 de la ley 35/2015.

Se quejan los recurrentes de que se impone a los acusados satisfacer conjunta y solidariamente la cantidad de 6000 euros a cada una de las tres víctimas (18000 euros en total), en conceptos de indemnización por daños **morales**.

Y añade que "se debe ajustar a lo dispuesto en la legislación vigente, en este caso la Ley 35/2015 que en su Art. 104 establece que "El régimen de valoración económica del perjuicio psicofísico, orgánico y sensorial con el daño **moral** ordinario que le es inherente, y del perjuicio estético se contiene en el baremo económico de la tabla 2.A.2, cuyas filas de puntuación y columnas de edad expresan, respectivamente, la extensión e intensidad del perjuicio y su duración.""

No obligatoriedad de ajustarse el juez penal al baremo de tráfico en delitos dolosos.

Debe rechazarse de plano la referencia a que debe existir una adecuación del contenido de la responsabilidad civil en hechos ajenos a la circulación al propio contenido del RD 8/2004, que fue modificado por la Ley 35/2015, con lo que la referencia legal que se hace en el motivo no es la normativa de las indemnizaciones en derecho de la circulación, sino que la Ley 35/2015 es la que se refiere a la reforma parcial del 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, por lo que la ley vigente no es la Ley 35/2015, sino el RD 8/2004 que es el marco regulador de la normativa indemnizatoria, aunque modificado en los quantum indemnizatorios por la Ley 35/2015.



La queja casacional se ubica en que "atendiendo a la pena impuesta en primera instancia, de 6 meses de prisión por cada delito, entendiendo 6 meses por cada víctima, así como de las lesiones físicas que sufrieron las víctimas lo la cantidad de 6000 euros desborda absolutamente el margen de razonabilidad y lo dispuesto en el Art. 109 y ss del CP, ajustándose a derecho una cantidad oscilante entre los 711/760 euros que marca la Ley 35/2015 y unos 1500 Euros en atención a la gravedad de los hechos, cantidades muy alejadas de los 6000 euros dispuestos en la sentencia impugnada."

Pues bien, el juzgado de lo penal argumenta la fijación del quantum en la suma de 6.000 euros por cada perjudicado señalando en el FD nº 5 que:

"De los hechos probados fluye de manera directa y material el referido relato histórico y que el insulto la afrenta, la ofensa producen sin duda un sufrimiento que es pese a sus indudables dificultades susceptible de valoración pecuniaria sin que haya por ello nadie que se identifique como pura hipótesis o suposición o conjetura determinantes de daños y perjuicios desprovistos de certidumbre o seguridad que es la base del ordenamiento jurídico. En el caso que nos ocupa no puede desconocerse y dejarse valorar el daño **moral** que sufrieron en las tres víctimas pues la afrenta, las ofrendas son inegables y se deduce de los hechos probados donde debe tenerse en cuenta que aparte de la intención de vilipendiaran degradar y ofenderlas, la motivación de los acusados además de causar el temor en las víctimas se realizó en público trasladando el temor al resto de los testigos que ahí estuvieron quienes apreciaron como se agredía a unas personas pacíficas por el simple hecho de tener unas ideas democráticas y libres que los acusados no respetaban".

Como decimos, la queja respecto al quantum indemnizatorio no puede fijarse por una mera referencia al baremo de tráfico que no es vinculante para delitos de carácter doloso como el aquí cometido, ya que este baremo está enfocado para hechos de la circulación y no para el resto de delitos donde se puede fijar una indemnización. Por ello, ninguna irregularidad se comete por el juez penal por fijar una cantidad debidamente motivada en la suma de 6.000 euros por los hechos que constan probados en la sentencia. Y ello, porque el baremo de tráfico no es vinculante para hechos de carácter doloso.

En base a ello, debemos remitirnos a valorar y considerar si el juez ha motivado el importe de la indemnización, ya que no existe un baremo por delitos dolosos que esté objetivado, sino que el daño **moral** debe medirse atendiendo a las circunstancias del caso concreto. Y ello se debe cualificar atendiendo, por un lado, al relato de hechos probados, donde se puede describir esa realidad de lo ocurrido y el "precio del dolor" sufrido por las víctimas mientras lo estaban siendo. Además, lo correcto en los casos de una impugnación del quantum indemnizatorio es valorar si existe motivación en el juez o tribunal que ha fijado esa indemnización, porque la vía impugnativa no consiste en reclamar ante el tribunal de apelación o casación que la cuantía "es elevada al parecer del recurrente" y que el órgano de apelación o casación la rebaje.

No funciona, así, el proceso de análisis de la impugnación, ya que el órgano superior no puede estar a subir o reducir quantum por su propio parecer, sino atendiendo como criterio básico en si existe motivación en la fijación del quantum, o si no existe.

Pues bien, la no necesidad, o exigencia, de tener que ajustarse de modo obligatorio al baremo de tráfico es indudable cuando se trata de sucesos ajenos a la circulación. Y, por ello, la clave la vamos a encontrar en que se motive de forma adecuada con arreglo a los parámetros objetivos de las consecuencias del daño irreversible en la persona, al modo de cómo la afecta el daño y el grado de sufrimiento que va a tener que soportar.

Así, es la motivación en la petición lo que conllevará una valoración del juez o tribunal y la correspondiente motivación del mismo a la hora de fijar el quantum que se reclama con arreglo a los distintos conceptos o partidas de referencia que se pueden poner de manifiesto, como, entre otros, los que antes hemos señalado.

Recordemos, en esta línea, lo expuesto por el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 805/2017 de 11 Dic. 2017, Rec. 2019/2016:

"Esta Sala, en una reiterada jurisprudencia ha declarado con relación a la indemnización por daños **morales**, por todas STS 896/2007, de 8 de noviembre que el art. 115 del Código Penal establece que "los Jueces y Tribunales, al declarar la existencia de responsabilidad civil, establecerán razonadamente en sus resoluciones las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su ejecución". La necesidad de motivar las resoluciones judiciales (art. 120.3 C.E.), puesta de relieve por el Tribunal Constitucional, respecto de la responsabilidad civil "ex delicto" (v. ss. T.C. 78/1986, de 13 de junio y la de 11 de febrero de 1987), y por esta Sala (v. ss. de 22 de julio de 1992, 19 de diciembre de 1993 y 28 de abril de 1995, entre otras), impone a los jueces y tribunales la exigencia de razonar la fijación de las cuantías indemnizatorias que reconozcan en sus sentencias, precisando -cuando ello sea posible- las bases en que se fundamenten (extremo revisable en casación); pero no cabe olvidar que, cuando de indemnizar los daños **morales** se trata, los órganos judiciales no puede disponer de una prueba que les permita cuantificar con



criterios económicos la indemnización procedente, por tratarse de magnitudes diversas y no homologables, de tal modo que, en tales casos, poco más podrán hacer que destacar la gravedad de los hechos, su entidad real o potencial, la relevancia y repulsa social de los mismos, así como las circunstancias personales de los ofendidos y, por razones de congruencia, las cantidades solicitadas por las acusaciones (véanse SS.T.S. de 20 de diciembre de 1.996 y 24 de marzo de 1.997). También, la STS de 10 de abril de 2000 declaraba al respecto que corresponde a la prudente discrecionalidad del Tribunal de la instancia la fijación del quantum indemnizatorio cuando se trata de daños o perjuicios de índole **moral** que no tienen una exacta traducción económica, salvo que el criterio valorativo se apoye en datos objetivos -realidades materiales valorables- erróneamente establecidos como concurrentes o no, o que la valoración misma se sitúe fuera de los límites mínimos o máximos dentro de los cuales resulta razonable el ejercicio de la discrecionalidad prudencial del Tribunal.

De tal manera que las bases para fijar el "pretium doloris" por los sufrimientos psicológicos generados por las lesiones sufridas y las secuelas originadas por éstas puede decirse que las constituyen la propia descripción de esas lesiones y su tiempo de curación y sus secuelas, ya que no existe baremo o referencias preestablecidas que puedan objetivar la evaluación económica de un daño de esta naturaleza, razón por la cual, el Tribunal ejerce, en efecto, una legítima discrecionalidad al decidir el monto de la indemnización por tal concepto."

Con ello, si existe la debida motivación no puede alterarse la misma ante una impugnación, y en este caso de da esta circunstancia, ya que nótese que:

- 1.- El juez de lo penal en ningún caso tuvo que sujetarse al baremo de tráfico a la hora de fijar la indemnización.
- 2.- La argumentación se refiere y toma como referencia el relato de hechos probados donde se describen con detalle los mismos.

Así, consta en los hechos probados que "el día en que ocurrieron las agresiones había una carpa instalada por simpatizantes de la plataforma *Barcelona por la selección*, siendo un movimiento nacido en la redes sociales desde el 2015 formado por jóvenes apasionados del deporte que pretendía dar apoyo a la selección española en todas sus disciplinas en Cataluña, y más concretamente en la ciudad de Barcelona y tenía por objeto realizar una campaña divulgativa por la instalación de pantallas gigantes para que los ciudadanos puedan ver los encuentros deportivos".

En esa carpa reflejan los hechos probados que "se encontraban como voluntarios de la plataforma varias personas que iban vestidas con la camiseta de la selección española de fútbol repartiendo información a los interesados.

En ese momento, los condenados puestos de común acuerdo y con ánimo de animadversión ideológica a lo que representa España y lo español y con la voluntad de hostigar y humillar a los voluntarios que allí se encontraban de forma súbita irrumpieron en el lugar gritando *putas españolas fuera de aquí os vamos a matar putos españoles de mierda perras españolas iros a vuestro país hijos de puta* y comenzaron a destrozar la carpa propinando patadas a sillas y mesas y cuánto material había allí."

También se añade que "con ánimo de menoscabar la **integridad** física y de humillar por sus ideas a Leocadia , Lidia y Gervasio comenzaron a darles patadas y empujones provocando que Leocadia cayera al suelo y le agredieron e insultaron hasta que se marcharon rápidamente de lugar llevándose consigo el bolso de Lidia . Éstos hechos fueron grabados por testigos que se encontraban y uno lo colgó en Internet sino difundido por redes sociales."

