



Contra el Odio, el Supremacismo y la Violencia



Racismo-Xenofobia-Antisemitismo-Islamofobia-Antigitanismo
Homofobia-Misoginia y otras formas de Intolerancia



CONTRA EL ODIO, EL SUPREMACISMO Y LA VIOLENCIA

- Denuncias en Cataluña por presunto Supremacismo y Delitos de Odio
- Alsasua y la circunstancia agravante por razón ideología
- Sentencia Audiencia Nacional nº 17/2018 (extracto)
- Apelación Sala Audiencia Nacional. Sentencia nº 2/2019 (extracto)
- Recurso Casación. Fundamento de derecho quinto y Voto particular (extracto)

Movimiento contra la Intolerancia

Carta al Lector

Estimado/a amigo/a:

Te agradecemos el interés por el trabajo de “Movimiento contra la Intolerancia”. El cuaderno que ahora tienes en tus manos ha nacido de la inquietud que nos mueve por el incremento de actitudes y conductas racistas, xenófobas, antisemitas y discriminatorias en nuestra sociedad.

Pensamos que una de las claves para evitar el desarrollo de estas actitudes es llevar a las aulas, a los centros culturales y a las asociaciones una discusión en profundidad del tema y enfocarlo positivamente, mostrando las ventajas de una cultura de la diversidad.

Una cultura que convierta la energía inconformista de los y las jóvenes en transformación social solidaria, que apueste por la igualdad de trato, de derechos y deberes para todos; una transformación donde el deseo de autonomía afirme la libertad y tolerancia que debe presidir una democracia participativa apoyada en el noble valor de valentía cívica para defender cotas más elevadas de justicia social, donde nadie por su color, cultura, religión, sexo, creencia, nación u orientación sea excluido; una transfor-

mación que cierre el paso a la intolerancia, al viejo y nuevo racismo, a quienes creen que hay colectivos superiores o a quienes creen que la diferencia priva de la condición de igualdad en derechos o dignidad, y que cierre camino a los fanatismos, integrismos o nacionalismos excluyentes, a todas aquellas expresiones que empujan al ser humano al momento de las peleas cainitas.

La calidad de este cuaderno que aquí te presentamos es para nosotros altamente satisfactoria y pensamos que puede ser muy útil para tu trabajo, estudio, asociación o centro cultural.

Nos damos cuenta de que los textos que publicamos son sólo un primer paso y que el momento realmente importante está en su utilización para el debate y la dinámica social que tú puedas llevar a cabo. Contamos contigo para ello.

Recibe un cordial saludo y nuevamente nuestro agradecimiento por tu interés.

Esteban Ibarra

Presidente Movimiento contra la Intolerancia

Contenido

1.- CONTRA EL ODIO, EL SUPREMACISMO Y LA VIOLENCIA	5
2.-DENUNCIAS EN CATALUÑA, EN RELACIÓN CON EL SUPREMACISMO Y LOS DELITOS DE ODIO:	
2.1.- Denuncia ante la Fiscalía del TSJC al Sr. Torra por presunto Supremacismo.	7
2.2.-Denuncia ante Fiscalía, a un Líder de la Crida por presunto Delito de Odio	16
3.- ALSASUA Y LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE POR RAZÓN DE IDEOLOGÍA.....	19
ESTEBAN IBARRA	
3.1.- Sentencia Audiencia Nacional nº 17/2018 (extracto). Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal....	22
3.2.- Recurso de Apelación Sala Audiencia Nacional. Sentencia nº 2/2019 (extracto)	25
3.3.- Recurso Casación número: 10194/2019 extracto. Fundamento de derecho quinto.....	33
Voto particular de dos magistrados.....	37



Declaración de Principios sobre la Tolerancia

16 de Noviembre de 1995

Artículo 1. Significado de la Tolerancia

1.1 **La Tolerancia consiste en el respeto, la aceptación y el aprecio de la rica diversidad de las culturas de nuestro mundo, de nuestras formas de expresión y maneras distintas de manifestar nuestra condición humana.** La fomentan el conocimiento, la actitud de apertura, la comunicación y la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. La tolerancia consiste en la armonía en la diferencia. No sólo es un deber moral, sino además una exigencia política y jurídica. La tolerancia, la virtud que hace posible la paz, contribuye a sustituir la cultura de guerra por la cultura de paz.

1.2 Tolerancia no es lo mismo que concesión, condescendencia o indulgencia. Ante todo, la tolerancia es una actitud activa de reconocimiento de los derechos humanos universales y las libertades fundamentales de los demás. En ningún caso puede utilizarse para justificar el quebrantamiento de estos valores fundamentales. La tolerancia han de practicarla los individuos, los grupos y los Estados.

1.3 La Tolerancia es la responsabilidad que sustenta los derechos humanos, el pluralismo (comprendido el pluralismo cultural), la democracia y el Estado de derecho. Supone el rechazo del dogmatismo y del absolutismo y afirma las normas establecidas por los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos.

1.4 Conforme al respeto de los derechos humanos, **practicar la tolerancia no significa permitir la injusticia social** ni renunciar a las convicciones personales o atemperarlas. Significa que toda persona es libre de adherirse a sus propias convicciones y acepta que los demás se adhieran a las suyas. Significa aceptar el hecho de que los seres humanos, naturalmente caracterizados por la diversidad de su aspecto, su situación, su forma de expresarse, su comportamiento y sus valores, tienen derecho a vivir en paz y a ser como son. También significa que uno no ha de imponer sus opiniones a los demás.

Artículo 2. La función del Estado

2.1 En el ámbito estatal, la tolerancia exige justicia e imparcialidad en la legislación, en la aplicación de la ley y en el ejercicio de los poderes judicial y administrativo. Exige también que toda persona pueda disfrutar de oportunidades económicas y sociales sin ninguna discriminación. La exclusión y la marginación pueden conducir a la frustración, la hostilidad y el fanatismo.

2.2 A fin de instaurar una sociedad más tolerante, los Estados han de ratificar las convenciones internacionales existentes en materia de derechos humanos y, cuando sea necesario, elaborar una nueva legislación, que garantice la igualdad de trato y oportunidades a todos los grupos e individuos de la sociedad.

2.3 Para que reine la armonía internacional, es esencial que los individuos, las comunidades y las naciones acepten y respeten el carácter multicultural de la familia humana. Sin tolerancia no puede haber paz, y sin paz no puede haber desarrollo ni democracia.

2.4 **La intolerancia** puede revestir la forma de la marginación de grupos vulnerables y de su exclusión de la participación social y política, así como de la violencia y la discriminación contra ellos. Como confirma el Artículo 1.2 de la Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales, "todos los individuos y los grupos tienen derecho a ser diferentes".

CONTRA EL ODIO, EL SUPREMACISMO Y LA VIOLENCIA

El supremacismo es consustancial a todo nacionalismo excluyente, sea étnico o político. En Cataluña viene de lejos, estuvo ahí desde hace siglos, también en el País Vasco y sin olvidar al españolismo rancio. El nacionalismo excluyente defiende la *supremacía*, (preeminencia o superioridad jerárquica), avalada por una doctrina o escuela de pensamiento (*-ismo*), *que se alimenta de una* corriente de pensamiento identitario alentado por sus élites, pensamiento que eleva la identidad cultural, la lengua a mito, considerándola algo sagrado e inamovible. Se correlaciona habitualmente con la xenofobia, el victimismo y el inmovilismo, teorizados a veces como nacionalismo redentor y excluyente. Es abiertamente etnocentrista, promueve la etno-diferencia y rechaza el mestizaje y la práctica intercultural. Si se le añaden dosis de **incitación al odio** para alentar, promover o difundir por cualquier medio el odio radicado en la intolerancia, ese sentimiento tan “humano” de odio, de antipatía y aversión hacia personas o grupos sociales cuyo mal se desea, se están construyendo sujetos fanáticos, gentes con una adhesión rígida e idolátrica, de actitudes, conductas o manifestaciones que desarrollan con pasión exagerada y desmedida la defensa de esa idea, teoría, creencia, ...de su proyecto revolucionario: la secesión de España.

El supremacismo tiene proyección diversa, es peligroso y hoy muy visible en ámbitos políticos, religiosos o futbolísticos, es populista y totalitario, busca una adhesión incondicional a su causa, a su verdad única o a una persona, supera toda racionalidad y, con objeto de imponer su voluntad, puede ejercer cualquier acción de intolerancia, incluido el crimen. **Es maniqueísta**, en sentido de manipular y reducir la realidad para no admitir matices, considerando las diferencias de forma radical, encerrándose en pocas categorías contrapuestas: “catalanes” y “anticatalanes”; “vascos” y “antivascos”, “español” y “antiespañol”, etc. obviando que interpretarse español no es antónimo de vasco o catalán. Su negación a la diversidad, su dogmatismo y autoritarismo, va unido a su radical negativa de Libertad y Tolerancia, esenciales como valores democráticos.

Tras numerosos conflictos sociales, crímenes de odio, actos de terrorismo, masacres, limpiezas étnicas y guerras se halla la **intolerancia de los fanáticos**. Si ese “a por ellos” deriva en **acto violento**, en uso deliberado de la fuerza física o el poder, para el fanático siempre justificado, sea en grado de amenaza o efectivo contra otra persona, un grupo o comunidad, incluso contra uno mismo, bien cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones, entonces descubre su horizonte. Para **el fanático**, el fin justifica los medios, “vale todo”, y aspira a convertir la violencia en la “partera de la historia”, olvidando que la **violencia siempre es totalitaria**. La violencia implica no solo el uso de la fuerza, conlleva además la violación de derechos fundamentales; es un modo de proceder fuera de la razón y de la justicia. Quienes promueven y practican la violencia en una sociedad democrática, no son “gente de paz”.

No obstante, conviene no perder de vista la apreciación de nuestro **Tribunal Supremo** respecto a la motivación ideológica de lo que de ser interpretado como delito de odio o delito por motivación de intolerancia, al hablar de la circunstancia agravante del 22.4 del C.P., en la STS 314-2015: “... los valores de antirracismo o la tolerancia ideológica y religiosa son valores esenciales de la convivencia, y el derecho penal debe cumplir su función de asentar tales valores en el seno del tejido social, de ahí que entendemos positiva su incorporación al Código Penal ...”; y sigue diciendo, “... 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 las 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 otros derechos constitucionales ...”.

La incitación al odio, motivado por cualquier forma de intolerancia hacia nuestros semejantes diversos, no necesita provocar un hecho violento, de hostilidad o discriminación. **El discurso de odio**, la propaganda que precede a la acción, difundido por redes sociales, internet, música y otros medios ataca la dignidad y derechos de las personas, puede ser un delito. A este respecto, la incitación por motivos de racismo, xenofobia o cualquier otra forma de intolerancia, está considerado delito de odio, conforme al art. 510 de nuestro Código Penal, de ahí la importancia de encarar **la lucha judicial** que debe de apuntar a la universalidad de protección, o sea, en todo lugar, tiempo y para toda persona, frente a **los delitos de odio**.

Esteban Ibarra
Presidente de Movimiento contra la Intolerancia
Secretario Gral. Consejo de Víctimas de Delitos de Odio



Denuncias en Cataluña, en relación con el Supremacismo y los Delitos de Odio

Sobre las denuncias ante la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña al Sr. Torra por presunto supremacismo identitario, étnico o racial y a un líder de la CRIDA por un presunto delito de odio

Durante el mes de mayo de 2018, **Movimiento contra la Intolerancia** presentaba a la **Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña**, una denuncia por una serie artículos realizados por Don Joaquim Torra i Pla, President de la Generalitat de Catalunya, que podrían ser constitutivos de un Delito de Odio, artículos que se encuentran subidos a Internet, a las redes sociales y que están al acceso de cualquier persona, desde su publicación hasta el día de hoy. Tras conocer las informaciones sobre los twist y artículos difundidos por el Presidente de la Generalitat, el Sr. Quim Torra y más allá del debate político y la discusión legal sobre los procesos estratégicos que deriven en la separación o independencia de Cataluña, **a efectos de discurso de odio** por estos textos divulgados en diversos medios de comunicación queremos significar que los mensajes y expresiones en sus escritos, a día de hoy accesibles, se realizan manifestaciones que vierten mensajes que van desde el **supremacismo identitario, étnico o racial, hasta la legitimación de la confrontación violenta**, apelando al recuerdo de los hermanos Badía referido a la Republica Catalana en los años 30 y , en consecuencia, podrían ser interpretadas como un presunto delito contra las libertades y derechos fundamentales tipificado por el 510 del Código Penal, por lo que Movimiento contra la Intolerancia presentó la correspondiente denuncia.

Estos artículos divulgados, **a efectos de discurso de odio**, chocan con la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* a la que España se adhirió el 13 de septiembre de 1968 y que en su artículo 4 establece que “Los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en **ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico**, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma (..) añadiendo que: “Declararán como **acto punible** conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación (...)”

El **discurso de odio** definido por Comité de Ministros del **Consejo de Europa** en su resolución (20) de 1997 expresa que “abarca todas las formas de expresión que **propaguen, inciten, promuevan o justifiquen** el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras las formas de odio basadas en la intolerancia, incluida la intolerancia expresada por **agresivo nacionalismo y el etnocentrismo**, la discriminación y la hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas de origen inmigrante”. Este concepto ha sido complementado por la **Comisión Europea contra el**

Racismo y la Intolerancia del mismo organismo en marzo de 2016 por su Recomendación nº 15 donde reitera que deberá entenderse *“como fomento, promoción o instigación, en cualquiera de sus formas, del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos, estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones por razones de “raza”, color, ascendencia, origen nacional o étnico, edad, discapacidad, lengua, religión o creencias, sexo, género, identidad de género, orientación sexual y otras características o condiciones personales”*.

Esta apreciación que realiza Movimiento contra la Intolerancia está sostenida por 10 artículos escritos por Quim Torra, entre los numerosos que elaboró, y que aportamos como referencia a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Además acompaña la denuncia una Fundamentación de Derecho en el que se hace referencia a CINCO sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y TRES sentencias recogidas del Tribunal Constitucional y el Supremo en España, significando que estos artículos mantienen su presencia en Internet y no se ha procedido a su retirada, por lo que podrían ser constitutivos de un delito contra las libertades y derechos fundamentales tipificado por el 510 del Código Penal.

Hemos valorado las manifestaciones realizadas por el Sr. Quim Torra, no solo los twits, sino en sus artículos, **aún presentes en medios digitales e internet que no ha procedido a su retirada**, como es el caso del texto, entre otros, publicado en El Món con título **“La llengua i les bèsties”**, que ha indignado al conjunto de la ciudadanía española al trasladar públicamente mensajes del tenor: *“Ara mires al teu país i tornes a veure parlar les bèsties. Però són d’un altre tipus. Carronyaires, escurçons, hienes. Bèsties amb forma humana, tanmateix, que glopegen odi. Un odi pertorbat, nauseabund, com de dentadura postissa amb verdet, contra tot el que representa la llengua. Són aquí, entre nosaltres. Els repugna qualsevol expressió de catalanitat. És una fòbia malaltissa. Hi ha alguna cosa freudiana en aquestes bèsties. O un petit sotrac en la seva cadena d’ADN. Pobres individus! Viuen en un país del que ho desconeixen tot: la seva cultura, les seves tradicions, la seva història. Es passegen impermeables a qualsevol esdeveniment que representi el fet català. Els crea urticària. Els rebota tot el que no sigui espanyol i en castellà.”*

Así mismo, el **Código Penal** en cuanto al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas, en su **artº 510.1**, sostiene que cometen delitos : *“Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.”*

Y las expresiones manifestadas en los mensajes son especialmente graves en un **contexto de agitación en Cataluña** para una ilegal y unilateral modificación de fronteras, así como por la profunda confrontación social y política, como las referidas en el artículo titulado **“La llengua i les bèsties”** donde refiere a los españoles con: *“Ahora miras a tu país y vuelves a ver hablar a las bestias. Pero son de otro tipo. Carroñeros, víboras, hienas. Bestias con forma humana, sin embargo, que destilan odio. Un odio perturbado, nauseabundo, como de dentadura postiza con moho, contra todo lo que representa la lengua (...)”*, o en el artículo titulado **“Els germans Badia, avui”** donde manifiesta: *“Yo quiero el Presidente de la República Catalana aquí, a mi lado, a nuestro frente. Estos jóvenes lo necesitan aquí. Intransigente, optimista, paramilitar, visionario, persistente, hombre de estado, feroz.(...)”*

En consecuencia, **Movimiento contra la Intolerancia** puso en conocimiento de la **Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña** estos mensajes para que se proceda a la investigación de los hechos denunciados, **el interrogatorio de Quim Torra sobre los**

mismos y se depuren las responsabilidades por si fueran constitutivos de delitos contra el ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas, también conocidos como **delitos de odio**.

ARTÍCULOS ESCRITOS POR QUIM TORRA, (TEXTOS CON TRADUCCIÓN AL CATALÁN)

- 1.- Con fecha **8 de septiembre del 2.015**, está el artículo *‘El PSC y la cabra catalana’*, sito en la dirección electrónica del digital “**ElMon**”, http://elmon.cat/opinio/8825/el_psc_i_la_cabra_catalana_68028, en el que realiza las siguientes manifestaciones:

“La última vez que se vio un ejemplar de socialista catalán ya hace muchos años, a mediados del 70 del siglo pasado. Tenía nombre, llamado José Pallach. De hecho, la raza del socialista catalán, que durante la República contó con un rebaño considerable, y unos nombres de prestigio como Serra y Moret o Rafael Campalans, había entrado en un proceso de decadencia ineluctable, por la mezcla con la raza del socialista español. Las esperanzas puestas en el ejemplar Josep Pallach, desgraciadamente, se vieron frustradas, por una muerte prematura. Aquello va a acelerar el final. Los cruces con la raza del socialista español fueron aumentando y aumentando, hasta llegar a mutar el propio ADN de los autóctonos. Hoy nada es más igual a un socialista catalán que un socialista español. La vieja y honorable raza del socialista catalán se dará por extinguida, aunque, de manera totalmente acientífica, haya ciertos individuos que se reclamen continuadores.”

- 2.- El artículo titulado **“La llengua i les bèsties”**, del digital “**elmon**”, sito en la dirección electrónica <http://elmon.cat/opinio/5052/elcinefil.cat>, en el que realiza las siguientes manifestaciones:

*“En casa los padres corría un viejo ejemplar de un libro que todos los hermanos habíamos leído: **De cuando las bestias hablaban**, de en Manuel Folch y Torres. El padre era inflexible y, como en *La rosa i l’anell* de Thackeray i en *Bolavà* de Josep Maria Folch i Torres, consideraba que uno no podía hacerse grande sin haberlos leído. Era un libro delicioso donde lechuzas, osos, elefantes, cervatones y moscardones hablaban, una compilación de patrañas destinadas a la educación de los niños.*

Ahora miras a tu país y vuelves a ver hablar a las bestias. Pero son de otro tipo. Carroñeros, víboras, hienas. Bestias con forma humana, sin embargo, que destilan odio. Un odio perturbado, nauseabundo, como de dentadura postiza con moho, contra todo lo que representa la lengua.

