

REPERTORIO DE JURISPRUDENCIA

**Segundo Semestre
2024**

RESUMEN DE SENTENCIAS, AUTOS CONOCIDOS EN LA UNIDAD EN EL SEGUNDO SEMESTRE DE 2025.

ÍNDICE

I.	Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas.....	2
	a. Sentencias.	
	b. Autos.	
II.	Audiencias Provinciales.....	10
	a. Sentencias.	
	b. Autos.	
III.	Sentencias de Juzgados de lo Penal.....	55
IV.	Tribunal Supremo.....	66
	a. Autos de la Sala de lo Penal.	
	b. Sentencias de la Sala de lo Penal.	
	c. Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo.	
V.	Sentencias del Tribunal Constitucional.....	75
VI.	Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.....	81
VII.	Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	83

I. Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas

a). - Sentencias.

Motivo de discriminación género.

Sentencia 307/2024, de 23 de julio de 2024 de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el procedimiento 246/2024. Confirmación de la sentencia de 11 de marzo de 2024 dictada por la Sección 16 de la Audiencia Provincial de Madrid en la que se condenaba al acusado como cómplice de un delito de lesión a la dignidad en concurso ideal con un delito contra el patrimonio artístico (cartel feminista). Precepto estudiado 510.2.a) con motivo de discriminación de razones de género.

Por parte del condenado en este caso, se interpuso recurso de apelación, entre otros motivos, por infracción del principio acusatorio y del principio *in dubio pro reo*, así como la vulneración del derecho a conocer la acusación conforme establece el art. 24.2 de la CE. Entiende que la condena se basa en la compra de unos materiales que se utilizaron para boicotear el mural, lo que sería contrario al escrito de conclusiones provisionales del Ministerio Fiscal y por ello infringe el principio acusatorio.

Sin embargo, la Sala no considera que exista incongruencia entre lo solicitado por el Ministerio Fiscal y lo acordado en el fallo, y, con menor razón, que se haya vulnerado el derecho de defensa al no haberse posibilitado alegar contra esa supuesta pretensión condenatoria.

La acusación realizada por la fiscalía es homogénea y se ha respetado la identidad esencial de los hechos que constituyeron el objeto del proceso. La condena de que fue objeto como cómplice el recurrente (que no coautor) por el delito objeto de acusación y del que era plenamente conocedor desde las primeras fases del procedimiento, no ha vulnerado sus derechos a la defensa y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

Los hechos considerados y relacionados con la previa compra de los materiales han de entenderse insertos en el tipo concreto, previamente conocido y por el que ha sido condenado. La homogeneidad existe y están presentes los bienes jurídicos y los intereses protegidos en el tipo penal. Asumir la tesis del recurso equivaldría a anular las facultades del tribunal enjuiciador para calificar la participación del acusado del modo más ajustado a Derecho; cuando, como en el presente caso, se ha considerado probado que aquél ha cooperado a la ejecución del hecho con actos anteriores, y no se han añadido nuevos elementos que pudieran producir indefensión.

Por otro lado, en el segundo motivo la Sala considera que no se ha interrumpido la cadena de custodia en la recogida de los materiales empleados para deslucir el cartel feminista.

Sobre la existencia de prueba de cargo e indicios, la Sala considera lógica y razonable la conclusión a la que llega la Audiencia Provincial relativa a que el acusado compró el día 7 de marzo de 2021 los artículos que fueron utilizados el día siguiente, 8 de marzo de 2021, Día Internacional de la Mujer, para tapar los rostros de las mujeres que habían sido reproducidos en el muro del centro deportivo.

La prueba indiciaria ha permitido inferir, tras desgranar suficientes indicios, la acreditación de los hechos trasladados al *factum* y la condena del recurrente como criminalmente responsable de los mismos en concepto de cómplice, por haber participado en la ejecución del hecho con actos anteriores, de conformidad con lo previsto en el artículo 29 del Código Penal vigente.

Por último, en relación con el motivo sobre la cuantía de la responsabilidad civil, es una cuestión de hecho (*quaestio facti*) que como tal está reservada al libre arbitrio del tribunal de instancia y a menos que se acredite que su cuantificación es errónea, o arbitraria, ilógica o caprichosa, lo que no concurre en la sentencia recurrida.

Por ello se desestima el recurso de apelación y se confirma la sentencia condenatoria con la agravante por razones de género.

Motivo de discriminación orientación sexual.

Sentencia 13/2024 de 12 de febrero de 2024 del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco, dictada en el procedimiento de apelación 8/2024, desestimando el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Bizkaia de 13 de noviembre de 2023. Precepto estudiado: agravante del art. 22.4 CP.

Los hechos objeto de este asunto ocurrieron en diciembre de 2021, cuando el acusado contactó con el denunciante a través de una aplicación de contactos para hombres. En la segunda cita mantenida en el domicilio del acusado, éste intentó acabar con la vida del denunciante golpeándole en la cabeza.

La Sala del TSJPV, analiza dos apelaciones: una de la defensa del acusado, argumentando falta de motivación en la sentencia de primera instancia y error en la valoración de la prueba; y otra de la acusación popular, solicitando la calificación de los hechos como tentativa de asesinato alevoso y la aplicación de la agravante de discriminación por orientación sexual.

El TSJPV estima parcialmente la apelación de la acusación popular, considerando el delito como tentativa de asesinato por la concurrencia de alevosía, y desestima la apelación de la defensa, confirmando la culpabilidad del acusado, aunque modificando la pena impuesta.

La sentencia argumenta extensamente sobre la valoración de la prueba testimonial y pericial, la determinación del *animus necandi*, y se muestra conforme con el argumento de la

Audiencia Provincial en relación a la inaplicación de la agravante del art. 22.4 del CP por orientación sexual.

Concretamente, la sentencia confirma toda argumentación de la Audiencia Provincial en relación con la inaplicación de la agravante citada, exponiendo lo siguiente:

"Y en los hechos que nos ocupan, más allá de que se perpetraran en el contexto de una relación iniciada a través de una App de hombres que propició el acceso por parte del acusado al domicilio de la víctima para mantener relaciones sexuales, ni de la dinámica comisiva ni de las circunstancias anteriores y posteriores a los hechos se deriva ningún dato indicativo de que el acusado actuara guiado por dicho ánimo discriminatorio intolerable.

Sin que pasen de ser interpretaciones subjetivas no avaladas por ningún dato que las justifique las alegaciones de ser estigmatizantes del colectivo LGTBI las menciones del acusado a que el ofrecimiento de la víctima para tomar café colombiano con azúcar blanco por tratarse de una sugerencia al consumo de drogas en dicho tipo de contactos o alusiones sobre una posible promiscuidad atribuida a personas de dicho colectivo al decir el acusado que en la primera ocasión que mantuvieron relaciones sexuales no se había sentido cómodo y, pese a ello, repitieron."

La Sala argumenta que está de acuerdo con la parte apelante que los valores que se recogen en la norma analizada (art. 22.4 CP), son valores esenciales de nuestra convivencia, por lo que su protección penal está plenamente justificada. Ahora bien, para no vulnerar los postulados de seguridad jurídica y taxatividad de la norma penal, la aplicación de la agravación no permite ser objeto de interpretación extensiva o aplicación analógica, en contra del reo (STS 2911/2020, de 23 de julio; STS 1490/2021 , de 27 de abril), debiendo sujetarse por ello los Tribunales a los términos en los que el legislador ha definido el tipo, para determinar si, en el caso concreto sometido a enjuiciamiento, concurre o no la referida circunstancia de agravación.

Si como decimos, la interpretación de toda agravante, no puede ser susceptible de una interpretación extensiva para su operatividad -tampoco la de discriminación de orientación o identidad sexual-, es claro que la agravación no responde a factores supraindividuales procediendo su apreciación cuando se comete un delito despreciando los valores constitucionales que amparan la singularidad de determinados colectivos, sino cuando la víctima, además del daño sufrido en el bien jurídico que el tipo penal protege, sufre la agresión porque el sujeto activo le atribuye factores diferenciales que desprecia. [Por todas, STS de 27 de enero de 2022 (N.º de Recurso 10496/2021)].

Con base a ello, estamos de acuerdo con la Audiencia que, más allá de que los hechos se perpetraran en el contexto de una relación iniciada a través de una App de hombres que propició el acceso por parte del acusado al domicilio de la víctima para mantener relaciones sexuales, ni de la dinámica comisiva ni de las circunstancias anteriores y posteriores a los hechos se deriva ningún dato indicativo de que el acusado actuara guiado por dicho ánimo discriminatorio intolerable.

En definitiva, la Sala concluye con que las alegaciones de la parte apelante no dejan de ser interpretaciones subjetivas no avaladas por ningún dato que las justifique, por lo que la no aplicación de la mentada agravante ha de ser ratificada.

Nota: Esta sentencia, será confirmada posteriormente por la STS 923/2024, de 30 de octubre, cuyo resumen está también recogido en este repertorio.

Motivo de discriminación identidad de género.

Sentencia número 76/2024 de fecha 26 de septiembre de 2024. Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha. Recurso de Apelación número 44/2024 contra la sentencia condenatoria número 93/2024, de 22 de marzo, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Ciudad Real en el Procedimiento Abreviado número 19/2023. Desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de los dos acusados. Artículo 510.2 a). Daño moral, no necesita estar especificado en los hechos probados cuando éste fluye de manera directa y natural del relato histórico.

En esta sentencia, se confirma la condena a los dos acusados como autores de un delito de odio por razón de orientación sexual del artículo 510.2 a) del Código Penal, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y absolviendo del delito de acoso, al considerar que no se ha vulnerado ninguno de los preceptos constitucionales alegados por los recurrentes, por lo que procede decretar la confirmación de la sentencia condenatoria dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de fecha 22 de marzo de 2024, en la que se fija la cantidad de 6.000 euros, en calidad de responsabilidad civil, la cual devengará el interés legalmente previsto en el artículo 576 LEC, que deberán ser sufragadas de forma conjunta y solidaria, por los dos acusados.

Se considera probado que el matrimonio acusado en los meses previos a septiembre de 2020 y nuevamente a partir del mes de noviembre de 2021, con la finalidad de menospreciar, humillar y atentar contra la dignidad personal de la víctima menor de edad, nacida en el año 2002, que en esas fechas se encontraba siguiendo un proceso de transformación de identidad sexual hacia el sexo femenino, desde la puerta de su domicilio o ventana, de manera constante y habitual le proferían expresiones humillantes y denigrantes, tales como: *“maricón, tonto, gilipollas, hijo de puta, que eres un tío con peluca y nunca vas a ser una mujer”, “loco, ve al psiquiatra, te voy a inflar a hostias, te quiero ver muerto y enterrado, os voy a meter en la cárcel por transexuales, me dais asco, eres un tío que no tienes huevos”*.

Como consecuencia de tales hechos, la víctima ha venido sufriendo cuadros de ansiedad, con necesidad de tratamiento farmacológico.

La sentencia señala que, una vez revisadas las actuaciones, la grabación del juicio y la sentencia recurrida, ésta es fiel reflejo de las pruebas practicadas en el Juicio Oral, no

incurriendo en errores ni discrepancias en cuanto al resultado de las mismas y, siendo los razonamientos expuestos de forma lógica y conforme a las máximas de la experiencia, habiéndose acreditado la credibilidad de la víctima por su coherente y persistente relato de los hechos con corroboraciones de carácter objetivo.

En relación con el daño moral, la parte recurrente discrepa del pronunciamiento indemnizatorio, tanto en lo relativo al reconocimiento del derecho a ser indemnizada como con relación a la cuantía de la indemnización que se fija en la Sentencia recurrida.

El Tribunal Supremo analiza el tema del daño moral y lo trae a colación la sentencia analizada.

Así el Auto del TS de fecha 24 de julio de 2024, afirma lo siguiente

“sobre esta cuestión, hemos manifestado -entre otras, la STS 122/2021, de 11 de febrero – que “en relación a los daños morales con cita de las SSTS 489/2014 de 10 de junio, 231/2015 de 22 de abril, 957/2016 de 19 de diciembre y 434/2017, de 15 de junio, reseña la Jurisprudencia de la Sala Primera, entiende de aplicación la doctrina in re ipsa loquitur, cuando la realidad del daño puede estimarse existente por resultar “evidente”; es decir,

“cuando resulte evidenciada como consecuencia lógica e indefectible del comportamiento enjuiciado”, acogida en numerosas resoluciones (SSTS de la Sala Primera, de 19 de junio de 2000, 1 de abril de 2002, 22 de junio de 2006, 12 de junio de 2007, etc.); así como que esta Sala Segunda, en argumentación paralela, entiende que el daño moral no necesita estar especificado en los hechos probados cuando fluye de manera directa y natural del referido relato histórico o hecho probado, pudiendo constatarse un sufrimiento, un sentimiento de su dignidad lastimada o vejada, susceptible de valoración pecuniaria sin que haya en ello nada que se identifique con pura hipótesis, imposición o conjetura determinante de daños desprovistos de certidumbre o seguridad (SSTS núm. 264/2009, de 12 de marzo; núm. 105/2005, de 29 de enero)”.

Y añade que *“los daños morales no es preciso que tengan que concretarse en relación con alteraciones patológicas o psicológicas sufridas por las víctimas, bastando que sean fruto de una evaluación global de la reparación debida a las mismas”.*

En cuanto a la cuantía de la indemnización, *“tales daños no son susceptibles de cuantificación con criterios objetivos aplicados en atención a la demostración o prueba de lesiones materiales, por lo que su traducción en una suma de dinero sólo puede ser objeto de control en el recurso de casación cuando resulta manifiestamente arbitraria y objetivamente desproporcionada (STS 59/2016, de 4 de febrero)”.*

En base a lo expuesto, en el presente caso, el derecho de la víctima a ser indemnizada resultad del mismo relato de los hechos declarados probados, ya que no cabe duda de que los mismos debieron producir un daño psicológico a la víctima. Pero es que, además, en este caso, la realidad del daño psicológico sufrido por la víctima ha resultado suficientemente

acreditado mediante los partes médicos de asistencia de urgencias y el informe emitido por el médico forense.

Por otra parte, la cuantía de la indemnización fijada en la Sentencia recurrida no resulta ni extremadamente elevada ni desproporcionada, atendiendo a la situación permanente de acoso que sufrió la víctima.

Motivo de discriminación racismo.

Sentencia 31/2024, de 23 de enero de 2024 de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso de apelación 719/2023. Confirmación de la sentencia de 5 de octubre de 2024 dictada por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Madrid en la que se condenaba a tres personas como coautores de un delito de lesiones con la agravante de discriminación por motivos racistas.

Los hechos giran en torno a una agresión cometida por tres individuos que, movidos por prejuicios raciales, profirieron insultos racistas a otro hombre a quien comenzaron a gritarle haciendo alusión al color de su piel con expresiones como: “*negro, ehhhh negro, sapo*”. Posteriormente le agredieron físicamente, causándole lesiones que requirieron tratamiento médico-quirúrgico y además le dejaron secuelas estéticas.

La Audiencia Provincial de Madrid condenó a los tres acusados por un delito de lesiones del artículo 147.1 del Código Penal, con la agravante de discriminación por motivos racistas del artículo 22.4 del Código Penal.

Los acusados cuestionaron en sus recursos la aplicación de la agravante de racismo, dado el origen sudamericano e indígena de dos de ellos.

Sin embargo, la Sala argumenta que, el hecho de ser dos de los acusados de origen sudamericano o indígena no impide que, al proferir los gritos racistas recogidos en la sentencia, dirigidos sin duda al lesionado, añadieron un plus de gravedad a las lesiones producidas en tanto que la agravante contemplada en el art. 22.4 del Código Penal se caracteriza porque, como señala el TS, “*es doctrina de esta Sala que la especial incidencia de las agravantes de esta naturaleza sobre la medida de la culpabilidad exige que se de una exteriorización clara, precisa e intencional de la voluntad o motivación basada exclusivamente en motivos raciales*” (STS de 24-2-2006 y 21-6-2012), habiendo sido bien apreciada tal motivación racista en las expresiones dirigidas al lesionado, calificándole de “*negro*” despectivamente.

La auto calificación como perteneciente a una raza similar, por la tez oscura, no evita que las personas de tales características menosprecien a otras con calificativos como el empleado en este caso.

Motivo de discriminación ideología.

Sentencia número 369/2024 de fecha 19 de noviembre de 2024. Sección de Apelaciones de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Recurso de Apelación Rollo número 384/2024 contra la sentencia 15 de junio de 2023, dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona en el Procedimiento Sumario número 10/2022. Desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de uno de los dos acusados que resultó lesionado considerando improcedente la apreciación de la eximente completa de legítima defensa. Adhesión parcial del Ministerio Fiscal al recurso de apelación interpuesto.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña confirma los hechos probados de la sentencia recurrida y en concreto, que sobre las 17:45 horas del día 11 de septiembre de 2020, festividad de la Diada de Cataluña, cuando la víctima en compañía de su pareja volvía a su domicilio, portando una bandera “*estelada*”, atada al cuello, tras haber participado en los actos de celebración de dicha festividad que se celebró en la Plaza de la Villa de la localidad de Vilanova i la Geltrú, se le acercó el acusado, el cual en actitud despectiva y agresiva, sin que mediara discusión o provocación previa y con la intención de intimidarle y motivado por el desprecio a la ideología independentista de aquél, le espetó: “*El de la banderita, ven aquí, quítate esa bandera, te voy a matar*”, siguiéndolo en su trayectoria.

El acusado, en un momento del trayecto, con la intención de menoscabar la integridad física de la víctima, le propinó un golpe por la espalda, al tiempo que intentaba arrebatarle la bandera que portaba al cuello.

La víctima, al sentir el impacto en la espalda, con intención de defenderse de la agresión, le lanzó un puñetazo lateral que impactó en la nariz y el ojo izquierdo del acusado que inició la acción, rompiéndose las gafas que portaba, debiendo ser trasladado en ambulancia para curar de sus lesiones oculares, que requirieron tratamiento médico quirúrgico, consistente en sutura e intervención quirúrgica del ojo izquierdo con perforación de la córnea, tardando en curar 298 días, de los cuales 1 de hospitalización, 25 incapacitado para sus ocupaciones habituales y el resto no impeditivos. Como secuelas le ha quedado una pérdida de agudeza visual concretada en 1/20, que supone un menoscabo muy sustancial de la capacidad visual de dicho ojo, sufriendo alteraciones postraumáticas del iris, recesiones angulares superiores a 270º del iris con evolución a glaucoma; pérdida del cristalino; y un perjuicio estético ligero.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña falla no haber lugar al recurso de apelación interpuesto por la representación de la víctima de las lesiones, al considerar que, en el autor de estas, no concurría la eximente de legítima defensa y respecto del acusado que inició la acción se confirma la condena como autor de un delito de amenazas con la concurrencia de la agravante de discriminación por razón de la ideología de la víctima.

Asimismo, tampoco estima la adhesión al recurso de apelación por parte del Ministerio Fiscal, que consideraba que lo procedente era la calificación de la legítima defensa en su modalidad de incompleta.

El Ministerio Fiscal en su escrito de adhesión al recurso de apelación interpuesto consideró que la causación de las lesiones no fue producto de una acción proporcionada, concurriendo lo que se viene denominando “*el exceso en la defensa*” y ello en base a las siguientes consideraciones: el ataque no era imprevisible, ya que se había producido una discusión previa y pudo prever el grave resultado que podía ocasionar al portar el lesionado gafas de sol, y por ende, el grave resultado que efectivamente se produjo y, el propio carácter de la defensa y la violencia empleada resultaron desproporcionadas.

El Tribunal señala que hay que precisar que la posibilidad de revisión requiere la intangibilidad del hecho que se declara probado en la instancia y el debate se ciña exclusivamente al juicio de subsunción.

El Tribunal puntualiza que, a los efectos de ponderar la necesidad racional del medio empleado, la valoración debe partir del legítimo derecho a la defensa propia o de terceros, ante la existencia de una ilegítima agresión, así como de que aquella no debe realizarse desde una perspectiva ex post, que tome en cuenta exclusivamente el daño efectivamente producido y el completo abanico de posibilidades defensivas concebibles desde la frialdad y serenidad de ánimo del que ningún riesgo afronta; debiendo atenderse, al contrario, a una perspectiva ex ante, ponderando las concretas circunstancias de la agresión, entre ellas, muy destacadamente, la entidad del bien jurídico amenazado, y de la respuesta defensiva, en términos de posibilidad y eficacia, en el momento en que ambas se produjeron.

La sentencia concluye con el razonamiento de que no se puede considerar, desde una perspectiva ex ante, que la conducta defensiva del acusado fuera desproporcionada, ya que el puñetazo como reacción de defensa a un golpe en la espalda no puede entenderse que exceda tal finalidad defensiva.

Otra cuestión es que efectivamente el resultado que se produjo como consecuencia del golpe fue efectivamente grave, pero tal circunstancia no es la que debe ponderarse a los efectos de valorar la proporcionalidad del medio empleado para la defensa conforma la doctrina emanada del Tribunal Supremo: STS 268/2023, de 19 de abril, 593/2009, de 29 de mayo, 959/2021, de 10 de diciembre; 593/2009, de 29 de mayo.

II.- Audiencias Provinciales.

a). - Sentencias.

Motivo de discriminación antisemitismo.

Sentencia no firme número 643/2024 de fecha 9 de septiembre de 2024. Audiencia Provincial de Barcelona. Sección Sexta. Procedimiento Abreviado número 46/2023. Diligencias Previas número 587/2016 del Juzgado de Instrucción número 9 de Barcelona. Negación del genocidio art. 510.1 c) CP. Recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida inaplicación de los artículos 510.1 a), 510.3, 510.6 y 127 CP.

Se condena al acusado como autor de un delito previsto y penado en el artículo 510.1 c) CP, en la redacción operada por la Ley Orgánica 1/2025, de 30 de marzo, a la pena de 1 año y 6 meses de prisión y multa de 7 meses a razón de 15 euros diarios, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago; inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior a 3 años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia; inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio vinculada a la edición, distribución y venta de libros o publicaciones tanto en sede física como virtual durante el periodo de la condena.

Tras la valoración racional, conjunta, ponderada, crítica y en conciencia de la prueba practicada queda probado que el acusado regentaba una librería sita en la ciudad de Barcelona, través de la cual difundía públicamente y divulgaba las ideas revisionistas del nacionalsocialismo y del Tercer Reich en España, así como de justificación del genocidio editando, distribuyendo y vendiendo los libros, sin que la misma nunca hubiera dispuesto de licencia municipal alguna para ejercer actividad comercial ni se halla inscrita en ningún registro municipal.

Los textos y las expresiones que difundían tenían un lenguaje de naturaleza discriminatoria y especialmente vejatorio por razones de color de piel ("raza"), origen nacional, religión, ideología u orientación sexual para fundamentar sus tesis discriminatorias, particularmente racistas y antisemitas.

Pero también con sus libros y publicaciones enaltecían, justificaban y alababan las acciones de exterminio llevadas a cabo por el III Reich, creado y dirigido por Adolf Hitler en los años treinta y cuarenta en Alemania, defendiendo no sólo su figura y su régimen de terror sino justificando, negando, ridiculizando, banalizando y trivializando los atroces crímenes programados y ejecutados por dicho régimen para el exterminio colectivo de minorías étnicas, raciales, sexuales, personas con discapacidad o por motivos religiosos, con especial fijación en el Pueblo Judío, colectivos a los que se denigraba también con expresiones de

carácter ofensivo y vejatorio tanto para sus víctimas como para su memoria y honra, todo ello con el fin de hacer proselitismo de su pensamiento y crear entre sus seguidores, muchos de ellos radicales, y entre la población en general sentimientos de odio, hostilidad, animadversión, agresividad y trato desigual injustificado contra dichos colectivos.

A pesar de vender libros que aparentemente trataban de diversas temáticas como política, historia, filosofía, economía, ocultismo, memorias, biografías, religión, psicología y biología, en buena parte eran unidireccionales en su contenido, con una absoluta falta de pluralidad y en los que en su conjunto se hacía en ocasiones responsable de los males del mundo al Pueblo Judío, o se decía que las personas de raza negra son inferiores, que la mejor forma de respetar la raza es la segregación, que el mestizaje traerá la desaparición de la civilización, que lo que califican de marea inmigratoria es una invasión de inmigrantes, un fenómeno masivo que está sustituyendo a la población indígena con halógenos imposibles de integrar, que las mujeres no deben tener los mismos derechos civiles que los hombres, o que la homosexualidad es una forma de depravación sexual, o que no se debe traer al mundo descendencia con algún tipo de discapacidad, o que los musulmanes son una religión atrasada y excepcionalmente peligrosa, entre otras muchas expresiones generalizadamente ofensivas y denigrantes.

Asimismo, esta librería era un espacio de divulgación de la literatura revisionista y nacionalsocialista donde el acusado por medio de una asociación y usando la marca de la propia librería, programaba y organizaba conferencias publicitadas en trípticos que se celebraban en una sala especialmente dedicada a ello, de manera habitual y con el fin de difundir sus ideas de carácter nacionalsocialistas, fascistas, racistas, antisemitas, homóforas, y negacionistas del Holocausto judío, fomentando la hostilidad, la discriminación, el odio y la violencia contra el pueblo judío o minorías raciales, étnicas y sexuales.

El acusado acometía toda la logística necesaria para la celebración de las conferencias desde los contactos previos con el Ponente, su elección, la organización de la sala de conferencias, recibiendo a los diferentes ponentes atendiendo a los asistentes o moderando su desarrollo, hasta la venta de libros, una vez concluida la conferencia.

La mayoría de los ponentes nacionales e internacionales eran escritores revisionistas o historiadores conocidos por sus escritos negacionistas del Holocausto contra el pueblo judío y, muchos de ellos, eran ideólogos del movimiento nacionalsocialistas e investigadores históricos que proponían una *“verdad científica”* frente a *“la verdad política”* (*historia oficial*) y los dogmas impuestos por el poder.

El acusado, además de servirse de la asociación para el desarrollo de la actividad de edición, distribución y venta de libros disponía de una editorial, que editaba, distribuía libros que posteriormente se vendían en la librería, que regentaba, tanto en su sede física como en su sede virtual.

La editorial poseía una página web propia donde se publicitaban todos y cada uno de los libros editados.

La venta de libros cuestionando el Holocausto se realizaba directamente en la sede de la propia librería, por medio de internet, de distintas plataformas y, de dos páginas web, y a través del perfil de una de las redes sociales se difundían los contenidos discriminatorios publicando las conferencias impartidas en la librería o videos de interés para sus seguidores.

El acusado, asimismo era titular de un apartado de correos para tramitar los envíos.

La investigación realizada por Mossos d'Esquadra a partir del mes de enero de 2016 permitió acreditar que el acusado, condenado en dos ocasiones por sendos delitos de difusión de ideas que justifican el genocidio del artículo 607.2 del antiguo Código Penal, actuando a través de la asociación correspondiente con sus dos satélites: la librería y la editorial continuaba vendiendo no solamente varios de los libros por los que fue anteriormente condenado en el año 2010 sino también otros muchos, usando para esta actividad comercial la sede física de la librería en la ciudad de Barcelona y también de los modernos sistemas de venta que facilitaban sus páginas web.