Se relata en los hechos probados que a raíz de los golpes propinados por los recurrentes provocaron diversas lesiones que constan en los hechos probados en Leocadia a quien además de las lesiones le provocaron padecimientos de un fuerte impacto emocional y temor, también a Lidia en la misma situación del impacto emocional y temor y a Gervasio .

También se hace constar que "después de lo acontecido y cuando se estaba recogiendo todo aparece Juan Antonio con igual ánimo de vejación humillación y animadversión a los que allí estaban desarrollando esa actividad y con el fin de crear miedo y desasosiego personal se dirige a Leocadia con las expresiones que constan en los hechos probados con insultos y vejaciones así como amenazándole de que les mataran, todo ello con cara de odio y haciendo el gesto de cortar el cuello, procediendo con ánimo de vejarse y humillarle a escupirle y tirarle un vaso de cerveza."

Con ello, como reseña el juez de lo penal, esta relación de hechos probados permite fijar el parámetro para el quantum indemnizatorio y da curso y validez a la cuantía por la procedencia de la motivación.

- 3.- Nos encontramos con un escenario donde los condenados han llevado a cabo conductas graves de humillación, desprecio, vejación, de odio a quien no es como el autor del delito considera como deberían actuar



los demás, con un ánimo de crear miedo y temor, así como con el mensaje de que no vuelvan a reunirse ni hacer una conducta libre que estaban desarrollando, como era el fomento de reuniones para la práctica deportiva. Este ataque supone, pues, transmitir temor a los afectados y a quienes quisieran llevar a efecto actos similares, lo que permite fijar la indemnización que ha concretado el juez penal.

4.- La Audiencia Provincial de Barcelona desestima este mismo motivo en el FD nº 7 recordando que "en el marco de los delitos dolosos no, existe vinculación del Juez a las cantidades fijadas en materia de circulación y Seguros operando solo como un criterio orientador a efectos de seguridad jurídica. Al margen de lo anterior en la sentencia se expone y califica expresamente el contenido y alcance del daño **moral** causado a las víctimas siendo su cuantificación perfectamente proporcionada "al sufrimiento" que, como sigue diciendo con razón la Juez a quo "fluye de manera directa del relato histórico" de lo sucedido."

5.- Nótese, así, que la sentencia condenatoria en materia de responsabilidad civil confirmada por la Audiencia Provincial fija que los cinco condenados "Deberán indemnizar de forma conjunta y solidaria con la cantidad de 6000 € por los daños **morales** causados a cada una de las tres víctimas Leocadia Lidia y Gervasio ." Y se trata de una cantidad acorde con el daño **moral** que se estima han sufrido las víctimas de un delito contra la **integridad moral** del art. 173 CP en concurso de normas con delitos cometidos con ocasión del ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución en su modalidad de lesión a la dignidad de las personas, art. 510.2 a) CP más otros delitos según el caso.

6.- La motivación del juzgado de lo penal confirmada por la Audiencia Provincial es suficiente y reúne una argumentación apropiada a la respuesta dada en cuanto a la concesión del daño **moral** por unos hechos que son graves, ya que del relato de hechos probados se evidencia que hubo:

- a.- Voluntad de hostigar y humillar a los voluntarios.
- b.- Profirieron contra los allí presentes frases de contenido excluyentes advirtiéndoles que no querían que estuvieran allí.
- c.- Causaron daños destruyendo objetos con agresividad.
- d.- Les dieron patadas y empujones provocándoles lesiones que se reflejan en los hechos probados.
- e.- Consta en los hechos probados que además de las lesiones le provocaron *padecimientos de un fuerte impacto emocional y temor*.

Con ello, la realidad es que se creó un clima de terror en ese momento, ya que en escenarios como el descrito en los hechos probados las víctimas no saben hasta dónde van a llegar los agresores en sus conductas y ello llena de inquietud, miedo, zozobra, ansiedad a aquellas. Y estas sensaciones y miedo se vivieron por las víctimas con un importante impacto emocional y temor que es indemnizable como el *precio del dolor* producido a víctimas del delito que en ese momento del hecho han padecido el miedo y temor de no saber qué iban a hacer con ellos, considerándose el mismo como un daño **moral** psicológico indemnizable, como se recoge en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 458/2019 de 9 Oct. 2019, en donde se recoge que el daño **moral** puede desglosarse en daño **moral** psicológico y psíquico, siendo reclamables ambos, si además de la zozobra, inquietud, ansiedad, miedo que se sufre al ser víctima de un hecho delictivo existe una afectación psíquica a valorar por perito médico, pudiendo reclamarse por ambos conceptos como apunta la mejor doctrina.

En este caso el daño **moral** indemnizable puede encasillarse en el psicológico que comprende no solo la afectación al momento de los hechos, sino, también, el miedo que se le crea ex post a los hechos, ya que el daño **moral** psicológico puede ser:

- a.- Por el sufrimiento el mismo día de los hechos.
- b.- Por el sufrimiento existente ex post a los hechos (y así consta en algunas declaraciones del día del juicio como más tarde veremos) como miedo por lo sufrido y afectación posterior a los mismos al recordar la victimización sufrida y recordar una y otra vez lo acontecido, o lo que hubiera podido ocurrir, y el temor a volver a hacer la conducta o actividad que en un país libre y democrático llevaron a cabo con una connotación de integración deportiva para seguir los encuentros de la selección española de fútbol.

Con ello, los hechos originan un daño **moral** psicológico, por el que ahora se ha indemnizado, pero cogiendo estos dos parámetros como puntos o factores de referencia a tener en cuenta para poder tener criterios fijos a la hora de evaluar el daño **moral**; es decir, tanto lo sufrido el mismo día del delito como lo sufrido después por ese temor y miedo emocional sufrido que puede ser más o menos permanente atendiendo a la gravedad de los hechos, pero que en estos casos se visualiza como el miedo a "volver a hacer lo mismo" con el riesgo o miedo de que vuelvan a agredirles, insultarles o menospreciarles de forma grave como consta en los hechos probados.

A la hora de valorar el daño **moral** podemos, en consecuencia, fijar, tres tesis complementarias a la expuesta en cuanto a la referente al *precio del dolo por lo sufrido el día de los hechos y por lo sufrido al recordar los hechos con el miedo a su repetición*, que es la tesis ahora aplicada y que sirve para confirmar el quantum fijado en este caso.

Pues bien, podríamos fijar tres tesis más en este caso para poder evaluar en todos los supuestos el daño **moral**, y que son:

- 1.- La tesis del daño **moral** irreversible.
- 2.- La tesis del antes y el después.
- 3.- La tesis de la declaración de impacto de la víctima.

1.- La tesis del daño irreversible

Existen supuestos en los que esta posición de regreso al antes es imposible, lo que ocurre también en el orden penal, por ejemplo, en los casos de delitos contra la libertad e indemnidad sexual en los que ese regreso de la víctima a la situación que tenían antes de ser víctimas, -mujeres y menores de edad, sobre todo-, es imposible, por cuanto el daño dejado por el autor o autores es tan grande e irreversible que no puede satisfacerse con ninguna indemnización ese terrible daño causado que deja a las víctimas en la imposibilidad de regresar a un antes en el que no habían sido víctimas todavía, ya que el terrible hecho sufrido les supone un impacto brutal y una estigmatización permanente de la que no podrán regresar a una situación de previctimización.

Ello debe ser indemnizable en atención al carácter *irreversible* de la situación, porque haber sido víctima no puede convertirse por medio del dinero en dejar de serlo de repente, por la circunstancia de que el autor del hecho pague una determinada cantidad de dinero, lo que debe ser tenido en cuenta en el quantum indemnizatorio, por la sencilla razón de la agravación de la irreversibilidad de la situación, lo que debe tener su reflejo en el monto de la indemnización a recibir por el perjudicado.

Con ello, estos criterios fijados pueden ser relevantes a la hora de que las partes puedan exponer ante el juez una serie de parámetros a ser tenidos en cuenta para llegar a fijar una indemnización lo más aproximada posible a lo que sufrió la víctima o perjudicado por el ilícito causante del daño.

Claro que hubiera sido deseable para aquellos que el hecho no hubiera ocurrido, pero una vez acontecido éste emerge un derecho indemnizatorio que debe ajustarse al máximo por el juez sin desdeñar ni apartar ningún derecho de quienes tienen derecho a recuperar lo perdido. Pero en muchos casos la recuperación física es imposible transformarla de manera económica por devolverle al antes, y, así, hemos visto que son muchos los casos en los que esa recuperación real resulta imposible.

Cuando esto ocurre la imposibilidad del regreso al antes es evaluable en dinero, porque aunque nunca pueda devolverse una vida, o nunca pueda regresar una víctima de un delito de contenido sexual al estatus en el que no lo había sido en su momento, el Estado de derecho debe fijar una justa compensación por hechos en los que la persona ya no podrá ser la misma. Bien porque ha sufrido la pérdida de un familiar cercano, bien porque ha sido agredida sexualmente, o porque ha sufrido un hecho que le marcará personalmente para el futuro, lo cual debe tener por el juez la debida traducción económica por esa irreversibilidad, que hará que quien sufre el daño ya no podrá ser la misma persona. Y esto debe ser tenido en cuenta en el terreno de la responsabilidad civil como compensación a la circunstancia de no poder regresar a la situación del antes.

El denominado "daño irreversible" como aquél que supone que la persona perjudicada "ya no volverá a ser como antes". Aquella situación que consiste en la "inhabilitación permanente para realizar determinadas actividades de la vida".

Aquellas personas a las que se les ha diagnosticado un "daño irreversible" deben asumir que ya nada volverá a ser como antes, y que la vida se le presenta al perjudicado, o víctima, como una carrera de obstáculos que deberá ir superando cada uno de los días de su vida.

La indemnización que se concederá por daño irreversible es daño **moral**, porque este es el concepto en el que se enmarca la razón de ser de la reclamación por el peso que tendrá que asumir el resto de su vida de un "sufrimiento" que da lugar a que se le indemnice por esa "irreversibilidad" del daño causado por el ilícito doloso o culposos.

2.- La tesis del antes y el después.