Están aquí, entre nosotros. Les repugna cualquier expresión de catalanidad. Es una fobia enfermiza. Hay algo freudiano en estas bestias. O un pequeño bache en su cadena de ADN. ¡Pobres individuos! Viven en un país del que lo desconocen todo: su cultura, sus tradiciones, su historia. Se pasean impermeables a cualquier evento que represente el hecho catalán. Les crea urticaria. Les rebota todo lo que no sea español y en castellano. Tienen nombre y apellidos las bestias. Todos conocemos alguna. Abundan las bestias. Viven, mueren y se multiplican. Una de ellas protagonizó el otro día un incidente que no ha llegado a Catalunya y merece ser explicado, como un ejemplo extraordinario de la bestialidad de estos seres. Pobres bestias, no pueden hacer más [...] Pero ¿por qué hay que movilizarse cada vez? ¿Cuándo acabarán los ataques de las bestias? ¿Cómo podemos en 2008 aguantar tanta vejación, tanta humillación y tanto desprecio?”

- 3.-El artículo **“Llanos de Luna o la “normalidad” de hablar en español en Cataluña”**, en digital **“elmati”**, dirección electrónica <http://www.elmati.cat/article/2059/llanos-de-luna-o-la-normalitat-de-parlar-en-espanyol-a-catalunya> , en el que realizan las siguientes manifestaciones:

*“Hoy, sin embargo, en la Subdelegación del Gobierno, en un ejercicio que sólo Dios nuestro Señor sabe lo que le habrá costado, ha soltado cuatro frases en catalán, gesto de una extrema magnificencia y que, como buenos colonos, deberíamos agradecerle. Prescindimos, pero, de esta anomalía y vamos a lo importante: la “normalidad” con el que algunos hablan con español en Cataluña. Aquí parece que las cosas son como son porque la madre naturaleza nos ha hecho así. Es decir, aquí parece que la ruina cultural del país y la derrota y el retroceso de nuestra lengua sean hechos que se han producido sin causa detrás, porque sí, porque tocaba, porque tenían que pasar. Ayer llovió y hoy ya sólo hablamos catalán menos del 50% de la población. Qué cosas. Debemos ser el único pueblo sin historia del mundo. ... **No, no es nada natural hablar en español en Cataluña. No quiso hablar la lengua propia del país es el desarraigo, la provincialización, la voluntad persistente de no querer asumir las señales de identidad de donde se vive.** La lengua, cualquier lengua de cualquier país del mundo, es el alma de la patria. Sin lengua no hay país. Y cuando se decide no hablar en catalán está decidiendo dar la espalda a Cataluña”*

- 4.- El artículo titulado **“Guanyen perquè ens esgoten”**, en la dirección electrónica del digital **“elmati”** <http://www.elmati.cat/article/567/quin-deteriorament> ,” realiza las siguientes manifestaciones:

“...En Barcelona siempre te acaba pasando que te adelanta un grupo de niños y niñas hablando en castellano [...] Sales a la calle y nada indica que aquello sea la calle de tus padres y tus abuelos: el castellano avanza, impecable, voraz, rapidísimo. Abres los diarios o miras la televisión y te hablan de cosas que no tienen nada que ver contigo y tu mundo”.

- 5.-El artículo titulado **“Día de la raza”, però quina raça?”**, sito en la dirección del digital **“elmati”**, <http://www.elmati.cat/article/1212/dia-de-la-raza-pero-quina-raca> realiza las siguientes manifestaciones:

“España, esencialmente, ha sido un país exportador de miseria, material y espiritualmente hablando. Todo lo que ha sido tocado por los españoles se ha convertido en fuente de discriminaciones raciales, diferencias sociales y subdesarrollo. La “Madre Patria” ha acabado devorando siempre a sus hijos y les ha dejado la peor de las herencias: una identidad contrahecha, una memoria extirpada, la suburbialización mental.”

- 6.- El artículo **“Gabancho, Sostres i Joel Joan: l’orgull de ser català”**, sito en la dirección electrónica https://web.archive.org/web/20090116010049/http://www.elsingulardigital.cat:80/cat/notices/gabancho_sostres_i_joel_joan_l_orsquo_orgull_de_ser_catal_29425.php del digital **“elsingulardigital”**, en el que realizan las siguientes manifestaciones:

*“Sí, hay gente que ha dejado de soñar con tortillas -españolas- y hacen de su vida un ejercicio diario de compromiso. Ante tanto nacionalista de regional preferente, catalanistas al baño maría, tibios y assenyadíssims, masoquistas de España en la que se dan una vez y otro, aquí hay gente que ha dicho basta y, cada uno a su manera, combate por unas ideas y un país. **Gente que ya se ha olvidado de mirar al Sur y vuelve a mirar al Norte, donde la gente es limpia, noble, libre y culta. Y feliz.”***

- 7.-El artículo titulado **“Els “impermeables”**, sito en la dirección electrónica del digital **“el-mati”** <http://www.elmati.cat/article/1113/els-impermeables>”, realiza las siguientes manifestaciones:

“Uno de los fenómenos que más me apasionan de nuestro país es la convivencia con los impermeables. En un país con una lengua y una cultura propias hay quien se pasa toda la vida sin interesarse se nada, algunos, al contrario, odiando. Están cerca, entre nosotros, todos conocemos algunos. Abundan especialmente en la zona alta de Barcelona y en barrios acomodados. Los repugna cualquier expresión no ya de catalanismo, sino de catalanidad. Es una fobia enfermiza. Hay algo freudiana en estos seres. O un pequeño bache en su cadena de ADN. Pobres individuos! Viven en un país del que lo desconocen todo: su cultura, sus tradiciones, su historia. Son contrarios a cualquier evento con el que se exprese el hecho catalán, sea un concierto o un seminario, aunque sus apellidos sugieran un arraigo en la tierra de siglos atrás. Pero ellos han querido olvidarse de él. Los crea urticaria su propia historia. Los rebota todo lo que no sea español y en castellano. Son, naturalmente, transversales. Conozco del PP, de Ciudadanos y del PSC.”

- 8.- El artículo **“Saca tus garras de nuestras urnas”** de 17.09.17, del digital **“Naciodigital”**, en la dirección electrónica <https://www.naciodigital.cat/girona/opinio/16182/treu/teves/urpes/nostres/urnes>, en el que utiliza el nombre de Sefarad, para referirse a España, y acabar llamándola **sombra grotesca y bestia inmundada**. En dicho artículo refiere a **Sepharad**, denominación que usaban los judíos para España, con la expulsión de lo español en una Cataluña independiente, lo que tiene una fuerte carga hispanofóbica. En el artículo se dice literalmente lo siguiente:

“... que no renunciaremos a nada, que hemos estado, estamos y estaremos, que estamos más decididos que nunca, que el “problema” es la solución, la única posible, el ejercicio del derecho de autodeterminación del pueblo de Cataluña. Hemos bajado -por fin- de la rueda donde rodábamos sin parar. Ahora ya sólo necesitamos abrir la puerta de la jaula. A cada insulto, más campaña; cada amenaza, más democracia; cada multa, más actos; cada querella, más apoyo. Y es que Sepharad debe saber que los catalanes no podemos ser si no votamos el 1-O, que nuestra gratitud por todos los que se están dejando la piel para conseguirlo es infinita, al presidente, al gobierno, a las fuerzas que impulsan el bloque democrático a favor de la consulta, los diputados que votaron a favor, a los alcaldes!, (que importante la AMI!), a la valentía de los de los ayuntamientos catalanes que sencillamente han sido consecuentes con el mandato de la tierra, a todos los funcionarios que están en su sitio. Y con ellos, y por ellos, a los voluntarios, al ANC y Òmnium, ya toda la sociedad civil comprometida. A todos, muchas gracias.

***Estamos viendo, y debe saberlo Sepharad**, como se mueve toda la fauna pútrida que se mueve en las cloacas del estado impropio insultando y amenazando y utilizando todos los resortes del Estado franquista que se mantenía intacto tras la fachada de cartón piedra del régimen del 78. Y que nos reímos del miedo con la que nos pretenden amedrentar y que la ironía campa por los codos partes, porque no hay otra manera de cómo recordar siempre estos días curvas, en los que somos tratados como ganado de la colonia.*

***Pero sobre todo que sepa Sepharad** que en la independencia de Cataluña no sólo nos va el corazón, nos va la vida. Porque como decía el presidente Macià, que es de una vida sin dignidad! Y ya han atravesado todas las líneas rojas imaginables e inimaginables.*

Sabe, Sepharad, que ya nos hemos separado de ti**, que la revolución catalana es imparable y se t'endurà por delante. Estamos lejos de ti Sepharad. Ya sólo eres un vago recuerdo, una triste pesadilla. **Ahora ya sencillamente eres una sombra grotesca, que sueltas los últimos espasmos en forma de requerimientos, diligencias y confiscaciones. No haces ningún

miedo, bestia inmundada. Y por eso ya podemos mirar a los ojos, sin bajar la cabeza, sin desviar la mirada, y decirte: saca tus garras de nuestras urnas !”

- 9.- Con fecha 23 de julio del 2.017, se encuentra en redes sociales el artículo ‘**Contra la por, independencía**’, sito en la dirección electrónica del digital “**Naciodigital**”, <https://www.naciodigital.cat/opinio/15892/contra/independencia> , en el que se realizan las siguientes manifestaciones:

“Si nos fijamos en el patrimonio colectivo de la nación, llevan siglos expoliando-lo. Sólo desde la nueva restauración borbónica de 1975, los catalanes han aportado entre el doble y el triple que la UE en España. El déficit fiscal se ha cronificado y el pacto entre las élites del Estado y catalanas ha funcionado con la precisión de un reloj suizo, tal como viene funcionando desde el día siguiente del 11 de septiembre de 1714. El expolio es una cara de la moneda. La otra es el atentado que supone el progreso, el bienestar y la justicia social. Un país expoliado es un país desnudo, a la intemperie, sin futuro o, en cualquier caso, con el futuro que decide la metrópolis.”

- 10.- El artículo titulado “**Els germans Badia, avui**” del digital “**elmati**”, en la dirección electrónica <http://www.elmati.cat/article/1596/els-germans-badia-avui> , que se puede ver y leer en la actualidad, en el que realizan las siguientes manifestaciones:

*“Y yo pensé que ya está bien de tanta necrofilia y tanto embalsamamiento de la memoria. Basta, ya está bien. Yo quiero el Presidente de la República Catalana aquí, a mi lado, a nuestro frente. Estos jóvenes lo necesitan aquí. **Intransigente, optimista, paramilitar, visionario, persistente, hombre de estado, feroz.** Y con el presidente, los hermanos Badia, claro.*

Porque ya está bien de tanta estulticia y gamberrada. Ya está bien de no darse cuenta de que mientras los otros soñaban en el encaje imposible con España un pequeño grupo de hombres no dejaba de avanzar hacia la independencía. Los separatistas -qué nombre más bonito! - de antes de la guerra del desastre nacional, no fueron nunca una corriente hegemónica dentro del catalanismo. Al contrario, fueron despreciados y menudo vistos como unos locos, unos alocados peligrosos y iluminados de terregada. Pero no renunciaron nunca a la idea de patria plena, que es hoy, curiosamente, la idea de que el independentismo del siglo XXI, ahora sí ya mayoritario en el catalanismo, ha recogido. Por aquella idea sufrieron todo tipo de persecuciones y vejaciones. Muchos, pagaron un precio altísimo simplemente por querer ser -por querer ser catalanes-. Ellos sí que merecen ser la panteón de catalanes honorables. A ellos, pues, necesario que los agradecemos su lucha, porque ahora sabemos que era nuestra.”

RESPECTO A ESTOS TEXTOS HAY QUE CONTEMPLAR LAS SIGUIENTES CONSIDERACIONES:

1.- La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial a la que España se adhirió el 13 de septiembre de 1968, en su Artículo 4 establece que “Los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en **ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico**, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de la presente Convención, tomarán, entre otras, las siguientes medidas:

a) Declararán como **acto punible** conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación; (...)

2.- La Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa (ECRI) en su Recomendación de política general n° 7 define el racismo como *“la creencia de que un motivo como la raza, el color, la lengua, la religión, la nacionalidad o el origen nacional o étnico justifica el desprecio hacia una persona o un grupo de personas o la idea de superioridad de una persona o de un grupo de personas”*.

3.- El discurso del odio o hate speech encierra la intención deliberada de provocar menoscabo en la dignidad de un grupo de personas a través de “expresiones hirientes, humillantes, degradantes o de menosprecio”. El Comité de Ministros del **Consejo de Europa en su resolución n° 20 de 1997** expresa que *“abarca todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras las formas de odio basadas en la intolerancia, incluida la intolerancia expresada por agresivo nacionalismo y el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas de origen inmigrante”*.

4.- La Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia del mismo organismo en marzo de 2016 en su Recomendación n° 15 reitero que deberá entenderse *“como fomento, promoción o instigación, en cualquiera de sus formas, del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos, estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones por razones de “raza”, color, ascendencia, origen nacional o étnico, edad, discapacidad, lengua, religión o creencias, sexo, género, identidad de género, orientación sexual y otras características o condición personales”*.

Y EN CUANTO A LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Primero.- El art. 510.1 del código penal establece en sus apartados primero letra a):

510. 1. Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses:

a) *Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.*

Segundo.- El art. 510.2 del código penal establece en sus apartados primero letra a):

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

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

escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos.

Sobre dichos extremos, la Jurisprudencia del **Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos**, manifiesta lo siguiente:

- 1.- **La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos** en el caso de *Jersild contra Dinamarca*, de 23 de septiembre de 1994. En la resolución se cuestiona un documental que contiene extractos de una entrevista de televisión que se había realizado a jóvenes miembros de un grupo denominado *Greenjackets* en el que se habían hecho comentarios abusivos y despectivos acerca de los inmigrantes y grupos étnicos en Dinamarca. El autor del documental fue declarado culpable de ayudar e instigar la difusión de comentarios racistas.
- 2.- **La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos** en el caso *Erdogdu e Ince contra Turquía* de 8 de julio de 1999 considera que *“la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado “discurso de odio”, esto es, a aquel desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular”*.
- 3.- **La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos** en el caso *Vejdeland y otros contra. Suecia*, de 9 de febrero de 2012 mantuvo que *“la incitación al odio no necesariamente supone una llamada a cometer actos de violencia y otras conductas criminales”*.
- 4.- **La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos** en el caso *Erbakan v. Turquía*. 6 julio 2006, § 56) mantuvo que *“La tolerancia y el respeto por la igual dignidad de todos los seres humanos constituyen el fundamento de una sociedad democrática y pluralista. En estas condiciones, en determinadas sociedades democráticas puede considerarse necesario sancionar o incluso impedir todas las formas de expresión que difundan, incitan, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia.”*
- 5.- **La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos** en el caso de *Féret contra Bélgica* de 16 de julio de 2009, sobre el «hate speech» en política. El TEDH hizo un llamamiento recordando que es del todo crucial, *«que los políticos en sus discursos públicos, eviten difundir declaraciones que tiendan a alimentar la intolerancia. Para el TEDH, «el odio no requiere un determinado acto de violencia o acto criminal», difamaciones contra sectores de la población, grupos específicos o la incitación a la discriminación, es suficiente para que las autoridades enfatizen la lucha contra el discurso racista y la libertad de expresión irresponsable y mantuvo que “la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo.”*
- 6.- **La Sentencia del Tribunal Constitucional 214/1991, de 11 de noviembre, manifiesta:**

“... ni la libertad ideológica (art. 16 C.E.) ni la libertad de expresión (art. 20.1 C.E.) comprenden el derecho a efectuar manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo, puesto que, tal como dispone el art. 20.4, no existen derechos ilimitados y ello es contrario no sólo al derecho al honor de la persona o personas directamente afectadas, sino a otros bienes constitucionales como el de la dignidad humana (art. 10 C.E.), que han de respetar tanto los poderes públicos como los propios ciudadanos, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 9 y 10 de la Constitución. La dignidad como rango o categoría de la persona como tal, del que deriva, y en el que se proyecta el derecho al honor (art. 18.1 C.E.), no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias. El odio y

el desprecio a todo un pueblo o a una etnia (a cualquier pueblo o a cualquier etnia) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana, que sólo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblo. Por lo mismo, el derecho al honor de los miembros de un pueblo o etnia, en cuanto protege y expresa el sentimiento de la propia dignidad, resulta, sin duda, lesionado cuando se ofende y desprecia genéricamente a todo un pueblo o raza, cualesquiera que sean". Fundamentada en la dignidad (art. 10.1 y 2 CE) es, pues, el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social el que, en estos casos, priva de protección constitucional a la expresión y difusión de un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo que, de no ser por ello, podría encuadrarse en el ámbito constitucionalmente garantizado por el art. 20.1 CE.

Por lo demás, el comportamiento despectivo o degradante respecto a un grupo de personas no puede encontrar amparo en el ejercicio de las libertades garantizadas en el art. 20.1 CE, que no protegen "las expresiones absolutamente vejatorias, es decir, las que, en las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas" (SSTC 174/2006, de 5 de junio, 204/2001, de 15 de octubre, 110/2000, de 5 de mayo).

7.- El Tribunal Constitucional en su sentencia 176/1995 (Caso Makoki) define como "lenguaje del odio", aquel que contiene ***"una densa carga de hostilidad que incita a veces directa y otras subliminalmente a la violencia por la vía de la vejación"***.

8.- El Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 79/2018, señala, ***"la Jurisprudencia constitucional ha destacado tanto el carácter preeminente que tiene el derecho a la libertad de expresión en los sistemas democráticos, como su carácter limitado cuando entra en conflicto con otros derechos o intereses constitucionales, como sucede, por ejemplo, con aquellas expresiones que son manifestación del discurso del odio y que cabe interpretar como incitaciones a la violencia, discriminación contra colectivos, etc."***.

Movimiento contra la Intolerancia solicitaba a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que se procediera a la investigación de los hechos denunciados depurándose las responsabilidades penales que se pudieran derivar de la misma, con la práctica de pruebas, como el examen de todos los artículos a los que hacíamos referencia que se encuentran contenidos en la dirección electrónica siguiente: <https://drive.google.com/drive/mobile/folders/1wsBu32dkkimBvx8PK837SYZGU1KiJqGs> , así como el interrogatorio de Don Joaquim Torra i Pla, Presidente de la Generalitat de Catalunya, sobre esos contenidos.

Nuestra denuncia no prosperó por considerarlo prescrito. Sin embargo el **AUTO de INADMISION** de 4.10.18, emitido en las **INDETERMINADAS 30/2018**, abiertas por un presunto ilícito, comprendido en el artículo 510.1 del Código Penal, en relación con el artículo titulado **"La llengua i les bèsties"**, manifestaba:

"En el caso concreto la mayoría de los tuits y artículos publicados no serían a nuestro juicio indiciariamente constitutivos de delito al venir amparados por la libertad de opinión y de expresión consagrada en el art. 20 de la CE. (...) Indiciariamente, no ocurre lo propio respecto del artículo titulado "La llengua i les bèsties" publicado según se dice en la querella en diciembre de 2012, en el cual el Sr. Torra en las frases resaltadas en el FJ 2º de esta resolución habría comparado a las personas residentes en Cataluña que no comulgan con sus ideas y así lo exponen, con bestias con forma humana que atacan a los buenos catalanes y a las que – en lógica consecuencia- se podría combatir en defensa propia, utilizando para ello expresiones que se revelan como innecesarias para transmitir su opinión y que resultan prima facie insultantes y ofensivas para la dignidad de la personas y susceptibles de generar

en espíritus acríticos, sentimientos de hostilidad hacia el colectivo al que se refiere. En consecuencia, dicha publicación tal como viene afirmada en la querella, podría quedar indiciariamente subsumida -sin perjuicio de una ulterior investigación- en el art. 510.1 del CP.”