La Sala señala que lo que evidencia el delito es la difusión en masa que realizaba el acusado del conjunto de las obras y no las circunstancias personales del autor de cada título y es en esa compilación y distribución de textos unidireccionales donde se aprecia un afán deliberadamente discriminatorio., focalizando abiertamente el “rescate” editorial en obras abierta y groseramente discriminatorias para los judíos y otras minorías, creando una sensación de “monotema”, lo que se apreciaba incluso en los artículos de “merchandaising” que se ofrecían al público.

La Sala absuelve al resto de los acusados al considerar que no tenían poder de decisión, aunque colaboraban eventualmente con la editorial distribuidora o habían asumido algún cargo formal en la misma, no quedando probado que ellas actuaran por motivos discriminatorios en el desarrollo de sus actividades laborales.

La Sala acuerda el decomiso que abarca necesariamente los títulos aprehendidos que integraron el delito de incitación al odio, incluyendo todos los ejemplares hallados de esos títulos, pero no así el resto de los libros intervenidos.

En cuanto al resto de efectos y medidas interesadas, la proporcionalidad o el carácter no claramente preponderantes de todos ellos en el delito, la Sala distingue:

Por un lado, se acuerda el decomiso de los medios materiales informáticos que necesariamente permitieron la comisión delictiva y de otro, se libera el decomiso del dinero, talones y cuentas bancarias, así como el cierre de las páginas web de la librería, la editorial y la del acusado por abarcar dichos medios y ganancias aspectos que sobrepasan material y temporalmente el delito generador de la condena, o que no han sido estrechamente

delimitados en materia probatoria, sin que quepa descartar que respondan a otras actividades editoriales, comerciales, o expresivas ajenas al hecho criminal.

La sentencia absuelve del delito previsto en el artículo 510. 1. a) del Código Penal, así como del subtipo agravado del artículo 510. 3 del Código Penal considerando que el artículo 127 del Código Penal no es de aplicación al establecimiento la Librería, a la marga registrada y a la Editorial por lo que el Ministerio Fiscal por escrito de fecha 23 de septiembre de 2024 interpuso recurso de apelación ante el TSJ de Cataluña por infracción de ley.

Además de los tipos penales no apreciados por el Tribunal el Ministerio Fiscal interesa la clausura definitiva del establecimiento librería tanto en su sede actual como en cualquier otro local físico o virtual, de la marca de la librería inscrita en el Registro de Marcas y Patentes de la editorial, de las tres páginas web y del perfil y canal de las redes sociales.

Asimismo, se interesa el decomiso del dinero intervenido en la cuenta bancaria del acusado.

Motivo de discriminación discapacidad.

Sentencia de fecha 27 de mayo de 2024. Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria. Sección Primera. Rollo de Sala número 366/2024 P.A. número 269/2022. Confirma sentencia condenatoria del Juzgado de lo Penal número 6 de Las Palmas de fecha 11 de septiembre de 2023. Motivos discriminatorios. Discapacidad. Prueba de cargo suficiente. Análisis elementos objetivo y subjetivo del artículo 512 CP.

La Sentencia de fecha 27 de mayo de 2024, que alcanzó su firmeza por Auto de fecha 4 de octubre de 2024, confirmó la sentencia 119/2023 de fecha 11 de septiembre de 2023 dictada por el Juzgado de lo Penal número 6 de Las Palmas de Gran Canaria, por la que se condenaba al acusado como autor de un delito previsto y penado en el artículo 512 del CP sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión, oficio, industria o comercio durante 1 año y costas procesales.

La Sentencia analizada acepta íntegramente los hechos probados de la sentencia recurrida al considerar que, el acusado dueño de un Hostal sito en Las Palmas de Gran Canaria denegó dar una habitación a la víctima, la cual había reservado previamente por teléfono, argumentando el acusado que no podía acceder a lo peticionado dado que el solicitante era invidente, denegación que le afectó en su dignidad.

Los motivos del recurso de apelación son dos:

Primer motivo – Error en la valoración de la prueba, respecto del cual la Sala considera que no cabe apreciar dicho error, toda vez que la Juzgadora fue sensata y ecuánime, no contraviendo derecho fundamental alguno y menos el derecho a la presunción de inocencia

a la vista del resultado de la prueba practicada en el acto del Plenario, la cual se alzó como prueba de cargo suficiente y bastante, Tampoco se ha causado una vulneración del principio “*in dubio pro reo*” por cuanto no existe en el presente caso “*dubium*” alguno ni duda razonable de la culpabilidad del acusado.

La sentencia condenatoria da por cumplidamente acreditado el hecho nuclear de la denegación de la entrega de una habitación previamente reservada por teléfono al denunciante por su condición de ciego, y ello, en base a la valoración conjunta de la prueba practicada, destacando al respecto la especial relevancia inculpatoria que, fundamentalmente, se concede a los testimonios del propio perjudicado y de la testigo de los hechos.

La Sala llega a la conclusión de que no hay razón o motivo alguno para revisar la convicción alcanzada sobre los testimonios anteriormente referidos, en los que por lo demás, no se observan mayores contradicciones, ambigüedades o renunciados destacables, que los desmerezcan o los desacrediten ni motivo de resentimiento, venganza y otro igualmente espurio o ilegítimo, sino todo lo contrario, reúnen todos y cada uno de los requisitos jurisprudencialmente exigidos para otorgarle plena efectividad probatoria.

En este sentido, la Juzgadora de Instancia destaca expresamente la coherencia, verosimilitud, persistencia, firmeza y coincidencia mostrada por los testigos en la narración del relato de los hechos ocurridos.

La denegación de la entrega de la habitación, cuya reserva telefónica fue aceptada sin obstáculo alguno, lo fue por la condición de invidente, incuestionablemente acreditado por el testimonio imparcial y fiable de la testigo de los hechos, que permite descartar con toda seguridad el estado de ebriedad alegado de forma gratuita y artificial por el apelante para justificar su actuación.

La convicción de la Magistrada de lo Penal ha sido sobre la base de una convicción racional, lógica y conforme a las máximas de la experiencia como se requiere y así se recuerda en la Sentencia STS 849/2013 de 12 de noviembre.

Segundo motivo – Infracción de Ley por aplicación indebida del delito de discriminación del artículo 512 del CP, respecto del cual la Sala concluye que no puede prosperar ya que se cumplen los requisitos exigidos por este tipo penal.

La Sentencia señala que partiendo de la premisa fáctica establecida en la sentencia de instancia y confirmada en esta alzada de que efectivamente se deniega al denunciante la entrega de la habitación previamente reservada telefónicamente por su condición de invidente demuestra que concurren los requisitos -objetivo y subjetivo -exigidos por el precepto referido para el correspondiente juicio de tipicidad, habida cuenta que la conducta omisiva imputada al autor es un comportamiento discriminatorio totalmente inadecuado en un estado de Derecho pues supone la denegación de una prestación o servicio a una

determinada persona que tenía pleno derecho a ella y haberlo hecho a causa, en este caso de una discapacidad.

El delito de discriminación del artículo 512 del CP tipifica la denegación de prestaciones profesionales o empresariales por particulares, en las actividades reguladas legalmente y en aquellas abiertas al público en las que no cabe reserva del servicio, por motivos discriminatorios o excluyentes, como precisamente sucede en el caso enjuiciado, dónde un profesional del alquiler de las habitaciones de un hostel impide a una persona que había reservado telefónicamente el servicio de acceder al mismo por razón o motivo de su discapacidad visual.

La conducta omisiva al acusado es un comportamiento discriminatorio inadmisibles en un Estado de Derecho y no se puede descartar su tipicidad en virtud del principio de intervención mínima del Derecho penal, pues aquélla supone de suyo la restricción excluyente de una prestación o servicio a una determinada persona que tenía pleno derecho a ella precisamente por causa de su discapacidad, lo cual reviste especial gravedad y otorga a su actuar ese plus de antijuridicidad que justifica a nuestro entender plenamente la represión penal.

Motivo de discriminación orientación sexual.

Sentencia de fecha 13 de junio de 2024. Audiencia Provincial de Barcelona. Sección Vigésimoprimera Rollo de Sala número 129/22. Sumario número 2/2024. Juzgado de Instrucción número 1 de Vilanova i la Geltrú. Delito relativo al ejercicio de los derechos y libertades públicas del artículo 510.2 a) CP en concurso de normas del artículo 8.1 CP con el delito contra la integridad moral del artículo 173.1 CP y tres delitos leves de lesiones del artículo 147.2 CP. Vulnerabilidad no es un elemento del tipo.

En esta sentencia se declara probado que el acusado, sobre las 03:30 horas del 24 de febrero de 2020, en la vía pública de la localidad de Sitges (Barcelona) se aproximó a las víctimas, a los que no conocía con anterioridad, y con ánimo de menoscabar su dignidad por desprecio a su orientación sexual, sin mediar enfrentamiento, discusión o provocación previa, les profirió palabras tales como: *“marcharos de aquí, porque no sois iguales que yo, porque sois diferentes, maricones de mierda. Iros que os voy a pegar por ser maricones, que yo vivo en Sitges desde hace 15 años y no soy maricón y ojo, que no soy homófobo”*. Para posteriormente, con ánimo a menoscabar la integridad física ajena, y a pesar de que intentaron calmar al acusado, les golpeó dando bofetones y patadas, por lo que sufrieron lesiones de carácter leve que requirieron una primera asistencia facultativa para su curación.

El acusado, que no compareció al acto del Juicio oral, a pesar de estar citado personalmente, es condenado, por estos hechos, como autor de un delito relativo al ejercicio de los derechos y libertades públicas del artículo 510.2 a) CP en concurso de normas del artículo 8.1 CP con

el delito contra la integridad moral del artículo 173.1 CP y tres delitos leves de lesiones del artículo 147.2 CP.

La sala considera acreditado los hechos con las declaraciones de las víctimas que alcanzan plena credibilidad como prueba de cargo, teniendo en cuenta todos los factores objetivos y subjetivos concurrentes y, por tanto, concurren los siguientes requisitos

- 1.- Ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las relaciones previas acusado - víctima que pongan de relieve un posible móvil espurio, de resentimiento, venganza o enemistad, que pueda enturbiar la sinceridad del testimonio, generando un estado de incertidumbre incompatible con la formación de una convicción inculpatória asentada sobre bases firmes.
- 2.- Verosimilitud del testimonio, rodeado de algunas corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso, que en el presente caso son las declaraciones de los policías locales de Sitges, los partes médicos y los informes médico-forenses que acreditan de forma objetiva las lesiones sufridas por las víctimas
- 3.- Persistencia en la incriminación, prolongada en el tiempo, reiteradamente expresada y expuesta sin ambigüedad ni contradicciones. Al respecto, la Sala aprecia que, en cuanto a la persistencia en la declaración de las víctimas, manteniendo la misma sin ambigüedades, ni contradicciones, la Jurisprudencia no exige que los diversos testimonios, sean absolutamente coincidentes, bastando que se ajusten a una línea uniforme de la que se pueda extraer, al margen de posibles matizaciones e imprecisiones, una base sólida y homogénea que constituye un referente reiterado y constante que esté presente en todas las manifestaciones.

La Sala cita la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo STS de fecha 4 de mayo de 2022, que sale al paso de alguna jurisprudencia menos, en relación con los delitos 510.2 a) y 173.1 ambos del CP, señalando que en estos dos artículos no se dice que las víctimas sean vulnerables.

El concepto de “*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, lo cual no implica una interpretación extensiva o restrictiva del tipo penal, sino de adecuación a las exigencias de los que dice el precepto, y ninguno exigen la vulnerabilidad en las víctimas de estos delitos.

La diferencia en entre los dos tipos penales radica en que el sujeto pasivo en el artículo 173.1 del CP puede ser cualquier persona mientras que en el artículo 510.2 a) del CP lo son las personas que encajen en alguno de los motivos de discriminación expresamente previsto en el citado tipo penal.

La esencia de lo que se trata de proteger con este delito ubicado en el artículo 510 del CP está en la prohibición de discriminación, como derecho autónomo derivado del derecho a la igualdad, reconocidos en el artículo 14 CE, 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”*.

La Sentencia analizada destaca que el objetivo de protección del tipo penal de odio del artículo 510 del 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 *“colectivos desfavorecidos”* no está previsto en 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 (artículo 1 CE) y la prohibición absoluta de discriminación del artículo 14 CE, por tanto, 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 sexual, o por razones de género. Por ello, se indica que su bien jurídico protegido no solamente sea la no discriminación o la protección de la igualdad o de la diferencia, según la perceptiva que se aborde, sino los propios valores superiores del ordenamiento jurídico.

Por lo expuesto, los preceptos citados 510 y 173.1 del CP y la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal del artículo 22.4 del CP protegen a toda la ciudadanía siempre que la persona/s afectada/s encajen en uno de los motivos de discriminación taxativamente establecidos por el legislador, sean o no minoritarios, sean o no vulnerables, 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 citado, 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 punible.

Hay que recordar que las conductas discriminatorias por el menosprecio implícito que conllevan hacia la persona discriminada están vinculadas 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 quién esté ubicado en uno de los grupos del artículo 510 del 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.

La Circular de la FGE señala que en el precepto 510 se puede 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 artículo 510.1 b) del 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 número 656/2007, de 17 de julio, define:

El descrédito como la "*disminución o pérdida de reputación de las personas o del valor y estima de las cosas*".

El menosprecio como equivalente a "*poco aprecio, poca estimación, desprecio o desdén*"

La humillación como "herir el amor propio o la dignidad de alguien, pasar por una situación en que la dignidad de la persona sufra un menoscabo.

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.

Por último, la sentencia analizada destaca que queda absolutamente probado, en base a todo lo anteriormente expuesto que, los actos llevados a cabo por el acusado tenían un claro e inequívoco contenido vejatorio dirigido a humillar y denigrar a los denunciantes, teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes en el contexto en el que se desarrollaron, es decir, en la vía pública durante las fiestas de Carnaval en la localidad de Sitges, donde es público y notorio que se reúne el colectivo LGTBI, siendo que en el caso de autos, las expresiones se evidencian como de menoscabo y discriminatorias por su solo contenido y por lo expresado por los testigos de los hechos que eran los miembros de la Policía Local de dicha localidad y que procedieron a la detención del acusado, dado que fue la única manera de que cesara en su actitud de menosprecio y discriminatoria.

Sentencia número 276/2024 de fecha 27 de noviembre de 2024. Audiencia Provincial de Jaén. Sección Tercera. Rollo de Sala Penal número 12/23. P.A. número 112/2021. Juzgado de Instrucción número 4 de Jaén. Sentencia de conformidad. Delito de odio del artículo 510.2 a) del CP en concurso ideal (artículo 77 CP) con un delito leve de lesiones (artículo 147.2 CP) y tres delitos de obstrucción a la justicia del artículo 464 CP. Atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 CP.

En esta sentencia, dictada de conformidad con los acusados se les condena a todos ellos como autores de un delito de odio del artículo 510.2 a) CP en concurso ideal (artículo 77 CP) con un delito leve de lesiones (artículo 147.2 CP) y tres delitos de obstrucción a la justicia del artículo 464 CP concurriendo la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal: atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 CP en todos ellos.

Los hechos que se declaran probados sucedieron en la madrugada del 17 de julio de 2021, aproximadamente sobre las 3:00 horas, cuando los acusados que estaban en la Plaza de la Igualdad de Jaén, charlando y bebiendo se dirigen de común acuerdo, en actitud claramente hostil hacia el colectivo homosexual, increpando a un chico que intentaba sumarse al grupo, con expresiones degradantes y humillantes tales como: *“ya te habrás follado maricón”, “Aquí no queremos maricones, vete de aquí”*.

No satisfechos con esa violencia verbal que menoscababa la dignidad de la víctima, lo cogieron y lo arrojaron a la fuente ornamental que se halla en el centro de la referida plaza, resultando lastimado, concretamente sufriendo una contusión en la espalda que precisó una primera asistencia médica por el SAS, en un único acto médico tardando en curar siete días, ninguno de ellos impositivo para trabajar.

Al salir de la víctima de la fuente, como le fue posible, los acusados de común acuerdo continuaron con su comportamiento hostil y vejatorio contra él tirándole sobre la cabeza cuba libres y bebidas, así como toda clase de inmundicias, riéndose y mofándose de él.

La víctima avergonzada, asustada y humillada, huyó hacia su casa mientras los acusados lo perseguían refugiándose en la misma.

Tres de los acusados, con la finalidad de obstruir el procedimiento judicial y privarle de los necesarios elementos para la convicción del Juzgador se dirigieron a los pocos días de producirse los hechos a la víctima y perjudicado, advirtiéndole de que si hablaba iba a tener serios problemas, por lo que en un primer momento silenció su participación, asimismo, también se dirigieron a un testigo de los hechos increpándole despectivamente con calificativos humillantes y degradantes tales como *“maricón”, “chivato”, “si mi marido va a prisión te mato y no espero a que salga él”* y posteriormente: *“Qué pasa quieres pelea?”*.

Por último, hay que señalar que fue aplicada la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal: atenuante de reparación del daño causado del artículo 21.5 CP ya que los acusados abonaron la totalidad de la responsabilidad civil, antes de la celebración del Juicio Oral, consistente en las siguientes cantidades económicas: 45 días por cada uno

de los 7 días que tardó la víctima en sanar de su lesión de espalda, y 500 euros por daños morales.

Sentencia 490/2023 de fecha 13 de diciembre de 2023 dictado por la sección 5ª AP de Valencia, procedente de las DP 1127/2022 del Juzgado de Instrucción nº 10 de Valencia, no firme y condenatoria. Publicaciones contenidas en la página web oficial de la formación política “España 2000”, en su artículo titulado: “El Chueca Virus-22”. Precepto estudiado: Art. 510.1.a) y b), 3 y 5 del CP sobre incitación al odio por motivo discriminatorio basado en la ideología y orientación sexual.

El acusado publicó en la página oficial de la formación política "ESPAÑA 2000", un artículo titulado "El Chueca Virus-22" que posteriormente reprodujo mediante referencia al enlace en otras redes sociales como Twitter y Facebook, una serie de frases en las que se atribuía al colectivo LGTBI el origen de la enfermedad conocida como "viruela del mono", utilizando expresiones ofensivas y humillantes hacía dicho colectivo, encaminadas a propagar el desprecio, la hostilidad y la animadversión hacia los mismos. Entre las frases y expresiones que, con carácter general, conllevan tales propósitos, se pueden destacar las siguientes, sin perjuicio de que toda la publicación cree un ambiente de hostilidad, rechazo y animadversión hacia tal colectivo:

"Y parece ser que no hay duda de que la transmisión se efectúa no por ser gay, sino por realizar prácticas sodomíticas perversas en locales de "ambiente", "sauna", vamos, lugar de fornicación indiscriminada entre maricas, llamada "Paraíso."

-(...)que por mucho que la cultureta "lgtbi" sea, de momento, hegemónica, la verdad es que los comportamientos sexuales de los "pierdeaceites" se están convirtiendo, de nuevo, en un problema de salud pública, y de los gordos a esta lacra vírica, tan antaño denostada por la cultura de occidente y hoy metida hasta en la sopa y, lo que es peor, en la escuela."

-"Ante esta nueva plaga,, los mass media tiene mucho cuidado porque, claro, si el colectivo marica, elegido por Dios como poseedor de todas. virtudes y facultades, en franca riña "ex aequo" con 1ª tribu de las hembronas (U.) todo el lavado de cerebro al que nos han, sometido para hacernos creer que la perversión es "normal"-"

-"Sobre todo si son LGTB.I sector "maricón perdido", que es como ser bujarrón, pero top derecho a subvenciones, ayuditas del "Estao", para seguir-haciéndole el culo gordo a la ineptocracia nacional, a bllse de estupidez y degeneración moral."

-"Este año volveremos. La nueva consigna será: "fuera los contagiadores de nuestros barrios y "se va a acabar, se va a acabar, la viruela mono-sexual.f: y el viejuno "póntelo pónselo."

Para la Sala de instancia, los hechos declarados probados son constitutivos de un delito cometido con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución, previsto y penado en el artículo 510,1 a) y b), 3 y

5 del Código Penal. Y tienen encaje perfecto en este artículo, por reunir todos los elementos integrantes del tipo, en el precepto citado.

Es procedente, de igual modo, la aplicación del tipo agravado del párrafo tercero del artículo 510 del Código Penal, puesto que la difusión del artículo, claramente lleno de expresiones ofensivas, humillantes, y llenas de desprecio hacia el colectivo LGTBI, e incitando al odio hacia el mismo, se difundió por medio de internet.

No afecta para la aplicación de tal párrafo el hecho de que el artículo tuviera una mayor o menor difusión, ya que la agravación viene motivada por la potencial mayor propagación del artículo, con el contenido lleno de expresiones que incitan al desprecio, discriminación y odio hacia el ya citado colectivo, cuando la Constitución Española, en su artículo 14, prohíbe la discriminación por cualquier motivo, incluido el de índole sexual, afectando únicamente a la intimidad de las personas la forma en la que decidan vivir su vida sexual.

La sentencia contiene además un detallado análisis sobre la distinción entre el derecho a la libertad de expresión y la prohibición de emitir ideas con la intención de fomentar el odio o la violencia contra determinados grupos por razón de su sexo, raza, origen, orientación sexual, etc., recogiendo un parte de la sentencia 104/2023, de 10 de mayo, de la sección 2ª de la AP de Murcia en el recurso 11/2022 que resume toda la jurisprudencia nacional y recomendaciones internacionales para llegar a la conclusión de que :

“el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto, sino que se han ido plasmando una serie de limitaciones al mismo. En palabras que tomamos de la sentencia del Tribunal Supremo 488/2022, de 19 de mayo " existe, pues, un discurso del odio no protegido, que desborda la tutela que dispensa el legítimo ejercicio del derecho a la libertad de expresión así lo hemos proclamado en numerosos precedentes. En la sentencia del Tribunal Supremo 185/2019, 2 de abril, señalábamos que "el discurso generador del odio y la discriminación no tiene amparo, ni cobertura en los referidos derechos constitucionales. A tal efecto son numerosos los Tratados Internacionales ratificados por España. que, al amparo del artículo 10 de la Constitución, ha de guiar la interpretación de la tipicidad de los delitos de odio en sus variadas manifestaciones típicas. Junto a la Convención de Naciones Unidas para la prevención y sanción del delito de genocidio, de 9 de diciembre de 1948; la Convención de Naciones Unidas sobre eliminación de toda forma de discriminación racial de 22 diciembre de 1965; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 diciembre de 1966; el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 noviembre de 1950; la Recomendación (97) 20, de 20 octubre 1997 y la de 3 octubre de 2002, de política general acerca de la legislación nacional para luchar contra el racismo y la discriminación racial en la Comisión europea contra el racismo e intolerancia (ECRI); la recomendación 1805 (2007) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo Europeo sobre blasfemia, insultos religiosos y discurso de odio contra personas por razón de su religión; la Decisión Marco 21908/913/JAI del Consejo, de 28 noviembre 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el derecho penal; la Convención sobre cibercrimen, de 23 noviembre 2017; la Recomendación 7 de la Comisión europea contra el racismo y la intolerancia, de 13 diciembre del 2002, que identifica el discurso del odio, como

expresiones que intencionadamente difundidos implican a) una incitación pública a la violencia y el odio; y b) a través de las cuales insultan y difaman públicamente a personas o grupo de personas por razón de su raza, color, lengua, religión, nacionalidad, su origen, nación o etnia, entre otras.

No obstante, del análisis de la doctrina emanada del Tribunal Supremo, que a su vez acoge la doctrina constitucional e internacional en la materia, se extraen los siguientes elementos en común concurrentes para la tipicidad de la conducta, que constituyen en todo caso, una pauta para la aplicación e interpretación de los delitos de odio:

a.- El bien jurídico protegido es la dignidad de las personas y colectivos de personas, a los que por su especial vulnerabilidad el Código otorga una protección específica en el mencionado artículo (sentencia del. Tribunal Supremo 646/2018). El bien jurídico protegido es esencialmente el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española entendido no solo como el derecho a ser tratado de modo igual (al otro) sino también como el derecho a gozar de las mismas condiciones de tranquilidad y de seguridad que el otro en la vida cotidiana al margen de la diferencia.

b.- Por otra parte, desde la tipicidad objetiva, las expresiones y actos han de tener una gravedad suficiente para lesionar la dignidad de los colectivos contra los que se actúa, gravedad expresamente precisada en otras sentencias del Alto Tribunal entre ellas, sentencia 7.133/2.018. Además, debe tratarse de mensajes que merezcan una calificación de graves y serios para la incitación a la comisión de actos terroristas o la generación del sentimiento de odio, aptitud y seriedad para conformar un sentimiento lesivo a la dignidad. Gravedad exigida que cobra pleno sentido si se constata la ubicación sistemática de los delitos de odio, entre ellos, del artículo 510 del Código Penal, en el seno de comportamientos delictivos cometidos en el ejercicio de un derecho fundamental. Y más allá que pueda concluirse, como así lo hace el legislador que, dicho conflicto deviene inexistente cuando quien en el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión lleva a cabo las conductas descritas en el artículo 510. 1 y 2, ha traspasado de manera penalmente relevante los límites del, legítimo ejercicio de su derecho, por lo que no hay conflicto; ello no obsta para que, en la constatación de las conductas punibles bajo los delitos de odio, el sujeto activo, actúe en el ejercicio de su derecho fundamental, principalmente la libertad de expresión, que no puede quedar mermada por conductas que, pese poder tener un cierto grado de ofensividad, no alcancen la gravedad necesaria que justifique que se constituyan en un límite o "línea roja" merecedor de reproche penal por medio de esta figura delictiva .

c.- El sujeto pasivo del delito es uno de los grupos o colectivos desfavorecidos definidos en el propio tipo (numerus clausus), o una parte del mismo, o, incluso una persona determinada por razón, precisamente, de su pertenencia a aquél.

d.- Vinculado directamente con el sujeto pasivo de este delito se encuentra precisamente el elemento subjetivo del tipo penal, que es el que caracteriza especialmente a los delitos de odio, siendo "*la animadversión hacia la persona*,

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 un 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 obliga a interpretar la calificación jurídica de los hechos en función de la realidad social del tiempo en el que ha de aplicarse la norma " (sentencia de Tribunal Supremo nº 646/2013)."

Otra parte muy ilustrativa de esta sentencia es la individualización de la pena privativa de libertad. Así, establece: *"En cuanto a la prisión, se estima ajustada a Derecho la petición del Ministerio Público de dos años y ocho meses de prisión, puesto que el hecho de que, el artículo se suba en una página web correspondiente a un colectivo político, concretamente ESPAÑA 2000, le otorga un mayor peso específico que si partiera de un ciudadano particular. Ello es lógico puesto que la posibilidad de- que alcance mayor difusión es mayor que si un ciudadano, sin más, realiza comentarios homófobos desde sus cuentas particulares de internet. Sin olvidar que aparte de a los homosexuales varones, se hacen referencias despreciativas también a las personas homosexuales femeninas, así como que el propio acusado afirmó que el artículo en cuestión no era un caso aislado, sino que la organización llevaba unos dos años publicando cosas semejantes."*

Motivo de discriminación identidad de género.