La cuestión se trata de poder establecer el canon concreto de determinación del *quantum* y fijar el haz de criterios para establecer una exacta concreción de la cantidad que se debe ajustar al daño producido al perjudicado y que el autor del ilícito debe responder en la indemnización que se fije en la sentencia.



Pues bien, debemos fijar esta cuestión bajo la *tesis del antes y después* a la hora de concretar la situación que existía antes del ilícito sin existir el perjuicio y la que se genera después de su comisión, para en este *después* poder tener la certeza y seguridad jurídica de estar en condiciones de regresar al *antes*.

Cierto y verdad es que en muchos casos, quizás en la mayoría de ellos, puede que no sea posible regresar en la misma medida al antes al hecho causante del daño. Pero si esto es así, lo que corresponde, y es esencia de la función judicial, es la de fijar con la mayor exactitud posible cuál es ese perjuicio cuantificado que debe ser resarcido, para que si, al menos, no es posible llegar a la misma situación del antes, que sea posible llevar a cabo un esfuerzo de cuantificación para poder conseguir la "mayor aproximación" posible.

Quizás, sobre esta finalidad giraría el objetivo que debe perseguirse en estos casos cuando existe una reclamación, tanto en el orden civil como en el penal. Y ello, a fin de que las partes aporten todos los datos de que dispongan para que en esa función de "hacer justicia" se pueda conseguir este fin de que el perjudicado sea repuesto en una medida lo más aproximada a la situación en la que estaba antes de que ocurriera el evento dañoso que ha producido la situación del perjuicio cuantificable.

Se suele decir, también, que hay daños que tienen difícil cuantificación Y eso es cierto, porque no todo daño tiene una concreta y determinada cuantificación económica con exactitud que se corresponda al canon del coste real de lo que debe reponerse. Y ahí entran cuestiones como el daño **moral**, que se desdobra en daño **moral** psicológico y daño **moral** psíquico, en las que el daño no se puede cuantificar, en principio, económicamente atendiendo a un denominado "coste de reposición", ya que cuando hablamos de daño **moral** la reposición al antes es muy difícil o imposible.

Las indemnizaciones en estos casos no pueden producir nunca el efecto de poder regresar a la situación anterior al hecho grave, por lo que no puede compensarse con dinero aquello que provoca un dolor tan grande en la víctima que hace impensable e imposible que una cantidad económica, sea la que sea, pueda recompensar o devolver el dolor y daño producido en víctimas y perjudicados.

Aunque materialmente resulte indudable que se produce un enriquecimiento patrimonial en el perjudicado y un empobrecimiento patrimonial en el autor del hecho, en determinados casos solo queda ahí en la posición del perjudicado, pero porque ese pago no tiene la capacidad de traspasar el mero efecto económico del pago y cobro, pero sin poder tener un efecto mayor, ya que el resarcimiento **moral** en muchos casos de daños no es compensado ni tan siquiera por el mero concepto en el que se llama a ese mismo daño **moral**, que tiene como función recompensar moralmente a la víctima o perjudicado, pero sin que tenga la potencialidad y eficacia suficiente como para poder hacerlo.

Podemos fijar como criterios en materia de indemnización por daño **moral** en este caso los siguientes:

- 1.- En materia de responsabilidad civil por ilícito debe ahondarse, en primer lugar, en si es posible la compensación que traslade la situación del después al antes de la comisión del hecho. Es el principal objetivo del juez. El de restaurar al 100% la situación del perjudicado siempre que ello sea posible.
- 2.- Se trata de procurar que el perjudicado "regrese" a la situación del antes.
- 3.- En la determinación del antes y el después hay que valorar si es posible físicamente conseguir el regreso al antes en las mismas condiciones y situación, ya que si la compensación puede satisfacerse mediante la concreta indemnización que permita esa exactitud en el regreso es lo que debe pretenderse con la determinación del quantum en ejecución de sentencia para conseguir que el perjudicado recupere esa situación idéntica a la que tenía antes del hecho.
- 4.- Podemos aplicar la tesis del antes y después a la hora de fijar la situación que existía antes del ilícito sin existir el perjuicio y la que se genera después de su comisión, para en este después poder tener la certeza y seguridad jurídica de estar en condiciones de regresar al antes.
- 5.- Existe, en ocasiones, una especie de incapacidad de reparar determinados hechos que por su gravedad y circunstancias hacen que sea imposible regresar al antes. Ello no quiere decir que no haya que compensar, sino que la compensación se encuentra en base a muchas circunstancias personales y objetivas que se unen para poder extraer una conclusión indemnizatoria de máximo ajuste económico.
- 6.- Pero si el regreso al antes es materialmente imposible, la indemnización a satisfacer deberá tener en cuenta el perjuicio **moral** que le supone al perjudicado no poder recuperar la misma situación anterior al hecho dañoso, y esa imposibilidad de regreso al antes deberá ser un dato a tener en cuenta a la hora de fijar la indemnización, porque ello supone un daño **moral** adicional al quantum que debe tenerse en cuenta a la hora de llevar a efecto la cuantificación.



- 7.- Así, si el regreso al antes es posible en las mismas condiciones se realizará el cálculo de esa indemnización en su coste de regreso más el daño **moral** sufrido de entenderse concurrente u otros gastos que fueren probados.
- 8.- La imposibilidad de regreso siempre conllevará, pues, una indemnización mayor en la que se añaden otros factores a valorar con la prueba correspondiente a practicar en el proceso judicial adicionando un daño **moral** de imposibilidad de regreso que es evidente y que debe ser tasado.
- 9.- Objetivo es, también, la restauración máxima y la más acercada a esa situación previa a la comisión del ilícito. Ciertamente y verdad es que en ocasiones será difícil, pero debe trazarse como objetivo el acercarnos en la mayor medida posible a la exactitud de la restauración.
- 10.- Es preciso que en el cálculo indemnizatorio no se caiga en el error de "pecar" ni por exceso ni por defecto.
- 11.- Si no es posible ajustarse al antes con exactitud es preciso llevar a cabo un esfuerzo de cuantificación para poder conseguir la "mayor aproximación" posible.
- 12.- Hay daños que tienen difícil cuantificación como el daño **moral**, y en estos casos es preciso "ponerse el juez" en la posición del perjudicado para atender a cuál es la traslación a dinero.
- 13.- Ante el daño **moral** este tipo de daño no se puede cuantificar, en principio, económicamente atendiendo a un denominado "coste de reposición", ya que cuando hablamos de daño **moral** la reposición al antes es muy difícil o imposible. No hay baremo indemnizatorio que fije el "coste del daño **moral**".
- 14.- Daño **moral** y daño psicológico. El daño **moral** puede desdoblarse en daño psicológico a probar según la redacción de los hechos y la percepción del juez del estado de zozobra, ansiedad, inquietud e incertidumbre que el hecho le haya provocado en su sufrimiento personal cuantificable a tenor de las circunstancias, y, también, el daño **moral** psíquico a acreditar por prueba pericial médica en atención a la afectación a la psique del sujeto perjudicado por el hecho.
- 15.- Existen situaciones en las que el dinero no opera como *criterio de restauración al antes*, ya que, si se indemniza con una cantidad económica, aunque materialmente resulte indudable que se produce un enriquecimiento patrimonial en el perjudicado y un empobrecimiento patrimonial en el autor del hecho, en determinados casos solo queda ahí en la posición del perjudicado en el cobro, pero porque ese pago no tiene la capacidad de *traspasar el mero efecto económico del pago y cobro*, pero sin poder tener un efecto mayor de carácter personalísimo en el perjudicado.
- 16.- La responsabilidad civil en la fijación del quantum viene exigida de estar rodeada de la debida motivación reflejada en la sentencia. Resulta indudable que tanto quien reclama como quien es reclamado tienen derecho a saber y conocer las razones de la estimación o desestimación de sus pretensiones y los argumentos que está obligado a exponer el juez acerca de los motivos por los que se ha fijado esta cantidad como indemnización, y no otra.
- 17.- Hay situaciones en las que nos encontramos con una imposibilidad física y material de regresar del después al antes. Porque no existen mecanismos materiales que puedan compensar por la vía de los instrumentos jurídicos que habilitan, tanto las leyes procesales como sustantivas, poder recuperar lo que ya se ha perdido, por cuanto es insustituible e irrecuperable la pérdida.
- 18.- El objetivo real que debe enfocarse en el procedimiento judicial es el de conseguir en la sentencia el mayor "ajuste económico" que pueda alcanzarse, una vez que los distintos medios probatorios se hayan propuesto y practicado en el juicio para permitir que el juez tenga estos mecanismos probatorios para poder calcular con la mayor exactitud posible la recuperación del antes, si ello es posible, en el examen del después de producido el ilícito.
- 19.- El autor del daño no es quien tiene el derecho de proponer cómo y de qué manera se debe satisfacer la indemnización, si regresar al antes o fijar el después con una mera satisfacción económica, porque ello puede ser más doloroso para el perjudicado que hubiera deseado ser posible regresar al antes.
- 20.- El regreso al antes se centra en el valor de la identidad para conseguir no un "acercamiento" al antes, sino una exactitud. Se centra en la reparación que deberá tener un contenido de exactitud para conseguir el regreso idéntico y absoluto a lo que antes existía. Se trata de buscar la verdadera y absoluta identidad en el antes, para llegar a ello después del daño causado.
- 21.- El regreso al antes no tiene por qué quedar eximido de la indemnización de daños y perjuicios si se acreditaran estos y no quedara total y absolutamente satisfecho.



22.- El carácter irreversible del regreso al antes debe ser indemnizable, lo que debe ser tenido en cuenta en el quantum indemnizatorio, por la sencilla razón de la agravación de la irreversibilidad de la situación, lo que debe tener su reflejo en el monto de la indemnización a recibir por el perjudicado.

23.- El daño **moral** se ubica, precisamente, por la imposibilidad física de la recuperación del antes y se cuantificará en atención al valor de la pérdida de la imposibilidad de regreso y cómo le afectará en el futuro al perjudicado. Así, en la medida en la que esa ausencia de lo que había antes esté en condiciones de causar una mayor afectación personal, psicológica y psíquica al perjudicado la indemnización será mayor.