Nuestra denuncia entendía que **podría no existir la prescripción** que señala la Sala, (dicho con los debidos respetos), en virtud de lo establecido en el artículo 132.1, que señala que los términos previstos en el 131 sobre la prescripción se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción punible y en los casos de delito continuado, delito permanente, así como en las infracciones que exijan habitualidad, tales términos se computarán, **respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción, desde que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta.**

Así, planteamos un Recurso de Súplica a la Fiscalía del TSJC que no prosperó, aunque señaláramos que en el **delito permanente**, se produce una sola acción y una sola consumación o resultado, pero éste, en lugar de agotarse en la consumación, **se prolonga por un tiempo indeterminado.** Y los artículos escritos por Don Joaquim Torra i Pla, una vez publicados, permanecen a disposición de cualquier persona, mayor o menor de edad, a lo largo del tiempo para que los pueda leer o difundir. Sobre el delito continuado y su prescripción **el Tribunal Supremo** en su sentencia de fecha 31.3.2.016, manifestaba: *Es cierto que el delito permanente no aparece definido en el Código Penal, a diferencia de otras figuras como el delito continuado o el concurso de delitos. Pero en nuestro derecho penal se entiende por delito permanente una forma delictiva caracterizada porque la conducta del agente, no obstante haberse consumado en un momento determinado, crea un estado delictivo que se dilata y extiende en el tiempo, de tal manera que el delito sigue cometiéndose en cuanto no se ponga término al estado delictivo así creado, teniendo la posibilidad de hacerlo.(...) En consecuencia, el plazo de prescripción no comienza a correr hasta que se elimina la situación ilícita (art. 132 CP), es decir hasta que se realiza el último pago, en el caso actual a finales de agosto de 2008. (F.J. 7º).*

Denuncia ante Fiscalía, a un Líder de la Crida por presunto Delito de Odio (23.10. 18)

Movimiento contra la Intolerancia, tras conocer las informaciones sobre twist, entrevistas y artículos difundidos por el dirigente de la Crida Nacional per la República, D. Agustí Colomines, más allá del debate político y la discusión legal sobre los procesos estratégicos que deriven en la separación o independencia de Cataluña, a efectos de discurso de odio por estas manifestaciones difundidas en redes sociales y en diversos medios de comunicación, actualmente accesibles, señalaba que podrían ser constitutivas de un **delito contra las libertades y derechos fundamentales tipificado por el 510 del Código Penal**, y presentaba denuncia en el Servicio para Delitos de Odio de la Fiscalía Provincial de Barcelona.

El señor Agustí Colomines, durante la entrevista que le hacen el 15 de octubre del 2.018, en un medio local, afirma: “¿Hubo muchas ingenuidades? Sí, no hay ningún tipo de duda. Sobre todo, si intentas hacer este experimento tan catalán de intentar una independencia sin un solo muerto (....) **“En todas las independencias del mundo ha habido muertos. En la nuestra hemos decidido que no queremos muertos. Si decides que no quieres muertos, tardas más, el proceso es mucho más largo,”**. Con anterioridad, en fecha 12 de abril del 2.018, escribió en su twitter utilizando el logotipo de la Generalitat de Catalunya: **“Nada de elecciones. Recuperemos la Generalitat, que es la única manera de defender los presos y los exiliados. Tomemos la iniciativa en vez de lamernos las heridas. Estamos en guerra y necesitan un Gobierno para dirigirla.”**

En el artículo **“Ha llegado la hora de tomar decisiones”**, publicado el 14 de octubre del 2.018, manifiesta: **“Si la policía española mata a uno o a dos o a tres y ni que decir tiene a cien**

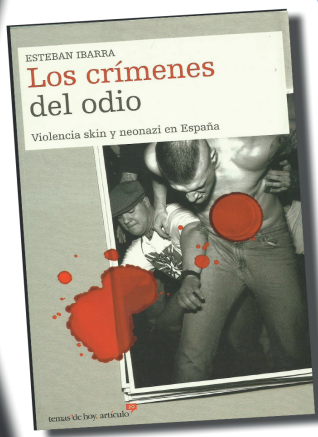
manifestantes soberanistas, como hicieron los serbios en Eslovenia, entonces sí que España ya habría perdido la partida. La UE ha demostrado que no tiene ni poder ni agallas para defender la democracia, pero no **puede permitirse un baño de sangre en Catalunya.**” En el artículo **“Eleccions i avall”**, publicado el 12 de octubre del 2.018, afirma en referencia al Juez: **“Pablo Llarena, el juez del Tribunal Supremo español que tiene la misión de descabezar el independentismo**, En entrevista, realizada el 30 de enero del 2.017 se refiere a la acción de la judicatura como **“violencia judicial que intenta arrinconar a los políticos catalanes”**. Afirma que *tiene la misión* de descabezar el independentismo y es uno de los mayores fraudes judiciales de los últimos tiempos. **La Audiencia Nacional, es el Guantánamo Español.**

Con anterioridad en el artículo, **“Represión desbocada”**, publicado el 12 de abril de 2018, afirma: *“En España, los catalanes no somos libres de pensar lo que queremos y las cárceles se vuelven a llenar con presos políticos. Sólo los catalanes unionistas se sienten libres, pues nadie les persigue. Donde hay poca justicia es un peligro tener razón, afirmaba Francisco de Quevedo, aquel poeta barroco a quien también se atribuye una frase que el españolismo xenófobo actual ya ha asumido: “En tanto que en Cataluña quedase algún solo catalán, y piedras en los campos desiertos, hemos de tener enemigo y guerra”.*

Son numerosas y continuadas las manifestaciones y mensajes difundidos por D. Agustí Colomines las que, en un contexto conflictivo como el actual en Cataluña, podrían interpretarse como **presunta incitación al odio y al uso de la violencia**, insertas en el tipo del 510 del Código Penal, congruente con la jurisprudencia del **Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional**, por lo que Movimiento contra la Intolerancia presentó esta denuncia en la Fiscalía por si fueran constitutivos de delitos contra el ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas, también conocidos como **delitos de odio**.

Sin embargo, los artículos y comentarios del Sr. Colomines denunciados, no fueron a juicio del Ministerio Público constitutivos de delito por considerarlos amparados por la libertad de opinión y de expresión del art.20 de la Constitución Española, añadiendo además de referencia a la jurisprudencia, el comentario: *“Por desabridas o descartadas que se consideren las opiniones del Sr. Colomines, no dejan de ser críticas desde una perspectiva política, en ciertos casos desmesuradas, a la Justicia española, a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y a los políticos no independentistas, en definitiva opiniones políticas que reflejan el conocido ideario compartido por parte de quienes defienden la independencia de Cataluña del resto de España acerca de políticos en prisión provisional o lo que denominan ocupación u opresión permanente por parte de España, etc.”*





SOMOS	diferentes
SOMOS	iguales

ALSASUA Y LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE POR RAZÓN DE IDEOLOGÍA

Esteban Ibarra

La reciente sentencia del Tribunal Supremo sobre un recurso de casación en torno a los sucesos conocidos mediáticamente que pivotaron en una grave agresión a unas personas guardias civiles y a sus mujeres acompañantes en un bar de la localidad de Alsasua, entra en un debate sobre la aplicación de la circunstancia agravante del 22.4 por razón ideológica, debate que con anterioridad ya era objeto en muchos foros dada la importancia de su alcance y de las situaciones análogas que se pueden producir o están produciéndose en otros lugares de España. Vaya por delante mi absoluto respeto a los magistrados, a la sentencia y al voto particular formulado, al principio de legalidad democrática y a quienes disienten de nuestra posición, emitida desde una lógica de organización de derechos humanos y de defensa de las víctimas de delito de odio que además sigue criterios recogidos en acuerdos internacionales y sentencias del TEDH.

La sentencia mayoritaria se produce tras estimar la oposición de los recurrentes de la aplicación indebida de la agravante de actuar por motivos ideológicos en el hecho probado, donde ya resultaron condenados por delitos de lesiones y atentado, vulnerando el “non bis in idem” al estimar el principio de inherencia que interpreta de aplicación por ser agentes de la autoridad, en el delito de atentado y obviamente no a sus novias que no lo eran pero que si fueron atacadas durante el suceso, no por simple acontecimiento de “pelea de bar” como algunos califican, sino por unos hechos de discriminación asociada que merece la pena no perder de vista, observando similitudes de situaciones que sufren las familias de agentes de fuerzas y cuerpos de seguridad en otros lugares de España en escenarios de conflicto político.

Nuestra oposición coincide plenamente con la expresada en el voto particular por dos magistrados de la sala, los Excmos. Señores D . **Vicente Magro** y **D. Antonio del Moral**, y difiere con el magistrado ponente del Fundamento de Derecho Quinto, el Excmo Sr. D. **Andrés Martínez Arrieta**, aunque queremos significar que en el penúltimo párrafo del citado fundamento nos sosiega al explicitar, literalmente: “... la agravación va más allá de su consideración de agente de la autoridad, y no es incompatible, con la pertenencia a un cuerpo policial y el respeto que debe generar como depositario del principio de autoridad, pero sería preciso que en el hecho probado resultara patente una situación de discriminación y demás requisitos de agravación”.

Sin embargo el voto particular, con quien compartimos razonamiento, contesta que el tribunal de instancia y el posterior de apelación estiman meridianamente claro que “la posición ideológica parte de una postura de radicalización, de animadversión y de intolerancia hacia determinados estamentos, bien sean políticos o de otra clase”. Desde nuestra lógica de combatir los delitos de odio y defender a las víctimas, debemos señalar, dicho con todo el respeto, que la sentencia mayoritaria y los recurrentes a quienes da razón, caen en una serie de tópicos que

se difunden mediáticamente o en redes y no se ajustan a la realidad vivida, como interpreto desde a través de mi experiencia desde 1990 en esta causa impulsando reformas legislativas, políticas y en especial, defendiendo a las víctimas que ha conllevado avances lentos pero progresivos.

Uno de estos tópicos es interpretar “la voluntad del legislador” que parte de la explicación contextual en cuanto a la emergencia de ataques neonazis a refugiados e inmigrantes durante los años 90. Pues bien, nuestra organización, **Movimiento contra la Intolerancia** (antes denominada Jóvenes contra la Intolerancia) junto a la **Federación de Comunidades Judías en España**, nos entrevistamos con grupos políticos parlamentarios y con el Ministro de Justicia, les propusimos abordar estos tipos penales de forma congruente con lo que estaba sucediendo en las calles e insistimos en incorporar a la circunstancia agravante el motivo ideológico, planteando nuestro ánimo de universalidad antidiscriminatoria en un contexto donde habían sido asesinados jóvenes antifascistas como Susana Ruiz, Guillem Agulló o Ricardo Rodríguez y se habían cometido numerosas agresiones de carácter ideológico, también algunas en sentido ideológico contrario desde planteamientos extremistas en numerosas ciudades españolas.

Otro tópico es hablar de limitar la norma a “colectivos vulnerables” y “personas desvalidas”, olvidando que las personas son las vulnerables en relación con su pertenencia a un colectivo, su identidad y alguna circunstancia o condición que, según contexto, aprecie o motive al agresor, con interpretación cierta o errónea, de lo que supone -es- la víctima. En mi tarea asociativa de atención a la víctima de delitos de odio, la mayor parte de las agresiones por razón ideológica no está vinculadas a colectivos vulnerables o personas desvalidas; el odio, la hostilidad, la discriminación y la violencia radicada en la intolerancia hacia estas personas, a sus acompañantes y el mensaje hacia sus semejantes, lo es por diversas condiciones o circunstancias personales o sociales como dicen los artº 10 y 14 de la Constitución Española. Y desde aquí llegamos a la deficiente redacción del art.22.4 y otros, como el 510 y siguientes, al caer en la paradoja de ser tipos penales que sancionan la discriminación pero cuya formulación es discriminatoria. Toda una limitación que contradice la universalidad de los Derechos Humanos.

A los hechos nos remitimos. Aitor Zabaleta, víctima de asesinato por ataque de neonazis a los seguidores de la Real Sociedad al grito de “a por los vascos”, tuvo una sentencia que no pudo contemplar la discriminación por origen territorial al no estar contemplada en el 22.4. Rosario Endrinal que dormía en un cajero en Barcelona, Antonio Micol dormía en un garaje en Madrid y muchas otras “personas sin hogar” víctimas de asesinatos en ataque similares, también de imposible aplicación de la agravante por no figurar en el “*numerus clausus*” de la misma. Y una fotografía, desde los asesinatos de Sonia Palmer, transexual que dormía en el parque de la Ciudadela, Lucrecia Pérez que cenaba a la luz de una vela en una discoteca abandonada de Aravaca, y Jesús Sánchez, hippie que tranquilamente estaba sentado en la plaza de las Comendadoras, se han producido más de un centenar de “crímenes de odio”, término con el que se conoce **fenomenológicamente** a nivel internacional a esta tipología de agresiones, así como miles de agresiones de esta naturaleza, incluidas las que sufren personas que no pertenecen a ningún colectivo. **La falta de universalidad antidiscriminatoria de estos tipos penales nunca será bien vista por las víctimas y sus organizaciones.**

No puedo dejar de señalar otro tópico difundido y propagado ampliamente que afirma que las fuerzas y cuerpos de seguridad son “neutrales ideológicamente”. Y no dice eso la Ley que las regula. Lo que explicita en su art 5.1.b, es que deberán: *Actuar, en el cumplimiento de sus funciones, con absoluta **neutralidad política** e imparcialidad y, en consecuencia, sin discrimina-*

ción alguna por razón de raza, religión u opinión. Habla de neutralidad política de su actuación y la ideología y la política, hay que reparar en ello, son realidades distintas. De hecho existen muchas controversias y conflictos ideológicos en la vida cotidiana, dado afortunadamente, la pluralidad de cosmovisiones en nuestras sociedades democráticas; conflictos que no están exentos de derivar en enfrentamientos que presuntamente serían “delitos de odio”. Ideologías sobre el animalismo y sus contrarias, sindicalistas y sus contrarias, libertarias y contrarias y muchas otras más que permiten visibilizar un mosaico de ideologías cuyas contradicciones opináticas y posicionales, amparadas por nuestra Constitución, no deberían derivar en infracciones delictivas. La ideología “política” sencillamente es un subgénero de la motivación ideológica a la que refiere la norma que nunca debe ser reducible, como a veces ocurre, a interpretarla como sesgos político-partidistas y que, a su vez, también estarían incluidas en el término “ideológico”. **Las víctimas de la intolerancia criminal por razón ideológica significan su evidencia.**

El conflicto ideológico entre el Secesionismo, sea independentista sin más o nacionalista, excluyente por naturaleza, y el Constitucionalismo democrático es una realidad en distintos lugares de España. Otra muestra de lo comentado precisamente son las personas de fuerzas y cuerpos de seguridad que representan el mandato constitucional del art. 104, acompañados de sus familiares o amigos han sufrido y sufren estigmatización social, escraches, negativas a prestación de servicio, hostilidades, intimidaciones, segregación, discriminaciones y violencias, estando “fuera de servicio”, o sea no “en ejercicio de funciones propias de su cargo o con ocasión de ellas”, como dice el art.550 del C.P. relativo a los atentados contra la autoridad. Y más aún cuando alcanza a sus esposas, hijos, padres, novias y acompañantes o amistades que han sufrido directamente ese plus antijurídico a través de mensajes de odio como sintetizan “que se vayan” y otros peores en una radical amenaza y exclusión que contrasta, en casos análogos, con otros agentes de seguridad como policías forales, ertzainas, mossos, policías urbanos que comparten perímetros urbanos de actuación. Esta objetividad confirma el concepto defendido por la Unión Europea en sus directivas de igualdad de trato que interpreta por discriminación que *“una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable”*.

No quiero finalizar este análisis breve y de valoración rápida sin insistir en que la protección universal de la libertad de las personas, la igual dignidad y derechos, la igualdad ante la ley, entre otros mandatos constitucionales y de derechos humanos, requieren de interpretación y mejora del redactado del 22.4 y otros relacionados, aportando por nuestra parte , a efectos de “lege ferenda”, una formula a la que refiere el TEDH y sus sentencias que a su vez rescata del Consejo de Europa en 1997, quien al respecto habla de **“odio basado en la intolerancia”** y que debiera concretarse en la agravante visibilizando y siguiendo la estela de las distintas manifestaciones de la condición humana, mediante una formulación de la circunstancia que avanzamos:

22. 4.ª Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra forma de odio o discriminación basado en la intolerancia hacia la víctima por razón de ideología, religión o creencias, la etnia, fenotipo racial, nación a la que pertenezca o su origen migratorio, origen territorial, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, de nacimiento, la condición socioeconómica, enfermedad que padezca o su discapacidad, su situación de persona sin hogar, aspecto físico, edad, opinión política, sindical, profesión, uso lingüístico, identidad cultural y deportiva, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

En un contexto donde crecen los discursos y delitos de odio, y la exclusión perpetrada contra personas y colectivos étnicos, religiosos y sociales, refugiados, inmigrantes, gitanos, afrodescendientes, minorías nacionales vulnerables en sí o por su contexto en la sociedad,

todos los actos de intolerancia constituyen amenazas para la convivencia democrática, la consolidación de la paz en diferentes ámbitos y graves obstáculos para el libre desarrollo de la persona. Frente a la **mundialización de intolerancia, la normalización del odio identitario y la presencia de este tipo de hechos criminales**, directamente observables en medios de comunicación, internet y redes sociales, hay que defender el avance en la calidad democrática de un Estado de derecho, donde nadie sea excluido; no es posible aceptar la desigualdad de trato hacia personas que están al servicio de la seguridad ciudadana, la convivencia democrática, la libertad y los derechos fundamentales de todos, la unidad de España y los principios y valores constitucionales, y tampoco, desde luego, hacia sus entornos familiares, de amistad y semejantes.

Esteban Ibarra
Presidente de Movimiento contra la Intolerancia
Secretario Gral. Consejo de Víctimas de Delitos de Odio

AUDIENCIA NACIONAL. SECCION PRIMERA
ROLLLO SALA 8-16 . SUMARIO ORDINARIO 10-16
JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN 3
ILMOS. SRES. MAGISTRADOS
D^a CONCEPCION ESPEJEL JORQUERA (Presidenta)
D^a MANUELA FERNÁNDEZ PRADO
D. JESUS EDUARDO GUTIERREZ GOMEZ (Ponente)

SENTENCIA N° 17/2018
(Extracto)

V. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

1.- Por el MINISTERIO FISCAL se solicitó el elevar a definitivas sus conclusiones provisionales, la apreciación respecto de los delitos de lesiones, de la agravante de género prevista en el 22-4 del Código Penal. Dicha agravante está prevista según la jurisprudencia, cuando el hecho delictivo se hubiera cometido en atención y por la consideración de ser la víctima una mujer, cosa que en el presente caso entiende esta Sala que no ha sucedido, pues como veremos después la razón primordial y esencial de la agresiones, porque se trataban del Teniente y del Sargento de la Guardia Civil que prestaban sus servicios en el Puesto de la Guardia Civil de Alsasua, así como sus respectivas novias, sin que hubiera primado especialmente y de forma esencial en dicha agresión esa condición de mujeres o que la razón y fundamento de la agresión fuera, exclusivamente, su condición sexual. Por lo tanto, hemos de desestimar dicha agravante.