Sentencia de fecha 24 de octubre de 2024. Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 21. Rollo de Sala número 73/2024-H. Procedimiento Abreviado número 2/2024. Juzgado de lo Penal número 2 de Mataró. Análisis del delito de lesiones psíquicas artículo 147.1 CP. Responsabilidad Civil. Penalidad. Víctima transgénero.

En esta sentencia, se confirma la condena al acusado como autor de un delito de lesiones psíquicas del artículo 147.1 CP, como ya lo fue en la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal número 2 de Mataró modificando únicamente la pena de multa impuesta ya que, si bien lo fue inicialmente a diez meses de multa con cuota diaria de diez euros, la Audiencia modula la pena a nueve meses de multa con la misma cuota diaria y, se mantienen las mismas indemnizaciones: 4.680 euros por periodo de sanidad de las lesiones y 1.200 euros por daños morales.

Queda probado que la víctima se sometió a un proceso de reasignación de género hace más de 20 años, teniendo reconocido legalmente el género femenino.

A finales del año 2018, o a principios del 2019, la víctima promovió la creación de un grupo musical. En el que actuaba como vocalista, y entre cuyos músicos colaboradores actuaba el acusado como batería del grupo, pero que, por sus mayores conocimientos musicales, se convirtió en el director del grupo.

Durante las sesiones de los ensayos que se realizaron, en diversas ocasiones, el acusado hizo comentarios despectivos y de menosprecio hacia la víctima, con prepotencia y muy bajo nivel de educación.

El día 19 de abril de 2019, el grupo musical hizo su único concierto en una sala de Barcelona, no cuajando el éxito esperado ni tampoco la correspondiente recaudación, generándose un conflicto económico entre los integrantes del grupo.

El día 20 de abril de 2019, sobre las 00:16 horas, el acusado con ánimo de degradar y despreciar a la víctima, por su condición de transexual, le remitió un mensaje de WhatsApp con desprecios relativos a su identidad de género, diciéndole, textualmente:

“Hola. Antes de nada, la próxima vez que vayas engañando a la gente lo primero du que eres un transexual, ten dignidad si es que te queda de eso. Sinvergüenza, estafadora, mentirosa, desgraciada, farsante, muerta de hambre, arrastrada, perdedora, etc. De lo peor.

Mentiste en todo, eres una puta mierda de ser humano, das asco. Desgraciada de mierda te deseo el peor cáncer que pueda existir gente como tu debéis desaparecer sois el mal del mundo. Eres una puta mierda y la risión de todo el mundo. Diste vergüenza gallo con rabo das asco. Debes 3000Euros y los vas a pagar de una forma u otra eres una mierda. DAS ASCO. MUERTA DE HAMBRE. El hazme reír de todo el mundo”.

A causa del comportamiento del acusado, la víctima se sintió efectivamente menospreciada por su condición de mujer transexual, y sufrió un cuadro de clínica de ansiedad-depresión (trastorno adaptativo) que requirió para su curación tratamiento médico psiquiátrico, psicológico y farmacológico.

El periodo de sanidad fue valorado en 90 días de curación todos ellos incapacitantes para sus ocupaciones habituales.

La Sentencia se basa en los postulados detallados en la Jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo, concretamente en la STS 1606/2005, de 27 de diciembre, que textualmente señala: *El concepto de lesiones psíquicas o mentales está avalado por la Organización Mundial de la Salud que engloba bajo la rúbrica de enfermedad no solo los daños físicos sino también los padecimientos mentales. Enfermedad mental es el desorden de las ideas y los sentimientos con trastornos graves del razonamiento del comportamiento, de la facultad de reconocer la realidad y de adaptarse a los retos normales de la vida. Está provocada por perturbaciones de origen genético, tóxico, infeccioso o terapéutico.*

Los baremos para la enfermedad mental aparecen en el BOE de 13 de marzo de 2000, que traía las correcciones del RD 1971/1999, de 23 de diciembre. Estos baremos, basándose en los sistemas de clasificación internacionales, CIE-10 y DSM-IV, definen trastorno mental como el “conjunto de síntomas psicopatológicos identificables que interfieren el desarrollo personal, laboral y social de la persona, de manera diferente en intensidad y duración”.

La valoración de la Enfermedad Mental se realizará de acuerdo con los grandes grupos de Trastornos Mentales incluidos en los sistemas de clasificación manuales, los grandes grupos psicopatológicos susceptibles de valoración son: Trastornos Mentales Orgánicos, Esquizofrenias y Trastornos Psicóticos, Trastornos de Estado de Ánimo, Trastornos de Ansiedad, Adaptativos y Somatomorfos, Disociativos y de Personalidad. El desencadenamiento de una lesión mental, desde el punto de vista del derecho penal, exige directamente una acción directamente encaminada a conseguir o causar este resultado. Cualquier alteración psíquica que sea consecuencia de una situación de violencia sufrida (violación, detención ilegal, allanamientos de morada, etc.) no tiene normalmente una conexión directa entre la acción querida y el resultado, ya que en los casos que hemos citado y en otros que pudieran ser semejantes, el propósito y voluntad delictiva está encaminado a causar males distintos de la lesión psíquica.

En la mayoría de los supuestos el “stress” postraumático es un resultado aleatorio, cuya mayor o menor intensidad depende, en gran medida, de los resortes mentales y de la fortaleza psíquica y espiritual de la víctima.

No existe la menor duda sobre la necesaria evaluación de las secuelas como base indemnizatoria, pero en ningún caso, pueden añadirse o acumularse a los resultados penalmente sancionados.

La lesión psíquica como resultado directo de una acción voluntaria encaminada a conseguir este propósito tiene que ser la consecuencia final de una acción que normalmente no se agota en un sólo acto sino en una conducta metódica, constante, fría y calculada que coloque a la víctima en una situación de ansiedad que afecte a su estabilidad y salud mental (...)

Para aceptar esta hipótesis debemos partir de una acción necesariamente consciente y voluntaria, ya que la ideación, ejecución y consecución del resultado sólo pueden obedecer a una conducta dolosa y nunca imprudente.

La previsión legislativa de la inclusión de las lesiones psíquicas como hecho delictivo constituye un indudable acierto. La forma comisiva de lesiones psíquicas se puede construir y analizar, con mayor precisión, examinando otros artículos del Código Penal, por ejemplo, los malos tratos en el seno de las relaciones matrimoniales o de pareja. Al regularlos de forma específica en el artículo 153 del Código Penal, se refiere a la utilización de cualquier medio o procedimiento para causar menoscabo psíquico a las mujeres que se integran en esa clase de relaciones y que se describen a lo largo del articulado. Como puede deducirse se requiere un medio o procedimiento para causar menoscabo psíquico, lo que descarta cualquier acción traumática causante de daños físicos acompañados de secuelas y, por supuesto, excluye también la causación por imprudencia.

Las consecuencias psíquicas se generan siempre a través de comportamientos de hábito, es decir, de repetición de conductas que desembocan además del sufrimiento aislado derivado de cada acto, en una lesión psíquica (...). La Sentencia hace referencia expresa a

la STS 245/2016, de 30 de marzo, en la que se expone: *“Dicho con otras palabras, para apreciar un delito de lesiones psíquicas, además del delito de robo, agresión sexual, o cualquier otro en cuya ejecución tengan origen aquéllas, es preciso que se acrediten actos del autor que por sus características excedan de los naturalmente unidos a la concreta clase de comportamiento delictivo, lo que puede ocurrir por su especial brutalidad o su carácter especialmente vejatorio; además, desde el punto de vista subjetivo, que vayan directamente dirigidos a causar una perturbación en el ánimo de la víctima que exceda de la propia de aquél delito, o bien que en su ejecución se actúe de tal forma que tal perturbación, de superior intensidad a la ordinariamente derivada de delito sea altamente probable. Es decir, que el autor, respecto a las lesiones psíquicas, actúe con dolo directo o dolo eventual”.*

Sobre la base de esta jurisprudencia, la Sentencia, objeto de análisis, considera que contenido remitido a la víctima es objetivamente vejatorio, y la finalidad del mismo, va más allá de la pretendida reclamación de un dinero que refiere el acusado, ya que para tal fin es innecesario que se le diga que no vaya engañando a la gente y que diga que es transexual, que tenga dignidad su aún le queda, que era una puta mierda de ser humano, que daba asco, que le deseaba el peor cáncer que pudiera existir, que gente como ella debería desaparecer, que eran el mal de este mundo, así como calificativos del tipo muerta de hambre, gallo con rabo, hazmerreir de todo el mundo, etc.

La sentencia analizada concluye que la valoración probatoria realizada por el Juzgador de Instancia resulta del todo punto correcto ya justada a la realidad de las pruebas practicadas a su presencia, valoración y fundamentación que ha de ser respetada. Las menciones que se hacen a la responsabilidad civil en cuanto a considerarla excesiva no tienen motivación alguna y o consta petición alguna respecto a su reducción, por lo que siendo la valoración efectuada por el Juzgador correcta al basarse en las conclusiones de los informes forenses y valorarse conforme a los parámetros de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, fijándose los daños morales en 1.200 euros justificándolo de forma detallada y acorde a la situación y evolución de la víctima.

La sentencia modula la cuota de multa que, si bien fue fijada por el Juzgador en la cantidad de diez meses, la sentencia la rebaja a nueve meses y un día, toda vez que el Juzgador impone dicha pena sin motivación alguna que justifique separarse de la mínima.

Motivo de discriminación género.

Sentencia de fecha 2 de julio de 2024. Audiencia Provincial de Barcelona. Sección Décima. Rollo de Sala Sumario número 31/23. Sumario número 2/2024. Juzgado de Instrucción número 4 de igualada. Análisis de la agravante de discriminación por razón de género. Artículo 22.4 CP

En esta sentencia, se condena al acusado como autor responsable criminalmente de un delito de asesinato en grado de tentativa, concurriendo la agravante de discriminación por razón de género, a la pena de 20 años menos 1 día con la pena accesoria de inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena, así como también se le impone la medida de libertad vigilada por tiempo de 10 años que habrá de ser ejecutada una vez cumplida la pena de prisión.

Autor responsable de un delito de agresión sexual con introducción de miembros corporales y/u objetos por vía anal y vaginal, concurriendo la agravante de discriminación por razón de género, a la pena de 15 años de prisión, con la accesoria absoluta durante el tiempo de la condena, y a las penas de prohibición de aproximación a la víctima, a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro frecuentado por la misma, a una distancia inferior a 1000 metros por tiempo superior a 10 años a la pena impuesta, y de prohibición de comunicación con la misma por cualquier medio durante igual periodo de tiempo. Igualmente procede imponerle la medida de libertad vigilada por tiempo de 10 años que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad impuesta. Asimismo, se le condena a la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad por tiempo de 20 años al de la pena de prisión impuesta. Esta sentencia analiza detalladamente la agravante de discriminación por razón de género, partiendo de la Sentencia STS 722/2023, de 29 de septiembre, que señala: *“Como referíamos en nuestra STS 650/2021, de 20 de julio, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, añadió en el artículo 22.4 del Código Penal la agravante de cometer el delito por razones de género, surgiendo como primera cuestión del nuevo redactado cual sería el contenido de esta discriminación y dónde se encuentra su elemento diferencial respecto de la agravación de discriminación por razón de sexo. Una primera orientación sobre cuál es el alcance del concepto de género puede extraerse de la Exposición de Motivos de la mencionada reforma. En ella se expresaba la razón de añadir el género como un motivo de discriminación diferente de la discriminación por sexo que el Código Penal ya contemplaba en la misma agravante.*

En concreto, la Exposición de Motivos acude al concepto de género plasmado en el Convenio nº210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y violencia doméstica, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011, y desde su acepción indica que la razón de la incorporación de esta agravación “ es que el género, entendido....como “los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente contruidos 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”.

Esta significación es además coincidente con la que resulta del artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que señala en su artículo 1.1 que el objeto de la ley es: “actuar contra la violencia, que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia”.

Las Sentencias 707/2018, de 15 de enero de 2019, 99/2019, de 26 de febrero señalan que la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal es aplicable a todos aquéllos supuestos en los que, no estando expresamente contemplado en la descripción típica, se actúa por motivos o móviles de discriminación basados en la dominación del hombre sobre la mujer, por considerarla el autor un ser inferior, despreciando y vulnerando su derecho a la igualdad. Basta esa manifestación objetiva de discriminación para resultar aplicable la agravante genérica, siempre que, como elemento subjetivo exigible, el sujeto activo tenga consciencia de tal desprecio y acompañe ese conocimiento a la voluntad de cometer el delito.

Por su parte, el Tribunal Constitucional acogió y perfiló en su Sentencia 59/2008, con ocasión de examinar la constitucionalidad de las agravaciones del artículo 153.1 del Código Penal, La sentencia proclama la igualdad de género como un valor constitucional y social susceptible de especial protección penal y fija el sentido del mismo al indicar en su fundamento jurídico 9.c): *“Como el término “género” que titula la Ley y que utiliza en su articulado pretende comunicar, no se trata de una discriminación por razón de sexo. No es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino -una vez más importa resaltarlo- el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad.*

La sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima ni por razones vinculadas a su propia biología. Se trata de la sanción mayor de hechos más graves que el legislador considera razonablemente que lo son por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y desigualdad.”

En el presente caso, la Sala constata que, pese a la queja del recurrente, la construcción de los hechos probados, permiten la subsunción de los hechos en el tipo penal y la agravación de género ex. 22.4 CP, por cuanto del relato de hechos probados se desprenden como circunstancias habilitantes para la construcción de la agravante de género, lo siguientes parámetros:

1.- Que la ejecución del hecho esté construido y basado, en una pretensión de ataque del hombre sobre la mujer por el hecho de ser mujer.

2.- La agravante de género se pueden aplicar, incluso, cuando el sujeto activo y pasivo no sean pareja siguiendo los criterios del Convenio de Estambul.

3.- La agravante de género tiene un sustrato del desprecio a la mujer por ser mujer. Quiso acabar con la vida de las mujeres y sólo de ellas por razón de género.

4.- El hecho probado señala *“en atención a su condición de mujeres en un acto de dominación”*.

5.- El ataque y forma de ejecutar el hecho que lleva aparejada la agravante de género lleva tras de sí un sustrato de jerarquización del autor y subordinación de la mujer. Había dominación a la mujer.

6.- La agravante de género en los delitos de asesinato, homicidio, o formas imperfectas de ejecución supone un intento de subyugación de la mujer al hombre.

Por todo ello, y como resumen sobre la agravante de género, la sentencia analizada fija las ideas base, sobre las misma:

1.- La agravante de género del artículo 22.4 CP puede aplicarse también aisladamente si el ataque se lleva a cabo contra una mujer con la que el sujeto activo no tiene ninguna relación de pareja o expareja, pero se pide desprender de la prueba practicada que se ha realizado el ilícito penal con actos que implican dominación del hombre hacia una mujer por el hecho de ser mujer – STS 351/2021 de 28 de abril.

2.- La agravante debe ser apreciada cuando la conducta del varón trata de establecer o mantener una situación de dominación sobre la mujer colocando a ésta en un rol de inferioridad y subordinación en la relación, con grave quebranto a su derecho a la igualdad, a la libertad y al respeto debido como ser humano en sus relaciones sentimentales - STS 1177/2009, de 24 de noviembre.

3.- El fundamento de esta agravante se ubica en la mayor reprochabilidad que supone que el autor cometa los hechos contra una mujer por el mero hecho de serlo y en actos que implican, o llevan consigo, actos que evidencian un objetivo y fin de sentirse superior a la misma, entendemos que no puede existir una exclusión por la circunstancia de que entre el sujeto activo y pasivo del delito no exista una previa relación sentimental, tanto actual como pasada. Porque el ilícito penal que se cometa se asienta sobre la consideración de un trato desigual, precisamente por su diferente sexo. Con ello, a los elementos ya expuestos de dominación y machismo, en el acto ilícito penal se añade el de la desigualdad en los actos que lleva consigo el sujeto activo sobre su víctima.

4.- Con la inclusión de esta agravante se amplía la protección de los derechos de las mujeres frente a la criminalidad basada en razones de género. Esto es, delitos que se agravan por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y desigualdad y dominación del hombre sobre la mujer.

5.- El fundamento de las agravaciones reside en el mayor reproche penal que supone que el autor cometa los hechos motivados por sentirse superior a uno de los colectivos que en el mismo se citan y como medio para demostrar además a la víctima que la considera inferior. Se lleva a cabo una situación de subyugación del sujeto activo sobre el pasivo, pero sin concretarse de forma exclusiva el ámbito de aplicación de la agravante sólo a las relaciones de pareja o expareja, sino en cualquier ataque a la mujer con efectos de dominación, por el hecho de ser mujer. Esta es la verdadera significación de la agravante de género – STS 136/2020 de 8 de mayo.

6.- Convenio de Estambul, germen de introducción de esta agravante, en su artículo 2º señala textualmente:

“El presente Convenio se aplicará a todas las formas de violencia contra las mujeres, incluida la violencia doméstica, que afecta a las mujeres de manera desproporcionada”.

El Artículo 3º a) del Convenio de Estambul establece que *“por violencia contra las mujeres deberá entenderse una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres que implican o pueden implicar daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vía pública o privada”.*

8.- En cuanto a los delitos sobre los que puede operar la agravante, siempre que su configuración lo permita, en principio no habrá que establecer más exclusiones que la de aquéllos que incluyan en su descripción típica factores de género – STS 571/2020 de 3 de noviembre.

9.- Para la aplicación de esta agravante es necesario un aditamento, que en el caso de la dominación por razones de género se concreta en la base fáctica que permita deducir que el comportamiento de quien agrede cuenta con el plus de antijuridicidad que conlleva el que sea manifestación de la grave y arraigada desigualdad que perpetua los roles asignados tradicionalmente a los hombres y las mujeres conformados sobre el dominio y la superioridad de aquéllos y la supeditación de éstas.

10.- El género se refiere a aspectos culturales relacionados con los papeles, comportamientos, actividades y atributos construidos socialmente que una sociedad concreta considera propios de mujeres y hombres – STS 23/22 de 13 de enero.

11.- El fundamento de la agravación de género radica en la situación de discriminación hacia la mujer basada en la intención de dominación del hombre sobre la mujer al considerarlo el autor como un ser inferior, sin derechos, y sin legitimidad para un comportamiento propio y desconectado del hombre – STS 666/2021 de 8 de septiembre.

12.- Su fundamento trae causa del mayor reproche que resulta respecto a quien comete cualquier delito por *“razones de género”*, como plasmación de un entendimiento que se sustenta en la existencia de prejuicios relativos a la superioridad del género masculino

respecto de femenino y, en consecuencial, al papel de subordinación que se reserva a las mujeres respecto de los hombres, hasta llegar a entendimientos “despersonalizadores” o “cosificadores” de aquéllas STS 325/2022 de 30 de marzo.

13.- Se analiza la agravante desde un punto de vista objetivo y deber atribuirse un mayor injusto al hecho, de tal manera que lo determinante no serán los motivos o razones que llevan al autor a actuar de esa forma sino el hecho en sí de utilizarla como forma de relacionarse respecto a la mujer, desarrollando una pauta de conducta que tiene que ver con las relaciones de dominio y subordinación, entre sexos y propia del patriarcado.

14.- Se acude al móvil o intención del acusado el cual es demostrado por la conexión de los hechos sucedidos en un contexto de dominación sobre la víctima.

15.- No estamos ante una cuestión subjetiva que dependa de la personalidad del autor, sino que se trata de un tema objetivo dependiendo de las acciones llevadas a cabo conectadas entre sí por una pauta de conducta coincidente con la construcción social y las relaciones de poder que configura el género.

16.- Situación de subyugación del sujeto activo sobre el pasivo: ataque de dominación por el hecho de ser mujer.

17.- Finalmente, todo este contexto y la prueba en el proceso penal deben analizarse desde una perspectiva de género necesaria para la valoración de unas conductas donde se eleva el injusto del hecho, su gravedad y el reproche penal que lleva consigo.

Motivo de discriminación nación (xenofobia).

Sentencia número 251/2024 de fecha 17 de mayo de 2024. Audiencia Provincial de Almería. Sección Tercera. Rollo de Sala número 39/2024. Procedimiento Abreviado número 19/2023. Juzgado de Instrucción número 3 de Almería. Diferencia delito artículo 510.2 a) del delito base (delito leve de amenazas 171.7 CP) con agravante de discriminación del artículo 22.4 CP. Motivación discriminatorio como elemento clave del delito. Protección no solo de vulnerables.

La Sentencia, objeto de análisis, considera probado que en fecha 11 de septiembre de 2022, cuando la víctima se encontraba en el callejón trasero de su vivienda tomando un café, aparecieron las acusadas, quienes comenzaron a proferir expresiones humillantes y degradantes, haciendo expresa alusión a la condición de inmigrante de aquélla, tales como: *“este inmigrante de mierda”*; *“ya estamos hartos de estos inmigrantes”*; *“sois la desgracia y la ruina de este país”*, *“os vamos a matar”*. En base a ello, se condena a las acusadas como autoras de un delito leve de amenazas previsto y penado en el artículo 171.7 del CP concurriendo la agravante de discriminación del artículo 22.4 del CP, tal y como solicitaba el Ministerio Fiscal en su escrito de conclusiones provisionales, elevado a definitivas.

Por el contra no ha quedado acreditado, que la víctima viniera recibiendo un trato degradante, como que las acusadas llevan a sus mascotas (perros) a defecar o como recibir esputos cuando camina por la calle, insultos y amenazas desde hace aproximadamente 7 u 8 años motivado por su condición de inmigrante, quedando constatado que entre ellas existe, desde entonces, una mala relación de vecindad reprochándose conductas molestas. Al no quedar probados estos hechos, la tesis de la acusación particular que formulaba acusación por un delito del artículo 510.2 a) del CP no fue acogida por la Sala.

La Sentencia considera que la dificultad se deriva, no solamente de la necesidad de delimitar, en cada caso concreto, qué afirmaciones están amparadas por la libertad de expresión, sino de cuestionarse en qué medida el derecho penal puede ser utilizado como un instrumento para evitar un sentimiento que forma parte de la propia condición humana. La tendencia al odio, la aversión hacia alguien cuyo mal se desea puede definir el estado de ánimo de cualquier persona.

Desde esta perspectiva, es obvio que el Derecho penal no puede impedir que el ciudadano odie. El mandato imperativo ínsito en la norma penal no puede concebirse con tal elasticidad que conduzca a prohibir sentimientos.

Pero la claridad de esta idea, que ha de operar como inderogable premisa, es perfectamente compatible con la necesidad de criminalizar no sentimientos, sino acciones ejecutadas con el filtro de esa aversión que desborda la reflexión personal para convertirse en el impulso que da vida a conductas que ponen en peligro las bases de la convivencia pacífica. Así, el elemento nuclear del hecho delictivo según la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, STS 72/2018, de 9 de febrero, consiste en: *“la expresión de epítetos, calificativos o expresiones, que contienen un mensaje de odio que se transmite de forma genérica”*. Se trata de un tipo penal estructurado bajo la forma de delito de peligro, bastando para su realización, la generación de un peligro que se concreta en el mensaje con un contenido propio del *“discurso de odio”*, que lleva implícito el *peligro* al que se refieren los Convenios Internacionales de los que surge la tipicidad.

Estos Convenios refieren la antijuridicidad del discurso de odio sin necesidad de una exigencia que vaya más allá del propio discurso que contiene el mensaje de odio, que por sí mismo, es contrario a la convivencia por eso considerado lesivo. El tipo penal requiere para su aplicación la constatación de la realización de unas ofensas incluidas en el discurso de odio pues esa inclusión ya supone la realización de una conducta que provoca, directa o indirectamente, sentimientos de odio, violencia o discriminación. De alguna manera son expresiones que, por su gravedad, por herir los sentimientos comunes de la ciudadanía, se integran en la tipicidad.

Asimismo, se destaca el contenido de la STS 47/2019, de 4 de febrero, que textualmente señala: *“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 base a lo expuesto, la esencia de lo que se trata de proteger con el artículo 510, está en la prohibición de discriminación, como derecho autónomo derivado del derecho a la igualdad reconocido en el artículo 14 de la Constitución.

Se destaca que el objetivo de protección del derecho penal del artículo 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 (artículo 1 de la Constitución) y la prohibición absoluta de discriminación en el artículo 14 de la Constitución, por tanto, como no puede ser de otra manera, protege a toda la sociedad, sean los afectados minoría o mayoría estén o no desfavorecidos en la actualidad o en el pasado.

Por ello, los tipos del artículo 510 CP, y también la agravante prevista en el artículo 22.4 CP protegen a toda la ciudadanía, siempre que la persona afectada o afectadas encajen en uno de los motivos de discriminación taxativamente establecidos por el legislador, sean o no vulnerables, sean o no, desfavorecidos. Lo relevante y existentes es que participen de la razón del ataque en alguno de los conceptos y/o grupos que se integran en el precepto ya citados.

La sentencia recuerda que, las conductas discriminatorias por el menosprecio implícito que conllevan hacia la persona discriminada están vinculadas *per se* no solamente con la igualdad sino también con la dignidad humana.

La naturaleza propia del delito, objeto de análisis, como delito de riesgo abstracto que no de riesgo concreto, implica que aquéllos, a diferencia de éstos queda consumada, aun cuando no se produzca un resultado de peligro, por lo que el legislador persigue es que se castigue una acción que, por ser peligrosa en si misma, pone en peligro el bien jurídico (generalmente colectivo, difuso, inmaterial) que protege el tipo.

Analizado el tipo penal del artículo 510.2 a) del CP señala la Circular 7/2019, de 14 de mayo, del Fiscalía General del Estado, que en el precepto se pueden distinguir dos tipos de conductas:

En el primer inciso se contiene una infracción de resultado: *“lesionar la dignidad”* de determinado grupos o personas, por motivos discriminatorios, *“mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito”*.

El segundo inciso recoge una fórmula similar prevista en el artículo 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.

Por tanto, la Circular considera claves:

1.- Pluralidad de conductas, 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 a sus autores; o en la justificación, trivialización o negación de graves actos contra la humanidad; destacando la sentencia STS 656/2007, de 17 de julio, en la que se definen dichos conceptos de la siguiente manera:

El descrédito, como la *“disminución o pérdida de la reputación de las personas”*

El menosprecio, como *“equivalente a poco aprecio, poca estimación, desprecio o desdén.*

La 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”.*

2.- Conducta relevante, puntualizando que no pueden ser perseguidas las meras ideas u opiniones, sino solamente aquéllas que infrinjan el bien jurídico protegido o que sean susceptibles de generar un riesgo o peligro.

3.- *“Motivación discriminatoria”* la acción se lleva a cabo con esa motivación que la genera.