3.- *La tesis de la declaración de impacto de la víctima.*

Esta tesis gira en torno a que otro criterio para fijar el daño **moral** se ubica en el interrogatorio de la víctima en el proceso penal acerca de lo que "sintió" al momento de ser víctima y su afectación durante el hecho y después del mismo. Esta es la técnica anglosajona del *victim impact statements* que tiene como objetivo dar voz a la víctima en el proceso penal, no solo a lo que ocurrió, sino a la forma en que sufrió como víctima los hechos, lo que es una novedad importante reflejarlo en los parámetros a tener en cuenta en el proceso penal a la hora de poder utilizar el interrogatorio de la víctima en el juicio, pero no solo con relación a los hechos, sino con relación al "impacto" que en la víctima le ha producido el delito, por lo que el interrogatorio a la víctima en la declaración de impacto corresponde al Fiscal y acusación particular, en torno a poder extraer de esa declaración de impacto elementos suficientes para poder evaluar el quantum del daño **moral**.

En el presente caso consta en la sentencia del juzgado de lo penal la descripción de lo que declararon las víctimas en el juicio oral dentro de lo que se puede denominar en el ámbito del tratamiento del daño **moral** la *declaración de impacto de la víctima*.

En este sentido consta en la sentencia que "declaró Lidia explicando y relatando la agresión que sufrieron y que estaban allí también Leocadia y Gervasio escuchando los insultos expresados contra ellos y que eran 4 o 5 chicos que les estaban pegando cogiéndole las banderas y arrancándolas y tirándolo todo por el suelo pisándolo todo y les atacaban a la vez, y que vio como cogían a Leocadia y se la llevaron hacia la acera y cayó al suelo y que aunque fueron unos minutos a ella le parecieron horas.

Señala que los chicos iban con capuchas y otros con gafas y que la gente que estaba allí se asustó por ver cómo actuaban sin que nadie les ayudara hasta que se fueron. Añadió que la carpa quedó en el suelo y que uno del grupo se llevó hasta su bolso teniendo que cambiar las llaves de su casa por el temor a lo que pudiera pasarle, pensando si iban a entrar en su casa con los efectos que ello pudiera provocar.

Sobre todo añade que las pisaban con odio y que sintió mucho miedo. Añade que emocionalmente lo pasó muy mal porque además la gente les decía que eran del barrio y estuvo temblando durante uno o dos meses y no fue al psicólogo pues no tenía tiempo, pero que cada vez que pasa por allí lo pasa mal y que tuvo que estar tomando dorazepam para dormir, ya que recordaba al acostarse todo lo sucedido.

También señala la sentencia que prestó declaración Leocadia en el mismo sentido que el anterior relatando todo lo ocurrido que consta en los hechos probados y que para ella iban a maltratarlas y romperlo todo y fue lo que hicieron, que ella apareció en el suelo boca arriba y se puso muy nerviosa por lo que comenzó a pegarles patadas, porque tenía encima de ella a mucha gente y que le fueron dando patadas y tuvo contusiones varias. Relata esta víctima la gravedad de todo lo ocurrido, y, sobre todo, las expresiones que cuenta en el juicio cuando empezó una persona a gritarles de que tenían que irse de allí y que quitara la bandera española.

Relató que estaba muy alterada, que le tiraron un vaso y que le escupieron. Añade que ha cogido miedo y que no fue al psicólogo porque no tuvo tiempo por el trabajo.

También prestó declaración Gervasio que estaba allí en la carpa con Juana y Leocadia relatando lo mismo que las anteriores respecto a lo que aconteció ese día relata que fue asistido médicamente dos veces y tuvo un fuerte impacto emocional y que de hecho cuando va solo por la calle se obtiene de pasar por ciertos sitios. Añade que hasta ese día llevaba siempre un bolso con lo de la selección española sin temor porque jamás pensó que le pudieran agredir por ser simpatizante de la selección española y que ha cogido miedo de gente de esa ideología con ansiedad y dificultades para dormir."

Con ello, queda patente que se aplicó en este caso lo que denominamos la *declaración de impacto de la víctima* como criterio a tener en cuenta a la hora de evaluar el daño **moral**.

Pues bien, en el presente caso han existido los siguientes parámetros que dan lugar a la confirmación de la indemnización, a saber:

1.- La constancia de la gravedad de lo ocurrido reflejado en los hechos probados es elemento a tener en cuenta en este caso para confirmar la indemnización por ser factor relevante el relato de hechos para, de ahí, fijar el



quantum. Del relato de hechos probados se puede desprender, y en este caso así ocurre, la situación vivida por las víctimas en un escenario grave, con unos hechos graves y con un acometimiento por los autores que las víctimas vivieron con sorpresa al principio por el carácter inesperado del ataque, y luego con el miedo y tensión emocional de verse humillados y atacados por los autores, aspecto emocional de no saber hasta dónde iban a llevar que les supuso un evidente miedo de no saber qué más iban a hacer con ellos, cuando por sus frases y expresiones pudieran llegar a sufrir el temor de algo más grave. El daño **moral** causado es evidente y el quantum aplicado total y absolutamente justificado. Está motivado.

2.- La motivación del juez es suficiente y referida a lo que sufrieron las víctimas el día de los hechos.

3.- Se trata de delitos graves afectantes a la **integridad moral** y, además, es delito de odio del art. 510.2 a) CP con las propias características de estos delitos en cuanto conllevan esos actos de menosprecio, o humillación, por lo que el daño **moral** que conllevan estas conductas resulta evidente e indemnizable. Con ello, este también es un parámetro a tener en cuenta dada la entidad y gravedad de los tipos penales objeto de condena.

4.- Se aplica en este tema indemnizatorio del daño **moral** la tesis del "antes y el después", porque tras los hechos ocurridos es muy difícil que las víctimas regresen al "antes", ni aunque sean compensados económicamente. Y ello, porque la indemnización es el resultado de aplicar el art. 110.3 CP en relación con el art. 109 CP, pero hay que tener en cuenta las dificultades de regresar las víctimas a su situación anterior a haberlo sido, cuando recordarán a buen seguro estos hechos en el futuro, y el miedo a volver a hacer algo que tienen derecho a llevar a cabo por su libertad en un país de convivencia y respeto a las actividades justas y correctas de los demás, sin que interfirieran en los demás y respetándose entre todos que es la primera regla de la convivencia que debe presidir en un país democrático, sin que actos como los ocurridos posibiliten mantener esta convivencia entre los ciudadanos.

Por ello, esa dificultad de regreso al "antes" del delito "después" de los hechos delictivos es indemnizable por la permanencia del recuerdo y el miedo a su repetición, lo que es dato evaluable a la hora de fijar el daño **moral**.

5.- Se aplica en este caso la tesis de *la declaración de impacto de la víctima* para evaluar y tener en cuenta lo que expusieron en el juicio respecto a cómo se sintieron cuando fueron víctimas, lo que sufrieron, cómo les impactó durante y después del delito; es decir, las posibles consecuencias personales de miedo, o temor a que se repita lo ocurrido, o, simplemente, a revivir lo acontecido el día de los hechos.

Por todo ello, se entiende que en el presente caso está debidamente motivada la responsabilidad civil fijada como daño **moral**.

El motivo se desestima.

TERCERO.- 2.- Infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECRIM por vulneración del art. 21.5 del CP en relación al artículo 66 CP.

Se cuestiona en este motivo que la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 230 de fecha 24 de Febrero de 2020 suprimiera la atenuante de reparación del daño del art. 21.5 CP que sí aplicó el juzgado de lo penal ante la consignación de los acusados en fecha 30 de mayo de 2018, antes de la primera sesión de la vista del juicio oral a celebrar, pero que en realidad tuvo lugar luego más tarde el día 29 de Mayo de 2019, de la suma de 9.300 euros.

Por sentencia del juzgado de lo penal 30 de septiembre de 2019 fueron condenados a pagar, por una parte: La totalidad de condenados de forma solidaria a Leocadia , Lidia y Gervasio la cantidad de 6000 euros a cada uno en concepto de daños **morales**. Por otra parte, los condenados Ángel Jesús , Luis Enrique , Jesús Ángel y Pascual fueron condenados a "indemnizar solidaria y conjuntamente a Leocadia , Lidia y Gervasio en la cantidad de 350 euros más los intereses legales por las lesiones causados a cada uno de ellos y a Juana en la cantidad de 252,89 euros más los intereses legales y a Lidia la cantidad peritada al folio 388 de 95 euros como los objetos que le sustrajeron y 50 euros la cantidad de dinero que tenía". Todo ello hace que de manera global la cantidad a indemnizar fuera de 19447,89 euros.

Con ello, se consignan 9.300 euros frente a una condena de 19.447,89 euros. Además, era conocido, y esto es importante, que los acusados conocían desde el momento de las calificaciones de la acusación que se reclamaba 6.000 euros por daño **moral** para cada víctima más el importe de daños y lesiones sufridas por las víctimas. Pese a ello, la consignación se produce un día antes del juicio como se reconoce, incluso, por los recurrentes en el recurso, aunque luego se llegara a celebrar un año más tarde, pero es circunstancia concluyente que esa consignación se efectuó un día antes de la vista señalada como primera sesión, aunque luego se prolongara la fecha. Esta cuestión temporal consta asumida en la página 22 del recurso de casación.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona fundamenta la revocación de la concesión de la atenuante de reparación del daño del art. 21.5 CP en los siguientes factores:



"No consta siquiera que las cantidades fueran entregadas para el pago y no como mera consignación a resultas del Juicio (debiendo destacarse que no consignaron cuando fueron requeridos), desvirtúa su finalidad y se convierte en un instrumento perverso de una fácil consecución de una aminoración penológica que el ordenamiento jurídico no puede tolerar".