2.- Por la acusación popular que representa a la asociación COLECTIVO DE VICTIMAS DEL TERRORISMO PAIS VASCO (COVITE), se pide la apreciación de las siguientes agravantes: a) abuso de superioridad del artículo 22-2^a del CP.; b) aprovechamiento de circunstancias de lugar y auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o

faciliten la impunidad del delincuente, del 22-2ª del CP.; y c) agravante de odio y discriminación del artículo 22-4ª del CP.

En relación con las dos primeras, tales circunstancias agravantes están desdobladas en el Código Penal en dos situaciones diferentes, una la de abuso de superioridad, y otra la de aprovechamiento de las circunstancias de lugar y auxilio de otras personas para cometer el hecho delictivo. Por lo que se refiere al abuso de superioridad, la jurisprudencia entiende en la ATS de 14-12-2017, entre otros muchos, que dicha agravante “... se caracteriza, según una doctrina reiterada de esta Sala, por las siguientes notas: (i) la existencia de una situación de superioridad, es decir, un importante desequilibrio de fuerzas a favor de la parte agresora frente al agredido, derivada de cualquier circunstancia, bien referida a los medios utilizados para agredir (superioridad medial), bien al hecho de que concurra una pluralidad de atacantes, siendo precisamente este último supuesto el más característico y el de mayor frecuencia en su aplicación (superioridad personal); (ii) esa superioridad ha de ser tal que produzca una disminución notable en las posibilidades de defensa del ofendido, sin que llegue a eliminarlas, pues si esto ocurriera nos encontraríamos en presencia de la alevosía que constituye así la frontera superior de la agravante que estamos examinando. Por eso la jurisprudencia mencionada viene considerando esta agravante como una “alevosía menor” o de “segundo grado”; (iii) a tales dos elementos objetivos hemos de añadir otro de naturaleza subjetiva, consistente en que haya abuso de esa superioridad, eso es, que el agresor o agresores conozcan esa situación de desequilibrio de fuerzas y se aprovechen de ella para una mas fácil realización del delito; (iv) por último esa superioridad de la que se abusa no ha de ser inherente al delito, bien por constituir uno de sus elementos típicos, bien porque, por las circunstancias concretas el delito necesariamente tuviera que realizarse así (SSTS 1390/2011, de 27 de noviembre y 93/2012, de 16 de febrero, entre otras).. “ En el presente caso ha de apreciarse la misma por cuanto que, no solo, existía un número de agresores superior al de personas víctimas de tal agresión, se identificaron siete acusados, sino que además las víctimas, y especialmente María José declara en el plenario que fueron más personas las que les agredieron en el bar y fuera del mismo, no pudiendo identificar con certeza a las mismas. Ese número mayor de personas, es evidente, que creó una situación clara de superioridad respecto a las víctimas que disminuyó notablemente sus posibilidades de defensa, disminución que se vió de forma patente en la agresión al Teniente de la Guardia Civil, quien tras ser golpeado en el tobillo y quedar inmóvil en el suelo, le seguían agrediendo, teniendo que ser protegido en la medida de lo posible por su novia María José.

Ciertamente, lo que cualifica en este caso dicha agravante es el número de personas que agredieron a las víctimas y la situación de superioridad que ello originó, en primer lugar al impedirles que salieran normalmente del bar, ya que fueron agredidas en el interior del mismo, y posteriormente cuando se agolpó buen número de personas procedentes de otros establecimientos que acudían igualmente a pegar a las víctimas, no derivándose dicha superioridad de esas circunstancias de tiempo o de lugar a las que también alude el artículo 22-2 del Código Penal, agravantes que se refieren a otros datos de carácter objetivo y a los que se referían redacciones precedentes del Código Penal cuando aludían, a la comisión del hecho en despoblado o con nocturnidad. En consecuencia, solamente cabe apreciar la agravante de abuso de superioridad por el número de personas atacantes y el auxilio que recibieron de otros individuos, aunque no hayan sido plenamente identificados.

3.- Por lo que se refiere al agravante de discriminación por odio, artículo 22-4, que invoca su apreciación la acusación popular, el Código Penal se refiere textualmente a “...cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, etnia, raza o nación a la que se pertenezca, su sexo u orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad ...”.

Ya hemos explicado anteriormente cuales fueron los motivos y las razones que llevaron a los acusados a agredir a los dos Guardias Civiles y a sus novias, y que no fue otro que la condición de Guardias Civiles, y dentro de un objetivo más amplio que es el de expulsar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado del País Vasco y de Navarra, tal y como se ha explicitado en la presente resolución a la hora de analizar la calificación jurídica de los hechos. La cuestión está en si esa motivación que guiaba a los acusados puede convertirse en una agravante, y más concretamente en la agravante prevista en el artículo 22-4 del Código Penal, y que la acusación popular que la propuso, se refirió a ella como agravante de odio. Debemos partir de una premisa inicial, y es que no podemos confundir dicha agravante, más que de odio, de discriminación de lo que son propiamente los delitos de odio a los que se refieren los artículos 510 y siguientes del Código Penal, aunque en los mismos se hable de “... quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo o una parte del mismo o contra una persona determinada ...”, por los motivos que el artículo 510 cita a continuación.

4.- En segundo lugar, algunas de las defensas en su informe oral, señaló que la motivación de los acusados no cabría en ninguno de los aspectos de discriminación a los que se refiere el artículo 22-4 del Código Penal y en consecuencia no podría integrar dicha agravante. Sin embargo, esta Sala considera que tal motivación, guiada por el odio de los acusados hacia la Guardia Civil, y por extensión, en este caso concreto, a sus novias, podría incardinarse en una motivación de carácter ideológico a la que se refiere la norma, dado el punto de vista político que mantiene y se ha demostrado por parte del movimiento OSPA en Alsasua, motivación ideológica cuya procedencia no parte de una determinada idea o postura política de adhesión a un concreto partido político, pues los acusados manifestaron muchos de ellos que no les interesaba la política, sino que esa posición ideológica parte de una postura de radicalización, de animadversión y de intolerancia hacia determinados estamentos, bien sean políticos o de otra clase. Entiende esta Sala que esa animadversión e intolerancia de los acusados hacia la Guardia Civil, en este caso que ahora estamos enjuiciando lo que provoca de forma directa la discriminación hacia ese grupo de personas pertenecientes a dicho estamento, discriminación que llega hasta el punto concreto de que esas personas y sus novias no puedan moverse con libertad por la localidad de Alsasua, sino que solamente pueden acudir a determinados lugares, y no pueden salir por la noche a pasar un rato de ocio y diversión. Se trata pues de una clara discriminación solo por razón de la pertenencia a un estamento o cuerpo policial, que agrava la comisión del hecho delictivo al añadirle un plus de antijuridicidad que en otro caso no existiría y una mayor reprochabilidad desde el punto de vista penal, y de ahí la aplicación de dicha agravante de la responsabilidad criminal, que trata de proteger, no solo por vía indirecta a un determinado grupo, sino que, tal y como señala la STS 314-2015 al hablar de esta agravante, “... los valores de antirracismo o la tolerancia ideológica y religiosa son valores esenciales de la convivencia, y el derecho penal debe cumplir su función de asentar tales valores en el seno del tejido social, de ahí que entendemos positiva su incorporación al Código Penal ...”, y sigue diciendo, “... 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 las 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 otros derechos constitucionales ...”.

Debe pues estimarse dicha agravante, lo cual, en todo caso, carecería de relevancia penalológica dado que, las consideraciones que se efectuarán en el apartado siguiente, justifican a criterio de esta Sala la imposición de las penas en los límites máximos que seguidamente se especificarán.

AUDIENCIA NACIONAL-SALA DE APELACIÓN

PROCEDIMIENTO DE ORIGEN: AUD.NACIONAL, SALA PENAL, SECCIÓN
1ªROLLO DE SALA PO 8/2106

O. Judicial Origen SUMARIO 10/2016 DEL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN NÚM.3
SENTENCIA N°2/2019

EXCMO SR. PRESIDENTE

D. JOSE RAMON NAVARRA MIRANDA

ILMOS SR. MAGISTRADOS:

D. ELOY VELASCO NÚÑEZ

D. ENRIQUE LÓPEZ Y LÓPEZ

En Madrid a siete de marzo de dos mil diecinueve
SENTENCIA N° 2/2019
(Extracto)

DECIMOTERCERO.- Por la defensa de varios de los condenados (Teodulfo , Severiano , Ruperto e Victorino) se formula como motivo de apelación la aplicación indebida del art. 550 del Código Penal , en el que se tipifica el delito de atentado.

La doctrina jurisprudencial declara con nitidez los requisitos para la apreciación del delito de atentado: a) Un acto básico de acometimiento, empleo de la fuerza, intimidación grave, o resistencia también grave; b) que tal acto vaya dirigido contra un funcionario público o agente de autoridad; c) que dicho sujeto pasivo se hallare en el ejercicio de sus funciones propias del cargo, y, si así no fuera, que el autor del hecho hubiera actuado “con ocasión de ellas”, pues en este delito no se pretende proteger a la persona del funcionario, sino a la función que éste desempeña, precisamente por el carácter público de ésta; esto es, como en el caso que nos ocupa, que el hecho haya sido motivado por una actuación anterior en el ejercicio de tales funciones, precisamente por ser Guardia Civiles, y d) que exista un “animus” o propósito de ofender a la autoridad o sus agentes, y que consiste en faltar al respeto debido a quienes encarnan el principio de autoridad.

La figura del atentado, contemplada en el indicado artículo 550 del Código Penal , abarca tanto el acometimiento o la fuerza como la resistencia activa, también grave, contra la autoridad o sus agentes en el ejercicio de las funciones de su cargo o con ocasión de ellas. El carácter de autoridad, agente de la misma o funcionario público en el sujeto pasivo, conforme aparecen definidos estos conceptos en el art. 24 CP, pues este precepto dispone que a los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia.

Acometer equivale a agredir, y basta con que tal conducta se dé con una acción directamente dirigida a atacar a la autoridad (a sus agentes o a los funcionarios), advirtiendo la jurisprudencia que el atentado se perfecciona incluso cuando el acto de acometimiento no llega a consumarse. Lo esencial es la embestida o ataque violento. Por ello se ha señalado que este delito no exige un resultado lesivo del sujeto pasivo, que si concurre se penará independientemente, calificando el atentado como delito de pura actividad, de forma que aunque no se llegue a golpear o agredir materialmente al sujeto pasivo, tal delito se consuma con el ataque o acometimiento, con independencia de que el acometimiento se parifica con la grave intimidación, que puede consistir en un mero acto formal de iniciación del ataque o en un movimiento revelador del propósito agresivo.

Los elementos subjetivos se pueden resumir en el conocimiento por parte del sujeto activo de la cualidad y actividad del sujeto pasivo y el elemento subjetivo del injusto, integrado por el dolo de ofender, denigrar o desconocer el principio de autoridad, cuya concurrencia en el caso presente no puede ser cuestionada.

En efecto, el dolo es un elemento intelectual, supone la representación o conocimiento del hecho, que comprende el conocimiento de la significación antijurídica de la acción y el conocimiento del resultado de la acción. El elemento subjetivo del injusto integrado por el dolo de ofender, denigrar o desconocer el principio de autoridad, que “va ínsito en los actos desplegados cuando no constan circunstancias concurrentes que permitan inferir otra motivación ajena a las funciones públicas del ofendido”, entendiéndose que quien agrede, resiste o desobedece conociendo la condición del sujeto pasivo “acepta la ofensa de dicho principio como consecuencia necesaria cubierta por dolo directo de segundo grado”, matizándose que “la presencia de un animus o dolo específico... puede manifestarse de forma directa, supuesto de perseguir el sujeto con su acción la ofensa o menoscabo del principio de autoridad o de la función pública, o merced al dolo de segundo grado, también llamado de consecuencias necesarias, cuando, aun persiguiendo aquél otras finalidades, le consta la condición de autoridad o funcionario del sujeto pasivo y acepta que aquel principio quede vulnerado por causa de su proceder”.

También el Tribunal Supremo ha declarado que tal ánimo se presume y que el dolo de este delito, en tanto conocimiento de los elementos del tipo objetivo, contiene ya todos los factores que demuestran que el autor quiso obrar contra un agente de la autoridad, pues quien atenta contra quien sabe que está desempeñando como tal, quiere también hacerlo contra la autoridad que el agente representa, sin que se requiera “una especial decisión del autor de atentar contra la autoridad, diferente a la decisión de realizar la acción” de modo que el dolo consistirá en agresión, resistir o desobedecer a los agentes de la autoridad en el desempeño de sus funciones y deberes, con conocimiento de esa condición y voluntad de ejecutar la acción típica.

Es así que la jurisprudencia y la doctrina consideran que la resistencia típica, consiste en el ejercicio de una fuerza eminentemente física, que supone el resultado exteriorizado de una oposición resuelta al cumplimiento de aquello que la autoridad de sus agentes conceptúa necesario, en cada caso, para el buen desempeño de sus funciones. Si esta resistencia se manifiesta de forma activa y alcanza los caracteres de grave, entra en juego la figura del artículo 550 del Código Penal. También existe atentado en los supuestos en que existe un acometimiento físico consistente en una acción dirigida frontalmente contra las autoridades o sus agentes. La jurisprudencia ha equiparado el acometimiento mediante actos corporales (puñetazo, patada), con la utilización de medios agresivos materiales. El ánimo de ofensa, menosprecio o falta de respeto va ínsito en los actos desplegados cuando no constan circunstancias concurrentes que permitan inferir otra motivación ajena a las funciones públicas del ofendido. Cuando la autoridad o el agente actúa en el ámbito de sus atribuciones y dicha condición es conocida del sujeto, la acción violenta sobre su persona, dentro de las especificaciones objetivas de dicho artículo y directamente relacionadas con el ejercicio de tales funciones o con ocasión de las mismas, evidencien la voluntad de acometer, emplear fuerza, intimidar o resistir, y el ánimo de vulnerar o dejar malparado el principio de autoridad.

Los recurrentes son autores de la agresión, no puede negarse, en consideración a la condición de Guardias Civiles de dos de los sujetos pasivos del delito, lo que unido a la concurrencia de todos los demás elementos del delito, hace concluir la correcta calificación de los hechos por parte de la Sala de lo Penal, sin que pueda entenderse que la misma excluya la agravante de discriminación ideológica, pues no sólo son dos bienes jurídicos los contem-

plados y lesionados en ambas figuras penales, sino porque además ello sería confundir el dolo (los sujetos activos agreden a aquéllos con consciencia de estar lesionando con ello el principio de autoridad) con la motivación de su conducta (aspecto que abordaremos inmediatamente al hacerlo con dicha agravante en el siguiente fundamento jurídico).

DECIMOCUARTO.- En efecto, los recurrentes esgrimen que la Sentencia impugnada ha incurrido en la aplicación indebida de la agravante de discriminación del artículo 22.4 CP, con la consiguiente aplicación indebida, también, del artículo 66.1.3ª e inaplicación indebida del artículo 66.6ª (reglas generales para la aplicación de las penas).

Señala el primero de los mencionados preceptos, al definir la agravante en cuestión, que consiste en: “Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad.”

Pues bien, en efecto, la Sentencia impugnada para justificar su aplicación establece lo siguiente: “Esta Sala considera que tal motivación, guiada por el odio de los acusados hacia la Guardia Civil, y por extensión, en este caso concreto, a sus novias, podría incardinarse en una motivación de carácter ideológico a la que se refiere la norma, dado el punto de vista político que mantiene y se ha demostrado por parte del movimiento OSPA en Alsasua, motivación ideológica cuya procedencia no parte de una determinada idea o postura política de adhesión a un concreto partido político, pues los acusados manifestaron, muchos de ellos que no les interesaba la política, sino que esa posición ideológica parte de una postura de radicalización, de animadversión y de intolerancia hacia determinados estamentos, bien sean políticos o de otra clase.” Y en los hechos probados se deja sentado que “Los acusados eran todos ellos conscientes de que el Teniente y el Sargento, aún estando fuera de servicio el día en que ocurrieron los hechos pertenecían a la Guardia Civil y destinados en el Puesto de Alsasua, (...) y en todo caso guiados por su clara animadversión y menosprecio hacia la guardia civil y por motivos claramente ideológicos intentando expulsar a dicha estamento de la localidad de Alsasua”.

La ideología que es relevante como móvil de la acción para considerar la aplicabilidad de la circunstancia agravante, señalan los recurrentes, no es la del agresor, sino la de la víctima, pues la discriminación tiene que ser referente a “la ideología, religión o creencias de la víctima”, de modo que la ideología del agresor es, conforme a la dicción literal del precepto, irrelevante penalmente. Y aún asumiendo la posibilidad de aplicabilidad de la circunstancia agravante contenida en dicho precepto en base a la ideología del agresor, y no la de la víctima, se entiende que el castigo derivado de la falta de respeto o la animadversión a un cuerpo policial como es la Guardia Civil, ya viene contemplado en el propio concepto de atentado, en la medida en que el bien jurídico violado, la representación que del Estado encarna el agente de la autoridad, es precisamente lo que motivaría el delito, de modo que castigar tal hecho como delito de atentado, y a la vez agravar los delitos de lesiones por la animadversión hacia el cuerpo policial que personificaría a dicho Estado, supone castigar doblemente la misma circunstancia, con vulneración del principio “non bis in idem”

Además de ello se considera que lo que el precepto persigue es de evitar comportamientos racistas, xenófobos y antisemitas y ofrecer un plus de protección a determinados colectivos especialmente vulnerables y que especialmente han sufrido históricamente ofensas por su diversidad, excluyéndose de la especial protección que otorga este artículo 22.4, la actuación contra la autoridad o sus agentes; así como que el Tribunal “a quo” habría realizado una interpretación de la norma contra reo, porque la pertenencia de dos de los denunciantes a un colectivo profesional, Guardia Civil, no es una causa de discriminación

por razón de ideología prevista en la norma penal, incidiendo en que el colectivo profesional al que pertenecen las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado no puede ser objeto de protección del artículo 510 CP, sin perjuicio de las consecuencias penales previstas para las expresiones o conductas llevadas a cabo contra los agentes policiales por razón o con ocasión del ejercicio de sus funciones, pudiendo encuadrarse en otros tipos penales, como los de resistencia o atentado contra la autoridad. Tanto los delitos de odio como la circunstancia agravante de discriminación, se crearon para proteger a minorías discriminadas o en riesgo de exclusión, pero no para proteger instituciones, por ejemplo, policiales, como es el cuerpo de la Guardia Civil. Por otro lado, y con carácter subsidiario, entiende que la sala de enjuiciamiento “a quo” aplica la circunstancia agravante de discriminación, del artículo 22.4ª CP, en la acción lesiva atribuida a los acusados, a pesar de que, dados los hechos probados, ni se justifica ni se describen los elementos configuradores de la referida circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, más allá de la simple afirmación de que los acusados actuaron guiados “por su clara animadversión y desprecio hacia la Guardia Civil por motivos claramente ideológicos”. A ello añade que la única acusación que sostuvo la concurrencia de dicha circunstancia que agrava la responsabilidad criminal fue COVITE, y no la introdujo hasta el trámite de conclusiones del acto del juicio oral, sin modificar, previamente, su escrito de conclusiones en cuanto a los elementos fácticos se refiere, habiendo formulado acusación por un delito de provocación al odio, del artículo 510 CP, contra dos de los acusados. Por otro lado, también se señala que la sentencia apelada habría incurrido en predeterminación del fallo, ya que para describir los hechos que declara probados se han usado precisamente los términos que utiliza el artículo 22.4ª del Código penal para tipificar la agravante aplicada, sin describirse el “motivo ideológico”, se infringió el principio acusatorio (artículo 24 C.E .) al completar el déficit que observa en la única acusación que había solicitado la aplicación de tal agravante en cuestión y, en definitiva la sentencia recurrida no aclara ni cuál es la ideología de los acusados ni cuál es la ideología de los denunciantes, ni de la Guardia Civil como institución, ni de la totalidad de los miembros de dicho Instituto.