Aplicando esta doctrina al presente caso, pese a que del relato de hechos probados se desprenda que las acusadas le dijeron a la perjudicada expresiones tales como *“sois la desgracia de este país”*, *“inmigrante de mierda”*, las cuales se ubican en un contexto global de pésimas relaciones de vecindad, entre ambas partes que constan acreditadas y, a las que ambas partes han hecho referencia explícita durante el Plenario, siendo muchos los problemas de convivencia entre ambas generados por ruidos, el riego de macetas, la tenencia de animales domésticos o el uso de productos de desinfección o limpieza, que constituyen un caldo de cultivo para las continuas discusiones entre las partes que han dado lugar a reclamaciones administrativas y denuncias mutua, que se han prolongado a lo largo del tiempo, sin que el hecho de pertenecer a una nación argentina, en este caso, o más concretamente, de ser inmigrante, constituya un elemento determinante en la conducta enjuiciada, pese que se haya podido utilizar con el objetivo de lesionar algún bien jurídico de la perjudicada, a modo de insulto o vejación.

La existencia de variados motivos de enemistad y enfrentamiento provocados por la relación vecinal hace que no sea posible determinar, en este caso, que la conducta de las acusadas venga determinada por una motivación discriminatoria clara, que el ataque venga motivado, en realidad, por la pertenencia de la perjudicada a la nación argentina, a su condición de

inmigrante extranjera, sino que la amenaza y las vejaciones, en esta caos concreto, aparecen claramente motivadas por los problemas asociados a la convivencia vecinal. Por ello, los hechos declarados probados son constitutivos de un delito leve de amenazas previsto y penado en el artículo 171.7 CP concurriendo la agravante de discriminación del artículo 22.4 CP.

La agravante del artículo 22.4 CP es aplicada a la vista de que la discriminación no solamente afecta a la víctima sino que también a la colectividad a la que pertenece, dado que se transgrede una norma de tolerancia a la convivencia respetuosa de las distintas opciones, y principalmente, respecto de los colectivo tradicionalmente vulnerables a los que el ordenamiento quiere proteger con cierta intensidad para procurar la actuación de un instituto social, como es el Derecho penal, Ahora bien, en cada caso habrá de plantearse la situación de comparación que implica todo hecho discriminatorio, y la causa y la motivación de este trato desigual para comprobar si ese trato desigual es discriminatorio y si la misma discriminación tiene por causa, alguna de las razones del artículo 22 del CP. Es evidente que todo hecho delictivo comporta una situación discriminatoria, en la medida que se selecciona una víctima y se actúa contra ella, pero lo relevante para la conformación de la circunstancia de agravación es comprobar la concurrencia de alguna de las circunstancias que permiten calificar la discriminación en algunos motivos a que se refiere el número cuarto del artículo 22.4 CP.

En este caso, las expresiones vertidas contra la víctima se amplifican al alcanzar a un determinado colectivo, adquiere un claro tinte racista y fascista que produce un plus delictivo que causa estupor en la sociedad en su conjunto y, que se dirige no solamente a la perjudicada sino también al colectivo vulnerable al que pertenece, que al escuchar tales expresiones no puede sino sentirse objeto de discriminación por el único hecho de pertenecer al mismo.

Sentencia número 376/2024 de fecha 10 de diciembre de 2024. Audiencia Provincial de Almería. Sección Segunda. Rollo de Sala número 48/2024. Procedimiento Abreviado número 2/2024. Juzgado de lo Penal número 2 de Roquetas de Mar. Delito cometido con ocasión del ejercicio de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas del artículo 510.2 a) CP. Delito de amenazas del artículo 169.2 CP y delito leve de daños del artículo 263.1.2 del CP concurriendo en estos dos últimos delitos la agravante de discriminación del artículo 22.4 CP y la atenuante de reparación parcial del daño del artículo 21.5 CP. Suspensión ejecución de sentencia y requisito de seguimiento de un curso en materia de igualdad y no discriminación por razón de raza y origen nacional, artículo 86.3 CP.

La sentencia dictada de conformidad con las partes condena al acusado como autor de un Delito cometido con ocasión del ejercicio de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas del artículo 510.2 a) CP. Delito de amenazas artículo 169.2 CP y delito leve de daños del artículo 263.1.2 del CP concurriendo en estos dos últimos delitos la agravante de discriminación del artículo 22.4 CP y la atenuante de reparación parcial del daño del artículo 21.5 CP.

Se declara probado que durante el mes de marzo de 2019 y hasta al menos el mes de junio de 2020, el acusado de forma reiterada y, con la finalidad de vejear, discriminar y excluir a los inmigrantes, se dirigía a las personas llegadas a España, necesitadas de protección acogidas en un edificio de la Cruz Roja, en desarrollo de un programa de atención humanitaria, y de forma agresiva y en voz alta, les manifestaba expresiones humillantes y degradantes, tales como: *“negros asquerosos, los niños de los payos ponis”, “Al final la voy a liar, le voy a meter el fuego”, “los latinos hijos de puta, que vienen aquí y no me dejan vivir ni descansar”, “Ábreme negro, me cago en todos vuestros muertos”*.

Concretamente la Sentencia, destaca la fecha del 5 de junio de 2020, cuando el acusado dejó un mensaje de audio en el teléfono del Centro de Migraciones de la Cruz Roja, en los que decía, junto a una foto de una usuaria de los pisos sociales *““Ahí está la señora, ahí está la puta negra cortándose las uñas en la escalera”, “Es que tendría que abrirle la cabeza, porque esto no es normal”*.

Igualmente, la Sentencia destaca que el acusado, se acercó a los pisos ocupados por los inmigrantes, en actitud violenta, a darles voces y aporrear la puerta. En este sentido, en fecha 17 de junio de 2020, el acusado golpeó reiteradamente la puerta de entrada a uno de los pisos exclamando: *“sal, negro de mierda”*, esgrimiendo también de forma intimidante, el objeto frente a uno de los monitores de la Cruz Roja, a quien debido a su origen racial y, a que protegía a los inmigrantes, le dijo: *“si me sigues mirando así, te parto la cabeza con el martillo”*, causando desperfectos en pomo y mirilla de la citada puerta, tasados pericialmente en la cantidad de 60,50 euros.

En fecha 19 de junio de 2020, con la finalidad de menoscabar el patrimonio ajeno y, en reproche por ceder el uso de la vivienda a inmigrantes, el acusado golpeó la cámara de

seguridad de Cruz Roja del citado bloque de vecinos, siendo el valor de la restitución de 117,60 euros según lo manifestado por el perjudicado, si bien se halla pendiente de tasación pericial.

El acusado ha consignado la cantidad de 60,50 euros para indemnizar la totalidad de los daños causados en la cámara de seguridad de la Entidad Cruz Roja, que serán objeto de acreditación en ejecución de sentencia.

La sentencia acuerda la suspensión por el plazo de dos años la ejecución de las penas impuestas al condenado, quedando condicionada dicha suspensión a que no vuelva a delinquir en el plazo indicado y, asimismo, a que se someta a un programa de igualdad de trato y no discriminación, según lo dispuesto en el artículo 86.3 CP.

Sentencia 755/2024, de 20 de diciembre, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia, en el Procedimiento Abreviado 51/2024. Sentencia absolutoria y firme. Delito estudiado, el art. 510.1.a) y b), 510.3 y 510.5 del CP y 510.2.a) y 510.5 del CP.

Los hechos objeto de esta sentencia se refieren a unas publicaciones hechas por el acusado en su cuenta de la red social Facebook con mensajes donde hacía referencias críticas, hostiles, de rechazo y menosprecio al colectivo de inmigrantes irregulares, especialmente a los procedentes de Marruecos, del continente africano y de países del llamado "Tercer Mundo".

En el análisis de los tipos penales por los que se formula acusación, que son los arts. 510.1.a) y b), 510.3 y 510.5 del CP y 510.2.a) y 510.5 del CP, la Sala considera que los hechos objeto de acusación son atípicos una vez expuesto un análisis jurisprudencial tanto por parte del Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo.

Los mensajes publicados por el acusado expresaban su rechazo hacia los inmigrantes que acceden de manera irregular o ilegal a territorio español y eran aptos para provocar que ese rechazo fuera compartido. A través de información sesgada, no contrastada, afirmaba que los inmigrantes irregulares, a pesar de acceder a territorio nacional de manera ilegal, reciben un mejor trato que los españoles cumplidores de las normas; afirmaba también que el dinero de los impuestos se destina a asistir a quienes acceden ilegalmente a territorio nacional. Eran mensajes aptos para contribuir a fomentar o incrementar un clima de rechazo y hostilidad hacia determinadas personas por su condición de inmigrantes, particularmente respecto de aquellos que proceden del continente africano y, en particular, de Marruecos.

También son mensajes compatibles con la expresión del frontal desacuerdo del acusado con una política migratoria que no controle el acceso ilegal de personas a territorio español y que destine recursos públicos a atender sus necesidades.

No siempre resulta fácil determinar si mensajes que, por su contenido, no encuentran amparo en el ejercicio de la libertad de expresión, alcanzan el nivel de lesividad exigible para

penalizarlos como delito de odio. Como hemos visto, es preciso analizar el contexto en el que el o los mensajes se emiten, para determinar si son objetivamente aptos para generar el riesgo de provocar actos que pongan en peligro valores esenciales del ser humano, como su vida, su integridad física, su libertad o de lesionar la dignidad de dichos grupos o de las personas que los integran por su pertenencia a ellos.

No olvidemos que si bien el tipo penal no exige la aptitud del mensaje para provocar un peligro concreto para bienes jurídicos de personas pertenecientes al grupo objeto del mensaje ofensivo, vejatorio, humillante, sí debe ser apto para como tipo que sanciona conductas integrables en la categoría del "discurso del odio", como generar un clima de odio contra los integrantes de un colectivo de los contemplados en el apartado a) del art. 510.1 o contra una persona por su pertenencia a ese colectivo; clima que debe ser apto para inducir a los receptores del discurso a la comisión de actos lesivos para la integridad física, la vida, la libertad de dichas personas.

En este concreto ámbito, como antes hemos señalado, puede ser de utilidad la Recomendación de Política General nº 15 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), que suministra los puntos a tomar en consideración para contextualizar las conductas de incitación al odio y evaluar si existe o no el riesgo de que se produzcan esos efectos. Para ello hay que tener en cuenta las circunstancias específicas en las que se utiliza el discurso de odio.

En particular:

(a) el contexto en el que se utiliza el discurso de odio en cuestión (especialmente si ya existen tensiones graves relacionadas con este discurso en la sociedad).

(b) la capacidad que tiene la persona que emplea el discurso de odio para ejercer influencia sobre los demás (con motivo de ser por ejemplo un líder político, religioso o de una comunidad).

(c) la naturaleza y contundencia del lenguaje (si es provocativo y directo, si utiliza información engañosa, difusión de estereotipos negativos y estigmatización, o si es capaz por otros medios de incitar a la comisión de actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación)

(d) el contexto de los comentarios específicos, (si son un hecho aislado o reiterado, o si se puede considerar que se equilibra con otras expresiones pronunciadas por la misma persona o por otras, especialmente durante el debate)

(e) el medio utilizado (si puede o no provocar una respuesta inmediata de la audiencia como en un acto público en directo); y

(f) la naturaleza de la audiencia (si tiene o no los medios para o si es propensa o susceptible de mezclarse en actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación)."

Los hechos declarados probados no reúnen todos los elementos necesarios para poder integrar la conducta, ni dentro del ámbito típico del delito del art. 510.1.a), ni dentro del art. 510.2.a) del Código Penal.

Los mensajes analizados son compatibles con el ejercicio de la libertad de crítica política pero también expresan rechazo, hostilidad, menosprecio, hacia las personas que integran los grupos que inmigran irregularmente desde Marruecos desde el continente africano y, en general, desde países del Tercer Mundo (entre los que se encuentran los de países de religión musulmana, a los que se refiere el escrito de acusación). Ahora bien, no cabe identificar elementos contextuales que permitan atribuir a dichos mensajes aptitud para incrementar de manera relevante el riesgo de discriminación o de lesión de bienes jurídicos de los integrantes de dichos colectivos.

El acusado publicó tres mensajes a lo largo de tres meses con un contenido revelador de rechazo, hostilidad y menosprecio hacia los inmigrantes irregulares o que acceden ilegalmente a territorio español, especialmente a los procedentes de Marruecos, del continente africano y de los países del llamado "Tercer Mundo". Sin embargo, dichos mensajes contenían, también, crítica política y una expresión ideológica. Por lo demás, ni su contenido era gravemente injurioso -atendiendo a las expresiones empleadas-, ni consta que se publicaran en un contexto de crisis en el que pudieran alimentar o generar un clima de violencia u odio contra los inmigrantes irregulares, ni consta que el acusado tuviera capacidad para influir con sus mensajes en la generación de o en la agravación de un clima de odio hacia dichos colectivos, ni consta siquiera que sus mensajes fueran objeto de atención más que por un número muy reducido de personas.

A partir de lo expuesto, no podemos identificar en los mensajes que analizamos - en palabras del ATS de 31 de marzo de 2023- esas tasas mínimas de desvalor del propio resultado de peligro reclamado por el tipo.

La prueba practicada no permite afirmar que tuvieran capacidad potencial hipotética para contribuir a la denigración pública del colectivo de inmigrantes irregulares o para incitar a terceros a minar significativamente las bases de la convivencia pacífica que debe poder medirse en términos de clima social.

No identificamos, por las razones apuntadas al someter los hechos cometidos por el acusado al test de lesividad, que los mismos tuvieran aptitud alguna para fomentar, promover o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra los grupos a los que los mensajes hacían referencia.

De igual modo, no apreciamos que dichos mensajes tuvieran aptitud objetiva para lesionar la dignidad de los grupos ya señalados, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos, dada la escasa aptitud objetiva de los mensajes para alcanzar difusión e incidir en la percepción social respecto de dichos colectivos.

Si a todo ello se suma que tanto el contenido como el contexto de difusión es compatible con el ejercicio de la libertad de expresión, a través de la publicación de mensajes de contenido ideológico y de crítica política cabe sino concluir que los hechos analizados no reúnen los elementos objetivos y subjetivos imprescindibles para su tipificación al amparo de los tipos penales por los que se ha formulado acusación.

Motivo de discriminación racismo.

Sentencia número 359/2024 de fecha 19 de noviembre de 2024. Audiencia Provincial de Ciudad Real. Sección Segunda. Rollo de Sala número 9/2022. Sumario número 2/2022 del Juzgado de Instrucción número 1 de Tomelloso. Delito de lesiones del artículo 149.1 CP. Delito de lesiones del artículo 147.1 CP. Agravante de discriminación del artículo 22.4 CP (motivación racista). Atenuante analógica del artículo 21.7 en relación con el artículo 21.4 del CP, por el reconocimiento de los hechos en el Plenario.

La sentencia objeto de análisis condena, de conformidad con las partes, a uno de los acusados como autor de un delito de lesiones del artículo 149.1 del CP y al otro acusado como autor de un delito de lesiones del artículo 147.1 CP concurriendo en ambos, las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal: agravante de discriminación del artículo 22.4 CP por la motivación racista con la que se desplegó la acción delictiva y la circunstancia atenuante analógica del artículo 21.7 en relación con el artículo 21.4 del CP, por el reconocimiento expreso de los hechos en el Plenario.

Se declara probado que los dos acusados, sobre las 05:30 horas del día 20 de octubre de 2019, en compañía de otros amigos, que no han podido ser identificados, se hallaban en la confluencia de las calles Monte y Pintor López Torres de la localidad de Tomelloso, cuando se cruzaron con la víctima, que iba tranquilamente andando por la vía pública y, comenzaron a proferirle expresiones denigrantes y humillantes de carácter racista, tales como: *“Qué haces en este país?”*, *“Vete al tuyo!”*.

Uno de los acusados se aproximó a la víctima, e intentó quitarle la gorra que portaba, y al negarse ésta, con evidente ánimo de lesionarle, le golpeó con un vaso de cristal en el ojo izquierdo, para inmediatamente después empujarlo contra un escaparate de cristal, golpeándose contra el mismo, momento que aprovecharon los dos acusados para propinarle puñetazos, así como patadas en la zona de la cabeza y las extremidades superiores.

A causa de la violenta agresión de los dos acusados, la víctima sufrió lesiones consistentes en estallido ocular del ojo izquierdo, afaquia y aniridia postraumática del ojo izquierdo, desprendimiento de retina total de ojo izquierdo, desprendimiento ciliar de ojo izquierdo, hipotonía ocular secundaria, parálisis facial izquierda postraumática y heridas palpebrales en ojo izquierdo, así como también dislocación maxilar postraumática y poli contusiones en cabeza y extremidades superiores, tardando en curar de las mismas 120 días de los cuales

10 días fueron de perjuicio grave y 110 días de perjuicio moderado, restándole secuelas valoradas como perjuicio estético moderado de 7 puntos.

La sentencia considera los hechos probados, al haberse desvirtuado la presunción de inocencia que amparaba a los acusados, en base a las siguientes consideraciones justificativas:

a.- Expreso reconocimiento de los hechos, objeto de acusación, que realizaron ambos acusados en el Plenario con pleno conocimiento de su alcance y trascendencia, contando además con la necesaria asistencia letrada al expresar de forma libre y consciente tal reconocimiento en el Plenario.

b.- Pericial médico forense y documental de los informes periciales emitidos por los mismos, los cuales no han sido objeto de impugnación alguna y, que acreditan las lesiones que sufrió la víctima.

c.- Testimonio del perjudicado en el Plenario, en vigencia de los principios de inmediación y contradicción, considerando su declaración creíble y verosímil, por la seguridad que ha transmitido,

La Sala aprecia la agravante de discriminación del artículo 22.4 CP (motivación racista), teniendo en cuenta los insultos proferidos por los acusados a la víctima, previos a la agresión que muestran el origen y el gratuito motivo de esta y la atenuante analógica del artículo 21.7 en relación con el artículo 21.4 del CP, por el reconocimiento de los hechos en el Plenario.

La sentencia establece una indemnización, en favor de la víctima, de las siguientes cantidades económicas desglosadas, que devengarán el interés legal previsto en el artículo 576 del Ley de Enjuiciamiento Civil: 9.250 euros, por las lesiones causadas, 49.947,97 euros por las secuelas derivadas y 8.000 euros, por los daños morales.

Asimismo, la Sentencia impone como penas accesorias, a ambos acusados, diferenciando el tiempo de duración de estas según la entidad del delito por el que han sido condenados: al condenado como autor de un delito de lesiones del artículo 149.1 del CP la duración de las prohibiciones se extiende a 8 años, a diferencia del que ha sido condenado como autor de un delito de lesiones del artículo 147.1 del CP, en cuyo caso la duración de las mismas se fija en dos años.

a) La prohibición de aproximarse a la víctima, a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro lugar frecuentado por la misma a una distancia inferior a 300 metros.

b) La prohibición de comunicarse por cualquier medio escrito, verbal, visual, telefónico o telemático.

Por último, la sentencia condena a los acusados a sufragar las costas del procedimiento, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 123 del CP y 240 de la LECrim, con inclusión de las devengadas por la acusación particular

Motivo de discriminación ideología.

Sentencia 196/2024, de 30 de octubre, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de La Rioja, en el Procedimiento Abreviado 24/2024, desestimando el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 2 de Logroño de fecha 13 de abril de 2023. La Audiencia confirma la absolución de los acusados. Firme. Inexistencia de delito de odio del art. 510 CP ni de la agravante del art. 22.4 CP.

La Sala desestima el recurso de apelación interpuesto por la acusación particular. El Ministerio Fiscal no formulaba acusación. En el análisis del tipo, la sentencia destaca que es absolutamente esencial la concurrencia de la motivación discriminatoria.

No toda agresión es delito de odio, aunque denote un cierto desprecio hacia la víctima. La conducta ha de estar orientada hacia la discriminación como expresión de la intolerancia excluyente frente a un determinado grupo o sus integrantes. Lo que se sanciona es el odio que denota una cosificación de otro ser humano, un desprecio hacia su dignidad, por el mero hecho de ser diferente. En ese contexto, el discurso del odio pretende dotar de una apariencia de legitimidad, coherencia, necesidad o justificación, a todo trato discriminatorio de una persona que, como víctima de esa manifestación de odio, no puede ser marginada en favor de una supuesta libertad de expresión de una persona que carece de la más elemental consideración hacia otro miembro de su misma especie. Dicho de otra forma, la libertad de expresión no puede situarse por encima de la dignidad de otro ser humano.

En definitiva, para apreciar la existencia de este tipo de delitos tal y como señala la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC nº 112/2016) y del Supremo (STS nº 31/2011, de 2 de febrero) es importante, no solo el tenor literal de las palabras pronunciadas, sino también el sentido o la intención con los que han sido utilizadas, pues es evidente que el lenguaje admite ordinariamente interpretaciones diversas. Igualmente hay que tener en cuenta el contexto y las circunstancias que concurren en cada caso, todo ello conforme a la doctrina marcada por el Tribunal Supremo (SSTS nº 299/2011, de 25 de abril y 106/2015, de 19 de febrero) que exige, cuando está en juego la libertad de expresión del art. 20 CE, una labor de investigación individualizada, con un riguroso análisis, que caso por caso, habrá de examinar tanto las concretas frases o expresiones producidas como la ocasión y el escenario en el que fueron pronunciadas, y, en fin, todas las circunstancias concurrentes, para determinar si está dentro del ámbito del tipo penal o extramuros de él, sin olvidar que el principio favor libertatis debe jugar, necesariamente, en los casos de duda, ante la naturaleza constitucional de los derechos de libertad de expresión e ideológica que podrían quedar afectados por el tipo penal, derechos que constituyen una de las más acusadas señas de identidad de la sociedad democrática (...).

Los hechos no son tipificables como un delito de odio no concurren los requisitos típicos para la apreciación de esta figura delictiva dado que el recurrente (político, candidato a la alcaldía de Logroño) no puede ser sujeto pasivo de este delito.

Los mensajes que aportó el recurrente no pueden ser considerados como constitutivos de delito, el perjudicado era candidato a la alcaldía de Logroño por un determinado partido político, siendo el contenido de los mensajes referidos a la situación creada por la mercantil “D” del que era empleado y cara visible de dicha mercantil en la localidad de Logroño. Las referencias a su pasado laboral o social tras el anuncio de su candidatura no quedan ajenas al escrutinio social, sino que como ha indicado la jurisprudencia transcrita, los límites de la crítica admisible son más amplios con respecto a un hombre político, en su condición de tal, que respecto a una persona particular: a diferencia del segundo, el político se expone inevitable y conscientemente a un control atento de sus actos y de sus gestos, tanto por los periodistas como por la ciudadanía en general.

b). - Autos

Obligación de investigar por los Tribunales.

Auto de fecha 11 de abril de 2024. Audiencia Provincial de Sevilla. Sección Séptima. Rollo de Apelación 2997/2024. Estima recurso de apelación interpuesto por la denunciante. Obligación de investigar. Análisis delito de odio del artículo 510 CP. Nación (xenofobia).

El Auto estima el recurso de apelación interpuesto por la denunciante contra el Auto de fecha 4 de octubre de 2024 dictado por el Juzgado de Instrucción número 11 de Sevilla por el que se acuerda el sobreseimiento provisional de las Diligencias Previas número 2218/2023, posteriormente confirmado tras desestimar el recurso de reforma interpuesto contra el mismo, por considerar que las expresiones vertidas por el denunciado debían ser calificadas como unas presuntas vejaciones entre particulares, las cuales habían sido despenalizadas por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal, considerando además que por aplicación del principio de *intervención mínima* del Derecho Penal, no procedían continuar la instrucción de los hechos denunciados.

Los hechos denunciados sucedieron en fecha 12 de agosto de 2023, cuando la denunciante se hallaba en el comedor de los trabajadores del Hospital Lázaro de Sevilla, durante un descanso de su jornada laboral, junto a sus compañeros, fue objeto de insultos y expresiones denigrantes y humillantes, por su origen palestino, por parte de uno de los vigilantes de seguridad del propio Hospital, tales como: *“Yo tengo unos vecinos que son marroquíes y si tienen malas pintas de piel negra, hay que huir de ellos porque creen en Alá y sus muertos”, “Para mí los de Palestina, los de Afganistán, todos son moros”*.

Seguidamente, el denunciado dirigiéndose directamente a la denunciante, con ánimo de denigrarla y humillarla públicamente, en voz alte y de manera reiterada le manifestó

expresiones denigrantes, tales como: *“moros son todos los terroristas y lo que maltratan a las mujeres, para mí todos sois moros terroristas”*, haciendo una retórica acerca de lo que se enseñaron desde su infancia y manifestando que, *aunque “Moro”* sea una expresión despectiva él iba a seguir empleándola, marchándose del lugar.

El Auto, objeto de análisis, subraya textualmente: *“En el presente caso la suficiencia indiciaria no puede estar garantizada pues el órgano instructor ha decidido no practicar diligencia alguna al entender que los hechos no pueden constituir nunca el delito de odio del artículo 510 CP.”*

A mayor abundamiento, la Sala insta a recordar que el artículo 510.2 a) CP castiga a quienes lesiones la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de un grupo por motivos racistas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, o la pertenencia a una etnia, raza o nación, o su origen nacional.

Al respecto, el Auto basa su pronunciamiento en las siguientes Sentencias del Tribunal Supremo:

Sentencia TS Sección Primera número 252/2023, de 11 de abril de 2023, señala textualmente en relación con el artículo 510.2 a) CP, que se trata de una *“modalidad esta que sanciona la transgresión de la dignidad mediante acciones humillantes, de menosprecio o descrédito de carácter discriminatorio. El precepto amplió el elenco de comportamientos que pueden lesionar la dignidad al extender el tipo a los supuestos basados en la humillación junto a las acciones de menosprecio o descrédito, en todo caso, proyectados sobre los grupos que menciona”*.

Sentencia número 656/2007, de 17 de julio de 2023, clarifica los conceptos que definen el delito de odio:

Descrédito significa: *“Disminución o pérdida de la reputación de las personas o del valor y estima de las cosas”*.

Menosprecio equivale a *“Poco aprecio, poca estimación, deprecio o desdén”*.

Humillación implica *“herir el amor propio o dignidad de alguien, pasar por una situación en la que la dignidad de la persona sufra menoscabo”*.

La Sala continua su relato considerando que parece que el trato en el ámbito laboral pudiera estar dirigido sobre la base de un comportamiento humillante y discriminatorio por el origen nacional o étnico de la denunciante, lo cual no puede ni indiciariamente conocerse pues nada se ha instruido.

La entidad y gravedad de los hechos no puede considerarse sin tomar declaración primero a las personas implicadas e, incluso, a los testigos. Será después cuando, con libertad de criterio, pueda la Instructora, considerar la existencia o no de indicios delictivos y tomar la decisión procesalmente correcta.