Los recurrentes solicitan que se aplique de nuevo la atenuante del art. 21.5 CP de reparación del daño del art. 21.5 CP y que *la elevación de la pena en los 3 delitos contra la integridad moral, así como en los delitos leves de hurto, lesiones y daños supondría una infracción de lo dispuesto en el Art. 21.5 en relación con el Art. 66 CP debiendo quedar la penalidad en los términos que recogía la sentencia de instancia.*

Pues bien, debemos hacer las siguientes precisiones:

1.- Como se recoge en la sentencia del juzgado de lo penal en el Antecedente de hecho 2º el juicio tuvo que suspenderse en dos ocasiones con motivo de la enfermedad de dos letrados de las defensas, y finalmente se celebró cuando "se coordinaron las agendas de defensa y acusación y hubo disponibilidad de la Sala".

2.- Esto nos lleva a la puntualización y motivo de la sala de la Audiencia Provincial de plantear que los acusados esperaron a consignar antes del día señalado en primer lugar, aunque luego se celebrara más tarde por las razones apuntadas.

3.- Además, no consta que se haya producido una "consignación para pago", sino una vía subsidiaria al solicitar la atenuante del art. 21.5 CP.

4.- Consta en la sentencia de la Audiencia Provincial, que no se efectúa la consignación cuando se es requerido para ello.

5.- El tribunal rechaza la atenuante al huir de la aplicación automática cuando parte del resarcimiento civil se entrega justo antes del acto del Juicio.

Debemos fijar una serie de parámetros a tener en cuenta en relación a la apreciación de la atenuante del art. 21.5 CP, a saber:

a.- No puede plantearse como "un derecho de crédito a la atenuante" por el hecho de pagar tardíamente, y en este caso existe una espera hasta el día antes del juicio, cuando se pudo hacer antes, aunque en realidad se celebrara después. Distinto hubiera sido que en este caso se hubiera consignado para pago la suma reclamada por la acusación, porque se permite la consignación para pago hasta el día del juicio.

b.- Con esta atenuante se prescinde de la existencia del arrepentimiento y se trata de cumplir una función de reforzar la protección de las víctimas, pero en este caso esa protección se rechaza por los recurrentes, ya que frente a la cifra a reclamar y objeto de condena de 19447,89 euros se consignan solo 9.300 euros. No se llega, con ello, ni a la mitad de la suma fijada, y nótese que se trata de una responsabilidad solidaria a abonar por cinco condenados, pero de la que no se abona ni la mitad de la obligación de pago, y, además, la consignación no consta que sea para pago. Y así lo indica la sentencia de la Audiencia Provincial en cuanto a consignación a resultas del juicio.

c.- Señala la Audiencia, además, que fueron requeridos para pago y no se efectuó la consignación sino hasta el día antes del primer señalamiento que se suspendió y celebró más tarde. La circunstancia de que se celebrara realmente más tarde no altera la realidad de que esperaran hasta el día antes del juicio para consignar, sin que lo fuera de la totalidad reclamada, y sin que conste que sea para pago, sino que como indica la Audiencia a resultas del juicio.

d.- Es sabido que para la apreciación de la atenuante del art. 21.5 CP se requiere que la reparación parcial ha de ser relevante y notoria, y en este caso no se llega ni a la mitad de la reclamación.

Pues bien, debemos fijar algunos extremos que avalan que no se aplique la atenuante del art. 21.5 CP como con acierto señaló la sentencia de apelación.

Interesante a los efectos aquí planteados es la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 145/2020 de 14 May. 2020, Rec. 10613/2019 que señala que:

"Una frase relevante que debe destacarse en este caso es que "La reparación absoluta y colectiva" es la plasmación de la misma situación provocada entre el "antes" y el "después". Y ello se consigue mediante la íntegra reparación del daño que o vuelve a la situación anterior al perjudicado o le compensa por el causado.

No puede tener por ello el mismo efecto penológico que se condene al acusado al pago de una responsabilidad civil a la víctima del delito que aquél satisfaga de forma voluntaria la cantidad que se estime procedente y adecuada para que la víctima, de alguna manera, tenga una pronta e inmediata satisfacción del daño **moral** y físico producido por el delito cometido. No ocurre así en este caso, en donde, además, dada la gravedad de



los hechos se espera nada menos que al inicio del juicio como si se tratara de un acto matemático que lleva consigo "un derecho de crédito a la atenuante" por el hecho de pagar tardíamente".

Se apreció como atenuante simple en un caso de delito de lesiones en Sentencia TS 211/2021 de 9 Mar. 2021 consignando la defensa lo reclamado por el Fiscal el día antes del juicio.

"La reparación debe ser suficientemente significativa y relevante, pues no procede conceder efecto atenuatorio a acciones ficticias, que únicamente pretenden buscar la aminoración de la respuesta punitiva sin contribuir de modo eficiente y significativo a la efectiva reparación del daño ocasionado (Sentencias núm. 1990/2001, de 24 octubre, 1474/1999 de 18 de octubre, 100/2000 de 4 de febrero y 1311/2000 de 21 de julio)".

Se rechazó, también, incluso como atenuante simple en la sentencia del Tribunal Supremo 418/2021 de 19 May. 2021, Rec. 10787/2020:

"Improcedencia de la atenuante. Pago de cantidad ínfima en relación a la cuantía indemnizatoria. La circunstancia es operativa como ordinaria cuando se reparan parcialmente los daños o perjuicios causados a la víctima, aunque también es cierto que la reparación parcial ha de ser relevante y notoria, y no meramente simbólica. Carece de toda relevancia que el condenado sea solvente o insolvente."

En este caso concreto había tres víctimas a indemnizar en cuantía de 6.000 euros a cada una, pero los recurrentes consignan cada uno 2.000 euros y uno de ellos 1.300, de ahí que la sentencia de la Audiencia señale que se consignó un tercio por cada uno de lo que tenía que consignar. El esfuerzo para paliar las consecuencias del delito no fue lo relevante que hubiera sido necesario, y aunque sea posible hacerlo hasta el día del juicio cierto es verdad es que los hechos son graves, con unas connotaciones importantes de afectación al miedo de las víctimas a no saber qué podría ocurrir cuando les atacaron y con el miedo "a futuro" de si podrían atacarles de nuevo si volvían a poner la carpa con un objetivo tan convivencial como es el de agrupar a los ciudadanos que quisieran para ver los partidos de la selección española de fútbol. Esto es, las víctimas querían sacar a la calle la puesta en escena de crear un ambiente en la ciudad para poder agrupar a los ciudadanos en torno al seguimiento de los partidos de fútbol de la selección española en un ambiente deportivo y de convivencia pacífica con el objetivo de ver los partidos de la selección en la Eurocopa de Francia del año 2016, pero los recurrentes no se lo querían permitir y les agredieron por ello, y lejos de consignar para pago por el daño causado y con ello intentar paliar el mismo no lo hacen y esperan hasta el día antes del juicio, aunque se suspendiera y celebrara más tarde, pero sin consignar la cuantía reclamada, lo cual, al menos hubiera resarcido el daño causado en cuanto a daño **moral** y físico. Y cada uno consigna "su tercera parte", porque se realiza para resultas del juicio la consignación de 2.000 euros excepto la de Pascual la cantidad de 1300 euros, es decir, cada uno su tercera parte respecto de los 6.000 en que consistía el daño **moral** a indemnizar a las tres víctimas. Y ello, aunque en el quantum total se alcance consignado menos de la mitad.

Hay que recordar que el fundamento de esta atenuante lo recoge el Tribunal Supremo en la Sentencia TS 29/2021 de 20 Ene. 2021 que:

"El fundamento de la circunstancia de reparación se traduce en una disminución de la pena a imponer y ello, por dos razones:

a) Porque es necesario -y justo- ofrecer algún premio a quien está dispuesto a *dar una satisfacción a la víctima del delito, reparando las consecuencias civiles de su acción*. Ciertamente todo delito en cuanto supone una violación de las reglas que permiten la convivencia y libertad de la sociedad, supone que la propia sociedad queda victimizada con cualquier delito, y a ello responde la necesidad de la pena como reparación del daño causado, pero no hay que olvidar, que junto con esa víctima mediata y general, sin rostro, que es la comunidad, existe una víctima concreta, corporal y con rostro que es la que recibe la acción delictiva, pues bien parece obvio que cualquier acto del responsable del delito tendente a dar una reparación a la víctima debe tener una recepción positiva en el sistema de justicia penal, porque admitiendo el protagonismo de la víctima en el proceso penal, hay que reconocer que tiene relevancia el acto de reparación que haya podido efectuar el causante de la lesión, porque se satisfacen y se reparan los derechos de la víctima dañados por el agresor.

b) Porque qué duda cabe que el acto del responsable del delito de reparar el perjuicio causado de forma voluntaria, puede tener el valor de un dato significativo de una regeneración y consiguiente disminución de su peligrosidad en el futuro."

En el presente caso no existe esta satisfacción de las víctimas del delito. La Audiencia señala que se consigna a resultas y no para pago, y que, además, ya fueron requeridos, por lo que la falta de voluntariedad o posposición de la acción de consignar supone una acción tardía que no provoca el efecto que se pretende. No hubo satisfacción a las víctimas del delito antes del juicio y ello desmerece el reclamado derecho a la atenuante del art. 21.5 CP.



Con relación la exigencia de que la consignación debe ser para entrega y con finalidad de pago y no a resultados del juicio señalamos en la sentencia del Tribunal Supremo 739/2021 de 30 Sep. 2021, Rec. 10284/2021 que:

"En todo caso, cuando la actuación económica consiste en consignar una cantidad dineraria antes del juicio y no se deja constancia expresa de que el dinero se aplique a reparar incondicional e irrevocablemente los perjuicios causados con independencia del resultado del proceso, no existe título para aplicar el dinero a otro destino que cubrir la fianza que se haya podido establecer de manera imperativa en una resolución judicial previa, garantizando con ello que pueda hacerse pago al perjudicado sólo en la eventualidad procesal de que, terminado el juicio, se declare una responsabilidad civil de la que el consignante discrepa y que no admite hasta ese momento.