La primera referencia a una normativa penal antidiscriminatoria, en nuestro ordenamiento, se incorpora mediante la Ley 23/1976, de 19 de julio, se incluye en el art. 172.4 del CP de 1973 : “son asociaciones ilícitas las que promuevan la discriminación entre ciudadanos por razón de raza, religión, sexo o situación económica”. Se promulga siguiendo el Convenio de 1965, que a diferencia de otros países europeos, se realizó en torno al delito de asociación y no de provocación xenófoba, que no supuso un cambio. Posteriormente, la Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del CP de 1973, incluye el delito de denegación de prestación por motivos discriminatorios, art. 165 CP de 1973 , y limita los motivos de asociación ilícita solo a la quienes promuevan e inciten a la discriminación racial, eliminando los motivos de sexo, religión o situación económica. La legislación antidiscriminatoria continuaba siendo deficitaria, tras la reforma, y no cumplía con las obligaciones internacionales. Posteriormente, la Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo, en la que se incorpora el delito de provocación (art. 165 ter CP 1973), e irrumpe la agravante genérica antidiscriminatoria en nuestro ordenamiento (art.10.17 del CP 1973), precedente del actual art. 22.4 CP, meses antes de entrar en vigor el actual CP, coincidiendo con el Año Internacional de la Lucha contra la Intolerancia, cumpliendo, en lo que se refiere al delito de provocación, con los estándares de derecho comparado europeo, y comenzando la tendencia expansiva, de los países latinos, con la inclusión de la nueva agravante . Con la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, entra en vigor nuestro actual código penal y la circunstancia agravante del art. 22.4 del CP, que ha sido modificado posteriormente por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, para incluir en el catálogo de motivos discriminatorios la

“orientación o identidad sexual”, y su última reforma se produjo por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, para incluir en dicho catálogo las “razones de género”. El precepto no limita, como su antecesor, su aplicación a los delitos “contra personas o el patrimonio”, lo que conlleva que en principio pueda ser aplicada en cualquier delito sin limitaciones, salvo por razones de inherencia, pudiendo ser de aplicación a otros delitos que solo una interpretación amplia del anterior precepto permitía fundamentar, como los delitos contra la libertad, la libertad sexual, o el honor u otros.

De otra parte, junto con la agravante se introducen numerosos tipos penales antidiscriminatorios, que se encuentran diseminados por el CP, que en caso de concurrir, no permiten que la agravante sea aplicada, en virtud de principio de non bis in idem, (el delito de amenazas dirigidas “a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas” del Art. 170.1 del CP., el delito de discriminación en el ámbito laboral, el delito de incitación al odio, la violencia o la discriminación y el delito de difusión de informaciones injuriosas del Art. 510 CP., el delito de denegación de una prestación por el encargado de un servicio público o por el funcionario público, del art. 511 CP, el delito de denegación de prestaciones en el ejercicio de actividades empresariales o profesionales del art. 512 CP, el delito de asociación ilícita para promover el odio, la violencia o la discriminación del art. 515.5 CP, los delitos contra la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos de los art. 522 a 525 CP. los delitos de genocidio y lesa humanidad de los art. 607 y 607 bis CP., el delito de clonación para la selección de raza del art. 16.3 CP., el de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197.5 CP., o el delito de prácticas de segregación racial con ocasión de conflicto armado del art. 611.6 CP. Y ello es así porque el art. 67 del CP establece que “Las reglas del artículo anterior no se aplicarán a las circunstancias agravantes o atenuantes que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse”.

Pues bien, entrando a resolver las diferentes cuestiones, se ha de partir de que tal como señalara la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2006, “esta circunstancia que ya había sido incorporada a nuestra legislación penal en la reforma 4/95 de 11 de mayo, ha sido objeto de críticas doctrinales, por cuanto se basa en algo que pertenece al juicio interno del autor, lo que impide encontrar razones por las que la gravedad objetiva del delito sea mayor, y delimitar, en términos de seguridad jurídica, que es un comportamiento racista, antisemita o discriminatorio, es introducirnos en un terreno valorativo que sin duda se presta a la discrecionalidad, por cuanto lo que caracteriza la circunstancia es que el racismo, el antisemitismo o cualquier sentimiento discriminatorio, sea el motivo de cometer el delito, por tanto nos encontramos con la averiguación, en términos de carga de prueba, de un elemento motivacional que solo podrá deducirse de indicios. Es cierto que en muchos supuestos estarán acreditados de forma palmaria, pero también lo es que pudieran producirse casos límites de muy compleja solución.

No obstante, los valores de antirracismo, antisemitismo o tolerancia ideológica y religiosa son valores esenciales de la convivencia, y el derecho penal debe cumplir su función de asentar tales valores en el seno del tejido social, de ahí que entendemos positiva su incorporación al Código Penal, pero de la misma manera, para no vulnerar los postulados de la seguridad jurídica, debe determinarse con precisión que éste y no otro ha sido el móvil del delito, para evitar la aplicación indiscriminada de esta circunstancia agravante por más que algunos hechos ofendan los valores más esenciales de nuestra convivencia.

Por ello, para la aplicación de esta circunstancia será necesario probar no solo 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 inferencia o juicio de valor que debe ser motivada (art. 120,3 CE). 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 estas 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 pertenecer a otra raza, etnia o nación o participar de otra ideología o religión o condición sexual, haya de ser aplicada la agravante. Se trata de una circunstancia que se fundamenta en la mayor culpabilidad del actor por la mayor reprochabilidad del móvil que impulsa a cometer el delito, siendo por ello determinante que dicha motivación sea la determinante para cometer el delito”

Y es que, en efecto, no puede olvidarse que la Constitución no prohíbe las ideas ni las ideologías, ni aun las que pudieran considerarse contrarias a sus postulados, por muy rechazables que pudieran considerarse desde esa perspectiva de los valores que propagan y de los derechos y libertades colectivos o individuales, pues la libertad de expresión e ideológica así lo exige; pero no se encuentran bajo el amparo del sistema constitucional la realización de actos que, en desarrollo de tales ideologías, vulneren otros derechos constitucionales.

Puede decirse que para su aplicación se requiere la evidencia de que el hecho delictivo obedece a razones contrarias a los principios de igualdad, dignidad personal y tolerancia que exige la convivencia social. En el caso concreto de la agravante genérica del art. 22.4 CP por motivos de discriminación, se aumenta el injusto del hecho realizado por dar a la víctima un trato completamente arbitrario e indigno por su mera pertenencia o vinculación a un determinado colectivo. Ese trato arbitrario persigue su exclusión y aislamiento, lo que la sitúa en una posición desventajosa con respecto al resto de ciudadanos.

Si el sujeto que comete la acción delictiva actúa movido por motivos discriminatorios y otros móviles que no se hallen expresamente regulados, la agravante habrá de apreciarse cuando junto a los motivos discriminatorios aparezcan otros de diversa naturaleza siempre que los primeros sean los predominantes y conminen al sujeto a la comisión del delito. Naturalmente, se debe acreditar el móvil discriminatorio en cualquier caso, lo que a veces, dado su índole íntimo y personal, puede no ser sencillo, pudiendo llevarse a cabo a través de pruebas indiciarias.

En definitiva, habrá de probarse, además del hecho constitutivo de la infracción penal, la condición de la víctima o perjudicado y la motivación e intencionalidad del delincuente. En este sentido, ha de señalarse que para aplicar la agravante cuestionada por los apelantes, se requiere que el sujeto activo haya actuado movido por una motivación discriminatoria en relación a determinadas cualidades de la víctima.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 11 de enero de 2017 , se señaló, en relación a la presente circunstancia, (en el que estimó la referida agravante, en un supuesto en el que los encausados accedieron al interior de un determinado local con la finalidad de protestar frente a un acto e impedir su celebración y actuando por motivos claramente ideológicos, siendo pertenecientes o simpatizantes de grupos y partidos políticos de extrema derecha, y que se concentraron para impedir la celebración del acto movidos exclusivamente por razones ideológicas al tener posiciones antagónicas con el movimiento independentista catalán) que la circunstancia discriminatoria debe referirse a la víctima; lo que exige a su vez la prueba de la condición de la misma y la intencionalidad del autor, conforme establece la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (STS 1145/2006 de 23 de noviembre).

En el caso sometido a la consideración de esta Sala de Apelación, se trata de unos hechos en que la motivación preponderante de los acusados emana de la pertenencia de parte

de las víctimas al cuerpo de la Guardia Civil, o su relación con ésta, en la de las otras, de forma que fueron del mismo modo víctimas las novias de los pertenecientes a dicho Cuerpo, que sufrieron las acciones de aquéllos por el mero hecho de serlo, que éstas tuvieron lugar no en acto de servicio del los perjudicados, sino en un momento de ocio y desligado de toda relación de servicio inmediato (aunque en tal condición) y vistiendo de paisano.

El debate sobre el fundamento jurídico de la agravante radica, por un lado, en su pertenencia a la categoría de culpabilidad o del injusto, y dentro de este al injusto objetivo o al injusto subjetivo, acabando con posiciones que podríamos denominar mixtas, y por otro lado, el debate sobre si fundamentación se basa en el principio de igualdad entre todos sean cuales sean sus condiciones personales o se basan, también en el principio de igualdad, pero material, en una lógica de “acción positiva”, con posturas más o menos expansivas.

En este supuesto no sólo cabe ver una infracción contra las pretensiones de indemnidad de determinadas personas, sino también, de modo patente, un acto intencional de propaganda por el hecho, una suerte de amenaza que socava la vigencia de la norma de prohibición, al menos desde la perspectiva de sus potenciales destinatarios, que asisten a un anuncio serio y creíble de futura agresión. Los autores se arrojan así la configuración de la relación entre las víctimas y otras potenciales y la norma principal. Con acciones como las enjuiciadas no sólo se propone un modelo de sociedad radicalmente alternativo, en la que no tendrían cabida quienes tienen la profesión o la manera de pensar de los agredidos, así como una carga añadida de intimidación dirigida a ciertas personas, que las amenaza con la continuidad de los actos. En primer lugar, la agresión cuestiona de modo fundamental la vigencia de la norma prohibitiva en cuestión. Pero, adicionalmente, socava de otro modo las expectativas de indemnidad de ciertas personas, del mismo modo que lo haría una amenaza de futuras agresiones, lo que conllevaría que los destinatarios adoptasen estrategias de autoprotección que recortarían su libertad de acción (autoprotección colectiva, simple evitación de ciertas zonas donde se prodigan este tipo de agresiones, etc.) muestra que ciertos colectivos reaccionan cognitivamente a esas amenazas: pese al reconocimiento formal de la igualdad, es un hecho que en nuestras sociedades hay personas que, con razón, sienten que, debido a su ideología -en ciertos círculos, o de modo más general- no son tratadas verdaderamente como pares, pues gozan de un menor ámbito de libertad, al estar la vigencia de sus expectativas de indemnidad hondamente cuestionada. Atendiendo a tal efecto (indirectamente) limitador de la libertad de estas personas, cabe decir que aquí, además de un ataque a las concretas pretensiones de la víctima del delito en cuestión, se da un verdadero atentado contra la libertad de los amenazados, víctimas actuales o potenciales. La aplicación de la agravante de discriminación ha de verse aquí, pues, como una respuesta cualificada a un cuestionamiento de la vigencia de las expectativas de ciertas personas que, por lo demás, es idóneo para afectar a su esfera de libertad. La aplicación de la agravante a estos casos parece plenamente legítima desde los requisitos constitucionales, pues afecta e incide en las condiciones de seguridad existencia de un colectivo atendidas las particulares circunstancias y entorno en que se encuentra en un determinado momento.

No puede desconocerse, por otro lado, para fundamentar su apreciación, que no sólo puede darse el caso en que la ejecución de la agresión anunciada corresponde a quien profiere la amenaza con sus actos, ya de modo inmediato (la ejecutará él mismo), ya de modo mediato (la ejecutará alguien del grupo al que pertenece), sino que cabe pensar que dado que el interés supraindividual protegido por la agravante antidiscriminatoria, esto es, las condiciones de seguridad existencial del colectivo que se encuentra en tal situación, el ámbito objetivo de aplicación de la circunstancia agravante sería más extenso, siendo apreciable cuando el grupo de personas vive en una situación de constante desconfianza con respecto a

sus expectativas de indemnidad, pues concurre un doble contenido: por una parte, integra la situación crítica; por otra, la perpetúa al manifestar su perduración y su proyección futura. En cierto modo, bastaría hablar de una “cooperación accesoria”: por un lado, el atentado, en tanto que efectiva lesión de concretas pretensiones jurídicas, cumple o ejecuta amenazas pasadas o vigentes (piénsese en el movimiento contrario en el que se desarrollaba la vida privada de las víctimas) y, por otro renueva la formulación de la amenaza hacia el futuro, amenaza que será ejecutada por las mismas u otras personas, de forma que anuncia ulteriores manifestaciones de la situación, pues el mensaje intimidante se comunica como parte de un programa coordinado. Para ello es suficiente que los autores, aunque no participaran en la creación de la situación discriminatoria ideológica, intervengan en su continuación, de modo que sea una cooperación accesoria en una cadena de amenazas, es decir, como confirmación de amenazas pasadas y renovación hacia el futuro.

A lo anterior ha de añadirse que concurren del mismo modo en este caso el elemento subjetivo de la acción, por cuanto el dolo de los apelantes abarca tanto el hecho de estar atentando conscientemente contra los sujetos perteneciente a un grupo previamente amenazado por los movimientos contrarios que se daban en un sector de la población de Alsasua, por su forma de pensar, que no es compartida, y el hecho de estar emitiendo un mensaje discriminatorio en tanto que se integra con una serie de circunstancias previas, perfectamente descritas en la resolución apelada. Por ello, encontrándose los hechos enjuiciados enmarcados en el referido contexto, ha de estimarse que la agravante cuestionada ha sido apreciada por el Tribunal de instancia, con arreglo a Derecho.

Y no es óbice para ello que la única acusación que sostuvo la concurrencia de dicha circunstancia fuera Covite y que lo hiciera en el trámite de conclusiones definitivas aun cuando no modificara el sustrato fáctico que las sustentara pues, como se insistirá más adelante, la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo (STS 609/2007, de 10.7 , entre muchas otras) identifica el escrito de conclusiones definitivas como el instrumento procesal con que cuentan las acusaciones para concretar la pretensión punitiva que ha de resolver el órgano de enjuiciamiento y destaca que una supuesta fijación de la acusación en el escrito de calificación provisional, no sólo vaciaría de sentido las previsiones legislativas contenidas en los artículos 732 y 788.4 de la LECRIM , sino que tornaría inútil la actividad probatoria practicada en el juicio oral (SSTS 16.5.1989 , 284/2001 de 28.2), así como que la sujeción de la condena a la acusación no puede ir tan lejos como para impedir que el órgano judicial modifique la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de debate contradictorio. No existe infracción constitucional si el Juez valora los hechos “y los calibra de modo distinto a como venían siéndolo (STC 204/1986 , recogiendo doctrina anterior), siempre, claro, que no se introduzca un elemento o dato nuevo al que la parte o partes, por su lógico desconocimiento, no hubieran podido referirse para contradecirlo en su caso” (STC 10/1988 , fundamento jurídico 2). En este sentido, “el órgano judicial, si así lo considera, no está vinculado por la tipificación o la imputación” que en la acusación se verifique (STC 11/1992 , fundamento jurídico 3”).

Del mismo modo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo entiende inapreciable este quebranto de tutela judicial por el hecho de que las conclusiones definitivas incorporen una calificación típica distinta. Cualquier tipo de alteración en cuanto a los elementos jurídicos de la calificación, en principio, no supone una mutación del objeto del proceso, pues éste no viene constituido por un delito concreto y determinado, ni por una calificación jurídica, sino por un suceso o acontecimiento. Por otro lado, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 abril 1996 , recogiendo a su vez las de 1 junio 1995 y 6 abril 1995 y en jurisprudencia que se mantiene pacífica, destacaba que “para ser respetuoso con el derecho constitucional a ser

informado de la acusación y con el derecho de defensa, el apartado fáctico de la calificación acusatoria debe ser completo y específico, pero no exhaustivo, es decir que no se requiere un relato minucioso y detallado, o por así decirlo, pormenorizado”.

Por todo ello, el motivo a que venimos refiriéndonos en este fundamento jurídico no puede prosperar.

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal
RECURSO CASACION (P) Número: 10194/2019 P
FUNDAMENTO DE DERECHO QUINTO
(Extracto de la Sentencia de 09/10/2019)

QUINTO.- Ha sido ponente de este Fundamento de Derecho Quinto el Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta. 4.- Por indebida aplicación de la agravante de actuar por motivos ideológicos, prevenida en el artículo 22.4 del código penal. El recurrente opone, por la vía del artículo 849.1 de la ley de enjuiciamiento criminal, un error de derecho por la indebida aplicación al hecho probado del artículo 22.4 del código penal, a cuyo tenor la conducta se agrava por haber cometido los hechos por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad. Nos interesa, a los fines de esta resolución, el análisis de la actuación motivada por una discriminación referente a la ideología de la víctima.

Previamente conviene señalar que los hechos tal y como se describen en el hecho probado, son execrables y reflejan una motivación abyecta, en cuanto refieren que la agresión se produce al constatar que eran miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. Para la resolución del motivo es preciso partir del hecho probado, pues la impugnación plantea un problema de su subsunción jurídica, desprovista de cualquier otra apreciación que nos lleve a considerar que por la gravedad del hecho y por la motivación del mismo, proceda una agravación por la culpabilidad reflejada en la acción. Es por ello que el examen que debe realizarse de impugnación formalizada es de pura técnica jurídica, comprobando si el hecho declarado probado aparece correctamente subsumida en la circunstancia de agravación de discriminación por razón ideológica, circunstancia de agravación que, introducida en el Código penal de 1995, ha sido objeto de recientes modificaciones ampliando el ámbito de la aplicación basado en la discriminación. También para la resolución del motivo hemos de tener en cuenta que los recurrentes han sido condenados, además del delito de lesiones, por un delito de atentado lo que nos hará considerar la interdicción de valorar dos veces el mismo hecho, vulneración del non bis in idem, que se produciría de tener en cuenta, al mismo tiempo, el ánimo de atentar a un servidor del estado como agente de la autoridad, o si se quiere, representante de los valores derivados de la defensa del Estado. El principio de inherencia, del artículo 67 del código penal es significativo al respecto.

