

12.6 Jurisprudencia

No han sido muchas las sentencias del Tribunal Supremo las que han tenido por objeto los delitos de odio y, como en años anteriores, han tratado en su mayoría de la casación de procedimientos procedentes de la Audiencia Nacional por delitos del art. 578 CP: enaltecimiento del terrorismo y/o menosprecio a las víctimas del mismo. En cualquier caso, tienen importancia para el tema que se trata en este apartado, dado que expresan su relación –y diferencias– con los delitos del art. 510 e, incluso, estudian los requisitos del delito de odio.

Así, la STS 47/2019, de 4 de febrero expresa que «las figuras previstas en los arts. 510, 578 y 579 CP, se corresponden con delitos de odio, el primero genérico, en tanto que los otros dos son específicos. Respecto al terrorismo, son dos las manifestaciones típicas del discurso de odio, el enaltecimiento del terrorismo y menosprecio a las víctimas del terrorismo del art. 578 CP, y la difusión de mensajes que incitan a la comisión de actos terroristas (art. 579 CP). Precisamente por tratarse de terrorismo la tipicidad requiere una específica potencialidad de riesgo en los términos anteriormente señalados».

En la STS 185/2019, de 2 de abril, se expresa el mismo principio pero, además, la sentencia se detiene en exponer los elementos del delito de odio: «El elemento que caracteriza a los delitos de odio es el ánimo subjetivo que conduce al autor a la comisión del hecho agresivo. El ánimo consiste en la animadversión hacia la persona o hacia colectivos, que, unificados por el color de su piel, por su origen, su etnia, su religión, su discapacidad, su ideología, su orientación o su identidad sexual, o por su condición de víctimas conforman una aparente unidad que permite configurar una serie de tipos de personas. Además, estos delitos se conforman sobre una acusada circunstancialidad de la tipología...» «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 incorpore una provocación al odio, a la discriminación, o a la violencia, infringiendo los valores constitucionales de la dignidad humana y de la no discriminación...» «El tipo debe completarse con el riesgo que mantener ese tipo de comportamientos provoca para la colectividad social, dando lugar a que, por ellos mismos, o por otros sujetos, influenciados por ese mensaje, se originen actos que pongan en peligro valores esenciales del ser humano, como su vida, integridad física o su libertad. Es desde el punto de vista del riesgo, donde debe ponerse el acento de su tipicidad».

Otras sentencias examinan la agravante de discriminación por razón de género. Así las SSTS 707/2018, de 15 de enero de 2019 (en

delito de asesinato); 99/2019, de 26 de febrero (agresión sexual); 351/2019, de 9 de julio (asesinato), y 452/2019, de 8 de octubre (tentativa de homicidio), sus notas características y la diferencia con las agravantes de sexo y de parentesco.

Esta agravante, recuerda esta doctrina jurisprudencial, fue introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, y para estudiar su fundamento es interesante analizar lo expuesto en la Exposición de Motivos de dicha Ley Orgánica, en donde se lee: «En materia de violencia de género y doméstica, se llevan a cabo algunas modificaciones para reforzar la protección especial que actualmente dispensa el Código Penal para las víctimas de este tipo de delito. En primer lugar, se incorpora el género como motivo de discriminación en la agravante 4.^a del artículo 22. La razón para ello es que el género, entendido de conformidad con el Convenio n.º 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011, como “los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres”, puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo».

La agravante de género se ubica en la consideración de un trato desigual, precisamente por su diferente sexo, del hombre sobre la mujer, y en este supuesto, diferencia por razón de ser la víctima mujer, y en el entendimiento para el agresor de la necesidad de sumisión y obediencia, que por tal circunstancia natural le debe la víctima, llegando a desconocerse las condiciones de igualdad que entre todos los seres humanos deben darse y presidir las acciones de los unos para con los otros.

La principal característica de la violencia de género es que se trata de violencia ejercida por hombres hacia mujeres en situaciones de desigualdad o subordinación femenina. En el fondo la agresión supone un mensaje de dominación intrínseca que quizá no se exponga externamente con palabras, pero sí con la fuerte carga psicológica que conlleva el golpe o el maltrato, como aviso a la víctima de las consecuencias de su negativa a aceptar el rol de esa dominación.

Pero el género no se confunde con el término «sexo» a efectos de agravación, al tratarse de una actuación del hombre sobre la mujer por el hecho de ser mujer, más allá de su sexo, por cuanto no se trata de una cuestión afectante a este, sino a la dominación del sujeto activo hombre sobre la mujer, a fin de instaurar en la relación que ellos tienen ese ánimo de dominación, cuando se refiere a la relación de pareja. Pero fuera de ella por el acto concreto de que se trate y la rela-

ción de dominación «en ese mismo instante» del hombre sobre la mujer.