En estos supuestos, no nos encontramos con la actuación configuradora de la circunstancia atenuante de reparación del daño prevista en el artículo 21.5 del Código Penal, sino con una consignación en garantía de las eventuales responsabilidades civiles que puedan llegar a dictarse. En tal coyuntura, la actuación procesal se limita a dar cumplimiento a la previsión de los artículos 589 y 591 de la LECRIM, que establecen que cualquier fianza monetaria podrá constituirse en dinero en efectivo, eludiéndose el embargo subsidiario contemplado en el artículo 597 de la LECRIM, así como la propia previsión subsidiaria del artículo 738.2 en relación con el artículo 585 de la LEC, que permiten eludir y suspender el embargo consignando la cantidad por la que éste se hubiera despachado (STS 757/2018, de 2 de abril de 2019).

De otro lado, nuestra jurisprudencia ha indicado que tampoco procede esta circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal en aquellos supuestos en los que la reparación no sea suficientemente significativa y relevante, pues no se trata de conceder efecto atenuatorio a acciones ficticias y que únicamente pretenden buscar la aminoración de la respuesta punitiva sin contribuir de modo eficiente a la efectiva reparación del daño ocasionado (SSTS 2068/2002, de 7 de diciembre o 1346/2009, de 29 de diciembre, entre otras)."

Por todo ello, la desestimación de la aplicación de la atenuante del art. 21.5 CP estuvo correctamente rechazada por la Audiencia al no concurrir los requisitos para la apreciación de la misma, dada la naturaleza y características de los hechos ocurridos, su gravedad, la necesidad de que se hubiera procedido a un resarcimiento del daño físico y **moral** causado y que no se produjo en los términos indicados, pudiendo haberse hecho.

El motivo se desestima.

CUARTO.- 3.- Infracción de ley por aplicación indebida del art. 173.1 en concurso de normas con el artículo 510.2 del Código Penal.

Hay que considerar que la condena lo fue por tres delitos contra la **integridad moral** del art. 173.1 CP en concurso de normas con tres delitos contra el ejercicio de los derechos fundamentales del art. 510.2 a) CP a resolver a favor de este último por base al principio de especialidad del art. 8.1 CP.

Entienden los recurrentes que deben apostar por una interpretación restrictiva del tipo penal del art. 510 CP, entendiendo que solo los colectivos necesitados de una especial protección, minoritarios o vulnerables son aquellos que merecen dicha protección penal. Y realiza un análisis del art. 510.2 CP en cuanto entiende que los sujetos sobre los que se desarrollaron las conductas reseñadas en los hechos probados no integran uno de los grupos a que se refiere en el art. 510 CP en cuanto a los delitos de odio.

1.- Se produce y consta en los hechos probados que se perpetra el odio a las víctimas por razón del concepto nación pretendiendo la exclusión personal presencial de lo que pueda simbolizar a España además de por la ideología sobre lo que representa la nacionalidad. No se trata de odio por razones deportivas o futbolísticas. No es eso lo que se desprende de los hechos probados.

Pues bien, dado que se plantea el motivo por la vía del art. 849.1 LECRIM hay que señalar que se deben respetar los hechos probados, y en este caso los mismos efectúan un relato histórico con relación a la pertenencia de los recurrentes a un grupo concreto y explica las diversas actividades llevadas a cabo. Por ello, pese a que los recurrentes pongan su acento en que no puede ser constitutivo de delito de odio los ataques proferidos contra simpatizantes de la selección española de fútbol, no es eso lo que se desprende de los hechos probados, sino un ataque a las víctimas por su nacionalidad de pertenencia a España, pero también por la ideología sobre la nacionalidad y la creencia sobre ese dato objetivo, y, obviamente, por instalar una carpa que hacía referencia a la selección española, pero esencialmente un ataque a lo que representa la nacionalidad española y los que allí estaban apoyándolo.

Por ello, el ataque se produce por razón de:

1.- La nacionalidad española de las víctimas y el odio que exponen y manifiestan hacia ello con sus actos los autores.



2.- La ideología sobre la nacionalidad de las víctimas que representa para los autores con un componente de odio hacia las mismas.

3.- La creencia sobre ese dato objetivo que para los autores se expresa con sus actos agresivos de odio a lo que no aceptan por razón de nacionalidad e ideología sobre lo que conlleva ser español y sus significación de exclusión para los autores.

Así, de los hechos probados se efectúa un relato acerca de la pertenencia de los recurrentes a un grupo concreto y que *han realizado ataques a colectivos calificados de "españolistas" en celebraciones como la del día de la Hispanidad en Barcelona donde la plataforma antifascista convoca actos en contra de esta celebración, y en este sentido los hechos probados hacen referencia a que en ese contexto de odio a todos los relacionado con España* aspecto importante que se destaca en los hechos probados, al objeto de identificar cuál es el proceso de subsunción de los hechos probados en el tipo penal por el que han sido condenados en virtud del principio de la especialidad del artículo 8.1 del código penal relación con el 510.2 a) del código penal, se indica que el día de los hechos los recurrentes *fueron informados de que se estaba instalando una carpa desmontable identificable por su color rojo con banderas españolas aunque también relacionado con la propia selección de fútbol de España.*

Además, aunque se recoge en los hechos probados, evidentemente, que el objetivo de instalación de la carpa estaba relacionado con la selección española de fútbol no quiere decir que el ataque se produjera directamente en cuanto a la intención de los autores a atacar por la referencia a la modalidad deportiva de fútbol y a la selección en concreto. Y ello, porque en los hechos probados se hace constar que los recurrentes *se pusieron de común acuerdo y que estaban guiados con el ánimo de animadversión ideológica todo lo que representa España y lo español insistiendo que con la voluntad de hostigar y humillar a los voluntarios que se encontraban y conocida la simbología de la carpa entraron gritando "putas españolas, fuera de aquí, os vamos a matar, putos españoles de mierda, perras españolas, iros a vuestro país hijos de puta, destrozando la carpa propinando patadas y con la intención de menoscabar la integridad física y de humillar por sus ideas a las víctimas les dieron patadas y empujones con el resultado que consta en los propios hechos probados todo lo cual fue grabado y colgado en Internet.*

Ello determinó el resultado lesivo y de causación de daño **moral** que consta en los hechos probados y que, posteriormente, se refleja en la sentencia. Más tarde también Juan Antonio insistió en la misma actuación insultando a los que ahí estaban presentes y señalándoles *fuera la bandera española, puta España, puta de mierda no tenéis que estar aquí putos españoles eres una cerda española, e hija de puta, e iremos a por vosotras y os mataremos; todo ello con cara de audio y haciendo el gesto de cortar el cuello.*

Con ello, no se expresa odio porque estuvieran allí las víctimas por razones deportivas, ya que no tiene encaje en el delito de odio expresar frases contra una persona por razón de sus preferencias por un equipo de fútbol, por ejemplo, porque ello no forma parte de los grupos a que se refiere el art. 510.1 CP. Sería otro tipo penal en razón a la acción desplegada y su ubicación en el correspondiente, pero no se trataría de odio o discriminación por su referencia a una afición a una entidad deportiva, por ejemplo. Y ello no es lo que ocurre en este caso, aunque así lo aleguen los recurrentes.

2.- *La correcta tipicidad de los hechos en el art. 510.2 a) CP en el delito de odio por el concepto de pertenencia a nación y lo español y la ideología sobre la nacionalidad y la creencia de ese dato objetivo.*

Es decir, que vemos que, expuesto el motivo por la vía del art. 849.1 LECRIM por infracción de ley, el resultado debe dirigirse a la subsunción de los hechos en el tipo penal por el que han sido condenados por la especialidad, que lo es por el art. 510.2 a) CP.

Este precepto señala que:

"2. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses:

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



Y los grupos a que se refiere el apartado son los citados en el apartado 1º, es decir: *Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad*

En este caso concreto vemos que los insultos, amenazas, humillaciones y vejaciones que se llevaron a cabo con lenguaje del odio se basó en la pertenencia de las víctimas a una nación, es decir, por su nacionalidad española, y su ideología, profiriendo sus gritos con referencia a su rechazo por haber instalado una carpa que simbolizaba una referencia a España, aunque el objeto en sí fuera en relación a la selección española de fútbol. Pero sus ataques no fueron por el apoyo que las víctimas les daban a constituir un grupo para animar a la selección de fútbol, sino por su interrelación con España, y solo por ello. De suyo, así consta en los hechos probados con absoluta claridad.

Con ello, el objetivo y los ataques se produjeron por la condición de las víctimas de "españoles" y solo por ello, con referencias de exclusión al señalarse que se fueran de allí con un relevante componente de exclusión social y con connotaciones en relación a las personas que pertenecen a una nación, en este caso a España. Por ello, la queja reiterada y extensa que hacen los recurrentes a que no se puede integrar a las víctimas en uno de los grupos del art. 510 CP hay que considerar que el proceso de subsunción de los hechos probados en el art. 510.2 a) CP es correcto y acertado.

Sobre la cuestión relativa a si es posible encasillar en el art. 510.2 a), o también en relación con la agravante del art. 22.4 CP cuestiones afectantes a los ataques que se producen a algunas personas por razón de su nacionalidad, y pertenencia a ella, ya sea de España, o de cualquier país, esta Sala se ha pronunciado muy recientemente sobre esta cuestión en la Sentencia del Tribunal Supremo 155/2022 de 22 de Febrero, y en la que se produjo un ataque de una persona a otra por llevar unos tirantes de con la bandera de España el Tribunal no apreció la agravante de discriminación, pero por la razón de que *no aparece claramente determinado que el actuar lesivo para la vida, el segundo de los descritos, fuera condicionado por un comportamiento de tipo discriminatorio por la ideología de la víctima. El hecho primero, el de los insultos, sí refieren una agresión verbal por motivos ideológicos, pero el posterior puede tener otra causa, principio in dubio pro reo, ajena a la ideología y concretada en la conversación que ambos tuvieron en el exterior del bar cuyo contenido se ignora.*

Es decir, que, en ese caso, de haberse hecho constar o declarar probado que el ataque tuviera esa connotación, la agravante del art. 22.4 CP se hubiera aplicado, pero no lo fue ante la duda de las razones del ataque final no expresadas y sin constancia clara.