La vía impugnatoria elegida por los recurrentes parte del respeto al hecho probado y exige que, tanto en la impugnación como la resolución, debamos ajustarnos al hecho probado. Lo relevante en este motivo es partir del relato fáctico para discutir la calificación jurídica aplicada y que es objeto de impugnación. En definitiva, comprobar la correcta aplicación

de la norma jurídica. El relato fáctico refiere que los acusados eran, todos ellos, conscientes de que el teniente y el sargento, aún estando fuera de servicio el día en que ocurrieron los hechos, “pertenecían a la guardia civil y destinados en el puesto de Alsasua, actuando amparados y aprovechándose de la existencia de un numeroso grupo de personas tanto dentro como fuera del bar, y, en todo caso, guiados por su clara animadversión y menosprecio hacia la guardia civil y por motivos claramente ideológicos intentando expulsar a dicho estamento de la localidad de Alsasua”. Añade el relato fáctico que alguno de los acusados, en concreto los dos que se citan, están vinculados e implicados activamente y de forma importante al movimiento OSPA de Alsasua que persigue como finalidad la exclusión de la guardia civil y demás fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. En el párrafo final del relato fáctico se afirma que “no ha quedado plenamente acreditado que tales acusados y el resto de los mismos que participaron en los hechos descritos en la presente resolución tuvieran la clara intención y finalidad de llevar a cabo algunos los postulados que anteriormente al cese de la lucha armada en el año 2002 tuviera la banda terrorista ETA, ni que los acusados hubieran asumido en aquella época tales postulados... no resulta probado que con las acciones descritas tuviera la intención de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública o provocar el terror a gente o parte de la misma en la localidad de Alsasua”. Este apartado fáctico permite la calificación sobre la concurrencia de la agravante de abuso de superioridad, y la absolución del delito de terrorismo que acordó la sentencia y que no ha sido objeto de recurso por parte de las acusaciones. Suprimidos, hipotéticamente, de relato fáctico aquellos apartados que se refieren a la agravante de abuso de superioridad y a la tipificación de la conducta en el delito de terrorismo, resta la afirmación referida a que actuaron “guiados por su clara animadversión y menosprecio hacia la guardia civil y por motivos claramente ideológicos intentando expulsar a dicho estamento de la localidad”. Sobre este apartado debemos referir la impugnación. Incluso el apartado que refiere la actuación “por motivos claramente ideológicos” debiera suprimirse porque predetermina el fallo y no es un relato fáctico sino una valoración de un hecho que no se expresa, a salvo de que actuaron “guiados por su animadversión y menosprecio hacia la guardia civil”, única frase del relato fáctico susceptible de ser subsumida en el tipo de la agravación.

En la fundamentación de la sentencia dictada por la Sala de apelaciones de la Audiencia Nacional, se refiere, como fundamento de la agravación, que la acción descrita se hallaba impregnada por una motivación ideológica derivada de la dinámica de la izquierda abertzale impulsada en Alsasua por el movimiento OSPA, lo que entra en contradicción cuando se afirma, como probado, que de los ocho condenados, solo dos pertenecían a esa organización. Por otra parte, la segunda fundamentación de la Sentencia es la de resaltar que “la motivación preponderante de los acusados emana de la pertenencia de parte de las víctimas al cuerpo de la Guardia civil o su relación con esta”, aspecto que supone la subsunción en la tipicidad del delito de atentado.

Los precedentes jurisprudenciales sobre la interpretación de la circunstancia de agravación prevista en el apartado cuarto del artículo 22 del código penal, se refieren, en su mayoría, a la discriminación por razón de género. En estas resoluciones se declaran una serie de requisitos que son de aplicación a todos los parámetros de discriminación y que por razones de contexto han de ser traídos a esta resolución. Así en la sentencia 983/2016 de 11 marzo, declaramos que la circunstancia agravatoria debe referirse a la víctima y no operará cuando la cualidad personal objeto del móvil discriminatorio no concurra en el sujeto pasivo del delito. El presupuesto fáctico de la agravación señala a la víctima como la persona con una ideología que pueda ser aprovechada por el sujeto activo para imponer un comportamiento lesivo fundado en una ideología que opera como mecanismo de discriminación, bien en-

tendido que la situación fáctica en que se funda la discriminación puede ser real o aparente, bastando para su concurrencia que el sujeto activo del delito actúe bajo lo que él considera una ideología de rango inferior que guíe su actuación y criterio de discriminación.

En la sentencia 99/2019, de 26 febrero, señalamos como requisito de la agravación que el hecho probado dé cuenta de la relación típica de la circunstancia agravatoria, de tal manera que el delito se entienda como manifestación objetiva de la discriminación característica. Esto es, que el hecho probado señale cuál es la ideología de la víctima que el sujeto activo rechaza y sobre la que se apoya, como móvil, para la realización de su conducta. En este sentido la STS 983/2016, de 11 de enero de 2017, señaló “que la circunstancia discriminatoria debe referirse a la víctima... En definitiva, no operará tal agravatoria cuando la cualidad personal objeto del móvil discriminatorio no concurra en el sujeto pasivo del delito (véase Sentencia 1341/20902, de 17 de julio, 302/2015, de 19 de mayo, 314/2015, de 4 de mayo)”. Si bien el fundamento anclado en sede de culpabilidad permite afirmar su concurrencia cuando no existan circunstancias que permitan inferir otra motivación ajena a la ideología del autor. En el sentido indicado, es difícil argumentar una consideración de la Guardia Civil como colectivo vulnerable sin desnaturalizar la finalidad del precepto.

En la sentencia 420/2018, 19 septiembre señalamos que “los elementos fácticos de los que se desprenda la concurrencia de la circunstancia que permiten la aplicación de la agravación han de estar debidamente acreditados por prueba válida y racional y expresamente declarados a la sentencia”, lo que supone que el hecho probado de la sentencia contenga el elemento fáctico sobre el cual sustentar la aplicación de la norma jurídica con identificación de la ideología y de la discriminación.

En la sentencia 707/2018 del 15 de enero de 2019, señalamos que el hecho debe ser manifestación de la discriminación generadora de una situación de desigualdad. Lo que implica descripción de la situación de desigualdad y comporta una comparación ante situaciones de igualdad, y el motivo de la discriminación.

Pues bien, en el hecho probado de la sentencia no concurren los anteriores requisitos que hemos exigidos para la aplicación de la agravante por discriminación. El hecho probado es escueto en la expresión de lo que pueda ser calificado como presupuesto fáctico de la agravación. No se describe una situación de discriminación, no se describe la ideología, tampoco se establece una comparación entre situaciones desiguales sobre las cuales fundar la discriminación, ni hecho probado contiene una definición ni expresión de la situación objetiva de desigualdad derivada de una ideología del sujeto pasivo del hecho delictivo. Y no puede considerarse que el hecho de pertenecer a un instituto policial sea una ideología. Consecuentemente el hecho probado no permite la aplicación de la circunstancia de agravación.

Además, es preciso dar un contenido preciso a la circunstancia agravatoria. Hemos de acudir a los criterios clásicos de interpretación de la norma penal. En primer lugar, la intención del legislador, criterio que si bien no permite conocer de forma fiable el sentido de la norma, pues la intención del legislador aflora la razón que llevó al legislador a la promulgación de la norma, pero una vez publicada en el boletín oficial la norma tiene su propio contenido independiente de la voluntad del legislador. Sin embargo, permite indagar sobre la voluntad del legislador al tiempo de su promulgación. La Exposición de Motivos es clara al respecto al señalar como fundamento de la circunstancia de agravación “la proliferación en distintos países de Europa de episodios de violencia racista y antisemita y que se presentan bajo banderas y símbolos de ideología nazi, obliga a los estados democráticos a emprender una acción decisiva para luchar contra ella” las sucesivas reformas refieren distintos supuestos discriminatorio, y abordar la necesidad de alejar situaciones de violencia contra colectivos vulnerables, todavía, en nuestra cultura.

El legislador al incluir como agravación un contenido propio del derecho antidiscriminatorio otorga protección a las personas vinculadas a colectivos discriminados que se encuentran en desventaja para un desarrollo en libertad de su vida, evitando que ésta pueda sufrir una situación de discriminación por la mera pertenencia a un colectivo minoritario y vulnerable.

Un segundo criterio de interpretación surge del contexto en el cual aparece la agravante de discriminación por ideología. El artículo 22.4 del código penal hace referencia los motivos racistas, antisemitas, religiosos o creencia de la víctima, la etnia, la raza o nación a la que pertenezca, su sexo su orientación sexual, razones de género, enfermedad que padezca o discapacidad. Es decir, se trata de colectivos que presentan unas situaciones objetivas de vulnerabilidad que el legislador tiene en cuenta para proteger de forma especial y conformar un modelo social de tolerancia y de convivencia pacífica, sancionando conductas que perturban, o ponen en peligro, esa convivencia pacífica, al tiempo que persigue conformar una sociedad basada en la necesaria tolerancia. La interpretación de lo que se entienda por discriminación por ideología ha de ser realizada teniendo en cuenta ese contexto de situaciones necesitadas de una especial protección para garantizar la convivencia pacífica y la tolerancia entre distintos grupos sociales a los cuales es preciso respetar. En todo hecho delictivo, ciertamente se plantea un contexto de enfrentamiento donde pueden emerger sentimientos de odio, ira o rabia, y no por ello la punición del delito precisa una especial valoración jurídica que se traslade a la agravación en el reproche penal, pese a existir esa situación de odio, ira, rabia o venganza. Se hace preciso constatar la existencia de un plus delictivo por el cual es preciso que la sociedad, en su conjunto, se conmueva ante lo discriminatorio de la situación porque en el delito concurre, además de la situación como la descrita en la tipicidad, un plus que afecta a la tolerancia, que afecta la convivencia pacífica, haciendo que la situación fáctica del delito conlleve además una conmoción social sobre el contenido de respeto y de quebranto de la necesaria tolerancia. De esta manera, el hecho no sólo perturba a la víctima, sino también el conjunto de la sociedad puesto que el hecho, además, pone de manifiesto un problema de convivencia por la discriminación en el que se basa.

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 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. 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 para 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 colectivi-

dad 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. Como se ha afirmado anteriormente en el hecho probado no se afirma nada de esto. No se identifica la ideología, 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. La pertenencia a una asociación que persigue la expulsión de las fuerzas policiales, no se declara respecto de todos los acusados, y condenados; tampoco la pertenencia de las víctimas a la guardia civil supone la asunción de una ideología necesitada de especial protección. Por otra parte, la situación fáctica de pertenencia al instituto armado policial ya ha sido tenida en cuenta por el tribunal de instancia aplicando la calificación de atentado por el hecho cometido.

Podríamos representarnos una situación a la que fuera de aplicación la agravación de discriminación por ideología a un supuesto en el que la víctima fuera miembro de una fuerza de seguridad del Estado, pues ciertamente la agravación va más allá de su consideración de agente de la autoridad, y no es incompatible, con la pertenencia a un cuerpo policial y el respeto que debe generar como depositario del principio de autoridad, pero sería preciso que en el hecho probado resultara patente una situación de discriminación y demás requisitos de la agravación. Reiteramos que en el hecho probado no refiere una situación de comparación, ni refiere una situación de desigualdad, ni una situación ideológica que el autor haya tenido en cuenta como móvil de su actuar.

El que fueran guardias civiles ya ha sido tenido en cuenta para conformar la tipicidad en el delito de atentado, por lo que es de observancia la interdicción del art. 67 Cp., cuando dispone que no se aplicarán [a] las circunstancias agravantes o atenuantes que la ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse (principio de inherencia). Por otra parte, tampoco se describe una situación objetiva de especial vulnerabilidad, y por tal no puede ser tenida la guardia civil.

Por todo ello, se estima el motivo y se suprime la aplicación de la agravante de discriminación del art. 22.4 CP.

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. VICENTE MAGRO SERVET, AL QUE SE ADHIERE EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. ANTONIO DEL MORAL GARCÍA.

Los dos Magistrados firmantes del voto particular expresan en la presente su distinto parecer con respecto al sentir de la mayoría en relación a la exclusión de la agravante de

discriminación del art. 22.4 CP que consideran aplicable al presente caso, en donde se debe reconocer, aplicar y admitir una clara conducta de odio y discriminación encuadrable en la vía del art. 22.4 CP, para lo cual se estructura el mismo en cuatro puntos de salida que se desarrollan a continuación, más tres que fueron objeto de debate y sobre los que los firmantes exponen en este voto su parecer; a saber:

Antes que nada, hay que dejar sentado que la discrepancia con la sentencia versa única y exclusivamente sobre la apreciación de la agravante de obrar por motivos de discriminación; y que, por otra parte, el alcance práctico de esa cuestión sería nimio. En cuanto a la rebaja de penas se comparte la decisión de la sentencia. Debíó aplicarse con la proporcionalidad ya ajustada en la sentencia. Donde no hay acuerdo es que no se pueda aplicar la agravante de discriminación del art. 22.4 CP, aspecto en el que los Magistrados firmantes del voto entienden que existen argumentos sólidos que se exponen a continuación.

Hay que convenir que esa agravante no puede operar, por su propia naturaleza respecto de delitos que protegen bienes de carácter supraindividual como es el atentado (principio de autoridad) o los desórdenes públicos (tranquilidad y paz pública). Solo jugaría aquí respecto de las otras infracciones objeto de condena (lesiones y amenazas). A la vista de la concurrencia de otra agravante (abuso de superioridad) el relieve de mantener o no la agravación solo se traduciría en la necesidad de incrementar ligeramente la pena fijada para el delito de amenazas, en una porción que, desde luego, dejaría subsistente la posibilidad de la penada por tal infracción de acogerse a los beneficios de la suspensión de condena.

Por tanto, salvo en se punto, hay conformidad plena en lo que es la cuantificación de las penas, reajustadas en la sentencia mayoritaria, como consecuencia de la supresión de las agravantes de abuso de superioridad y discriminación para los delitos de atentado y desórdenes públicos y la necesidad de ponderar y distinguir entre los diferentes partícipes, no en abstracto, sino desde la consideración concreta de las consecuencias a que conduce la obligatoria aplicación de las reglas del art. 76 CP a los diversos delitos en concurso real que se atribuyen a una persona en una misma sentencia.

De hecho, aun sin apreciarse la agravación, ese móvil singular -de “motivación abyecta” se habla con justicia en la sentencia mayoritaria-, ha sido ponderado a través del art. 66 CP para cuantificar las penas.

Conste, así pues, que la divergencia contenida en este voto mira, más que al caso concreto, al futuro y a los perfiles que debieran darse a tal agravación que ha ido ensanchándose. En cualquier caso, buena parte de las consideraciones que sobre la agravación se vierten en el voto mayoritario son totalmente suscribibles y compartidas. No así las razones dogmáticas que conducen a rechazar la agravación.

Sin perjuicio de su desarrollo más detenido, tres puntos interesa destacar en este pórico que vienen a responder, según se entiende, a las razones que la mayoría ofrece para estimar en ese particular algunos de los motivos de casación.

1º.- La agravante ancla en la culpabilidad. No representa una mayor antijuridicidad. El bien jurídico protegido en cada delito (vgr., la vida, o la integridad física) no queda más lesionado por el hecho de que el agresor tuviese una motivación discriminatoria o de desprecio de una raza, ideología, religión...

Lo que tiene relieve agravatorio para el legislador es el móvil, no la realidad de la persona que sufre la agresión. Agredir, precisamente por esa condición, a quien se considera homosexual, o comunista, o judío, aunque eventualmente se llegase a demostrar que el agresor partió de una percepción que no se ajustaba a la realidad, merecerá la agravación. Por eso aquí lo relevante no es tanto conocer si las víctimas tenían una concreta ideología, o cuáles

eran sus preferencias políticas; o qué nivel de adhesión o antipatía podrían mantener con sentimientos nacionalistas o abertzales, cuanto comprobar si fueron agredidos precisamente por la ideología que, con o sin fundamento, se les atribuía por los agresores.

2º.- Hemos de coincidir en la premisa de que una institución del Estado como es la Guardia Civil es políticamente neutra; no tiene una ideología más allá de que como todas las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado adquiera un compromiso de especial defensa de la Constitución y las leyes, así como de los derechos y libertades que, principios éstos que, así descritos, no constituyen una ideología en el sentido del art. 22.4 CP.

3º.- Ahora bien, eso es compatible con que, aunque sea mediante groseras simplificaciones (habituales en quienes hacen de la intolerancia una bandera: el repudio de esa actitud es lo que quiere reprochar el art. 22.4) en ciertos contextos y en el imaginario de algunos colectivos se pueda atribuir, con acierto o sin ningún acierto, a los integrantes de un cuerpo como es la Guardia Civil una ideología que ellos repudian y que consideran “indignos” para asentarse en un determinado territorio; o para acceder a determinados lugares de esa población de los que “deben ser excluidos” precisamente por esa condición a la que se anuda, de forma insistimos simplista y simplificadora, una ideología que podríamos catalogar con el calificativo “españolista” usado de forma despectiva en esos colectivos. Eso es lo que aflora en los hechos probados: unos ciudadanos por pertenecer a determinado cuerpo y por tanto suponerse que son “españolistas” y adversarios del nacionalismo abertzale, son agredidos y repudiados. Discriminados: quien representa esa ideología no tiene derecho a considerarse uno más en la población.

Con ese pensamiento que se les supone no son aceptados. Es eso lo que motivó las agresiones según trasluce el relato de hechos probados, y eso es actuar por móviles de discriminación ideológica, que suponen un plus respecto de lo que es el dolo exigible por el delito de atentado.

Es este un dolo genérico: basta con conocer que se está actuando contra quien representa la autoridad y con motivo de esas funciones, más allá de la diversidad de móviles que pueden animar esa agresión (conseguir eludir una captura; vengarse por la imposición de una sanción que se considera injusta; promover desórdenes públicos, rebelarse frente a un mandato...). Aquí no se da solo eso: hay algo añadido: no son agentes de la autoridad sin más; son guardias civiles que en el imaginario de los acusados representan un pensamiento político “españolista” “antinacionalista”. Por eso se les agrede en un gesto de intolerancia que erosiona el pluralismo que es uno de los valores esenciales del ordenamiento jurídico (art. 1 CE). No se produce un bis in ídem castigando de una parte el atentado, sin la agravación y, de otra las lesiones con esa agravación que no coincide con el dolo genérico de los delitos de atentado; sino que encierra un plus que supone un mayor desvalor.

4º.- Y una última consideración preliminar: en algún momento parece insinuar la sentencia que la agravante solo podría operar respecto de colectivos que actual o históricamente hayan sido objeto de discriminación. Pensamos que esa idea perturba una adecuada comprensión de la agravante corriendo el riesgo de convertirse en fuente de discriminaciones (que no necesariamente serían positivas). Por mucho que no podamos considerar, v. gr., a los ateos como minoría vulnerable, agredir a alguien por tener esa creencia (o falta de creencia) es acción merecedora de la agravación; cómo hacerlo por profesar una determinada religión (aunque sea mayoritaria); o por pertenecer a un partido político (aunque tenga una implantación amplia y goce de fuerte respaldo social); o por ser “independentista”, o

“antiindependentista”, etc... No se trata de indagar en cada caso si esa condición que lleva al intolerante al rechazo visceral e irracional por no tolerar la diferencia es especialmente vulnerable o ha estado desprotegida históricamente o lo está o no en la actualidad. Lo relevante es ese móvil de intolerancia ante una diferencia de las recogidas en el art. 22.4 (raza, ideología, creencias, orientación sexual, enfermedad o discapacidad) que supone el germen de unos sentimientos repudiables e incompatibles con el modelo de convivencia que la Constitución quiere implantar y que el legislador penal ha querido reforzar con esa previsión agravatoria que se vería frustrada si se excluyen supuestos como el que aquí se analiza.