Por todo lo expuesto, la Sala acuerda estimar el recurso de apelación interpuesto por la denunciante y revocar los Autos de fecha 4 de octubre de 2023 y 10 de noviembre de 2023, debiendo practicar la Instructora las diligencias de instrucción esenciales que permitan dilucidar la existencia o no de indicios delictivos, devolviendo la causa al Juzgado de Instrucción de procedencia, para el cumplimiento de lo decidido.

Hechos humillantes con lesiones leves. No delito leve. Tramitación en diligencias previas. Art. 510.2 A) CP.

Auto 573/2024 de fecha 20 de junio de 2024 dictado por la sección 30ª de la AP de Madrid, procedente del procedimiento de juicio leve nº 2411/2023 del Juzgado de Instrucción nº 14 de Madrid, firme, que desestima el recurso de apelación interpuesto por los denunciados en un procedimiento por juicio de delitos leves, contra el auto del Juzgado que lo transforma en Diligencias Previas. Precepto estudiado Art 510.2.a) CP sobre lesión de la dignidad por motivo discriminatorio de Xenofobia.

Los hechos que fueron calificados en un primer momento como delito leve, ocurrieron en un establecimiento público, donde los tres investigados se dirigieron a E., en atención a sus prejuicios por su origen nacional, de forma despectiva le dijeron en presencia de las personas que allí se encontraban, mientras le golpeaban propinándole puñetazos y golpes con unas botellas de cristal, así como vaciando el contenido de una lata sobre él: *"moro deja de grabarnos... paga tus impuestos. moro de mierda... si te cogemos te matamos"*.

A consecuencia de la anterior agresión E. sufrió lesiones consistentes en una contusión en la cabeza. De la misma forma un testigo que se encontraba próximo a la agresión también resultó lesionado con un corte en la frente a consecuencia del empleo en la agresión las botellas de cristal antes referida.

Tras finalizar la agresión los investigados arrojaron a la basura la mochila que portaba la víctima, no siendo recuperados de su interior dos bacadillos y un pantalón impermeable.

Para la Sala, los hechos anteriormente expuestos suponen unos actos de índole humillante y discriminatorio para E. en atención a su origen nacional.

En los delitos cuyo bien jurídico es la dignidad de la persona, como lo son los diversos tipos recogidos en nuestro Código Penal, tanto los conocidos como delitos de odio (en su modalidad de lesión a la dignidad) así como el delito contra la integridad moral son esencialmente valorativos, lo que hace que sea indispensable una mínima investigación para poder ponderar caso por caso la transcendencia objetiva de la conducta desplegada, partiendo necesariamente de la percepción de la víctima, no siendo suficiente con un mero examen por el médico forense.

Por tanto, en este momento procesal y sin perjuicio de una ulterior calificación jurídica, los hechos podrían ser constitutivos de un delito contra la dignidad del artículo 510. 2.a, en

concurso de normas del artículo 8.1, con un delito contra la integridad moral del artículo 173.1 todos ellos del Código Penal y un delito leve de lesiones.

Además, la Sala considera preciso tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha establecido de forma reiterada que cualquier motivación discriminatoria sea investigada de manera efectiva y rápida en circunstancias razonables.

En este sentido la causa de *Secic c. Croacia*, el Tribunal aplicó el mismo razonamiento a las violaciones del aspecto procesal investigativo del derecho a no sufrir un trato inhumano (Artículo 3) en conexión con el Artículo 14. El apelante era un hombre romaní que fue golpeado gravemente por dos individuos con bates de madera mientras proferían insultos racistas. A pesar de las múltiples pistas, la Policía no adoptó medidas razonables para hallar a los responsables y llevarlos ante la justicia. El Tribunal determinó que las autoridades estatales tenían la obligación, al investigar incidentes violentos, de *"adoptar todas las medidas razonables para desenmascarar cualquier motivo racista y establecer si el odio o los prejuicios étnicos pueden haber promovido los hechos. No hacerlo y tratar la violencia y brutalidad provocada por el racismo del mismo modo que los incidentes que carezcan de connotaciones racistas equivaldría a hacer la vista gorda a la naturaleza específica de actos que son particularmente destructivos para los derechos fundamentales"*.

Y en la causa de *Identoba y Otros c. Georgia*, el Tribunal consideró que resultaba esencial que las autoridades nacionales pertinentes adoptaran todas las medidas razonables para desenmascarar las posibles motivaciones homófobas tras los delitos en cuestión. El Tribunal consideró que, sin un enfoque tan estricto por parte de las autoridades policiales, los delitos motivados por los prejuicios serían, inevitablemente, tratados del mismo modo que los casos ordinarios que carecieran de connotaciones de tal naturaleza, o lo que sería lo mismo, la indiferencia.

Con base en lo anterior, la Sala desestima el recurso de los denunciados por delitos leves y confirma el auto de transformación en Diligencias Previas.

Cómputo de plazos procesales recurso Ministerio Fiscal cuando existe un especialista.

Auto de fecha 26 de mayo de 2024. Audiencia Provincial de Barcelona. Sección Octava. Rollo número 2/2024. Estima recurso de queja interpuesto por el Ministerio Fiscal contra Auto de fecha 25 de enero 2024 que inadmite el recurso de reforma y subsidiario de apelación contra el Auto de 8 de enero de 2024 del Juzgado de Instrucción número 5 de Arenys de Mar en las Diligencias Previas número 279/2024. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE en materia de plazos procesales. Doctrina Tribunal Constitucional.

La Instructora no admitió a trámite el recurso de reforma y subsidiario de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la resolución de fecha 8 de enero de 2024, al

considerar que había sido presentado de forma extemporánea, subrayando que el principio de preclusión afecta no solamente a las partes procesales sino también al Ministerio Fiscal.

El recurso de queja interpuesto por el Ministerio Fiscal se sustenta en la necesidad de tener en cuenta las especialidades del caso, en particular que el Fiscal competente en materia de delito de odio y discriminación se encuentra en la sede de Fiscalía de Mataró, por lo que la causa, una vez tuvo entrada en la Fiscalía de Arenys de Mar, hubo de ser remitida mediante valija, a la Fiscalía de Mataró.

Es reiterada la doctrina del Tribunal Constitucional que señala que el derecho constitucional de acceso a los recursos, como integrante de del derecho a la tutela judicial efectiva, está limitada al uso de aquéllos recursos legalmente previstos para la resolución de que se trate, y sometido en cuanto a su ejercicio al cumplimiento de los requisitos impuestos legalmente para el recurso que se trate de utilizar, y justamente entre los presupuestos y condiciones de los actos procesales y, como requisitos para su validez y eficaz realización, figura el cumplimiento de los plazos procesales, destacan las Sentencias SSTC 177/1989; 92/1990; 16/1992 y 55/1992.

En este sentido si bien la doctrina del Tribunal Constitucional ha venido a declarar que entre las varias interpretaciones posibles se impone siempre la más favorable a la admisión del recurso, procurando la mayor accesibilidad a dicho remedio procesal extraordinario, como integrado en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

En el presente caso y, dada la especialidad consistente en que la Fiscalía de Área tiene dos sedes, una en Arenys de Mar y otra en Mataró, dándose la circunstancia de que el Fiscal competente para los delitos de odio y discriminación, está en la sede de Mataró, y, por tanto, obliga al traslado del expediente de una sede a otra, la Sala considera que debe ser tenida en cuenta y debidamente valorada a efectos de cómputo del plazo.

Si bien no se cuestiona que el Ministerio Fiscal viene obligado por el principio de preclusión de las partes procesales, hay que tener en cuenta que, entre las varias interpretaciones posibles, la Sala concluye que *“se impone siempre la más favorable a la admisión del recurso, procurando la mayor accesibilidad a dicho medio procesal, como integrado en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva”*.

Delito contra los sentimientos religiosos.

Auto de fecha 1 de octubre de 2024. Audiencia Provincial de Barcelona. Sección Décima. Rollo de Apelación Penal número 470/2024. Análisis Delito de escarnio del artículo 525 CP. Elementos del tipo.

Dicho Auto desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la Fundación Española de Abogados Cristianos contra el Auto de fecha 22 de septiembre de 2023 dictado por el Juzgado de instrucción Primera Instancia e Instrucción número 5 de Sant Feliu de Llobregat (P.A. 223/2023) que acordó el sobreseimiento libre y archivo de las actuaciones por un delito de escarnio. El procedimiento fue incoado en virtud de la denuncia interpuesta por la representación procesal de la Fundación Española de Abogados Cristianos, recurriendo el sobreseimiento y archivo decretado, en relación con la emisión del programa *“Està passant” (está pasando)* en la cadena autonómica catalana TV3 en fecha 4 de abril de 2023, coincidente con el Martes Santo.

Durante dicho programa se emitió un gag en el que la actriz denunciada interpretaba a la Virgen del Rocío con un muñeco bebe en brazos hablando con un marcado acento andaluz, sometiéndose a una entrevista que duró 10 minutos que le realizaban los dos presentadores del programa también denunciados, en la que bromearon sobre el disfraz de la Virgen del Rocío, las tradiciones típicas andaluzas como las saetas o la propia romería, y en la que ella coqueteaba al tiempo que criticaba su indumentaria por considerarla rococó frente a la minimalista de la Virgen de Montserrat y manifestaba expresiones tales como: *“guapo”, “tú estás con el semáforo verde?” y tú? Tú estás más madurito, pero yo no hago ascos a nada”, “Estoy más caliente que el palo de un churrero”, ¡“Llevo 200 años sin poder echar un polvo como Dios manda!”*.

El recurrente considera que se ha vulnerado el derecho a la Tutela Judicial efectiva en cuanto que archiva el procedimiento sin que pueda determinarse si hubo o no ofensa a los sentimientos religiosos al no haberse practicado una mínima investigación, como las declaraciones de los denunciados, a los efectos de acreditar la concurrencia del elemento subjetivo del injusto, sobre el que, además, alega, nada se dice en la resolución recurrida.

Por su parte, el Ministerio Fiscal, al despachar el traslado conferido impugnó el recurso razonando que la conducta de los denunciados estaba amparada por el Derecho Fundamental de la Libertad de Expresión y que no tenían intención alguna de ofender los sentimientos religiosos.

En este caso, la Audiencia considera que, en contraposición al margen amplio en favor de la libertad de expresión, la afectación a la libertad religiosa fue mínima, ya que la conducta de los denunciados no ha dado lugar, en ningún momento, a actos de hostilidad, odio, ni ha impedido la celebración de actos de culto con toda normalidad.

El elemento objetivo, descrito por el legislador como el *“hacer escarnio”* público de dogmas, creencias, ritos o ceremonias propias de una confesión religiosa. La RAE define escarnio,

como *“burla tenaz que se hace con el propósito de afrentar”*. La definición hace referencia a una burla, pero no a una burla cualquiera, sino a aquella que se califica como *“tenaz”*, incluyendo además en la definición que la acción tenga el propósito de afrentar, es decir, *“causar afrenta, ofender, humillar, denostar”*.

En el auto se pone de relieve que a los tres denunciados se les atribuye una participación distinta:

A la denunciada, actriz de profesión, se denuncia que apareciese en el plató ataviada de Virgen del Rocío con un muñeco bebe en brazos hablando con un marcado acento andaluz, sometiéndose a una entrevista que duró 10 minutos que le realizaban los dos presentadores del programa también denunciados, en la que bromearon sobre el disfraz de la Virgen del Rocío, las tradiciones típicas andaluzas como las saetas o la propia romería, y en la que ella coqueteaba al tiempo que criticaba su indumentaria por considerarla rococó frente a la minimalista de la Virgen de Montserrat y manifestaba expresiones tales como: *“guapo”, “tú estás con el semáforo verde?” y tú? Tú estás más madurito, pero yo no hago ascos a nada”, “Estoy más caliente que el palo de un churrero”, ¡“Llevo 200 años sin poder echar un polvo como Dios manda!”*.

A los denunciados, se les atribuye que el presentador y el colaborador, respectivamente, que permitiesen la actuación de la denunciada en la emisión del programa y asimismo, que durante el gag se *“carcajeaban a mandíbula batiente”*.

Es relevante el contexto en que se exteriorizó la conducta denunciada. Se trata de la emisión de un programa de entretenimiento, desvinculado de cualquier práctica religiosa, por lo que no podemos considerar que estuviera dirigido a los fieles de una confesión sino al público en general. El programa, en cuestión, como define la defensa en su escrito, se caracteriza por un tratamiento paródico y satírico de la actualidad política, cultura, deportiva y social.

El elemento subjetivo, que es la intención de ofender los sentimientos religiosos, está estrechamente vinculado con el primero, en cuanto que el sujeto activo requiere que actúe *“con el propósito de afrentar”*, pues no hay escarnio si esta no va acompañada de una inequívoca voluntad de ofender.

Estamos ante una duplicidad, ya que el ánimo de ofender aparece en el elemento objetivo, integrando el propio concepto de escarnio y en el subjetivo, exigiendo expresamente la intención de ofender, por tanto, cualquiera de los elementos del tipo penal que se analice, no puede hacerse este si no se indaga en la voluntad del sujeto activo.

En cuanto a la voluntad, el Tribunal Supremo, de manera constante, ha declarado que, como la intención es algo que por pertenecer a lo más recóndito del alma humana no es perceptible por los sentidos, nunca puede ser objeto de prueba directa, por lo que necesariamente, lo ha de ser de prueba indirecta o indiciaria, debiendo deducirse o inferirse el *“animus”* del

conjunto de las circunstancias físicas objetivas que, por serlo, hayan podido quedar cumplidamente acreditadas.

En este contexto, la Sala considera que ni la indumentaria de la denunciada ni las expresiones vertidas cumplen los estándares mínimos que exige el tipo penal, es decir, no basta cualquier burla, sino que debe ser *“tenaz”*, que la RAE define como *“firme, porfiado y pertinaz”*, adjetivos que a su vez define como *“terco”* y *“obstinado”*, esto es con la inequívoca intención ofensiva. Hay que tener en cuenta que la denunciada es actriz cómica de profesión y los denunciados comunicadores de un programa de sátira y nos sitúan ante un espectáculo humorístico, con más o menos gracia, pero que, en términos generales, está impregnado de un *“animus iocandi”* que va dirigido al público, en general. Por ello, no se cuestiona que en la actuación de la denunciada hay un equívoco sentido satírico, crítico e incluso provocador, o cualquier otro calificativo del estilo, o incluso que pueda resultar de mal gusto para algunas personas, pero hay que rechazar que tal conducta sea ofensiva, en el sentido reforzado que exige el tipo.

En cuanto al acento forzado andaluz, carece de relevancia criminal porque ni siquiera tiene encaje en el tipo penal que se denuncia.

En canto a las expresiones proferidas en el gag denunciado, debe partirse de la base de que se trata de una creación artística emitida en un programa de humor. Cabe señalar, que la sátira y el recurso a lo irreverente ha sido en pocas ocasiones un recurso artístico para hacer crítica social, mostrando la oposición del creador a determinados modelos.

Esta sátira ha sido dirigida, en especial, a las distintas manifestaciones del poder y de la religión, especialmente por cuanto se refiere a la mayoritaria en España, la Iglesia como institución, ha estado asociada en la historia al poder y, ha sido, por tanto, también objeto de crítica legítima, no siendo infrecuentes en distintos ámbitos de la libertad de expresión referencias críticas a símbolos o creencias.

Se rechaza que la conducta enjuiciada sea ofensiva, al menos en el sentido reforzado que exige el tipo, es decir, actuar *“para ofender”* y, por tanto, que la conducta de los denunciados se hubiera realizado con la intención directa de ofender un sentimiento religioso colectivo.

En este caso, no puede afirmarse que la intención de los denunciados sea el de herir o menoscabar tales sentimientos, sin que para ello sea necesario recibirles declaración como investigados, porque, para indagar la voluntad, en tanto que pertenece a lo más recóndito del alma humana, hay que servirse de la prueba indiciaria, y en este caso, el contexto en el que la actuación se llevó a cabo, dotada de una naturaleza y un contenido humorístico y satírico, la profesión de la denunciada, actriz, y la de los denunciados, comunicadores del programa, conduce, de modo inequívoco, a rechazar una intencionalidad ofensiva.

En caso contrario, si para integrar el tipo delictivo, sólo se exigiera, no ya el efecto subjetivo en determinados destinatarios, sino, incluso, la mera idoneidad objetiva de la conducta para herir los sentimientos religiosos de la generalidad de los miembros de determinada

confesión, prescindiendo de esa acción constituya, precisamente, un escarnio y se realice justamente para ofender, el catálogo de posibles conductas típicas sería tan amplio como lo es el de las confesiones religiosas y sus distintas corrientes, de modo que dejaríamos en manos de cada creyente la existencia o no del delito, atentando, sin lugar a dudas, contra los principios de legalidad y seguridad jurídica.

Es por ello, que además, la Sala entiende que la repercusión social que habría generado la conducta de la actriz y de los comunicadores, y de la que se sirve la denunciante, adjuntando mensajes publicados en redes sociales por representantes políticos de ideología incluso contrapuestas, haciendo ver su indignación, carece de relevancia en la labor integradora del elemento subjetivo del tipo porque el impacto en la sociedad que genera una determinada conducta no tiene que ser necesariamente proporcional a la idoneidad para causarlo, ni puede alcanzarse una conclusión como la que pretende la parte recurrente, atribuyendo las consecuencias exclusivamente a esta, prescindiendo de otro dato irrefutable como es el impacto que en la opinión pública tienen las redes sociales, que en nuestro país cuenta con casi 21 millones de usuarios.

La Sala añade que tampoco cabe considerar que la acción ejecutada por la actriz denunciada respaldada por el presentador y colaborador del programa constituya una vejación para los que profesan o practican la religión católica, y en este sentido, ya se pronunció anteriormente la Sala en el Auto dictado en fecha 14 de febrero de 2017, que de forma textual se pronunció:

“El tipo que ahora estudiamos castiga al que veje, es decir, al que moleste, ofenda, humille o ultraje, también públicamente, no los dogmas, creencias, ritos o ceremonias de una confesión religiosa sino a las personas, en particular o en general, que profesan o practican dicha religión. Pero dicha vejación tiene que ser directa, no indirecta.

Si se admitiera que la vejación de las personas que profesan una determinada religión, lo que constituye una de las acciones típicas en este delito, pudiera consistir en realizar actos de profanación de culto (lo que sin duda, molestaría o vejaría a quienes profesaran esa determinada religión, pues para dichas personas los actos de profanación siempre que sean vejatorios de sus creencias, sea cual sea el lugar donde dichos actos se produjeran) estaríamos penalizando algo que el legislador, expresamente, quiso despenalizar en 1995.

Es por ello, que ha de concluirse que los actos de vejación de las personas que profesan una determinada religión han de ser directos sobre dichas personas (insultos, humillaciones u ofensas, de palabra o de obra, dirigidos directamente a ellas), no indirectos.

Por ello, entendemos que la actuación ejecutada por la denunciada y la adoptada por los otros dos denunciados no tiene encaje en la segunda de las modalidades delictivas previstas en el artículo 525 del Código Penal (...).

En la base de la democracia está la libertad de expresión, que reconoce el derecho de todos los ciudadanos a decir lo que deseen por el canal o medio que deseen. Como recuerda el

TEDH: “la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, una de las condiciones primordiales del progreso y desarrollo de todos. La Libertad de expresión se aplica no solamente para las “informaciones” o ideas bien acogidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquéllas que hieran, choquen o inquieten al Estado o a cualquiera de la población. Así lo exigen el pluralismo, la tolerancia, y el espíritu de apertura sin los cuales no existe una sociedad democrática”.

En efecto, la libertad de expresión significa el derecho a opinar, informar, satirizar, etc., pero no desde luego el derecho a no oír, porque la dimensión negativa de esta libertad consiste en el derecho a no expresarse, no el derecho a que no se expresen aquéllos cuyas opiniones o informaciones pueden herirnos. La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de la sociedad democrática y de una condición primordial para el progreso. En las sociedades multiculturales, con frecuencia, es necesario buscar el equilibrio entre la libertad de expresión y la libertad de pensamiento y religión.

La libertad de expresión ampara, no solo las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas, sino también aquéllas que chocan o inquietan u ofenden.

En las sociedades democráticas, los grupos religiosos deben tolerar las críticas públicas y el debate sobre las actividades, creencias o enseñanzas, siempre que tales críticas no supongan insultos intencionados y gratuitos o discurso de odio, que constituyan una incitación a la violencia y a la discriminación en contra de los miembros de una religión concreta.

Y, esto último es lo que no se ha producido en este caso de ningún modo, las palabras de la tantas veces mencionada oración no suponen una actitud violenta o discriminatoria hacia los fieles católicos en el sentido de hacer burla de sus convicciones religiosas sino una sátira con tintes críticos que cree conveniente una reforma de tales convicciones para ajustarlas a la sociedad actual y a las necesidades personales y morales de sus integrantes, donde la mujer y el amor (entendido de manera que englobe a todos y no a un sector, aun cuando sea el más numeroso), deben jugar un papel destacado(...).”

En base a lo anteriormente expuesto, el Auto analizado desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la Fundación Española de Abogados Cristianos contra el Auto de fecha 22 de septiembre de 2023 dictado por el Juzgado de instrucción Primera Instancia e Instrucción número 5 de Sant Feliu de Llobregat que acordó el sobreseimiento libre y archivo de las actuaciones por un delito de escarnio.

Partidos políticos no incluidos en los sujetos pasivos del art. 510 CP.

Auto 1183/2024 de fecha 28 de noviembre de 2024 dictado por la sección 3ª AP de Madrid, procedente de las DP 1163/2022 del Juzgado de Instrucción nº 41 de Madrid, firme, que estima el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal y acuerda el sobreseimiento libre.

Precepto estudiado: Art. 510.1.a) CP sobre incitación al odio por motivo discriminatorio basado en la ideología.

Los hechos se refieren a la querella interpuesta por el partido político VOX contra una editorial de libros, al reflejar en unos de sus libros de uso escolar, que es un partido político “de extrema derecha que continúa con la ideología del movimiento nazi alemán”.

El Juzgado de Instrucción nº 41 de Madrid, dictó un auto de fecha 10 de mayo de 2024, acordando continuar la tramitación de las presentes diligencias Previas por los tramites del Procedimiento Abreviado, por si los hechos investigados a las partes querelladas fuesen constitutivos de delito de Injurias y Calumnias.

El Ministerio Fiscal, interpuso recurso de reforma y apelación que fue desestimado por el mismo Juzgado, en un auto de fecha 17 de junio de 2024 y el partido político VOX interpuso recurso de reforma y apelación al entender que los hechos son constitutivos de un delito de odio.

En el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal, se destaca que no se puede cometer el delito de injurias y calumnias por una persona jurídica y que, en el caso de las dos personas físicas querelladas, al no haberse celebrado el acto de conciliación, los hechos habrían prescrito. Se estima por la Sala sus alegaciones y se deja sin efecto los delitos citados.

Por último, en relación con el delito de odio que el partido político querellante considera que se ha cometido, la Audiencia desestima el motivo basándose en la doctrina jurisprudencial que han utilizado en casos similares, exponiendo que:

el delito de odio tiene como esencia el incitar públicamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del grupo o contra una persona determinada, pero atacada 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.

Es decir, se trata de comportamientos que tienen como sujetos pasivos a tales grupos, que están caracterizados por su raza, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad ideología, religión o creencias. Tales grupos no son, en línea de principio, partidos políticos, constituidos legalmente.

Es en base a esta doctrina jurisprudencial por lo que par la Sala procede desestimar el recurso interpuesto y acordar el sobreseimiento libre de la causa.

III.- Sentencias del Juzgado de lo Penal.

Motivo de discriminación orientación sexual.

Sentencia número 449/2024 de fecha 8 de julio de 2024 del Juzgado de lo Penal número 13 de Barcelona -Diligencias Previas número 267/2023 del Juzgado de Instrucción número 27 de Barcelona - Sentencia condenatoria firme con conformidad de las partes – Delito de malos tratos del artículo 153.2 y 3 CP con circunstancia agravante de discriminación por orientación sexual del artículo 22.4 CP y agravante de reincidencia del artículo 22.8 CP.

Esta sentencia condena al acusado como autor de un delito de malos tratos del artículo 153.2 y 3 CP con circunstancia agravante de discriminación por orientación sexual del artículo 22.4 CP y agravante de reincidencia del artículo 22.8 CP, en base a los siguientes hechos probados:

El acusado, ejecutoriamente condenado como autor de un delito de violencia doméstica a la pena de 42 jornadas de trabajos en beneficio de la comunidad, ocho meses y un día de privación del derecho a la tenencia y porte de armas y prohibición de comunicarse y aproximarse a la víctima por un periodo de cuatro meses.

El acusado residía junto a su pareja y el hijo de esta, menor de edad, y movido por el rechazo que le provoca la orientación que le atribuye a éste y que desprecia, se refiere a él de manera despectiva con el adjetivo “*amorfo*”.

En enero del 2023, tras una discusión con el menor, al reprocharle éste el trato que dispensaba a su madre, el acusado le gritó: “*amorfo de mierda*”, al tiempo que alzaba obsceno los dos dedos corazones de las manos, a continuación, y consciente de que su acción menoscababa la integridad física de éste, le cogió bruscamente de la nuca empujándolo contra la pared, y colocando su frente contra la frente del menor espetó “*Vamos a llevarnos bien eh*”, la situación cesó, al interponerse su madre.

No era la primera vez que el acusado se dirigía al menor, refiriéndose a la orientación sexual que le atribuye diciendo de manera despectiva: “*Ya está el amorfo éste*” o “*amorfo de mierda*”.

El menor ha recibido asistencia sanitaria como consecuencia de los hechos.

El 27 de julio de 2023, el Juzgado de Instrucción número 27 de Barcelona, dictó Auto que prohíbe al acusado acercarse al menor, a su domicilio, centro de estudios, trabajo, o cualquier lugar que frecuente a una distancia no inferior a 500 metros y prohibición de comunicarse con él por cualquier medio.

La sentencia impone al acusado la pena de 70 días de trabajos en beneficio de la comunidad y privación del derecho a la tenencia y porte de armas por 3 años y costas establece una prohibición de aproximación del acusado a la víctima, a su domicilio, a su domicilio, a su

lugar de trabajo cualquier lugar que frecuente a una distancia no inferior a 1000 metros y prohibición de comunicarse con él por cualquier medio por tiempo de tres años. Asimismo, condena al acusado a la indemnización de 2000 euros en concepto de daño moral.

La sentencia establece una prohibición de aproximación del acusado a la víctima, a su domicilio, a su domicilio, a su lugar de trabajo cualquier lugar que frecuente a una distancia no inferior a 1000 metros y prohibición de comunicarse con él por cualquier medio por tiempo de tres años.

Motivo de discriminación género.

Sentencia número 293/2024 de fecha 19 de julio de 2024 del Juzgado de lo Penal número 17 de Barcelona - P.A. número 410/2024 dimanante de las Diligencias Previas número 210/2024 del Juzgado de Instrucción número 22 de Barcelona - Sentencia condenatoria firme con conformidad de las partes – un delito de lesiones del artículo 147.1CP y tres delitos leves de maltrato de obra del artículo 147.3 CP. Agravante de discriminación por género del artículo 22.4 CP. Sustitución pena privativa de libertad por expulsión.