Sin embargo, en este caso que ahora nos ocupa no había lugar a la duda. Los ataques se produjeron por la connotación de la carpa por todo lo relacionado con la nación española y la ideología sobre la nacionalidad y por la significación que entendían los recurrentes que ello tenía allí, y esa fue la razón del ataque, ya que de sus expresiones se vislumbra con claridad la razón, intención y mensaje del con un ataque a todo lo relacionado con España. El mismo, así, no se produce por la relación de las víctimas por su apoyo a la selección española de fútbol. Esa no fue la razón del ataque con odio, sino el que los recurrentes expresaban a todo lo que se pudiera relacionar con "lo español", lo que sí que se significa en el encaje del apartado 1º del art. 510 en relación con el apartado 2º letra a) CP.

Hay que señalar que ni el art. 173 ni el 510.2 a) CP señalan que las víctimas sean vulnerables. El concepto de la "vulnerabilidad" no es un elemento del tipo, ya que no forma parte de la estructura de exigencias de los elementos que los conforman, y si el legislador lo hubiera querido así lo hubiera hecho constar. No se trata de una interpretación extensiva o restrictiva del tipo penal, sino de adecuación a las exigencias de lo que dice el precepto, y ninguno de ellos exige la vulnerabilidad en las víctimas del delito.

Como apunta el Fiscal de Sala, la diferencia entre uno y otro tipo penal radica en que el sujeto pasivo del art. 173.1 del Código Penal puede ser cualquier persona mientras que en el art. 510.2 a) lo son las personas que encajen en alguno de los motivos de discriminación expresamente previstos en el citado tipo penal.

Y, por ello, en este caso la agresión se cometió por el mero y simple hecho de ser españolas y defender la españolidad, en este caso representada por los colores de la selección española de fútbol, en definitiva por su nacionalidad y por no aceptar sus ideas. Son dos los motivos de discriminación que concurren en el caso presente: nación, en este caso representada por la nación española, e ideología, al no aceptar las ideas de las víctimas en defensa de sus postulados.

Con ello, y haciendo referencia a la sentencia antes citada cuando se acredita que el ataque se produce en razón a la ideología forma parte del discurso del odio al diferente, y consta la ideología en el art. 510.2 a) CP,



pero que en este caso a la ideología sobre la nacionalidad se añade que el ataque se produce por el concepto afectante al odio a "lo español" y por ser españoles las víctimas y por querer desterrar del lugar donde estaban en la carpa todo lo que se relacione con España, aunque en este caso era la selección española de fútbol. No supuso, pues, un acto de odio a la selección española de fútbol, sino a lo que representa la misma y, en virtud de ello, la presencia de las víctimas en la carpa potenciaba en la mente de los recurrentes la presencia de España en el lugar, que era lo que querían desterrar los recurrentes y así lo expresaron con claridad y consta en los hechos probados.

La esencia de lo que se trata de proteger con este delito ubicado en el art. 510 CP está en la prohibición de la discriminación, como derecho autónomo derivado del derecho a la igualdad, reconocidos en el art. 14 CE, según el cual "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". La igualdad y la no discriminación se configuran como el presupuesto para el disfrute y ejercicio del resto de derechos fundamentales, como muestra su ubicación sistemática en el pórtico del Capítulo II ("De los derechos y libertades"), dentro del Título Primero de nuestra Carta Magna, dedicado a los "Derechos y Deberes Fundamentales".

Es importante destacar que el objetivo de protección del tipo penal del odio del art. 510 CP tiene su base en los ataques a la igualdad y, en consecuencia, en la creación de la desigualdad que se origina con el odio al diferente por cualquiera de las razones o de la pertenencia a los grupos reflejados en el tipo penal. Pero el término "minorías" o el término "colectivos desfavorecidos" no está previsto ni exigido en el tipo penal, no es un elemento del tipo, dado que se debe proteger el principio de igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1CE) y la prohibición absoluta de discriminación prevista en el art. 14 CE, por tanto, como no puede ser de otra manera, protege a toda la sociedad, sean los afectados minoría o mayoría, estén o no estén desfavorecidos en la actualidad o en el pasado.

De lo contrario, de entender que solo una persona vulnerable, o determinados colectivos desfavorecidos son los protegidos por el delito de odio nos llevaría a concluir que los no vulnerables pueden ser atacados con la intención dimanante del odio y por su pertenencia a una nación, raza, creencias, ideología, su sexo, orientación o identidad sexual, o por razones de género.

La mejor doctrina señala, así, que la amplitud de los móviles que se recogen en el art. 510.1.º CP "por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad", permite confirmar la tesis de la doctrina mayoritaria que sostiene que el objeto de tutela es el derecho a la no discriminación. Pero sin mayores aditamentos, porque el tipo penal no lo exige, por lo que los ataques y ofensas a personas de estos grupos se enraízan en el discurso del odio, sin exigir un concepto no incluido en el tipo de "vulnerabilidad" del sujeto que está integrado en uno de los grupos citados en el art. 510 CP. Por ello, se indica que su bien jurídico protegido no sea sólo la no discriminación o la protección de la igualdad o de la diferencia, según la perspectiva que se aborde, sino los propios valores superiores del ordenamiento jurídico y los fundamentos del orden político y social.

Resulta, así, evidente, que en este último caso el odio al género no lo es a las mujeres que sean vulnerables, sino en el ataque a la mujer por ser mujer, y al llevar a cabo actos de humillación a la misma con sentimiento de dominación o menosprecio, pero sin que pueda entender que si se llevan a cabo estos actos contra mujer no vulnerable pueda entenderse que la discriminación no se ha producido.

Por ello, los preceptos citados y el art. 22.4 CP protegen a toda la ciudadanía siempre que la persona o personas afectadas encajen en uno de los motivos de discriminación taxativamente establecidos por el legislador, sean o no minoritarios, sean o no vulnerables, o sean, o no, desfavorecidos. Lo relevante y exigente es que participen de la razón del ataque en alguno de los conceptos y/ o grupos que se integran en el precepto ya antes citados, pero sin aplicación excluyente a los no vulnerables o que no pertenezcan a colectivos desfavorecidos por entenderse que estos "no pueden ser odiados", o que si se les odia esta conducta no es antijurídica, típica, culpable y punible.

Hay que recordar que las conductas discriminatorias por el menosprecio implícito que conllevan hacia la persona discriminada, están vinculadas per se no sólo con la igualdad sino también con la dignidad humana, y, por ello, no solo se protege con la tipicidad del odio a la dignidad y derecho a la igualdad de quien tiene el concepto de "vulnerable", sino a quien esté ubicado en uno de los grupos del art. 510 CP. Es la igualdad y dignidad de todos, no de algunos, lo que se protege ante el discurso del odio, ya que no puede dejar de ser típica la conducta cuando se odia a un "no vulnerable" pero que está en uno de los grupos identificados en el tipo penal.



También destaca la 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 CP que se otorga a los Fiscales la siguiente recomendación: "defenderán que este tipo penal, salvo en el caso de la infracción de resultado tipificada en el primer inciso del art. 510.2.a) CP, se estructura bajo la forma de peligro abstracto, que no requiere el fomento de un acto concreto sino la aptitud o idoneidad para generar un clima de odio o discriminación que, en su caso, sea susceptible de provocar acciones frente a un grupo o sus integrantes, como expresión de una intolerancia excluyente ante los que son diferentes.

En esta línea hay que considerar que nos encontramos ante un delito de peligro abstracto al que ya se refiere la Sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 675/2020 de 11 Dic. 2020 que señala que:

"La Decisión marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones del racismo y la xenofobia mediante el Derecho penal, entre sus considerandos, en el 9, dice: "el concepto de "odio" se refiere al odio basado en la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico", y, en relación al odio, y relativo a los delitos de carácter racista y xenófobo, recoge qué acciones han de ser considerados delitos penales, en su artículo 1, en el que se indica que "cada Estado miembro ha de adoptar las medidas necesarias para garantizar que se castiguen determinadas conductas intencionadas, entre ellas: "a) la incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico; b) la comisión de uno de los actos que se refiere la letra a) mediante la difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales"; añadiendo en su art. 3, que cada Estado miembro ha de adoptar las medidas necesarias para garantizar que las anteriores conductas se castiguen con sanciones penales.

Con anterioridad a esta Decisión marco ya contábamos con la Acción común 96/443/JAI, de 15 de julio de 1996 adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la acción contra el racismo y la xenofobia, que, si bien fue derogada por aquella, no es menos cierto que en ella se recordaba: "que el derecho a la libertad de expresión entraña deberes y responsabilidades, en particular el de respetar los derechos de los demás, como lo establece el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas de 19 de diciembre de 1966"; y entre los comportamientos que indicaba en su Título I A), que habían de ser objeto de sanciones penales mencionaba: "a) la incitación pública a la discriminación, a la violencia o al odio racial respecto de un grupo de personas o de un miembro de dicho grupo definido mediante una referencia al color, la raza, la religión o el origen nacional o étnico; b) la apología pública con finalidad racista o xenófoba de crímenes contra la humanidad y de las violaciones de los derechos humanos".

...La naturaleza propia del delito que nos ocupa, como delito de riesgo abstracto, que no de riesgo concreto, implica que en aquellos, a diferencia de estos, queda consumado, aun cuando no se produzca un resultado de peligro, porque lo que el legislador persigue es que se castigue una acción, que, por ser peligrosa en sí misma, pone en peligro el bien jurídico (generalmente colectivo, difuso, inmaterial) que protege el tipo, y esto es propio de esos delitos de riesgo abstracto, como delitos que, por su mera actividad, ponen en peligro el bien jurídico de que se trate, debido a que en ellos el legislador ha dado primacía al desvalor de la acción, por su propia peligrosidad, frente a su resultado. Podríamos decir que en los delitos de peligro concreto se exige la creación de una situación de peligro, mientras que en los de peligro abstracto no es preciso, porque es la peligrosidad inherente a la acción la que merece el correspondiente reproche penal, y habrá, por lo tanto, delito aunque no se haya llegado a producir un efectivo peligro concreto, porque la mera peligrosidad de la acción es motivo de su tipificación.

La protección penal se ha adelantado a los resultados de la conducta, quedando consumado el delito con la ejecución de la acción, sin necesidad de añadir ningún resultado específico".