Realizadas estas consideraciones preliminares básicas para el entendimiento del voto discrepante de los Magistrados es preciso ahondar ahora en tres consideraciones básicas, a saber:

1.- Tres razones puestas de manifiesto por los recurrentes y aceptadas por el voto mayoritario para descartar la aplicación de la agravante y que son combatidas en el presente voto particular.

a- Que el concepto “ideología de la víctima” excluiría a la guardia civil como sujeto pasivo del acto de discriminación.

b- Que la discriminación ya está embebida en el delito de atentado y, en consecuencia, se produciría una infracción del principio non bis in ídem si se aplicara el delito de atentado y al mismo tiempo la agravante del art 22.4 CP.

Fundamento de la compatibilidad del delito de atentado y la agravante de discriminación 22.4 CP.

No se infringe el principio de inherencia

c- Que la agravante del art 22.4 CP solo puede aplicarse a colectivos dignos de una especial protección y aquellos sobre los que se trate de personas desvalidas, no estando el colectivo de la Guardia civil en este supuesto de especial protección.

2.- Seguridad jurídica o sobre utilización o infrautilización en la aplicación de esta agravante.

3.- Proyección al caso concreto. Admisión por el Tribunal de instancia y el de apelación de la agravante y valoraciones de admisibilidad de la agravante del art. 22.4 CP a los hechos probados.

En consecuencia, la cuestión del planteamiento de la exclusión de la aplicación de la agravante gira sobre tres puntos de vista, a saber:

a- Que el concepto “ideología de la víctima” excluiría a la guardia civil como sujeto pasivo del acto de discriminación. Lo cuestiona y descarta el presente voto particular. Los actos excluyentes a las personas que representan instituciones del Estado son actos de discriminación por una cuestión de ideología contra lo que representa el Estado y se proyecta en las víctimas como sujetos pasivos por razón de la distinta ideología que para los autores tienen respecto de ellos en este posicionamiento excluyente y, por tanto, discriminatorio.

No puede entenderse por ideología solo una concepción política del pensamiento de la víctima. Porque la posición ideológica trasciende mucho más allá y se enraíza con el concepto “Nación” y con el concepto de “Nacionalismo excluyente” relacionado con aquél.

Bajo este prisma no puede descartarse que “la ideología de la víctima” no pueda aplicarse a este caso concreto, porque el hecho probado hace mención a esa ani-

madversión por esa presencia de las víctimas en su localidad y por su pertenencia a la guardia civil.

La ideología a la que se refiere el art. 22.4 CP es a lo que representan los sujetos pasivos del delito en este caso concreto. Y los hechos probados describen con claridad el acto de discriminación al señalar que ...actuando amparados y aprovechándose de la existencia de un numeroso grupo de personas tanto dentro como fuera del bar, y en todo caso guiados por su clara animadversión y menosprecio hacia la Guardia Civil y por motivos claramente ideológicos intentando expulsar a dicho estamento de la localidad de Alsasua.

Y lo que en este caso representan las víctimas es a un colectivo, que es institución del Estado español, sobre el que giraba su espíritu por los condenados un sentimiento de odio como tal colectivo, siendo tal significación la ideología que se representaba por los agentes autores, como la propia de las víctimas a que se refiere el art. 22.4 CP.

Pero se incide que, descendiendo al caso que nos ocupa de la correlación entre el hecho probado y la “ideología” que tenían las víctimas para los recurrentes, ello lo era en base a la posición personal que los condenados tenían frente a sus víctimas, y, precisamente, en razón a la que éstas tenían por su pertenencia a la institución estatal, de ahí que se cumple el presupuesto que afecta a la “ideología” y su referencia a las víctimas, porque ello lo es, en definitiva, al propio “hecho diferencial que los condenados quieren imponer, que es el motivo del ataque, y no por el mero hecho de ser un guardia civil de paisano. No se le agrede por esto, por ser guardia civil. Es algo más. Es un plus en la acción desplegada, en la intención de que su “ideología” como miembro perteneciente a una institución del Estado español, era diferente a la de los condenados. Y es un hecho diferencial impuesto por los recurrentes, que no querían su presencia con las víctimas en su territorio. Este es el objetivo del acto, y esto es un acto de discriminación.

- b- Que la discriminación ya está embebida en el delito de atentado y, en consecuencia, se produciría una infracción del principio non bis in ídem si se aplicara el delito de atentado y al mismo tiempo la agravante del art 22.4 CP

Fundamento de la compatibilidad del delito de atentado y la agravante de discriminación 22.4 CP

Lo cuestiona y descarta el presente voto particular.

Destaca la mejor doctrina sobre la aplicabilidad del principio non bis in ídem que la identidad de hecho viene definida jurisprudencialmente no sólo por la igualdad de las conductas materiales realizadas, que sirve de punto de partida, sino también por la identidad de los elementos típicos desvalorados en cada una de ellas, que supera el simple hecho natural a partir de un análisis normativo. Y es precisamente el elemento consistente en la igualdad de fundamento la clave que define el sentido del principio, no cabe la doble sanción del mismo sujeto por un mismo hecho cuando se base un mismo contenido de injusto, esto es, en la lesión de un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido, lo que se expresa claramente en la idea de que se trate de una misma infracción lo que serviría para definir el supuesto del principio de non bis in ídem no como identidad de hecho sino como identidad de infracción.

En este caso, la configuración del delito de atentado dimana del dato objetivo de agredir a un agente de la autoridad como elemento objetivo del injusto, pero no existe igualdad de fundamento en la aplicación de la agravante de discriminación del art. 22.4 CP que se enraíza en un fundamento de naturaleza subjetiva.

Por ello, no es la identidad del hecho, sino la identidad de la infracción. Y en este caso, esa identidad no se da, por cuanto la naturaleza de la infracción es distinta, dado el componente de la agravante de matiz subjetivo en la intención de discriminar que los recurrentes tenían hacia los sujetos pasivos del delito, y ese diferente matiz objetivo y subjetivo lo hemos admitido en la doctrina de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo para rechazar, por ejemplo, la infracción del non bis in ídem en la aplicación conjunta de las agravantes de parentesco y de género, por el matiz objetivo de la primera y el subjetivo de la segunda.

En el atentado cierto y verdad que se exige un dolo subjetivo de atacar al agente de la autoridad por la condición de serlo, y a sabiendas, pero ello no integra un “ataque de discriminación”, porque esto es una conducta adicional, que agrava la anterior y que no puede quedar impune si se quisiera aplicar la prohibición del non bis in ídem a lo que no lo es.

Así, se ha expuesto en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 565/2018, de 19 de Noviembre que:

“Con respecto a la compatibilidad entre la agravante de género con la agravante de parentesco, partimos en primer lugar de su distinto fundamento.

En efecto, la primera tiene un matiz netamente subjetivo, basado en consecuencia en la intención -manifestada por actos de violencia-, de llevar a cabo actos de dominación sobre la mujer, mientras que la agravante de parentesco tiene un marcado componente objetivo basado en la convivencia, incluso desconectado de un vínculo afectivo. En consecuencia, no se exige éste, pero sí un requisito de convivencia, trabado en la relación de pareja. Hemos declarado también que existe ese requisito en supuestos de reanudación de la convivencia cuando ha habido una ruptura y la víctima vuelve al hogar mediatizada por actos del agresor para que regrese al mismo, continuando con las agresiones que en muchos casos acaban con la vida de la víctima, tal y como ocurrió en el supuesto analizado por esta Sala en Sentencia 371/2018, de 19 de julio, ante un supuesto de asesinato cometido hacia su pareja que había abandonado el hogar y que regresó para continuar su convivencia con quien más tarde acabaría matándola de 51 puñaladas.

Es por ello que son compatibles, la referida circunstancia agravante de parentesco, fundada en vínculos familiares y de afectividad, presentes o pasados en el caso de cónyuges o parejas de hecho, con la agravación basada en el hecho de haberse cometido el delito con una determinada motivación, relacionada con la condición de la víctima como mujer por razones de su género.

Pero la circunstancia de que sea compatible con la agravante de parentesco en las situaciones de pareja con convivencia no excluye que la agravante de género del art. 22.4 CP pueda aplicarse también aisladamente si el ataque se hace a una mujer con la que el sujeto activo no tiene ninguna relación de pareja o ex pareja, pero se pueda 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.

En suma, como ya dijimos en nuestra STS 1177/2009, de 24 de noviembre, interpretando preceptos penales específicos de género, se comete esta acción 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 de su derecho a la igualdad, a la libertad y al respeto debido como ser humano en sus relaciones sentimentales.

En este mismo sentido, la doctrina apunta en cuanto a la admisión de la compatibilidad de ambas agravantes que la circunstancia mixta de parentesco prevista en el artículo 23 del Código Penal tiene un fundamento objetivo de agravación que se aplica siempre que medie entre autor y víctima las relaciones previstas en el mismo, mientras que la agravante

de género prevista en el artículo 22.4º CP tiene un fundamento subjetivo, necesitando que concurra en el autor del delito una ánimo de mostrar su superioridad frente a la víctima mujer y demostrarle que ésta es inferior por el mero hecho de serlo. Con ello, no se vulnera la prohibición de doble valoración (*non bis in idem*) por la aplicación de ambas, ya que existen dos hechos distintos, que no se tienen que dar necesariamente juntos, y que permiten fundamentar la agravación en uno y otro caso.

También pone de manifiesto la doctrina que la agravante por razón de género se fundamenta, precisamente, en la discriminación que sufre la mujer en atención al género, y ello con independencia de la existencia o no de una relación de pareja entre la víctima y el sujeto activo. Por su parte, la agravante de parentesco se asienta en el menosprecio a los deberes morales u obligaciones que imponen las relaciones familiares o de afectividad, presentes o pretéritas”.

La clave de la prohibición de la vulneración del citado principio radica en la imposibilidad de hacerlo respecto de un mismo hecho, pero de idéntico fundamento. Y resulta evidente el distinto matiz diferenciador de la aplicación del delito de atentado (objetivable y *ad extra*) y la agravante del art. 22.4 CP (subjetiva y *ad intra*, aunque proyectable hacia el sujeto a quien se discrimina con esa intención del “odio al diferente”).

Aunque, como hemos expuesto, en el atentado también concurre un elemento subjetivo cual es el dolo de ofender el principio de autoridad y el conocimiento del autor de la condición de agente del sujeto pasivo, no puede desconocerse que esta circunstancia agravante del art. 22.4 CP tiene una naturaleza y fundamento subjetivo y objetivo, es decir, de carácter mixto, siendo necesario un factor externo como objeto de discriminación, y un factor o componente interno (subjetivo) consistente en que sea tal factor externo, precisamente, el móvil que lleva a delinquir al sujeto que es consciente de ello, como predica la mejor doctrina; es decir, asumiendo tal móvil espurio como factor desencadenante de su conducta delictiva.

Respecto del matiz subjetivo en el atentado la sentencia de esta Sala 338/2017 de 11 May. 2017, Rec. 1472/2016 señala que “El elemento subjetivo del injusto integrado por el dolo de ofender, denigrar o desconocer el principio de autoridad, “*va ínsito en los actos desplegados cuando no constan circunstancias concurrentes que permitan inferir otra motivación ajena a las funciones públicas del ofendido*”, entendiéndose que quien agrede, resiste o desobedece conociendo la condición del sujeto pasivo “*acepta la ofensa de dicho principio como consecuencia necesaria cubierta por dolo directo de segundo grado*” (o de consecuencias necesarias), matizándose que “*la presencia de un animus o dolo específico ... puede manifestarse de forma directa, supuesto de perseguir el sujeto con su acción la ofensa o menoscabo del principio de autoridad o de la función pública, o merced al dolo de segundo grado, también llamado de consecuencias necesarias, cuando, aun persiguiendo aquél otras finalidades, le consta la condición de autoridad o funcionario del sujeto pasivo y acepta que aquel principio quede vulnerado por causa de su proceder*”.

Algunos aspectos que debemos destacar de relevancia:

a.- La agravante del art. 22.4 CP va mucho más allá de una mera ofensa al principio de autoridad y supone, y debe suponer, un mayor reproche penal que el mero hecho de atentar, simplemente a un agente por el hecho de ser agente de la autoridad.

b.- La agravante del art. 22.4 CP tiene un matiz diferenciador cuya reprochabilidad penal se enraiza en una mayor de carga diferenciar entre el sujeto activo y el pasivo primando el matiz subjetivo de desprecio, apartamiento, anulación, deseo de prohibición de residir en el mismo lugar que el sujeto activo, y, sobre todo, con la carga de odio que conllevan los

actos que integran la discriminación y que quedan perfectamente descritos en los hechos probados, con una mayor fuerza que el mero hecho de atacar el principio de autoridad.

c.- Este plus en el ataque debe conllevar la proporcionalidad punitiva de una agravante y una respuesta penal más grave que el mero ataque al principio de autoridad, ya que el hecho probado no describe, tan solo, un mero ataque al principio de autoridad, sino un componente de odio a los sujetos pasivos por su pertenencia a un colectivo. Y ello conlleva la exigencia del reconocimiento de una mayor gravedad del hecho, y, por consiguiente, de un mayor reproche penal.

d.- Se habla, así, de la triple identidad de hechos, sujeto y fundamento, que es lo que constituye el presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en *bis in idem*, sea éste sustantivo o procesal, y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 25.1 CE

e.- Y la inexistencia de vulneración del principio “non bis in idem” radica, precisamente, en que una cuestión es el dato objetivo que integra el tipo penal de la condición de agente de la autoridad y que conforma el atentado y otra bien distinta es la intención, como elemento subjetivo de agredir a las víctimas por su condición y pertenencia a un colectivo con la intención clara de discriminarlas por su exclusión social en su zona de acción de los recurrentes. No puede darse, por ello, una prohibición del non bis in ídem si se desafecta el dato objetivable de la condición de agente, de la verdadera intención que subyacía al ataque a las víctimas del delito y que integra la agravante de discriminación.

No se infringe el principio de inherencia

Señala el art. 67 CP que:

Las reglas del artículo anterior no se aplicarán a las circunstancias agravantes o atenuantes que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse.

Señala al respecto la mejor doctrina que algunos autores consideran que ya el primer supuesto lo es de inherencia expresa, por lo que consideran al segundo -el de la inherencia en palabras del artículo 67- como una inherencia tácita. La mayoría opta, sin embargo, por utilizar el concepto de inherencia ateniéndose a la diferenciación legal. Luego se distingue entre la inherencia absoluta, que se dará cuando la figura delictiva no sea susceptible de realización sin el concurso de la circunstancia, como sucede con la apropiación indebida y el abuso de confianza, y la relativa, que no es esencial para la comisión del delito en abstracto pero sí en el supuesto concreto.

En este caso ni en la primera modalidad ni en la segunda existe prohibición de la concurrencia aplicativa del delito de atentado y la agravante del art. 22.4 CP.

No se recoge en la tipificación del atentado los actos de carácter discriminatorio. Cuando el texto penal ha recogido supuestos concretos donde ya va incluida la discriminación así lo ha recogido.

Se introducen numerosos tipos penales antidiscriminatorios, que se encuentran diseminados por el CP, que en caso de concurrir, no permiten que la agravante sea aplicada, en virtud del principio de non bis in idem (el delito de amenazas dirigidas “a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas” del Art. 170.1 del CP, el delito de discriminación en el ámbito laboral, el delito de incitación al odio, la violencia o la discriminación y el delito de difusión de informaciones injuriosas del Art. 510 CP., el delito de denegación de una prestación por el encargado de un servicio público o por el funcionario público, del art. 511 CP, el delito de denegación de prestaciones en el ejercicio de actividades empresariales o profesionales del art. 512 CP, el delito de asociación ilícita para promover el odio, la vio-

lencia o la discriminación del art. 515.5 CP, los delitos contra la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos de los art. 522 a 525 CP, los delitos de genocidio y lesa humanidad de los art. 607 y 607 bis CP, el delito de clonación para la selección de raza del art. 16.3 CP, el de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197.5 CP, o el delito de prácticas de segregación racial con ocasión de conflicto armado del art. 611.6 CP).

Principio de inherencia: Y ello es así porque el art. 67 del CP establece que “Las reglas del artículo anterior no se aplicarán a las circunstancias agravantes o atenuantes que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse”.

No concurre aquí la infracción citada por el distinto fundamento. La relevancia del trato discriminatorio en el que se funda la agravante no está insito en el delito de atentado, por lo que no hay prohibición en virtud del principio de inherencia.

No hay una doble proyección agravatoria, por no reunir en el delito de atentado actos de discriminación, ya que éstos van más allá de un mero ataque al principio de autoridad.

3- Que la agravante del art 22.4 CP solo puede aplicarse a colectivos dignos de una especial protección y aquellos sobre los que se trate de personas desvalidas, no estando el colectivo de la Guardia civil en este supuesto de especial protección.

No puede excluirse la existencia del ataque discriminatorio y de odio a miembros de la Guardia civil, como aquí ocurrió, bajo este argumento. Porque si así fuera nadie podría apelar en otros casos a una especial protección que se merece, porque no todos los supuestos del art. 22.4 se enraízan en una especial protección. Pero si así fuera, en el presente supuesto en los hechos probados consta el clima y sentimiento de odio que queda reflejado en la forma en que se sucedieron, y que tienen la gravedad propia e intrínseca del suceso que sufrieron las víctimas en un episodio de acometimiento grupal y absolutamente desmesurado, al punto que no consta ninguna opción o posibilidad de defensa por las víctimas, constando que nada optaron o pudieron hacer para defenderse de esos ataques.

Si fuera utilizable este argumento se descartaría en su aplicación al caso concreto por la necesidad protectora del colectivo afectado en este caso, si este es el “clima” al que tienen que enfrentarse las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado ante esta “ideología” que no es solo del sujeto activo del delito, sino que su diferente ideología con la del sujeto pasivo es la que determina el ataque. Ideología que ya hemos expuesto que es la del sujeto pasivo, porque en ella se proyecta la del agente autor del ilícito penal. E ideología, porque es la representativa del concepto Estado, o institución representante del Estado, frente a un posicionamiento ajeno a esa presencia institucional en el territorio del autor del delito.

Los fundamentos del atentado y de la agravante son distintos. En el primer caso se trata de proteger el principio de autoridad, y en segundo se trata de sancionar a determinadas personas que sufren ataques por razón de ser “diferentes”. No puede quedar embebido en el atentado el ataque a la guardia civil, cuando además del ataque por su condición se contiene un acto puro e intrínseco de discriminación.

No es preciso que los sujetos pasivos representados en el art. 22.4 CP tengan que referirse a personas dignas de protección o desvalidas. No lo exige categóricamente el precepto. Y así, por razón de raza, no es preciso que la raza del sujeto pasivo sea digna de protección y, sin embargo, se les protege si se le agrede por su “raza diferente”, pertenecer a una determinada religión y ser atacado por ello, católica, ortodoxa, etc no exige que los miembros de esa pertenencia a la religión deban ser dignos de especial protección, y, sin embargo, si se les agrede por esa condición, y, queda probado esa intención de agredir a una persona por su religión, se aplica la agravante sin ser preciso que su religión sea precisa de una protección específica.

Es el acto y su intención lo que conlleva la aplicación de la agravante, no si ese colectivo precisa de protección.