La Sentencia condena al acusado como autor de un delito de lesiones del artículo 147.1 CP y a tres delitos leves de maltrato de obra del artículo 147.3 CP, concurriendo respecto del delito de lesiones y de dos de los delitos leves de maltrato de obra la circunstancia agravante de discriminación por género del artículo 22.4 CP, acordando la sustitución de la pena privativa de libertad de 1 año y 11 meses de prisión impuesta por el primero de los delitos referidos por su expulsión del territorio español sin que pueda regresar a España en un periodo de 6 años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado y concretamente su situación administrativa en España y su falta de arraigo. Se declara probado, con expresa conformidad de las partes, que el acusado, nacido en Argelia y que carece de autorización o cualquier tipo de documentación o razón para permanecer y/o residir en España, sobre las 9:43 horas del 9 de febrero de 2024, el acusado se dirigió a la estación *Camp de L'Arpa* de la Línea 5 de la red de transporte metropolitano de Barcelona y, en cuanto llegó a uno de los andenes y reparó en la presencia de varias mujeres que allí estaban esperando al convoy, se dispuso, con la única finalidad de menoscabar la integridad física de las mismas, por el mero hecho de ser mujeres, a acometer cuantas a su paso encontrara.

En ese afán, se fue aproximando sucesivamente a las mujeres que iba encontrando a su paso y, una tras otra, les fue lanzando sendos manotazos, cada vez con más fuerza y energía, con la finalidad de atentar contra su integridad física:

En las dos primeras mujeres: la mano del acusado impactó en sus teléfonos móviles sin causar desperfecto alguno en los mismos y sin efectuar reclamación alguna.

A la tercera mujer: no le alcanzó el manotazo que le lanzó el acusado, al cual no formula reclamación alguna.

Respecto de la cuarta y la quinta víctima: el acusado las golpeó con la mano abierta alcanzando a la primera de ellas en la oreja derecha causándole tumefacción malar derecha y perforación timpánica central con hemorragia en fondo de oído derecho, que precisaron para su curación tratamiento médico, tardando en curar de las mismas 60 días, de los cuales 21 fueron impeditivos y con secuelas tales como un trastorno adaptativo ansioso moderado reactivo y a la segunda víctima impactó en la nuca, sin precisar asistencia médica alguna.

La sexta víctima fue alcanzada por el acusado a la altura del cuello, que, por el impulso y la velocidad desplegada, la hizo caer al suelo no solo la víctima sino también el propio acusado, sin conocer si sufrió algún tipo de lesión al no presentar denuncia ni formular reclamación.

La séptima víctima fue alcanzada tras ponerse de pie el acusado, el cual la golpeó en la cabeza, sin sufrir lesión alguna, interponiendo la correspondiente denuncia.

Entre acometimiento y acometimiento, el acusado golpeó en la cabeza a un hombre, el cual estaba sentado en el mismo banco que la tercera víctima, el cual efectuó la denuncia correspondiente,

El desprecio que el acusado siente hacia las mujeres, por el mero hecho de serlo, desencadenó las acometidas que aquél emprendió, movido por el deseo de dejar patente su sentimiento de superioridad frente a las mismas

Finalmente, el acusado fue detenido por una patrulla actuante de Mossos d'Esquadra, en otro andén distinto al que llegó tras subir las escaleras y cruzar el vestíbulo.

Motivo de discriminación racismo.

Sentencia número 301/2024 de fecha 30 de septiembre de 2024 del Juzgado de lo Penal número 3 de Pamplona. P.A. 138/2024. Sentencia condenatoria no firme. Delito de coacciones del artículo 172.1 CP. Agravante de discriminación del artículo 22.4 CP. Pena accesoria de prohibición de aproximación a la víctima, a su domicilio, lugar de trabajo y comunicación a menos de 50 metros. Importancia reparación daño moral en los delitos de odio. Esta sentencia ha sido revocada parcialmente por Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de fecha 23 de enero de 2025 que ha reputado leves los hechos.

La sentencia de primera instancia consideraba probado que sobre las 18:30 horas del día 12 de octubre de 2022, los acusados se encontraban en la Plaza de Navarrería de la ciudad de Pamplona, se acercaron a la víctima negra y de nacionalidad cubana que portaba sobre los hombros una bandera de España, celebrando el día de la Hispanidad y, con ánimo de que se marchara del lugar u absoluto desprecio y rechazo hacia su persona por el color de su piel, le gritaron expresiones tales como: *“fuera, “esto no es España, negro de mierda,” “Esto es Euskal Herria”*, intentando cogerle la bandera que portaba, así como agredirle.

Los acusados se sintieron fuertes dado que otras personas también se acercaron a la víctima para hacerle fotografías y al tiempo que otros, lo escupían.

La víctima, ante toda esta situación hostil, sintiéndose humillado, se vio forzado a marcharse contra su voluntad, debiendo tomar el camino hacia la Plaza del Castillo, sin poder acceder a la calle del Carmen, lo cual era su propósito inicial.

La sentencia condena a los acusados como autores de un delito de coacciones previsto y penado en el artículo 172 del CP concurriendo la circunstancia agravante de discriminación del artículo 22.4 CP, basándose en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, destacando la sentencia STS 595/2012 de 12 de julio, y el Auto ATS de 8 de noviembre de 2018, en los que resumen los elementos que configuran este tipo penal:

- Conducta violenta de contenido material vis física, o intimidativa vis compulsiva, ejercida contra el sujeto o sujetos pasivos del delito, bien de modo directo o indirecto a través de cosas e incluso de terceras personas, proyectándose tanto sobre quién es obligado a actuar o dejar de actuar contra su voluntad, como sobre otras personas o sobre cosas de su uso o pertenencia, la denominada *“vis in rebus”*, Sentencia STS 15 de octubre de 2009. En el presente caso queda acreditado un intento de agresión y de arrebatar la bandera que portaba la víctima, teniendo ésta que retroceder y cambiar de itinerario.
- Modus operandi encaminado como resultado a impedir lo que la ley no prohíbe o efectuar lo que no se quiera, sea justo o injusto. En el presente caso la víctima tuvo que cambiar su itinerario inicial y no pudo llegar a la concentración a la que quería llegar y participar.

- La conducta ha de tener una intensidad de violencia necesaria para ser delito. En el presente caso se pasó de las frases humillantes y amenazantes a una conducta violenta con intento de agresión.
- Que exista el ánimo tendencial consistente en un deseo de restringir la libertad ajena como se deriva de los verbos “*impedir*” y “*compeler*”. En el presente caso queda acreditado por la declaración de la víctima, las testificales practicadas y las imágenes de los hechos grabadas por una cadena de televisión.
- Una ilicitud del acto, examinado desde la normativa de la convivencia social y jurídica que preside o debe regular la actividad del agente, el cual no debe estar legítimamente autorizado para emplear violencia o intimidación, dado que nadie puede impedir que una persona se dirija por la vía pública hacia el lugar que desee, como en este caso, únicamente por tener y manifestar una ideología distinta.

El elemento subjetivo hay que inferirlo de la conducta externa, voluntaria y consciente del agente, sin que se requiera una intención maliciosa de coaccionar, pues basta el dolo genérico de constreñir la voluntad ajena imponiéndole lo que no quería efectuar, o sea, una intención dirigida a restringir la libertad ajena para someterla a deseos y criterios propios, tal y como señala la Sentencia STS 731/2006, de 3 de julio.

La sentencia aprecia la circunstancia agravante de discriminación del artículo 22.4 del CP que fue alegada por el Ministerio Fiscal, dado que la violencia física e intimidatoria venía motivada por el hecho de portar la bandera española sobre sus hombros en un lugar donde se concentraban personas que iban a participar en una manifestación bajo el lema “*indar Errepresiboak Suntsitu*”, de ideología diferente a la que representaba la víctima, portando la bandera española.

La sentencia basa la aplicación de esta circunstancia agravante en la Sentencia STS 1145/2006, de 23 de noviembre, que señala que:

“Para la aplicación de esta circunstancia será necesario probar no solamente el hecho delictivo de que se trate, así como la participación del acusado, sino también la condición de la víctima y además, la intencionalidad, y esto es una injerencia o un juicio de valor que debe ser motivada, artículo 120.3 Constitución. Se trata, en definitiva, de un elemento subjetivo atinente al ánimo o móvil específico de actuar precisamente por alguna de las motivaciones a las que el precepto hace referencia, excluyendo, por consiguiente, aquellos supuestos en los que las circunstancias carezcan del suficiente relieve o, incluso no tengan ninguno. Resulta, por ello, innecesario señalar que no todo delito en el que la víctima sea una persona caracterizada por su raza, etnia o nación o participar de otra ideología o religión o condición sexual, hay de ser aplicada la agravante.”

Se trata de una circunstancia que se fundamenta en la mayor culpabilidad del autor por la mayor reprochabilidad del móvil que impulsa a cometer el delito, siendo por ello requisito que aquella motivación sea la determinante para cometer el delito.

En efecto, ha de recordarse que la Constitución no prohíbe las ideologías que se sitúan en los dos extremos del espectro político, incluso podría decirse que tampoco prohíbe las ideas que, por su extremismo, se sitúen fuera de ese amplio espectro político, por muy rechazables que puedan considerarse desde la perspectiva de los valores constitucionales y de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas. La tolerancia con todo tipo de ideas, que viene impuesta por la libertad ideológica y de expresión, no significa condescendencia, aceptación o comprensión, sino solamente que la ideas, como tales, no deben ser perseguidas penalmente.

Pero, en cualquier caso, no se encuentran bajo la protección constitucional la realización de actos o actividades que, en desarrollo de aquellas ideologías, vulneren los derechos constitucionales.

La sentencia destaca que esta agravante ha sido aplicada en casos similares tales como en un supuesto de agresión a una persona que portaba una bandera independentista catalana “*estelada*” el día de la *Diada de Cataluña*, dictándose la sentencia condenatoria de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 13 de junio de 2023.

La sentencia condena a los dos acusados como autores de un delito de coacciones del artículo 172 CP a la pena de un año nueve meses y un día de prisión, accesoria de inhabilitación del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena y al abono de las costas procesales.

Asimismo, la sentencia, en base a lo legalmente establecido en el artículo 57.1 del CP condena a los acusados a la pena de prohibición de aproximación a la víctima, domicilio, lugar de trabajo a menos de 50 metros y de comunicarse con él por cualquier medio, teniendo en cuenta que las manifestaciones del denunciante que manifestó trabajar cerca del domicilio de uno de los dos acusados.

En concepto de responsabilidad civil se fija la indemnización a sufragar, de forma conjunta y solidaria, por los dos acusados, de 900 euros, cantidad que será incrementada de acuerdo con los intereses legales y ello, teniendo en cuenta que en este tipo de delitos es importante la determinación de la reparación del daño moral causado, toda vez que los delitos de Odio comportan actos de menosprecio o humillación, por lo que el daño moral que conllevan estas conductas resulta evidente e indemnizable, en este sentido se pronuncia la Sentencia de la Sección octava de la Audiencia Provincial de Barcelona número 160/2023 de 6 de febrero de 2023.

En el presente caso, la situación que vivió el denunciante estuvo marcada por un clima de tensión, con la consiguiente rabia, indignación y también humillación, y de ahí, que la sala

considera que la cantidad de 900 euros es ajustada y proporcionada a las circunstancias de este.

Motivo de discriminación racismo y origen nacional.

Sentencia 279/2024, de 12 de septiembre, dictada por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Vigo, en el Procedimiento Abreviado 181/2024. Condenatoria de conformidad y firme. Se condena por agredir a un Policía Nacional no por su condición de policía, sino por su origen nacional. Delito de lesiones y delito de atentado con la concurrencia de la agravante del art 22.4 del CP.

Los hechos probados de la sentencia dictada de conformidad son los siguientes:

En Agosto de 2023 el acusado, al denunciante de origen venezolano, que en el desempeño de su trabajo como repartidor de mensajería se encontraba tocando el telefonillo del inmueble sito en una calle de Vigo, donde iba a hacer una entrega de varios paquetes y tras decirle movido por prejuicios hacia las personas de origen extranjero y por su origen racial *“negro de mierda, tú no tienes por qué mirarme, de dónde eres tú, vete a tu país, hijo de puta”*, procedió, con ánimo de menoscabar la integridad física del mismo, a propinarle un cabezazo en la frente a consecuencia del cual le ocasionó unas lesiones.

Asimismo, momentos más tarde, cuando debidamente comisionado un indicativo de la Policía Nacional se personó en el lugar y el agente componente del mismo, tras identificarse con exhibición de su carnet profesional, le pidió la documentación al acusado éste, movido igualmente por prejuicios hacia las personas de origen extranjero y por su origen racial le manifestó: *“a ti puto latino no te voy a dar nada”*, procediendo posteriormente, cuando ya en dependencias policiales el referido agente se disponía a reseñarlo a propinarle, tras forcejear con el mismo, una patada en la pierna derecha, que no consta le haya causado lesión alguna, diciéndole movido igualmente por los prejuicios ya descritos *“que no era un policía de verdad porque era un latino”*.

El Juzgado, dictamina el fallo siguiente tras la conformidad alcanzada entre la defensa y el Ministerio Fiscal, condenando al acusado como autor penalmente responsable de un delito de lesiones del artículo 147.1 del código penal y un delito de atentado del artículo 550. 1 y 2 inciso segundo del Código Penal, concurriendo respecto del delito de lesiones la agravante de reincidencia del nº 8 del art. 22 y respecto de ambos delitos la agravante por motivos raciales del nº 4 del art. 22 de Código Penal.

Sentencia número 524/2024 de fecha 26 de noviembre de 2024 del Juzgado de lo Penal número 22 de Barcelona. P.A. 539/2024. Sentencia condenatoria firme de conformidad con las partes. Delito de lesiones del artículos 147.1 y 148.1 del CP y delito de amenazas del artículo 169.2 CP. Agravante de discriminación por razón de raza y origen social del artículo 22.4 CP y atenuante analógica de reparación del daño del artículo 21.5 y 7 CP. Suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad condicionado a que no delinca de nuevo en dicho plazo al completo pago de las responsabilidades civiles, seguimiento de un curso en materia de igualdad y no discriminación por razón de raza y origen nacional (artículo 86.3 CP), y a la finalización del proceso de mediación en que se halla participando.

La sentencia condena, de conformidad con las partes, a los dos acusados como autores de un delito de lesiones previsto y penado en el artículo 147.1 y 148.1 CP por la agresión llevada a cabo de manera conjunta por ambos, causando lesiones a la víctima restándole secuelas derivadas de la misma y, además respecto de uno de ellos, se le condena también como autor de un delito de amenazas por las expresiones vertidas contra el lesionado, con la finalidad de causarle temor y desasosiego.

Se aprecia en los delitos por los que han sido ejecutoriamente condenados los acusados, las circunstancias modificativas responsabilidad criminal: agravante de discriminación por razón de raza del artículo 22.4 CP y atenuante analógica de reparación del daño del artículo 21.5 y 7 CP.

La agravante de discriminación por razón de raza y origen nacional de la víctima es apreciada, toda vez que se trata de una acción violenta gratuita, que el único motivo de esta es la animadversión de los acusados hacia las personas negras, por razón del color de piel y su origen nacional como señala la sentencia.

La atenuante analógica de reparación del daño es apreciada, a la vista de la consignación previa de forma conjunta y solidaria al acto de juicio de la cantidad de dinero para hacer frente a las responsabilidades civiles derivadas de las lesiones y las secuelas causadas, en su modalidad de analógica, visto el avanzado momento procesal del procedimiento en el que se deposita la misma y dado que el montante depositado no cubre el total fijado como responsabilidad civil.

Se declara probado, que sobre las 10:00 horas del día 28 de octubre de 2023, la víctima, de nacionalidad senegalesa se hallaba tranquilamente tomando un café en la terraza de un bar, ubicado en la Rambla Prim, del barrio de Sant Martí de la ciudad de Barcelona, cuando los dos acusados, acompañados de un menor de edad, irrumpieron en la terraza, y tan pronto como vieron a la víctima sentado allí, con evidente ánimo de humillarle y menospreciarle por razón de su color de piel, vertieron expresiones despectivas y discriminatorias, tales como:

“...negro de mierda, levántate” y, aprovechando la merma de la capacidad de reacción y puestos de común y previo acuerdo, con ánimo de causarle lesión, le empezaron a golpear, propinándole golpes y puñetazos, rompiendo una mesa del local para agarrar una de sus patas metálicas y con ella, golpearle bruscamente en brazos y piernas.

La víctima, sin posibilidad alguna de defenderse del ataque, únicamente pudo protegerse colocando los brazos a la altura del rostro para que no le alcanzase la cara.

Los acusados le golpearon con la barra metálica en el brazo a la altura del codo hasta que la víctima pudo refugiarse en el interior del bar, donde los acusados continuaron lanzando silla y mesas contra la puerta del local.

Poco después, se presentaron en el local varias patrullas de Mossos d'Esquadra requeridas por la hija del propietario del bar, momento en que uno de los acusados continuó prefiriendo expresiones despectivas y humillantes, al tiempo que se giraba hacia ella, buscando el contacto visual, tales como: *“...soy vecino de aquí y que hace un puto negro al lado de mi casa, negro de mierda, chivato, te voy a mar, todos los problemas de este país son culpa de los putos extranjeros, me da igual pagar cárcel pero te voy a matar, raza de mierda....”*.

Como consecuencia de los hechos descritos, la víctima sufrió lesiones consistentes en una herida abrasiva, erosión superficial y contusión en codo izquierdo, que precisaron para su curación, tratamiento médico consistente en inmovilización con férula branquipalmar, antiélgica, analgésica y cura tópica, tardando en sanar de las mismas 21 días de los cuales 14 fueron incapacitados para sus ocupaciones habituales, restándole como secuelas un perjuicio estético ligero.

Los acusados consignaron previamente a la celebración del Juicio Oral, la suma de 5387 euros, a cuenta de las responsabilidades civiles que han sido tasadas en la cantidad total de 7227 euros.

Asimismo, se acuerda la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad impuesta a ambos penados por los plazos señalados a cada uno de tres y dos años, condicionado a que no delinca de nuevo en dicho plazo al completo pago de las responsabilidades civiles y seguimiento de un curso en materia de igualdad y no discriminación por razón de raza y origen nacional, y a la finalización del proceso de mediación en que se halla participando, significando el incumplimiento de cualquier de dichas condiciones de la revocación de dicho beneficio concedido (artículo 80.3 del CP).

Motivo de discriminación ideología.

Sentencia 313/2024, de 11 de noviembre, dictada por el Juzgado de lo Penal nº 3 de Burgos, en el Procedimiento Abreviado 321/2023, no firme, condenatoria por un delito de lesiones del art. 147.1 del CP con la concurrencia de la agravante del 22.4 del CP.

Los hechos objeto de esta sentencia, ocurrieron en Burgos en octubre de 2021, cuando uno de los acusados golpeó al denunciante con un puñetazo en la cara, acción que el acusado llevó a cabo con ánimo de menoscabar la integridad física y mientras le decía: *“tú sabes bien por qué le estamos pegando, porque es un nazi de mierda”*, viniendo motivada la agresión por razones relacionadas con la ideología política del denunciante a quien con anterioridad a los el acusado le profirió la expresión *“facha, te vamos a matar”*.

El Juzgado considera los hechos constitutivos de un delito de lesiones del art. 147.1 del CP, con la concurrencia de la agravante del art. 22.4 CP por la concurrencia del móvil discriminatorio por ideología.

Es reiterada la jurisprudencia en el sentido de que las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal han de estar tan acreditadas como el hecho típico o nuclear que sirve de base al delito (sentencias del Tribunal Supremo de 22 de Diciembre de 1.983; 10 de Noviembre de 1.984; 19 de Diciembre de 1.985; 8 de Mayo de 1.986 ; 14 de Junio y 19 de Diciembre de 1.988 ; 29 de Noviembre de 1.999 ; 25 de Abril de 2.001 ; 30 de Abril de 2.002 , etc.).

La agravante del artículo 22.4 del Código Penal, como reiteradamente se viene reconociendo doctrinal y jurisprudencialmente, responde al propósito de evitar, en la medida de lo posible, toda conducta que entrañe injusta discriminación de las personas con base en una serie de motivos, discriminación que pugna con el derecho a la igualdad proclamado en el artículo 14 de la CE. Su aplicación pues exigirá la prueba plena no ya del hecho y la participación del acusado, sino de la condición de la víctima y la intencionalidad del autor, elemento este último de carácter subjetivo relativo al móvil o ánimo específico que ha de inspirar la acción del autor y que no ha de ser otro que alguna de las motivaciones a las que el precepto hace referencia, debiendo recogerse estos extremos en la motivación existente en el fundamento de hechos probados.”

Por lo que se refiere a la circunstancia agravante del artículo 22.4 del Código Penal (obrar por motivos ideológicos) se entiende que sí concurre, atendiendo a las manifestaciones tanto de J. como D. ya en la fecha de los hechos en el sentido de que la agresión habría tenido lugar por motivos ideológicos, teniéndose en cuenta las expresiones que se habrían dirigido antes de la agresión al lesionado por parte del acusado (*“facha, te vamos a matar”*) así como respecto de J. tras cometerse la agresión (*“tú sabes bien por qué le estamos pegando, porque es un nazi de mierda”*, según D.), considerando igualmente lo declarado por el agente del Cuerpo Nacional de Policía en el sentido de que policialmente se tiene constancia de que las posiciones ideológicas de J, y los acusados son contrarias y teniéndose en cuenta

finalmente el propio contexto de la agresión en el que se agrede de modo súbito al denunciante mediante un fuerte puñetazo, siendo todo ello compatible con que por parte del acusado J se conociera previamente la posición ideológica del denunciante y ello hubiera motivado la agresión objeto de enjuiciamiento.

IV.- Tribunal Supremo.

a.- Autos de la Sala de lo Penal

Auto 21.333/2024, de fecha 23 de octubre de 2024, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en la causa especial nº 21594/2024, que archiva la querella por delito de odio contra una diputada del Parlamento Europeo por emitir ciertas expresiones en redes sociales sobre la violencia machista. Precepto estudiado: Art. 510.1.A) del CP. Motivo discriminación: Ideología, no razones de género. No incita al odio hacia el género masculino.

El Presidente de la Asociación Europea de Ciudadanos contra la Corrupción, formuló denuncia contra la diputada del Parlamento Europeo de Podemos, la Excm. Sra. Dña. Irene Montero Gil, por supuesto delito de odio del art. 510 del CP. Se indica que, con fecha 31 de agosto de 2024, la denunciada, en la red social X -se aportan capturas de pantalla- hizo las siguientes declaraciones:

"Decir "todos los hombres son violadores en potencia" es señalar que la violencia machista es estructural y no un caso aislado: que el machismo es una norma social y cultural que legitima a cualquier hombre -a todos los hombres- para ejercer violencia contra cualquier mujer".

"Por eso también decimos que los agresores machistas no son una excepción o una rareza sino "los hijos sanos del patriarcado". El machismo legitima y naturaliza la violencia machista, hace que no reconozcamos como violencia lo que sí es violencia."

"Recordad por ejemplo el beso no consentido de Rubia/es a Jenny Hermoso. Al principio mucha gente lo vio incluso como una anécdota graciosa y mucha gente comprendió por primera vez ahí que un beso no consentido es violencia sexual."

"1 de cada 2 mujeres ha sufrido algún tipo de violencia machista. Pensad entonces ¿qué nos dice eso de los agresores? Puede no ser una reflexión sencilla pero sí necesaria: "si tú no has sido, ni él, ni el... ¿entonces, quién?"

"Por último. Cuando Naranjo llama lerda a Julia Salander no busca rebatir su opinión sino ridiculizarla con agresividad. La ridiculización a las feministas es una forma de ejercer violencia política muy frecuente: no guardemos silencio".

Si nuestra sociedad avanza en la lucha contra las violencias machistas es precisamente porque el feminismo dice las verdades incómodas que nadie quiere oír, lucha y no guarda silencio a pesar de la reacción. Así conseguimos cambios y que lo que antes era normal ya no lo sea"

"Todas las mujeres tenemos derecho a vidas libres de violencias machistas. Los medios de comunicación tienen obligaciones legales para asegurar un adecuado tratamiento de la

información sobre violencias y que su acción contribuye a erradicarla. Nos queremos vivas y libres".

El delito de discurso de odio, por tanto, supone un límite a la libertad de expresión, pero se sitúa en su zona fronteriza lo que obliga a un examen especialmente cuidadoso de los hechos, como consecuencia de la relevancia que este derecho tiene en una democracia. La libertad de expresión contribuye de forma esencial a la formación de una opinión pública libre, lo que le convierte en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática.

En este caso, los hechos que se denuncian se pronuncian en el contexto de la actividad política desarrollada por la denunciada, que era Diputada del Parlamento Europeo, y las expresiones o discursos realizados, como se deduce de su propio contenido, no tenían por objeto promover la hostilidad, incitando al odio o a la realización de actos violencia contra los hombres, sino la estimulación del debate público en torno a unos hechos ciertamente muy graves, como son todos los derivados de la violencia machista y las agresiones sexuales a las mujeres, temas que tienen en una gran relevancia pública y forman parte, sin duda, del debate social y político, al igual que todo a lo referente a los movimientos feministas, que postulan doctrinas sociales favorables a las mujeres exigiendo la misma igualdad de derechos que para los hombres, fomentando la inclusión y la igualdad.

Por otro lado, con respecto al ámbito temporal de las expresiones cuestionadas, el Auto del TS de fecha 23/01/2020, dictado en la Causa especial 20587/2019, argumenta que "el querellado tiene la condición de Diputado y, por consiguiente, sus declaraciones y manifestaciones públicas deben valorarse, en principio, desde la perspectiva de la inviolabilidad que la propia Constitución les reconoce, la cual no debe entenderse limitada rígidamente al ámbito de las actividades parlamentarias "stricto sensu".

En definitiva, se trata de un discurso sobre las causas de la violencia sobre las mujeres que, incluso, ha dado lugar a opiniones encontradas tanto a nivel internacional como nacional, entre las distintas fuerzas políticas. La única función de este tribunal es determinar si los hechos denunciados son constitutivos de delito y, conforme a los criterios que acabamos de enunciar, los discursos objeto de denuncia se produjeron en un marco democrático, amparado por la libertad de expresión y no pueden ser sancionados penalmente.

Finalmente, la Sala acuerda la inadmisión a trámite de la querella por no ser los hechos constitutivos de delito.

b.- Sentencias de la Sala de lo Penal

Sentencia 923/2024 de 30 de octubre de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Desestimación del recurso de casación interpuesto por la acusación popular GEHITU por la inaplicación del art. 22.4 CP. Motivo de discriminación: orientación sexual.

Los hechos objeto de este asunto ocurrieron en Bilbao en diciembre de 2021, cuando el acusado contactó con el denunciante a través de una aplicación de contactos para hombres. En la segunda cita mantenida en el domicilio del acusado, éste intentó acabar con la vida del denunciante golpeándole en la cabeza.