Analizando el tipo penal objeto de condena señala la Circular de la FGE antes citada, además, que "El art. 510.2.a) CP señala: "Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos".



En el nuevo precepto se pueden distinguir dos tipos de conductas. En el primer inciso se contiene una infracción de resultado: "lesionar la dignidad" de determinados grupos o personas, por motivos discriminatorios, "mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito". El segundo inciso recoge una fórmula similar a la prevista en el art. 510.1.b) CP, es decir, la fabricación o la puesta a disposición de terceros, referida a un material que sea "idóneo para lesionar la dignidad" de esos mismos grupos o personas.

La STS n.º 656/2007, de 17 de julio, define el descrédito como la "disminución o pérdida de la reputación de las personas o del valor y estima de las cosas"; menosprecio como "equivalente a poco aprecio, poca estimación, desprecio o desdén"; y humillación como "herir el amor propio o dignidad de alguien, pasar por una situación en la que la dignidad de la persona sufra algún menoscabo" (FJ 2).

Con la tipificación de todas estas acciones el legislador español de nuevo amplía el ámbito de los comportamientos considerados delictivos más allá de lo sugerido por la DM 2008/913/JAI, en la que no aparecen expresamente contenidas."

En este caso, los hechos probados reflejan el "clima de odio" que expresaron los recurrentes con sus hechos ante las víctimas por su condición de españoles y el odio de aquellos a lo que con este concepto se relacionara, que en este caso era el apoyo a la selección española de fútbol, pero no era a esta a quien iba dirigido realmente el odio, sino a lo relacionado con "lo español" y que lo simbolizaban en este caso las víctimas. Por ello, se lo hicieron todo a ellas en un contexto y móvil de discriminación y odio al diferente según ellos, y sin necesitarse que "el diferente" sea vulnerable para integrarse la conducta en el art. 510.2 a) CP.

En realidad, en este caso concreto el ataque se produce por razón de la ideología sobre "la nacionalidad" y por el concepto de nación, por su nacionalidad española, y por interpretar los recurrentes que lo que allí estaban haciendo simbolizaba una cuestión que rechazaban los recurrentes por su odio exteriorizado en ese caso a todo aquello que se relacionara con España, y que en este caso concreto era la selección española, pero, -nótese- sin que el ataque estuviera relacionado tanto como el odio a un equipo de fútbol, sino por su relación y simbología con España, ya que el concepto de nación era la razón esencial de su odio exteriorizado con sus expresiones y ataques físicos.

3.- Origen del delito de odio y su plasmación en el ordenamiento jurídico.

Con respecto a los delitos de odio, como es el caso que nos ocupa hemos señalado en sentencia del Tribunal Supremo 47/2019 de 4 Feb. 2019, Rec. 1916/2018 que:

"El término discurso del odio tiene su origen en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, a su vez lo tomó de las resoluciones del Consejo de Europa. Los Estados han configurado tipos penales expresivos del discurso del odio. En realidad, no hay una figura típica del discurso del odio, sino que se trata de diversos tipos penales que recogen figuras de agresión a sujetos individuales o colectivos, especialmente vulnerables, a través de distintos vehículos de comunicación. El origen legal se encuentra en la Recomendación 20 del Comité de ministros del Consejo de Europa, de octubre de 1997, que "insta a los Estados a actuar contra todas formas de expresión que propaguen, inciten o promuevan el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia que se manifiesta a través del nacionalismo agresivo, el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las medidas y los inmigrantes o personas de origen inmigrante". Esta recomendación tiene su origen en la interpretación del artículo 10 del Convenio Europeo de derechos humanos, de 1950 que, en su apartado primero, declara que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión, matizando en su apartado segundo que el ejercicio de la libertad entraña deberes y responsabilidades, y podrá ser sometida ciertas condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la **integridad** territorial, la seguridad pública, la defensa del orden, en la protección de la reputación o de los derechos ajenos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos hizo suya esta expresión en la Sentencia de 8 julio 1999, caso *Erdogdu* contra Turquía, donde argumentó que la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado discurso del odio, esto es aquel desarrollado en términos que supongan una incitación violenta contra los ciudadanos en general, contra determinadas razas o creencias, en particular.

El ordenamiento español se ha hecho eco de esta modalidad agresiva a la convivencia y recoge en varios artículos, modalidades enmarcadas en el denominado discurso del odio. El art. 510 y del Código penal, como arquetipo del discurso que el odio; el artículo 578, el delito de enaltecimiento, y el de menosprecio a las víctimas; el art. 579, con un contenido que amenaza a la ejecución de delitos de terrorismo al exigir la incitación a la comisión de delitos de terrorismo; el artículo 607, en su redacción anterior a 2015, cuando acogía la provocación, incitación al delito de genocidio, y anteriormente, la negación al holocausto; así como otras manifestaciones en las cuales aparece, de alguna forma, concernida la libertad de expresión y ataque a instituciones."

4.-La quiebra del principio de igualdad provocado por el odio.

Señala, también, la antes citada sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 47/2019 de 4 Feb. 2019, Rec. 1916/2018 que:

"Lo que es objeto de castigo en los delitos de odio, no puede ser la expresión de una idea, sino cuando se haga de modo que incorporen una provocación al odio, a la discriminación, o a la violencia, infringiendo los valores constitucionales de la dignidad humana y de la no discriminación por causa de nacimiento, origen racial, sexo o religión, o por cualquier otra circunstancia de carácter personal o social a los que se refieren los artículos 10 y 14 de la Constitución".

En este sentido, la discriminación enmarcada en el ataque a una persona por su relación con una nación, y en este caso con lo que se entienda procedente de España, -porque así se expresaron los recurrentes, y lo expusieron mientras atacaban con odio a la pertenencia a la nación española-, supone un evidente delito de odio sin discusión, sin precisar que cuando se ataca a alguien por el concepto de su pertenencia a una nación esta persona sea vulnerable. Lo que se odia es al diferente por una de esas razones, entre la que está el concepto de nación y supone una quiebra del principio de igualdad, porque los que actúan de esa manera parece que asumen o quieren detentar una especie de patente acerca de quién puede residir en un lugar y si su pertenencia a una nacionalidad puede ser entendida como una especie de "derecho de exclusión" para los autores del delito de odio.

A este respecto señaló la Audiencia Provincial de Barcelona en su sentencia resolviendo la apelación que *"Es meridianamente claro que (la conducta) se inserta en el prohibido bajo pena " discurso del odio" el cual (sean vulnerables o no las víctimas, sea una o más) sigue constituyendo la clave de bóveda de la figura penal recogida en el artículo 510 CP en el sentido que el peligro ex ante que el discurso supone para el bien jurídico justifica que al atentar contra la dignidad de una o más personas por los motivos típicos, profiriendo expresiones injuriosas o amenazantes contra las mismas, humillándolas, despreciándolas y en suma denigrándolas se asocie una pena típica base de hasta dos años de prisión tanto en el artículo 173.1 CP como en el 510.2 a) CP mientras que las injurias con publicidad -aún a personas jurídicas o colectivos- se castigan con una pena de multa de seis a catorce meses."*

Y de la misma manera, la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 72/2018 de 9 Feb. 2018, Rec. 583/2017 trata un caso de condena por delito de odio del art. 510 CP en virtud de recurso del Fiscal por incitación al odio por mensajes difundidos vía Twitter contra mujeres víctimas de violencia de género, destacando el carácter agresivo de las expresiones y constatación del "discurso del odio" en ellas, al ir referidas a situaciones de vejación y maltrato físico en un contexto de género, sin precisarse un "añadido" no contemplado en el tipo penal que ello lo fuera en un contexto de vulnerabilidad.

5.- La clave es la "motivación discriminatoria"

Indudablemente, la motivación fue claramente excluyente y discriminatoria, además de que el sujeto pasivo se ubica en uno de los grupos del art. 510 CP por razón del concepto "Nación" y la pertenencia de las víctimas a la "nacionalidad española", y la creencia sobre el dato objetivo del odio por la ideología relacionada con la nacionalidad, porque la agresión y humillación tuvo en esta causa la razón por la que actuaron los recurrentes, no por otra, ni frente a otras personas que pudieran instalar una carpa a favor de un equipo de fútbol concreto, porque el odio por esto último no tiene cabida en el art. 510 CP, e integrará la tipicidad específica de las acciones, en su caso delictivas, que se lleven a cabo, tales como delitos de lesiones en sus distintas modalidades, amenazas, coacciones, etc.

Así, la Fiscalía General del Estado como analiza la mejor doctrina en el estudio de su circular fija sus propias pautas de interpretación general conforme a las cuales entiende que el "discurso del odio" ha de ser punible:

En primer lugar, señala la posibilidad de que se manifieste en una pluralidad de conductas. Así indica que pueden consistir en la promoción o difusión de ideas u opiniones; en la emisión de expresiones o realización de actos de menosprecio, descrédito o humillación; o que inciten a la violencia física o psíquica; en el enaltecimiento de ese tipo de hechos o de sus autores; o en la justificación, trivialización o negación de graves actos contra la humanidad.

En segundo lugar, hace hincapié en que ha de ser una conducta relevante. Por lo que puntualiza que no han de perseguirse las meras ideas u opiniones, sino sólo aquellas conductas que infrinjan el bien jurídico protegido o que sean susceptibles de generar un riesgo o peligro para el mismo.

En tercer lugar, exige que haya una "motivación discriminatoria". Y entiende que éste es un elemento absolutamente esencial, que lo distingue de cualquier otra figura delictiva.



Por todo ello, los hechos declarados probados permiten la correcta subsunción en el tipo penal por el que han sido condenados por principio de especialidad.

El motivo se desestima.

QUINTO.- Desestimándose el recurso, las costas se imponen a los recurrentes (art. 901 LECrim).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

DECLARAR NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación de los acusados Luis Enrique , Jesús Ángel y Ángel Jesús , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Segunda, de fecha 24 de febrero de 2020 que revocó parcialmente la sentencia de 30 de septiembre de 2019 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 16 de Barcelona, que condenó a los recurrentes por tres delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Vicente Magro Servet

Ángel Luis Hurtado Adrián Leopoldo Puente Segura