La interpretación de la previsión legal ha de enmarcarse en un objetivo corrector de la desigualdad o discriminación, ocurrida en un ámbito de relación autor-víctima más específico que la diversidad de sexo biológico y más amplio que el del parentesco conyugal. Tal discriminación constituye el fundamento de la agravación cualificadora del artículo 153.1 cuando la mujer es o ha sido esposa del autor o ha estado ligada por relación de afectividad análoga, incluso sin convivencia. Para aplicar la agravante en casos ajenos a esa relación de pareja, habrá de exigirse al menos una asimetría en la relación entre varón-autor y mujer-víctima que sea reflejo de la discriminación que constituye el fundamento de la mayor sanción penal. Por ello bastará para estimarse aplicable la agravante genérica que el hecho probado dé cuenta de la relación típica prevista en los tipos penales antes citados, de tal suerte que el delito se entienda como manifestación objetiva de la discriminación característica de la misma. Y, en lo subjetivo, bastará la consciencia de tal relación unida a la voluntad de cometer el delito de que se trate.

Del Tribunal Supremo es de destacar la STS 458/2019, de 9 de octubre, sobre la agresión de varias personas a dos miembros de la Guardia Civil –un teniente y un sargento– que se encontraban con sus respectivas parejas en un bar. Tanto la sentencia de instancia, de 1 de junio de 2018, de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, como la de la Sala de Apelación, de 7 de marzo de 2019, apreciaron la existencia de la agravante de discriminación por ideología, al haber actuado los acusados «guiados por su animadversión y menosprecio hacia la Guardia Civil». Sin embargo, el Tribunal Supremo casó la sentencia suprimiendo tal agravante. Expresa la sentencia que «el hecho probado es escueto en la expresión de lo que pueda ser calificado como presupuesto fáctico de la agravación. No se describe una situación de discriminación, no se describe la ideología, tampoco se establece una comparación entre situaciones desiguales sobre las cuales fundar la discriminación, ni (el) hecho probado contiene una definición ni expresión de la situación objetiva de desigualdad derivada de una ideología del sujeto pasivo del hecho delictivo. Y no puede considerarse que el hecho de pertenecer a un instituto policial sea una ideología. Consecuentemente el hecho probado no permite la aplicación de la circunstancia de agravación». Por otra parte, sigue diciendo la sentencia, *la situación fáctica de pertenencia al instituto armado policial ya ha sido tomada en cuenta por el tribunal de instancia aplicando la calificación de atentado por el hecho cometido (...) y tampoco se describe una situación objetiva de especial vulnerabilidad, y por tal*

no puede ser tenida la guardia civil. Lo que lleva al Tribunal a suprimir la aplicación de la agravante de discriminación del art. 22.4 CP.

También parece conveniente mencionar la sentencia del Tribunal Constitucional, STC 1/2020, de 14 de enero, en relación con la irrupción de un grupo de personas en el Centro Cultural «Blanquerna», en Madrid, –donde se estaba celebrando el 11 de septiembre de 2013 un acto institucional organizado por la Delegación del Gobierno de la Generalitat de Catalunya, conmemorativo de la Diada Nacional de Catalunya–, con la finalidad de protestar frente al acto e impedir su celebración, actuando de forma conjunta y violenta. La Audiencia Provincial condenó por un delito de desórdenes públicos, otro de daños y faltas de lesiones y malos tratos de obra, sin aplicar la agravante de discriminación por motivos de ideología, motivo por el que la sentencia fue recurrida por el fiscal en casación, apreciando el Tribunal Supremo la agravante citada.

El Tribunal Constitucional entendió *que se había vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), ya que esa agravación en la sentencia de casación, aunque se hiciera sin una modificación de la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, toma como fundamento para afirmar la necesaria concurrencia del específico móvil discriminatorio en la conducta de los acusados, una revaloración de esos hechos declarados probados que le estaba constitucionalmente vedada sin un previo trámite de audiencia en que los acusados pudieran dirigirse al tribunal que agravó su responsabilidad.* En el fallo, el Tribunal declara que se han vulnerado los derechos a un proceso con todas las garantías en el extremo relativo a la aplicación de la agravante de haber cometido el delito por discriminación ideológica (art. 22.4 CP), y retrotrae las actuaciones al momento anterior al de la sentencia anulada para que el órgano judicial pronuncie nueva resolución que sea respetuosa con el derecho fundamental reconocido.