La Audiencia Provincial de Bizkaia, consideró que los hechos eran constitutivos de un delito de tentativa de homicidio sin que concurra la agravante del art. 22.4 del CP por haber cometido los hechos concurriendo el motivo discriminatorio de la orientación sexual.

La inaplicación del art. 22.4 el CP, entre otros motivos, llevó a la acusación popular ostentada por GEHITU (Asociación de Gais, lesbianas, transexuales y bisexuales del País Vasco), a recurrir tanto en apelación ante el TRJ de País Vasco y en casación ante el TS, la inaplicación de la agravante del art. 22.4 del CP.

Tras desestimarse el recurso de apelación interpuesto por la acusación popular (cuya sentencia consta en este repertorio), la acusación popular formaliza una impugnación articulada en cuatro motivos. Uno de ellos se basa en el error de derecho por inaplicación de la agravante de actuación por discriminación por razón de la condición sexual de la víctima.

Para la Sala Segunda, la agravación por razón de discriminación, en los distintos supuestos que recoge el precepto, supone, dijimos en la STS 458/2019, de 9 de octubre, *"desde una interpretación literal la agravación requiere que la acción se desarrolle en detrimento de derecho de igualdad proclamada en el artículo 14 de la Constitución. La prohibición de discriminación supone la defensa del derecho a la igualdad. Tiene que producirse una situación de discriminación, un tratamiento desigual, basado en una ideología, religión, creencia, etnia, raza sexo, orientación sexual. que se relacionan el texto de la agravación"*.

El hecho probado no refiere esa discriminación, una actitud contraria a la igualdad de los ciudadanos derivado, en el caso, de una orientación sexual que es objeto de un trato discriminatorio. Concretamente, dijimos y reproducimos, *"desde una interpretación literal del presupuesto fáctico de la agravación se requiere que la acción se desarrolle en detrimento de derecho de igualdad proclamada en el art. 14 de la Constitución... Tiene que producirse una situación de discriminación, un tratamiento desigual, basado en una ideología. Indagando lo que debamos entender por discriminación acudimos al manual de legislación europea contra la discriminación, publicado por la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que proporciona, tras el examen de las Directivas 2000/43 y 2000/78, un entendimiento de lo que deba considerarse discriminación. Como tal ha de entenderse "toda aquella acción u omisión por la que una persona sea tratada de manera menos favorable de*

lo que sea, haya sido, o vaya a ser tratada otra en situación comparable y cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esa finalidad sean adecuados y necesarios".

Es decir, la discriminación supone la negación del principio de igualdad y esto, a su vez supone averiguar, indagar y comparar situaciones con las que poder comprobar si concurre una situación discriminatoria y cuál sea la razón de esa discriminación. Si se constata un comportamiento no semejante respecto de otras personas, será discriminatorio, y si esa discriminación no aparece justificada en el ordenamiento y se realiza por motivos de los relacionados al artículo 22.4 del Código Penal, podemos calificar este hecho bajo la agravación específica. Pero es que, además, y como en los delitos de odio, la discriminación no sólo afecta a la víctima concreta, sino a la colectividad que se conmociona cuando se transgrede una norma de tolerancia, a la convivencia respetuosa de las distintas opciones y, principalmente, respecto de colectivos tradicionalmente vulnerables a los que el ordenamiento quiere proteger con cierta intensidad para procurar la actuación de un instituto de control social, como es el derecho penal. En cada caso, habrá de plantearse la situación de comparación que implica todo hecho discriminatorio, y la causa y la motivación de este trato desigual para comprobar si ese trato desigual es discriminatorio y si la misma discriminación tiene por causa algunas de las razones que expresa el apartado cuarto del artículo 22 del Código Penal.

Es evidente que todo hecho delictivo comporta una situación discriminatoria, en la medida en que se selecciona una víctima y se actúa contra ella, pero lo relevante para la conformación de la circunstancia de agravación es comprobar la concurrencia de alguna de las circunstancias que permiten calificar la discriminación en algunos motivos a que se refiere el número cuarto del artículo 22 del Código Penal. Como se ha afirmado anteriormente en el hecho probado no se afirma nada de esto. No se identifica la situación de discriminación, ni su presupuesto, no se dice el tratamiento comparativo con otras situaciones, y no se explica en qué consiste el motivo en el cual fundamentar y calificar de discriminatorio esa conducta.

En el hecho probado no hay referencia alguna a un supuesto de discriminación, y tampoco la prueba desarrollada en el juicio ha incidido en esa situación de objetiva discriminación. Autor y víctima se conocieron y convinieron una relación, volvieron a quedar y se produjeron los hechos sin referir el hecho, como fundamento de la conducta, una acción discriminatoria hacia una distinta orientación sexual.

Sentencia número 743/2024 de fecha 16 de julio de 2024. Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Recurso de Casación número 844/2024. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García. Auto de la Audiencia Provincial rehusando asumir su competencia objetiva y reenviando la causa la Juzgado de Instrucción es recurrible en casación previa apelación cuando se trate de procedimientos iniciados con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 41/2015. Una pena de inhabilitación configurada como pena principal conjunta ha de ser tomada en consideración para fijar la competencia objetiva conforme al artículo 14 LECrim.

Esta Sentencia dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el Auto número Auto 75/2023 de fecha 19 de diciembre, dictado por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que acordó no haber lugar al recurso interpuesto contra el Auto de 17 de julio dictado por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, declarando la competencia de la Audiencia Provincial de Barcelona para conocer de la causa.

La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó Auto de fecha 17 de julio de 2023 en el que declara que no es competente para el enjuiciamiento y fallo de la causa, debiéndose devolver la misma al Juzgado de Instrucción de procedencia a fin de que la remita a los Juzgados de lo Penal correspondientes, que la deberán enjuiciar y fallar.

Contra este Auto se interpuso recurso de apelación por el Ministerio Fiscal resolviéndose por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña por Auto 75/2023 de fecha 19 de diciembre, que acuerda no haber lugar al recurso.

Notificado el Auto, se preparó recurso de casación por el Ministerio Fiscal siendo alegado el único motivo por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 LECrim por infracción de lo dispuesto en el artículo 510.5 en relación con el artículo 14.4 de la LECrim y por vulneración de precepto constitucional al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim por infracción del derecho a la tutela efectiva del artículo 24.2 CE.

La Sala señala que es necesario abordar y analizar tres cuestiones de manera escalonada:

1.- Si este tipo de resoluciones pueden ser recurribles en casación - la respuesta debe ser afirmativa y ha de considerarse recurrible en casación este tipo de resoluciones para procedimientos incoados antes del 6 de diciembre de 2015, fecha en que entra en vigor la reforma que generalizó la doble instancia en materia penal. Existe una muy mayoritaria línea jurisprudencia que, minimizando, si se quiere de forma discutible, el alcance del artículo 52 LOPJ, admite la recurribilidad en casación de las decisiones de las Audiencias Provinciales sobre los límites de la competencia objetiva frente a los Juzgados de lo Penal, que arranca del Pleno no Jurisdiccional de fecha 2 de octubre de 1992 que analizaba esa distribución de competencias, constituyendo el germen de un nutrido abanico de resoluciones que afirman la impugnabilidad en casación de la decisión de la Audiencia Provincial declarando la competencia en favor del Juzgado de lo Penal.

2.- Si en los Procedimientos incoados antes del 6 de diciembre de 2015, es necesario acudir antes al recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia - la respuesta debe ser, asimismo, afirmativa.

En esa fecha entró en vigor la reforma que generalizó la doble instancia en materia penal, intercalando entre las decisiones de la Audiencia Provincial dictadas en primera instancia y el Tribunal de Casación, un recurso de apelación. Ese principio general (apelación previa a la casación), sin embargo, no ha sido totalmente desarrollado en la legislación, obligando a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en temas fronterizos a decidir en cada caso, si la casación ha de ir precedida de la apelación ante el Tribunal Superior de Justicia (principio general) o ha de mantenerse el acceso directo (artículo 988 de la LECrim).

En el presente caso, referido a decisiones sobre competencia parece congruente mantener el doble escalón ajustándonos a lo que esa reforma ha convertido en regla general, y por tanto, es correcto acudir previamente a la apelación y, posteriormente a la casación porque ello obedece al deseo de que las cuestiones de competencia lleguen ya resueltas al juicio oral por razones de economía procesal y para evitar el fantasma de una posible nulidad.

A ello, invita también el tratamiento de los artículos de previo pronunciamiento o las cuestiones previas en el procedimiento abreviado. Ese es el criterio que parece desprenderse de algún precedente: la STS 366/2022, de 8 de abril, que el Fiscal se preocupó de invocar en la previa apelación.

3.-Una vez solventadas estas cuestiones preliminares, la cuestión a plantear es si la pena de inhabilitación establecida en el artículo 510.5 CP debe ser considerada pena principal y, por tanto, determinante para fijar la competencia objetiva a los efectos del artículo 14 LECrim. – la respuesta debe ser de nuevo afirmativa.

El Alto Tribunal afirma que el concepto de pena accesorio es un concepto normativo por lo que hay penas que vulgarmente podemos considerar complementarias o secundarias (muchas veces multas conjuntas, pero que no adquieren por ello la condición legal de penas accesorias (arts. 54 y siguientes CP). Finalmente, se concluye que la inhabilitación establecida en el artículo 510.5 CP es pena principal y por tanto, determina la competencia que en este caso es la Audiencia Provincial.

Esta sentencia analizada parte de la base que la Audiencia, y a su rebufo, el Tribunal Superior de Justicia, se esfuerzan con argumentos, en demostrar que la pena de inhabilitación es una pena accesorio, al depender de la principal, tales como que su duración se fija por referencia a aquella (lo que solo es parcialmente cierto), y aunque este criterio no es admitido por la Sala, cuenta con razones para ser sustentado y, sobre todo y especialmente, para reclamar su implantación de *lege ferenda*.

c.- Sentencias de la Sala de lo contencioso administrativo.

Sentencia 1900/2024, de 28 de noviembre de 2024 de la Sección Cuarta de Sala de lo Contencioso-Administrativo. Legitimación de Asociación para impugnar la colocación de banderas en ayuntamientos. Distinción entre la neutralidad y la indiferencia ideológicas. Voto Particular.

La sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la Asociación de Abogados Cristianos, contra la sentencia n.º 261/2022, de 13 de junio, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, recaída en el recurso de apelación n.º 633/2021, interpuesto contra la sentencia de 25 de mayo de 2021, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 3 de Zaragoza, dictada en el procedimiento abreviado n.º 115/2020.

El primer punto de la resolución gira en torno a la legitimación de la asociación para impugnar la colocación de una bandera arcoíris LGTBI en el Ayuntamiento de Zaragoza, y si dicha acción viola la Ley 39/1981 (reguladora del uso de banderas en España).

La legitimación activa de la Asociación de Abogados Cristianos para interponer el recurso contencioso-administrativo no fue un punto de controversia. Tanto el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 3 de Zaragoza como la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón reconocieron la legitimación de la Asociación para recurrir la actuación del Ayuntamiento de Zaragoza.

Además, el Ayuntamiento de Zaragoza no impugnó la sentencia de apelación en lo que respecta al reconocimiento de la legitimación activa de la Asociación. Por lo tanto, el Tribunal Supremo no entra a valorar la cuestión de la legitimación activa, limitándose a constatar que fue reconocida en instancias inferiores.

Otro punto que aborda la resolución se centra en la colocación de la bandera arcoíris en el balcón del Ayuntamiento de Zaragoza el 28 de junio de 2020.

La Asociación de Abogados Cristianos interpuso un recurso contencioso-administrativo argumentando que esta acción era contraria al deber de neutralidad de las Administraciones Públicas y a la legislación vigente, concretamente a la Ley 39/1981 que regula el uso de la bandera de España.

El Tribunal Supremo argumenta que la Ley 39/1981 se centra en la regulación de la bandera de España y no contempla supuestos como la exhibición de otros símbolos. Además, el Tribunal reconoce que la objetividad de las Administraciones Públicas no implica indiferencia ideológica.

La neutralidad ideológica es un principio fundamental que rige la actuación de las Administraciones Públicas. Este principio, derivado del artículo 103.1 de la Constitución

Española, establece que la Administración Pública debe servir con objetividad los intereses generales. Esta objetividad no se limita a la aplicación imparcial de las leyes, sino que también implica la ausencia de adhesión o promoción de ideologías particulares, especialmente aquellas que puedan generar división en la sociedad.

En el caso analizado, la colocación de la bandera arcoíris en el balcón del Ayuntamiento de Zaragoza, la discusión sobre la neutralidad ideológica se centra en determinar si esta acción constituye una adhesión a la ideología LGTB, como argumenta la Asociación de Abogados Cristianos, o si, por el contrario, se trata de una acción legítima para promover la igualdad y la no discriminación, como defiende el Ayuntamiento.

La colocación de la bandera arcoíris, en este caso, no buscaba una instrumentalización partidista, sino que se enmarcaba en la promoción de la igualdad y la no discriminación. Dicho de otro modo, la bandera citada, en este contexto, no representa una ideología partidista, sino valores como la igualdad y el respeto a la diversidad sexual ampliamente aceptados por la sociedad y amparados por valores amparados por la Constitución Española y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Además, estos valores han sido desarrollados por el legislador a través de leyes como la Ley 3/2007, la Ley 15/2022 y la Ley 4/2023 a nivel estatal, y la Ley 18/2018 en Aragón.

Es importante destacar que el Tribunal Supremo distingue entre la neutralidad y la indiferencia ideológicas.

La neutralidad no implica que las Administraciones Públicas deban ser indiferentes a los valores y principios que rigen la sociedad. Al contrario, la Administración debe promover activamente la igualdad y la no discriminación, sin por ello adherirse a una ideología particular.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo reconoce la legitimidad de las acciones positivas para promover la igualdad, siempre y cuando no se conviertan en una forma de adoctrinamiento o de imposición de una visión ideológica particular.

La colocación de la bandera arcoíris, en el contexto del 28 de junio, Día Internacional del Orgullo LGTBI, se considera una acción positiva legítima para visibilizar y promover la igualdad de este colectivo, sin que ello implique una vulneración del principio de neutralidad.

En definitiva, el recurso de casación en este caso sirvió para que el Tribunal Supremo se pronunciara sobre la legalidad de la colocación de la bandera arcoíris en un edificio público, estableciendo que no vulnera ni la Ley 39/1981 ni el principio de neutralidad ideológica.

En otro orden, el voto particular del magistrado José Luis Requero Ibáñez, discrepa de la postura mayoritaria, ya que considera que la bandera arcoíris sí representa una ideología controvertida y que su colocación en un edificio público supone una adhesión a esa ideología, vulnerando así la neutralidad que debe regir la actuación de la Administración.

Argumenta que la "ideología de género" asociada a la bandera arcoíris, no es pacífica y genera división en la sociedad

V.- Sentencias del Tribunal Constitucional.

Sentencia 105/2024 de 9 de septiembre de 2024. Sala Segunda del Tribunal Constitucional. Recurso de Amparo 6095-2022, contra el Auto de fecha 4 de noviembre de 2021 del Juzgado de Instrucción número 1 de Valladolid, que acuerda el sobreseimiento provisional de las Diligencias Previas número 1377/2021 y contra el Auto de fecha 6 de septiembre de 2022 dictado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valladolid que desestima el recurso de apelación número 511-2022 interpuesto frente al anterior.

Los hechos relevantes del caso son los siguientes:

- El día 16 de septiembre de 2021, se registró en el Juzgado de Instrucción número 5 de Valladolid, en funciones de guardia, la denuncia manuscrita remitida por la demandante de amparo, la cual se hallaba en situación de prisión provisional, alegando que en fecha 9 de agosto de 2021 fue objeto de una agresión física y verbal por el Jefe de seguridad del centro penitenciario en el que se hallaba interna, acudiendo a su celda, obligándola a desnudarla para comprobar si tenía pena o vagina, y al oponerse la denunciante, la agredió físicamente, golpeándola en los glúteos, causándole gran dolor, por tenerlos rellenos de silicona.
- Por Diligencia de Ordenación de fecha 20 de septiembre de 2021 del Juzgado de Instrucción número 5 de Valladolid se acordó la incoación de las Diligencias Indeterminadas y su remisión al Juzgado Decano, quién repartió al Juzgado de Instrucción número 1 de Valladolid, que por Auto de fecha 2 de octubre siguiente, acordó la incoación de las Diligencias previas número 1377-2021; librar oficio al Centro penitenciario a fin de que se identificara al Jefe de Servicio denunciado y el reconocimiento médico forense de las lesiones sufridas por la denunciante. Posteriormente, por Providencia de fecha 11 de octubre de 2021, se acordó librar oficio al Centro penitenciario a fin de que se informara sobre la atención recibida por la denunciante con ocasión de las lesiones sufridas.
- El 6 de octubre de 2021, el médico forense informó que no podía emitir informe de las lesiones al no disponer del parte de lesiones de esa fecha o informe clínico alguno.
- El 18 de octubre de 2021 se registró informe firmado el día anterior por el director del Centro penitenciario con el siguiente contenido: *"que acudió a la celda de la denunciante para hacer entender a la interna la necesidad de verificar de manera voluntaria si se encontraba, o no, operada, dada la trascendencia de este dato, en algunos aspectos de la vida regimental"*, haciendo referencia a la Instrucción 1/2001 de la Dirección general de Instituciones Penitenciarias, en la que dice que en caso de transexuales, el criterio de separación por sexos parte de: "la identidad sexual

aparente”, tomando en consideración sus caracteres fisiológicos y su apariencia externa, obviando criterios como pudiera ser la identidad psicosocial de género.

- La funcionaria de prisiones refirió de forma expresa que sufría fuertes dolores en los pies, piernas y glúteos por lo que fue llevada a la consulta médica, y a pesar de ello, por Auto de fecha 4 de noviembre de 2021 se acuerda el sobreseimiento provisional de la causa, al no aparecer debidamente justificada la perpetración del delito que dio a la formación de esta, interponiéndose contra la mismo recurso de apelación considerando que la instrucción había sido insuficiente y que era necesaria acordar la práctica de diligencias para el esclarecimiento de los hechos.
- Por auto de fecha 6 de septiembre de 2022 el recurso de apelación fue desestimado al considerar que los dos informes médicos del centro penitenciario no avalan la agresión denunciada, por lo que únicamente consta el relato de la denunciante que no es uniforme ni coherente, observando que con el paso del tiempo se atribuye al jefe de servicios un comportamiento más violento y agresivo.

Ante esta situación, el Ministerio Fiscal presentó su escrito de alegaciones en fecha 15 de julio de 2024 en las que se solicita se otorgue el amparo por vulneración del derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) en su vertiente a obtener una investigación suficiente y eficaz en el curso del proceso penal y se declare la nulidad de las resoluciones impugnadas, así como la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al pronunciamiento de la primera de las resoluciones impugnadas para que el Juzgado de Instrucción número 1 de Valladolid, dicte otra respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

Para alcanzar dicha conclusión, el Ministerio Fiscal, efectúa un exhaustivo examen del contenido de las actuaciones y expone la doctrina constitucional relativa al derecho a una investigación eficaz con reproducción de algunas de las sentencias dictadas por este Tribunal tales como: SSTC 12/2013, de 28 de enero; 130/2016, de 18 de julio, y Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, SSTEDH de 7 de octubre de 2014, asunto Etxebarria Caballero c. España y de 22 de junio de 2023, asunto R.K. c. Hungría.

El Ministerio Fiscal destaca la ausencia de motivación ya que, dadas las características de los hechos denunciados, era necesario realizar una investigación racional y adaptada a los hechos concretos mediante la práctica de diligencias más idóneas, entre ellas, la declaración de la demandante de amparo, la declaración de los funcionarios y en especial del jefe de servicios, reconocimiento médico forense de la recurrente y el visionado de la cámara de seguridad de la entrada a la celda.

El Tribunal Constitucional señala que las quejas referidas a este tipo de decisiones judiciales tienen su encuadre constitucional más preciso en el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), pero su relación con el derecho a no ser sometido a tortura o tratos inhumanos o degradantes (artículo 15 CE) impone que la valoración constitucional sobre la

suficiencia de la indagación judicial dependa no solo de que las decisiones de sobreseimiento y archivo de las diligencias penales estén motivadas y jurídicamente fundadas, sino además, según el parámetro de control constitucional reforzado, de que sean acordes con la prohibición absoluta de las conductas denunciadas.

Existe una especial exigencia de desarrollar una exhaustiva investigación en relación con las denuncias de este tipo de conductas contrarias al artículo 15 CE, agotando cuantas posibilidades de indagación resulten útiles para aclarar los hechos, ya que es necesario acentuar las garantías por concurrir una situación especial en la que el ciudadano se encuentra provisionalmente bajo la custodia física del Estado. Este mandato, si bien no comporta la realización de todas las diligencias de investigación posibles, sí impone que no se clausure la instrucción judicial penal cuando existan sospechas razonables de que se ha podido cometer el delito de torturas o de tratos inhumanos o degradantes denunciado y cuando tales sospechas se revelen como susceptibles de ser despejadas a través de la actividad investigadora.

La exigencia constitucional de una investigación efectiva, profunda y exhaustiva, debe tener como soporte la defensa del derecho fundamental sustantivo, lo que en el presente caso supone la necesidad de atestiguar y evidenciar que la denuncia, contiene actuaciones que provoquen sentimientos de miedo, angustia e inferioridad, que estén orientadas a humillar, degradar y quebrantar eventualmente la resistencia física o moral de la persona a quien se le aplican, o que impliquen lesiones corporales o un sufrimiento físico o mental intenso.

Tras estos razonamientos, el Tribunal considera que la decisión judicial de archivar las actuaciones penales abiertas como consecuencia de la denuncia de la demandante no fue conforme a las exigencias del artículo 24.1 CE, relacionadas con el derecho a la integridad física y moral del artículo 15 CE, ya que los hechos narrados en las sucesivas denuncias y posterior declaración efectuada por la denunciante evidencian una actuación que alcanza el nivel mínimo de gravedad exigido, atendidas todas las circunstancias del caso, para entender que implican un atentado a la dignidad humana de la denunciante por suponer una cosificación rebajándola a nivel material o animal.

Averiguar si estos hechos realmente sucedieron o responden a una falaz invención de la denunciante, como sostiene el director y los funcionarios del Centro Penitenciario, ni puede limitarse sin más, a recabar un informe de los implicados directa o indirectamente por la denuncia. La tutela del derecho exige algo más, cuando existen diligencias de investigación que pueden ser practicadas y no se realizan.

Por tanto, se concluye que en atención a las circunstancias concretas del caso, el grado de esfuerzo judicial desarrollado no alcanza la suficiencia y efectividad exigida por la jurisprudencia constitucional en la materia, advirtiendo que no se ha dado cumplimiento a la exigencia constitucional de perseverancia en la actividad indagatoria, clausurando la investigación con la lectura de la denuncia y el examen de la documental aportada,

renunciando de modo injustificado incluso a la práctica de la única prueba acordada que se distanciaba de los implicados: el informe pericial médico forense

Sentencia 132/2024 de 4 de noviembre de 2024. Sala Segunda del Tribunal Constitucional. Recurso de Amparo 1128-2022, contra la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2021. Se declara la nulidad del artículo 1 de los Estatutos impugnados por vulneración de los derechos fundamentales a la no discriminación por razón de género y de asociación: ingreso de mujeres de los actos devocionales.

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional resuelve el recurso de amparo interpuesto contra la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de fecha 23 de diciembre de 2021 que estimó el recurso de casación e infracción procesal contra la sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 22 de diciembre de 2020, confirmatoria de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Santa Cruz de Tenerife de 11 de marzo de 2020, que había estimado la demanda formulada por la recurrente de declarar la nulidad del artículo 1 de los Estatutos impugnados reguladores de una asociación religiosa privada de Tenerife, que no permitía formar parte de la misma a las mujeres.

La recurrente denuncia en el presente recurso de amparo que la exclusión de las mujeres de la posibilidad de asociarse a una hermandad religiosa privada de la isla de Tenerife, a la que ella pretende integrarse, ha vulnerado su derecho a la no discriminación, derecho que el Tribunal Supremo, en su sentencia de 23 de diciembre de 2021, anulando como las sentencias dictadas por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Santa Cruz de Tenerife y por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que reconocieron al recurrente el derecho a integrarse en la asociación religiosa solicitada, en particular el Alto Tribunal ha considerado que las actividades y fines de la misma son exclusivamente religiosos y que no aprecia tampoco una situación de monopolio o exclusividad por parte de la asociación que impida a la recurrente promueva una nueva hermandad, con los mismos fines espirituales y religiosos, integrada por hombres y mujeres.

La imposibilidad de la recurrente de asociarse a la Hermandad es consecuencia de la previsión de sus estatutos ya que en su artículo primero se señala que es una “*asociación religiosa de caballeros*”, siendo fundada por “*los más distinguidos*” de la isla de Tenerife, e inicialmente compuesta por treinta y tres caballeros seglares “*en memoria de los años que Jesucristo estuvo entre los hombres vestido de su santísima humanidad*”, este número fue objeto de ampliaciones hasta que tras nuevas Constituciones de 1892 el número ahora es ilimitado.

Si bien el número de miembros se amplió, no siendo ya necesario ser un “*distinguido*” de la isla para acceder a la asociación, la ampliación de la condición de asociado no se ha visto acompañada en el tiempo por una modificación del genitivo “*de caballeros*”, que al referirse únicamente al varón sigue impidiendo que cuatro siglos después las mujeres pueden

acceder a la hermandad, aun cuando cumplan los requisitos para integrarse en la misma, tal y como vienen recogidos en los estatutos.

Entre los requisitos para ser admitido en la Hermandad, el artículo octavo únicamente prescribe: *“estar bautizado, tener dieciocho años cumplidos, deseos de perfección cristiana y acreditar una conducta moral satisfactoria, tanto en el ámbito personal como social”*, por lo que, tal y como puso de manifiesto de forma acertada el Ministerio Fiscal, la previsión del artículo primero que, con el genitivo de *“caballeros”*, sólo permite a los hombres puedan asociarse a la Hermandad, es la única previsión que en la actualidad impide a la recurrente el acceso a la misma por su condición de mujer.

En primer lugar, cabe establecer la ponderación de los derechos fundamentales en conflicto, es decir, si la exclusión de las mujeres prevista en sus estatutos está amparada por su autonomía religiosa (artículo 16 CE) pues, si este fuera el caso, resultaría ya innecesario examinar su dicha negativa viene amparada por su derecho fundamental de asociación (artículo 22 CE).

Las exigencias de la libertad religiosa y del principio de neutralidad religiosa derivan del artículo 16 CE, los cuales deben conciliarse con la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, pues ningún derecho, ni aún los fundamentales es absoluto o ilimitado.

Precisamente por ello, el artículo 6 LOLR se encarga de establecer que las cláusulas de salvaguarda de la identidad religiosa y carácter propio que pueden regular las instituciones religiosas lo son, en cualquier caso, *“sin perjuicio del respeto de los derechos fundamentales y libertades reconocidos por la Constitución, y en especial de los de libertad, igualdad y no discriminación”*.

Similar limitación recoge el artículo 3.1 LOLR al establecer que *“el ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, la salud y de la moralidad pública. Elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de la sociedad democrática”*.

El Tribunal Constitucional, en el presente recurso de amparo no aprecia que la prohibición de las mujeres a formar parte de la Hermandad obedezca a una valoración o motivación religiosa ni que la decisión de no admitir a las mujeres esté fundada en motivos referidos a la ética o a su organización religiosa.

Por un lado, la propia Hermandad ha explicado en su escrito de alegaciones que la admisión de mujeres en su seno era una cuestión que se estaba debatiendo y de hecho iba a ser abordada en una comisión para luego someter la cuestión a la asamblea general y por otro, el Obispado de Tenerife ha señalado que el Derecho Canónico no impide que las mujeres se integren en hermandados y cofradías, siendo notoria la existencia de otra cofradías y hermandades que admiten a fieles laicos de ambos sexos.

Por tanto, se concluyen que no existen razones de índole religiosa o moral que permitan amparar la restricción por parte de la hermandad de los derechos fundamentales de la recurrente al lícito ejercicio de su derecho fundamental a la libertad religiosa (artículo 16.1 CE), como tampoco puede ser privada del ejercicio de su derecho fundamental al derecho de asociación.

Si bien es cierto que la Hermandad como asociación privada ostenta el derecho a elegir libremente a quién asocia, esta facultad no puede suponer una discriminación por razón de género, cuando la asociación ostente una posición “*privilegiada*” o “*dominante*” en el campo económico, cultural, social o profesional, de manera que la no pertenencia a dicha asociación suponga un quebranto objetivo de los intereses de las mujeres en dichos ámbito,, tal y como ha señalado anteriormente este Tribunal STC 218/1988 y ATC 254/2001.

La igualdad sustantiva entre hombres y mujeres, como este Tribunal viene reconociendo, “*es un elemento definidor de la noción de ciudadanía en nuestro orden constitucional*”, destacando las Sentencias: SSTC 1272008, de 29 de enero, 108/2019, de 30 de septiembre y 71/2020, de 29 de junio.

El Tribunal concluye que la tradición histórica que ha venido legitimando la discriminación directa o indirecta de las mujeres no puede quedar amparada por la libertad de autoorganización de las asociaciones privadas, ya que de lo contrario, no sería posible cumplir con las exigencias que derivan de la expresa exclusión de la discriminación por razón de género y que “*halla su razón concreta, como resulta de los mismos antecedentes parlamentarios del artículo 14 CE, y es unánimemente admitido por la doctrina científica, en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad en que, en la vida social y jurídica estructural frente a la que la prohibición de discriminación por razón de sexo quiere salir al paso consagrando y atribuyendo el derecho que nos ocupa*” __ (STC108/2019, de 30 de septiembre).

Dado que debido a la posición de dominio que la Hermandad ostenta en la realización de los actos devocionales relacionados con la Sagrada Imagen, la recurrente no tiene posibilidad alguna de ejercer esa misma actividad de culto de dicha imagen en otra hermandad o cofradía de la isla de Tenerife.

Por lo tanto, se estima el recurso de amparo dado que la imposibilidad de ingresar en la hermandad por el simple hecho de ser mujer constituye una discriminación por razón de género prohibida por el artículo 14 CE y, que no queda tampoco amparada en la libertad propia de autoorganización de la Hermandad (artículo 22).

VI.- Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de fecha 4 de octubre de 2024 en el Asunto número C-4/23 – Procedimiento Prejudicial planteada conforme al artículo 267 TFUE por el Tribunal de Primera Instancia del Sector 6 de Bucarest, Rumanía – ciudadanía de la Unión – Artículos 20 y 21 ambos del TFUE – Artículos 7 y 45 de la carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Derecho de Libre circulación y de libre residencia en el territorio de los Estados Miembros – Ciudadano de la Unión que ha adquirido legalmente, con ocasión del ejercicio de ese derecho y de su residencia en otro Estado miembro, el cambio de nombre y de su identidad de género – Normativa nacional que no permite tal reconocimiento y anotación, obligando al interesado a iniciar un nuevo procedimiento, de tipo jurisdiccional, de cambio de identidad de género en el Estado de origen – Incidencia de la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea.

El caso, objeto de la Cuestión Prejudicial planteada, es el siguiente:

Un ciudadano de nacionalidad rumana, que fue inscrito en el momento de su nacimiento en Rumanía, de sexo femenino se traslada al Reino Unido en el año 2008 adquiriendo la nacionalidad británica y conservando al mismo tiempo su nacionalidad rumana. En este país en el que residía en el año 2017 cambio su nombre y tratamiento pasando del femenino al masculino, y donde en el año 2020 obtuvo el reconocimiento legal de su identidad de género.

En el mes de mayo de 2021 y sobre la base de dos documentos expedidos en el Reino Unido que acreditan estos cambios, dicho ciudadano solicitó a las autoridades administrativas rumanas que anotaran en su certificado de nacimiento las menciones relativas a su cambio de nombre, sexo y número de identificación personal para que correspondieran al sexo masculino y, solicitando también la expedición de un nuevo certificado de nacimiento con esas nuevas menciones.

Sin embargo, no accedieron a la petición y las autoridades rumanas denegaron estas solicitudes, instándole a iniciar un nuevo procedimiento de cambio de identidad de género ante los órganos jurisdiccionales rumanos.

El ciudadano, ante tal negativa, decidió solicitar ante el órgano jurisdiccional competente de Bucarest que se accediera a su petición y por tanto, se adecuara su certificado de nacimiento a su nuevo nombre y a su identidad de género, reconocida definitivamente en el Reino Unido.

El Tribunal de Bucarest, ante esta petición efectuada, remite la pregunta al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para que éste se pronuncie acerca de si la normativa nacional en la que se basa la decisión denegatoria de las autoridades rumanas es conforme con el Derecho de la Unión y si el Brexit incide en el litigio.

La Gran Sala concluye que, a la luz de los artículos 20 y 21.1, del TFUE y los artículos 7 y 45 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la negativa de un Estado miembro a reconocer el cambio de nombre y de género adquirido legalmente en otro Estado miembro, en este caso el Reino Unido, es contraria a los derechos de los ciudadanos de la Unión Europea. Esto se aplica también si la solicitud de reconocimiento de ese cambio se ha formulado después de la retirada del Reino Unido de la Unión, toda vez que el cambio ya había surtido efecto.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea señala que el cambio de nombre y de identidad de género que originó el litigio se obtuvo, respectivamente, antes del Brexit, y durante el periodo de tiempo posterior. Este cambio debe considerarse, por tanto, adquirido en un Estado miembro de la Unión. El hecho de que el Reino Unido ya no sea un Estado miembro no afecta, en ningún caso, a la aplicación del Derecho de la Unión.

A continuación, el Tribunal de Justicia señala que la negativa de un Estado miembro a reconocer un cambio de identidad de género legalmente adquirido en otro Estado miembro obstaculiza el ejercicio del derecho de libre circulación y de residencia.

El Tribunal remarca que el género, como el nombre, es un elemento fundamental de la identidad personal, por lo que la divergencia entre las identidades resultante de esta negativa de reconocimiento crea dificultades para probar su identidad cotidiana, así como graves inconvenientes profesionales, administrativos y privados.

Por último, el Tribunal considera que esa negativa y el hecho de obligar al interesado a iniciar un nuevo procedimiento de cambio de identidad de género en el Estado miembro de origen, exponiéndolo al riesgo de que conduzca a un resultado diferente al de las autoridades del Estado miembro que han concedido legalmente ese cambio de nombre y de identidad de género, no están justificados.

En este contexto, el Tribunal recuerda que de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se desprende que los estados están obligados a establecer un procedimiento claro y previsible de reconocimiento jurídico de la identidad de género que permita el cambio de sexo, y por tanto, de nombre o código personal digital, en los documentos oficiales de manera rápida, transparente y accesible (TEDH, sentencia 19 de enero de 2021, X. y Y. contra Rumanía; sentencia 1 de diciembre de 2022, A. y D. y otros contra Georgia).

VIII.- Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Los resúmenes que se expondrán a continuación están extraídos de sentencias traducidas con inteligencia artificial y no de sentencias traducidas oficialmente.

Sentencia dictada por el Tribunal Europeo de derechos Humanos (Sección Quinta) de fecha 18 de julio 2024. Demanda número 408622. Caso Hanovs versus Letonia. Artículos 3 y 8. Obligaciones positivas. Investigación efectiva. Discriminación por motivos de orientación sexual. No proteger adecuadamente al demandante de un ataque homófobo garantizando el enjuiciamiento efectivo del autor. No enjuiciar el ataque como un delito motivado por el odio. Condena por mala praxis en procedimientos administrativos y multa de 70 euros por agresión, sin abordar los motivos de odio. Sanción manifiestamente inferior en relación con la gravedad del acto. El recurso a tales procedimientos, el incidente trivializado y la falta de una respuesta energética fomentaron una sensación de impunidad para los delitos motivados por odio.

Los hechos, objeto de esta sentencia, sucedieron en fecha 8 de noviembre de 2020, cuando el demandante y su pareja, ambos hombres, paseaban a su perro hacia el mercado local de Riga, fueron humillados públicamente por los dos acusados al proferirles expresiones denigrantes tales como: *“Put a mierda por el culo”*, *“Quiero tener relaciones contigo”*, al tiempo que uno de los autores pateaba al demandante en las nalgas y con agresividad intentaron darle puñetazos pudiendo zafarse del ataque escondiéndose en una floristería, mientras su compañero llamaba por teléfono a la Policía para que acudieran en su ayuda.

La policía llegó al lugar de los hechos y con la descripción de los autores de la agresión los localizaron, pero no procedieron a su detención ni identificación adecuada, sino que simplemente registraron la identidad que ellos mismos se atribuyeron, de tal manera que la Policía, finalmente, no pudo identificar al segundo hombre, ya que el nombre dado no coincidía con ningún registro en el Registro de Población.

La Policía estatal inició un proceso por vandalismo, en el curso del cual el demandante y su pareja reconocieron fotográficamente al autor de la agresión que pudo ser identificado.

En fecha 18 de mayo de 2021, la Policía puso fin al proceso penal. El investigador concluyó que los hechos denunciados no perturbaron la paz de los demás, ni de ninguna acción comercial, no habiendo testigos en la zona y, la víctima no sufrió daños corporales ni traumas psicológicos, ni buscó apoyo terapéutico alguno, al no darse los elementos del tipo penal considerando como una mera infracción administrativa.

El 19 de junio de 2021, la Policía estatal declaró culpable de *“vandalismo menor”* a quien fue identificado en el lugar de los hechos por la Policía y posteriormente reconocido fotográficamente por las víctimas del ataque.

El demandante apeló la decisión de la policía de poner fin al proceso penal ante el Fiscal supervisor, alegando que el ataque sufrido podía ser constitutivo de un delito de odio.

El Fiscal confirmó la decisión policial, considerando que los hechos no constituían un delito de odio, argumentando que las expresiones vertidas únicamente iban dirigidas al demandante y su compañero, pero no contra todo el colectivo homosexual no incitando a otros al odio, siendo su encuentro no buscado de propósito sino casual.

El demandante acudió a una instancia superior interponiendo recurso de apelación ante un Fiscal de rango superior, alegando que el Estado tenía la obligación de establecer un sistema penal efectivo que exigiera responsabilidades a los responsables de delitos de odio, sin embargo, dicha petición no fue atendida refrendando la decisión de concluir el proceso penal.

Finalmente, el demandante acudió al Fiscal de mayor rango de la Fiscalía General interponiendo recurso de apelación, siendo éste aceptado en fecha 1 de septiembre de 2021, revocándose la decisión de poner fin al proceso penal y, por tanto, devolviendo el caso a la Policía Estatal para que investigara un presunto delito de odio.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos remarca que cuando un solicitante tiene un afirmación discutible de ser víctima de agresiones verbales y amenazas físicas motivadas por actitudes discriminatorias, solamente los mecanismos efectivos de derecho penal pueden garantizar una protección adecuada y servir como elemento disuasorio, por lo que una demanda civil que conduzca a una indemnización, pero no al enjuiciamiento de los responsables, no sería suficiente para que el Estado cumpliera con su obligación procesal de investigar tales actos.

Por tanto, la obligación de las autoridades de investigar eficazmente no depende de que el denunciante asuma un papel activo en la dirección de la investigación.

El Tribunal reitera la obligación que tienen las autoridades nacionales de investigar los ataques motivados por el odio, y de prevenir dicha violencia por particulares investigando cualquier posible conexión entre un motivo discriminatorio y un acto violento que pudiera estar comprendida en el aspecto procesal del artículo 3 de la Convención que señala que *“Nadie será sometido a...tatos inhumanos o degradantes”* o que se manifiesten como una obligación positiva de garantiza el goce de derechos consagrados en el artículo 8.1 de la Convención que remarca que: *“Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada”*.

Además, puede formar parte de las obligaciones de las autoridades en virtud del artículo 14 de la Convención que determina que *“El goce de los derechos y libertades proclamados en la Convención se garantizará sin discriminación”*, o incluso, crear la obligación, en virtud del artículo 13 de la Convención, según el cual se establece que *“Toda persona cuyos derechos y libertades proclamados en la Convención hayan sido violados tendrá derecho a un recurso efectivo ante una autoridad nacional”*, todo lo cual ya fue puesto de manifiesto en la Sentencia TEDH *Beizaras y Levickas versus Lituania* número 41288/15, de 14 de enero de 2020.

Ahora bien, debido a la interacción de las diversas disposiciones, la disposición aplicable debe determinarse en cada caso a la luz de los hechos y de la naturaleza de las alegaciones formuladas.

El Tribunal señala que, en el caso de autos, es posible que el demandante haya escapado de lo peor del ataque y no haya sufrido lesiones efectivas. Sin embargo, incluso en ausencia del daño o sufrimiento intenso, una amenaza de comportamiento prohibida por el artículo 3, siempre que sea suficientemente real e inmediata, puede ser contraria a dicha disposición (*caso Grupo de Apoyo a las Incitativas de la Mujer y otros c. Georgia* números 73204/13 y 74959/13 de 16 de diciembre de 2021). Hay otros factores incluyen el propósito por el cual se infligieron los malos tratos, junto con la intención o motivación detrás de ellos. Así, pues, el trato discriminatorio puede, en principio, equivaler a un trato degradante en el sentido del artículo 3 cuando alcanza un nivel de gravedad tal que constituye una frente a la dignidad humana.

En cualquier caso, los comentarios discriminatorios y los insultos racistas deben considerarse como agravantes al examinar un caso concreto de maltrato a la luz del artículo 3.

El Tribunal observa, además, que el objetivo de la agresión verbal y física era evidentemente asustar al demandante y a su pareja para que desistieran de expresar públicamente su afecto.

La Corte considera que los ataques contra las personas LGTBI, provocados por expresiones de afecto, constituyen una afrenta a la dignidad humana al dirigirse contra las expresiones universales de amor y compañía. El concepto de dignidad va más allá del mero orgullo personal o de la autoestima y, abarca el derecho a expresar la propia identidad y el afecto sin temor a represalias o violencia. Ataque como el del presente caso no solamente atentan contra la seguridad física de las víctimas, sino también contra su bienestar emocional y psicológico, convirtiendo un momento de intimidad en uno de miedo y trauma. Además, humillan y degradan a las víctimas transmitiendo un mensaje de inferioridad en sus identidades y expresiones, por lo que entran en el ámbito de aplicación del artículo 3 de la Convención.

Más allá de constituir una afrenta a la dignidad humana, los ataques contra las personas que forman parte del colectivo LGTBI motivados por muestras de afecto afectan profundamente a su vida privada. El miedo y la inseguridad que infunden estos actos inhiben la capacidad de las víctimas para expresar abiertamente sus emociones humanas fundamentales y las obligan a la invisibilidad y la marginación. La amenaza de la violencia compromete su capacidad de vivir auténticamente y los obliga a ocultar aspectos esenciales de su vida privada para evitar daños. En consecuencia, tales ataques pueden restringir su libertad de gozar del derecho al respeto de la vida privada consagrado en el artículo 8 de la Convención, así como las parejas de distinto sexo, imponiendo así un estándar diferenciado a su expresión de identidad y relaciones.

En todos los casos, un elemento fundamental de las obligaciones del Estado es el deber de realizar una investigación capaz de esclarecer los hechos, identificar y, en su caso, sancionar a los responsables.

Cuando se sospecha que actitudes discriminatorias han inducido a un acto violento, es particularmente importante que la investigación oficial se lleve a cabo con vigor e imparcialidad, teniendo en cuenta la necesidad de reafirmar continuamente la condena de la sociedad a esos actos y de mantener la confianza de los grupos minoritarios en la capacidad de las autoridades para protegerlos de la violencia motivada por la discriminación.

El cumplimiento de las obligaciones positivas del Estado exige que el ordenamiento jurídico interno demuestra su capacidad para hacer cumplir el derecho penal contra los autores de esos actos violentos. Sin un enfoque estricto por parte de las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley, los delitos motivados por el odio serían inevitablemente tratados en pie de igualdad con los casos ordinarios que carecen de tales connotaciones, y la indiferencia resultante equivaldría a la aquiescencia oficial a los delitos de odio, o incluso la connivencia con ellos.

El Tribunal concluye que el Estado demandado incumplió su obligación establecida en los artículos 3 y 8 de la Convención, en relación con el artículo 14, de proporcionar una protección adecuada a la dignidad y a la vida privada del demandante garantizando el enjuiciamiento efectivo del ataque contra él, teniendo en cuenta al mismo tiempo el motivo de odio que subyacía al ataque. El Tribunal hace hincapié en la importancia crucial de que los estados contratantes aborden la impunidad en los casos de delitos motivados por el odio, ya que suponen una amenaza significativa para los derechos fundamentales protegidos por la Convención. Si no se abordan estos incidentes, se puede normalizar la hostilidad hacia las personas LGTBI, perpetuar una cultura de la intolerancia y discriminación y fomentar nuevos actos de naturaleza similar.

En consecuencia, se ha producido una violación de los artículos 3 y 8 de la Convención, en relación con el artículo 14 de la misma.

Sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Segunda) de fecha 19 de noviembre de 2024. Demanda número 39468/17. Caso Clipea y Grosu versus La República de Moldova. Artículo 3. Condiciones materiales en un hospital psiquiátrico durante un periodo determinado de tratamiento considerado involuntario y equivalente a un trato inhumano o degradante. Investigación ineficaz de las denuncias de malos tratos por parte del personal del hospital y/o de otros pacientes. Dificultad para determinar el fondo de las alegaciones, en particular debido a las deficiencias de la investigación.

El presente caso se refiere a:

Las condiciones materiales inhumanas que contravienen el artículo 3 del Convenio en un hospital psiquiátrico donde los demandantes se someten periódicamente a un tratamiento voluntario por discapacidad intelectual.

El trato discriminatorio de los demandantes en violación del artículo 14 del Convenio.

En cuanto a los hechos, objeto de la sentencia son los siguientes:

Los demandantes son dos personas con discapacidad intelectual que se someten periódicamente a un tratamiento en el Hospital Psiquiátrico Clínico, siendo el primer demandante tratado en dicho hospital unas 24 veces desde el año 2006, mientras que el segundo solicitante lo fue unas 28 veces desde el año 1986.

En el pasado, por lo general eran llevados allí, a petición de la policía y/o de miembros de sus familias, especialmente en el caso del primer solicitante, a petición de la madre que es su tutora, porque estaban pasando una crisis y representaban un peligro para ellos mismos: las partes no han informado al Tribunal de las circunstancias exactas en las que cada demandante fue admitido en el hospital y, en particular, si firmaron algún documento que confirmara su consentimiento libre e informado para ser tratados allí.

Los demandantes señalaron haber recibido trato inhumano y degradante exponiendo los mismos: no permitirles salir a pasear, obligados a limpiar estancias, incluidos los aseos, habérseles sustraído efectos y golpeado por otros pacientes, haber estado inmovilizados en la cama y haber contraído enfermedades de la piel por las malas condiciones sanitarias y de salubridad.

El Fiscal, tras la notificación del Consejo en fecha 10 de febrero de 2014 de la posible comisión de actos de trato inhumano y degradante, inició la investigación que suspendió en fecha 24 de septiembre de 2014, siendo el motivo aducido que los demandantes se negaron a ser sometidos a un examen psiquiátrico y psicológico.

Esta decisión fue confirmada por el Fiscal en fecha 11 de noviembre de 2014, justificándolo textualmente:

“Las personas con capacidad jurídica limitada y, en estas circunstancias, no siempre eran capaces de comprender completa y correctamente las cosas que sucedían en determinadas

circunstancias”, y, además, alega que los demandantes se negaron a someterse a la evaluación psiquiátrica y psicológica requerida y destinada a establecer los hechos, en los que estuvieron involucrados mientras recibían tratamiento en el hospital.

Posteriormente, dicha decisión de suspender la investigación fue avalada por el Fiscal Superior, por el Tribunal de Distrito Central de Chisinau y por el Tribunal de Apelación de Chisinau, argumentando la falta de acervo probatorio, pudiendo los demandantes acudir a la vía civil para efectuar la reclamación económica correspondiente.

El Gobierno sostuvo que los demandantes habían sido tratados en buenas condiciones, con comidas de buena calidad, calefacción central, baños y duchas bien equipados y limpios, ventanas grandes y habitaciones limpias y ordenadas como lo demuestran la visita del Fiscal y las fotografías tomadas y, considerando que las alegaciones de los demandantes habían sido exhaustivas y el Fiscal había llevado a cabo todas las medidas de investigación razonables.

La intervención del tercero coadyuvante, concretamente la del Comisario de Derechos Humanos del Consejo General de Europa fue trascendente, argumentando que la actitud hacia la salud mental estaba experimentando un profundo cambio de paradigma a nivel internacional y en particular, la coerción, ya no podía darse por sentada en psiquiatría y el consentimiento libre e informado de las personas interesadas debe ser la base de las decisiones que se adopten en relación con ellas.

La sentencia dictada por la Sección Segunda del Tribunal Europeo de Derechos Humanos exige que los Estados adopten medidas destinadas a garantizar que las personas bajo su Jurisdicción no sean sometidas a malos tratos, incluidos los malos tratos administrados por particulares.

Los malos tratos deben alcanzar un mínimo de gravedad para que entren en el ámbito de aplicación del artículo 3 del Convenio. La valoración de este mínimo es relativa, dependiendo de todas las circunstancias del caso, como la duración del tratamiento, sus efectos físicos y mentales y, en algunos casos, el sexo, la edad y el estado de salud de la víctima. Si bien, la finalidad de ese trato es un factor que debe tenerse en cuenta, en particular, la cuestión de si tenía por objeto humillar y degradar a la víctima.

Al evaluar las pruebas el Tribunal ha aplicado en general el estándar de prueba “*más allá de toda duda razonable*” la cual puede derivarse de la coexistencia de inferencias suficientemente sólidas, claras y concordantes o de presunciones de hecho similares no refutadas (Caso Aquipyan v. Ucrania, número 12317/06, de 5 de junio de 2014).

Para determinar si se ha alcanzado el umbral de severidad para la aplicación del artículo 3, el Tribunal tiene en cuenta otros factores, tales como en particular y teniendo como referencia el Caso Khalaifia y otros v. Italia, número 16483/12 de 15 de diciembre de 20216):

- a) El propósito por el cual se infligieron los malos tratos, junto con la intención o motivación que los motivó, aunque la ausencia de intención de humillar o degradar a

la víctima no puede excluir de manera concluyente su calificación como “*degradante*” y, por tanto, prohibida por el artículo 3.

- b) El contexto en el que se infligieron los malos tratos, como atmósfera de tensión y emociones exacerbadas.
- c) Si la víctima se encuentra en situación de vulnerabilidad.

En el presente caso, el Tribunal observa que ninguno de los demandantes fue sometido formalmente a un tratamiento involuntario, sin embargo, no hay nada en los Autos que confirme que los demandantes firmaron algún documento en el que dieran su consentimiento libre e informado para su tratamiento en el hospital.

Tal y como señala el Comisario de Derechos Humanos y el propio Tribunal la hospitalización de un paciente psiquiátrico, ya sea voluntaria o involuntaria, implica inevitablemente un cierto nivel de restricción, incluso las personas que son admitidas voluntariamente a tratamiento psiquiátrico a menudo pierden el control sobre sus opciones de tratamiento una vez ingresan al sistema, con la lógica institucional y coercitiva tomando el control. Los pacientes en tales situaciones a menudo no tienen los medios para oponerse a dichas prácticas, siendo este último, el caso de los demandantes ya que se les negó el acceso a los paseos exteriores, y a veces los ataron a su cama utilizando la fuerza.

El testimonio de otro paciente y de uno de los médicos, confirma que había una política general de restricción de ciertos derechos como el de pasear al aire libre debido a la falta de personal; la práctica de asignar números de código a los pacientes, que restringía derechos en diversos grados, lo cual no era oficial, y por tanto, al no estar registrada dicha práctica, no podía ser impugnada de ninguna manera.

Asimismo, el carácter cerrado de la institución también se pone de manifiesta en la incapacidad de una autoridad estatal especializada en la protección contra la discriminación de evaluar las condiciones del hospital después de haber informado previamente de su visita.

Por último, cabe señalar que el Gobierno no ha aportado ninguna prueba de que los demandantes hayan sido informados de su derecho a abandonar el hospital a su propia discreción. Y los demandantes y abogado no estaban suficientemente informados del curso de la investigación, de tal manera que el abogado tuvo que solicitar actualizaciones en varias ocasiones.

El Tribunal subraya, tras lo expuesto, que la investigación había sido superficial e incompleta y la decisión adoptada de suspensión de esta, no había sido suficientemente motivada, dado que la Fiscalía no exploró la posibilidad de que el examen psicológico de los demandantes lo fuera por médicos de otra institución distintos de los propios médicos de ésta, los cuales eran parte interesada en el procedimiento.

El Tribunal concluye:

- 1.- Declarar admisible la demanda por mayoría.
- 2.- Declara, por seis votos contra uno, que ha habido una violación del artículo 3 del Convenio con respecto a las condiciones materiales del trato de los solicitantes.
- 3.- Declara, por seis votos contra uno, que ha habido una violación del artículo 3 del Convenio a la investigación de las alegaciones de los demandantes.
- 4.- Declara por unanimidad que no ha habido violación del artículo 3 del Convenio en relación con los malos tratos que manifestó haber sufrido el primer demandante por el personal sanitario y/o otros pacientes del hospital.
- 5.- Declara por seis votos contra uno, que ha habido una violación del artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 3 del Convenio.

Se fija la cantidad de económica de 7500 euros más los impuestos que puedan ser exigibles, que deberá hacer efectivo el Estado demandado en favor de cada uno de los demandantes, en concepto de daños morales.