En la STS de fecha 11 de Enero de 2017 Caso «Blanquerna» se trató sobre esta agravante y no se exige que conste un sujeto pasivo perteneciente a un colectivo de especial protección. Nótese que en este caso se recoge que Los acusados, pertenecientes o simpatizantes de grupos y partidos políticos de extrema derecha, se concentraron para impedir la celebración del acto movidos exclusivamente por razones ideológicas al tener posiciones antagónicas con el “movimiento independentista catalán” y así se declara en los hechos probados de la resolución al afirmar que “un grupo de personas afiliadas o simpatizantes de formaciones políticas tales como Democracia Nacional, Falange, Nudo Patriota Español y Alianza Nacional, a través de tales medios, convocó una protesta contra lo que se calificaba como “acto de exaltación del movimiento independentista catalán”.

Se les aplicó la agravante del art. 22.4 CP sin ser preciso que los afectados quedara probado que eran un colectivo digno de especial protección.

Se añade, además, en la sentencia citada que no existe otra motivación sino la ideológica, al sostener los acusados posturas antagónicas, como se ha dicho, con el “catalanismo o movimiento independentista catalán” reconociendo los acusados su pertenencia a tales partidos o grupos políticos e ideología ultra derecha, y muestra de esa motivación ideológica es que en los hechos probados se recoge expresamente que los insultos referidos fueron vertidos por la condición de catalán de la víctima, por lo que indudablemente debe inferirse el móvil ideológico como factor guía de la conducta de los acusados.

En este caso ocurrió una posición idéntica. Los guardias civiles representaban una ideología por su pertenencia al colectivo de la guardia civil, cuya residencia en su zona por los acusados era rechazada y la agresión tiene esa motivación, no otra.

Se les discrimina por su pertenencia al colectivo citado, y lo que éste representa como institución del Estado español, y por eso se les agrede. Eso es discriminar por hacerlo al “diferente”.

Como dice la mejor doctrina al respecto, el artículo 22.4^a CP no individualiza en ningún momento a sujetos pasivos ni a grupos, ni a colectivos: por contra, lo que enumera son condiciones personales.

Esta diferencia es esencial: no se trata de proteger a grupos tradicionalmente discriminados, sino de sancionar más gravemente conductas si vienen motivadas por un prejuicio hacia una de las condiciones que conforman la identidad individual de los ciudadanos.

Así, la dicción del art. 22.4 CP no conlleva una “acción positiva” de proteger a determinados colectivos, ya que, -incide la doctrina- la lógica de la acción positiva no está presente en el artículo 22.4^a CP. Y, por ello, es preciso descartar ya las supuestas vinculaciones del artículo 22.4^a CP con la llamada “acción positiva”. La lógica subyacente a esas medidas consiste en que, con el fin de garantizar la igualdad de oportunidades, se confiere un trato diferente (más beneficioso) a determinados colectivos, que normalmente han sido víctimas históricas de discriminación.

Así, en el presente caso nos encontramos con una “condición personal” que es la de pertenecer al colectivo de la guardia civil, pero no solo eso, sino anudando una especie de “no permisividad” de que residan en la misma zona de los condenados, lo que constituyó el fundamento del ataque. Y esta agresión no se configuró ya dentro del propio atentado, sino que además del ataque se produce esa discriminación de los condenados a las víctimas, por su animadversión hacia ellas por su condición.

Incide la doctrina en que la relación entre el artículo 22.4^a CP y la vertiente negativa del artículo 14 CE no es la “prohibición tajante de todo acto o medida perjudicial para un

miembro del colectivo discriminado que tenga por fundamento alguna de las características de identidad que distinguen al grupo y lo sitúan en una situación de subordinación social”. Tampoco tiene esta circunstancia agravante “la finalidad de conceder una protección reforzada a los miembros de colectivos socialmente minusvalorados con el fin de garantizarles que sus caracteres de identidad no serán un obstáculo para el goce efectivo de las libertades y derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”. Esa noción de discriminación se refiere a lo que “conlleve” el acto (sus efectos), no a lo que lo motive. La histórica situación de subordinación social de un colectivo es irrelevante para que se aplique el artículo 22.4^a CP, porque su fundamento se encuentra en la motivación del autor: el odio discriminatorio hacia esas características de identidad.

El establecimiento de esta circunstancia agravante no sirve para solventar una desigualdad preexistente (no sitúa a la víctima en una mejor situación de cara a alcanzar la igualdad real de oportunidades o de trato: sitúa al autor en una peor situación debido a la motivación con la que cometió su delito). No puede, por ello, equipararse el artículo 22.4^a CP a medidas de acción positiva. Bien es cierto que existe relación entre las leyes para combatir la discriminación tradicionalmente ejercida contra minorías y algunos modelos legislativos de crímenes de odio.

Ahora bien, el concepto de “discriminación” que se emplea aquí es el vinculado con el odio y el prejuicio del autor hacia una condición de su víctima, con la motivación de su conducta. Y no es lo mismo el efecto que el motivo discriminatorio. Pero que el artículo 22.4^a CP habla de motivos y no de efectos; de condiciones personales y no de colectivos discriminados, parece meridiano. Todo ello debería bastar para descartar cualquier relación profunda entre el fundamento de estos dos tipos de instituciones jurídicas (animus model y acción positiva).

La contundencia y razón de esta doctrina es apabullante, al añadir que no se trata aquí de proteger a minorías, ni de comparar si uno u otro grupo es merecedor de menor o mayor protección, ni de analizar si una conducta produce, por ello, mayores o menores efectos discriminatorios.

En lo que respecta al artículo 22.4^a CP, -se insiste- el debate sobre su fundamento no debe atender al análisis de cuáles sean las minorías con una identidad colectiva clara, que requieran para su protección de la intervención del Derecho penal. El debate debe orbitar en torno a si las condiciones que enumera el precepto son características identitarias de primer orden, en consonancia con el fundamento aquí propuesto, que, en definitiva, supone conceder preponderancia al principio de igualdad entre todos los ciudadanos, pertenezcan al colectivo que puedan o no pertenecer.

El artículo 22.4^a CP no enumera parámetros para dilucidar si la víctima pertenecía a un grupo con una identidad colectiva determinada por alguno de esos términos. Lo que enumera el precepto son parámetros conforme a los cuales se determina la identidad individual de la persona.

Se añade otro parámetro de referencia, y es que nuestro artículo 14 CE no sólo se refiere a “condiciones personales”, sino también a “circunstancias sociales”, y la circunstancia de la pertenencia al colectivo de la guardia civil y su anhelo de no presencia en la zona, ya que la acción consta en los hechos probados porque actuaron guiados por su clara animadversión y menosprecio hacia la Guardia Civil y por motivos claramente ideológicos intentando expulsar a dicho estamento de la localidad de Alsasua.

En este caso, no se trata de una discriminación por razón de pertenencia a una profesión en concreto, como es la de guardia civil, sino a lo que ello representa en su contexto o contorno de institución del Estado, cuya presencia desean desaparezca de

su entorno geográfico, como consta en el relato de hechos probados. Y ello tiene su engarce en la “ideología” para referirse a la víctima, porque por tal sí podemos tratar la pertenencia de las víctimas a la Institución del Estado, por lo que ello representa y en el ánimo de odio que se reflejaba en la conducta que desde un primer momento los condenados llevaron a cabo, al preguntarles si eran policías y tratarles con absoluto odio y desprecio, por lo que no se trataba que lo hicieran por ser guardias civiles, y realizar una ampliación contra el reo de una opción en la lista de circunstancias de las agravantes del art. 22.4 CP.

De lo que se trataba es de llevar a cabo un ataque a una institución representativa del Estado español y su odio por su presencia en la zona geográfica con un deseo de desaparición del lugar, que es lo que motiva el ataque.

Cierto y verdad que ha existido una polémica doctrinal acerca de si es posible la utilización de una “cláusula abierta” en la inclusión de opciones en el listado de situaciones de esta agravante, y si era preciso, para ello, que existiera una cláusula abierta que reflejara “cualquier otra situación que las anteriores”.

La doctrina recuerda que podemos encontrar opciones legislativas con cláusulas abiertas que funcionan como una suerte de “cajón de sastre”, como la de la Sección 718.1 (a) (i) del Criminal Code canadiense (que agrava todo delito motivado por el prejuicio u odio basado en la raza, origen étnico o nacional, idioma, color, religión, sexo, edad, discapacidad física o mental, orientación sexual o cualquier otro factor similar).

Quizás, sería preferible que en lugar de acotar las situaciones se hubiera expresado el listado de opciones en donde aplicar la agravante referidas al caso concreto valorando el supuesto de hecho el juez en razón a si concurría, o no, una posición de odio o discriminación del sujeto activo al pasivo, que no tuviera encaje en el tipo penal, como sí ocurre, por ejemplo, en el art. 510 CP. Esta opción de caso concreto en la aplicación de la agravante hubiera evitado situaciones como la producida en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo nº 1160/2006, de 9 noviembre, tras rechazar la posibilidad de aplicar la agravante a un caso de aporofobia en el que se expone que:

“En el texto legal cabe diferenciar dos partes, aunque no quepa separar una de otra. En la primera, terminada con una cláusula de relativa apertura, se hace referencia a la comisión del delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación. Y, en esa fórmula abierta, ha de incluirse el caso que nos ocupa: los acusados atacaban a la víctima al diferenciarla peyorativamente con trato inhumano, por su condición de mendigo sin techo. En la segunda parte del precepto se acude a una enumeración en números *clausus*; la discriminación ha de centrarse en la ideología, la religión, las creencias, la etnia, la raza, la nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca (la víctima). Lo que refuerza la seguridad jurídica, exigible por los arts. 25.1, 9.3 y 81 CE y 1, 2 y 4 CP. Pero, con la utilización de tal cierre, corre peligro el legislador de dejar fuera otras modalidades de discriminación equiparables, desde la perspectiva del Estado social, democrático y de Derecho, a las que enuncia”.

Resultaba, entonces, que una discriminación por ser mendigo no permitía aplicar la agravante, lo que parecía abogar por una cláusula abierta, en lugar de un *numerus clausus*, que, como apunta la doctrina, introduce el debate de si optamos por la inseguridad jurídica o por la infrainclusión; es decir, o apostamos si es preferible un listado cerrado que favorecería la seguridad jurídica, pero perjudicaría la admisión de la agravante de discriminación a supuestos no contemplados en el *numerus clausus*.

Desde luego, con la cláusula referencial a los “supuestos ya citados” se sigue corriendo el riesgo de que el caso concreto tampoco pueda permitir la inclusión en uno de los cita-

dos, por lo que la mejor opción de referencia de lege ferenda en una posible reforma legal que tienda a aplicar la agravación de la pena en cada supuesto concreto por razón de la concurrencia en el mismo de una actitud o conducta de odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, sin mayores aditamentos. Y si se desea abarcar supuestos concretos de especial aplicación, que, además, conllevaría una agravación concreta de la pena, por ejemplo, para elevarla en un grado, podríamos ahí introducir ya la mención de que en el caso concreto que se incluye en Bélgica (entre otros, artículo 377 bis) donde se establece un subtipo agravado si el autor comete el delito motivado por “raza, color de piel, ascendencia, origen nacional o étnico, nacionalidad, sexo, orientación sexual, estado civil, nacimiento, edad, fortuna, convicción religiosa o filosófica, estado de salud actual o futuro, discapacidad, lengua, convicción política, característica física o genética u origen social” de su víctima, añadiéndose la mención al cajón de sastre de “cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores”, con lo que no dejaría fuera situaciones de odio o discriminación que concurran en el caso concreto, ni se circunscribiría estrictamente a los supuestos específicamente mencionados que llevó a excluir en la sentencia citada que el ataque a un mendigo fuera un acto de discriminación por no ser incluido en ningún supuesto del art. 22.4 CP.

2.- Seguridad jurídica o sobre utilización o infrautilización en la aplicación de esta agravante. No puede realizarse el debate en la línea de confrontar estos términos en la órbita de si debe realizarse una interpretación ajustada a la redacción del precepto, bajo riesgo de vulnerar la seguridad jurídica si se lleva a cabo una sobre utilización de la agravante con conceptos por encima de los fijados para evitar una “infrautilización”. Ello entraría en el debate de las propuestas de lege ferenda para acabar con los problemas de interpretación de la casuística en materia doctrinal y jurisprudencial.

Cierto es que la fijación exhaustiva de un listado cerrado a modo de *numerus clausus* deja radicalmente fuera a supuestos que no tienen cabida en ninguno de los casos. Y las preguntas que surgen son muchas ya que, por razones de edad, color de raza mayoritaria, mendicidad, profesiones concretas, pertenencias a grupos no desvalidos, pero sobre los que se pueden llevar actos de odio, etc., podrían plantearse dudas excluyentes si pese a que el acto sea de odio en consideración a las características del individuo, o grupo, la estricta seguridad jurídica no permitiría su aplicación. Y para luchar contra ello no estamos realizando esa inclusión de la agravante en este voto particular por razones de postular una necesaria “sobre utilización compensatoria del déficit legal de cobertura” podríamos denominarlo. En ningún caso.

Con ello, no se trata de una queja de “Infrautilización” o de “Interpretación extensiva de la norma contra legem”, sino de una aplicación de la agravante a un caso concreto evidente de odio y discriminación a pertenecientes a un colectivo representante del Estado por razones excluyentes de “ideología” del sujeto pasivo proyectado en el enfoque del Estado-nación y sus instituciones representativas en las Comunidades Autónomas frente a la repulsa de algunas personas acerca de la representatividad del Estado-Nación en ellas.

Este carácter excluyente se simboliza y refleja en actos conjuntos generalmente en donde, como aquí nos ocupa, se ejerce un acto de ataque con lo que simboliza “ideológicamente” el Estado y se repulsa esa significación y esa ideología que se manifiesta, porque la detenta el sujeto pasivo, como brazo extensivo del Estado en el territorio.

3.- Proyección al caso concreto. Admisión por el Tribunal de instancia y el de apelación de la agravante y valoraciones de admisibilidad de la agravante del art. 22.4 CP a los hechos probados.

Consideran los recurrentes que en modo alguno resulta de aplicación a dichos hechos la agravante del artículo 22.4 de haber cometido los hechos por motivos racistas, antisemitas o de otra clase de discriminación.

Frente a la crítica que se efectúa ante la aplicación de la agravante hay que considerar que sanciona como agravante el art. 22.4 CP por Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad.

Pues bien, frente a la queja que efectúan los recurrentes de que no se puede sancionar al mismo tiempo el delito de atentado por ser guardia civil dos de las víctimas, y al mismo tiempo esta agravante en la misma consideración hay que señalar que el delito de atentado se configura en razón a un dato puramente objetivo que se transforma en subjetivo por su conocimiento, el ataque a un guardia civil por el hecho de serlo, y en hacerlo, precisamente, por ello, pero como una manifestación de odio y repulsa a su presencia en la localidad de la que son naturales y vecinos los recurrentes, queriendo implantar una especie de proceso selectivo con respecto a quienes ellos “pueden permitir” vivir en esa localidad, excluyendo de la misma a los que para ellos “son diferentes”.

Es, precisamente, ese sentimiento de elegir los recurrentes quienes son diferentes por lo que se impone la agravación de la pena. En la aplicación de esta agravación no existe una restricción tan solo por motivos de raza, etnia, o antisemitismo, sino por el tratamiento diferencial que otorgan a la víctima por su forma de ser o pensar diferente, o por su ideología, o creencias.

De suyo, en la sentencia del Tribunal de instancia se constata “cuáles fueron los motivos y las razones que llevaron a los acusados a agredir a los dos Guardias Civiles y a sus novias, y que no fue otro que la condición de Guardias Civiles, y dentro de un objetivo más amplio que es el de expulsar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado del País Vasco y de Navarra, tal y como se ha explicitado en la presente resolución a la hora de analizar la calificación jurídica de los hechos”.

Pues bien, el Tribunal de Apelación, que es la sentencia que es objeto de casación, argumenta la desestimación de este mismo motivo señalando que: “Pues bien, en efecto, la Sentencia impugnada para justificar su aplicación establece lo siguiente: “Esta Sala considera que tal motivación, guiada por el odio de los acusados hacia la Guardia Civil, y por extensión, en este caso concreto, a sus novias, podría incardinarse en una motivación de carácter ideológico a la que se refiere la norma, dado el punto de vista político que mantiene y se ha demostrado por parte del movimiento OSPA en Alsasua, motivación ideológica cuya procedencia no parte de una determinada idea o postura política de adhesión a un concreto partido político, pues los acusados manifestaron, muchos de ellos que no les interesaba la política, sino que esa posición ideológica parte de una postura de radicalización, de animadversión y de intolerancia hacia determinados estamentos, bien sean políticos o de otra clase.” Y en los hechos probados se deja sentado que “Los acusados eran todos ellos conscientes de que el Teniente y el Sargento, aún estando fuera de servicio el día en que ocurrieron los hechos pertenecían a la Guardia Civil y destinados en el Puesto de Alsasua, (...) y en todo caso guiados por su clara animadversión y menosprecio hacia la guardia civil y por motivos claramente ideológicos intentando expulsar a dicha estamento de la localidad de Alsasua”.

La ideología que es relevante como móvil de la acción para considerar la aplicabilidad de la circunstancia agravante, señalan los recurrentes, no es la del agresor, sino la de la víctima, pues la discriminación tiene que ser referente a “la ideología, religión o creencias de la

víctima”, de modo que la ideología del agresor es, conforme a la dicción literal del precepto, irrelevante penalmente. Y aun asumiendo la posibilidad de aplicabilidad de la circunstancia agravante contenida en dicho precepto en base a la ideología del agresor, y no la de la víctima, se entiende que el castigo derivado de la falta de respeto o la animadversión a un cuerpo policial como es la Guardia Civil, ya viene contemplado en el propio concepto de atentado, en la medida en que el bien jurídico violado, la representación que del Estado encarna el agente de la autoridad, es precisamente lo que motivaría el delito, de modo que castigar tal hecho como delito de atentado, y a la vez agravar los delitos de lesiones por la animadversión hacia el cuerpo policial que personificaría a dicho Estado, supone castigar doblemente la misma circunstancia, con vulneración del principio “non bis in idem”.

Además de ello se considera que lo que el precepto persigue es de evitar comportamientos racistas, xenófobos y antisemitas y ofrecer un plus de protección a determinados colectivos especialmente vulnerables y que especialmente han sufrido históricamente ofensas por su diversidad, excluyéndose de la especial protección que otorga este artículo 22.4, la actuación contra la autoridad o sus agentes; así como que el Tribunal “a quo” habría realizado una interpretación de la norma contra reo, porque la pertenencia de dos de los denunciantes a un colectivo profesional, Guardia Civil, no es una causa de discriminación por razón de ideología prevista en la norma penal, incidiendo en que el colectivo profesional al que pertenecen las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado no puede ser objeto de protección del artículo 510 CP, sin perjuicio de las consecuencias penales previstas para las expresiones o conductas llevadas a cabo contra los agentes policiales por razón o con ocasión del ejercicio de sus funciones, pudiendo encuadrarse en otros tipos penales, como los de resistencia o atentado contra la autoridad. Tanto los delitos de odio como la circunstancia agravante de discriminación, se crearon para proteger a minorías discriminadas o en riesgo de exclusión, pero no para proteger instituciones, por ejemplo, policiales, como es el cuerpo de la Guardia Civil.

Por otro lado, y con carácter subsidiario, entiende que la sala de enjuiciamiento “a quo” aplica la circunstancia agravante de discriminación, del artículo 22.4^a CP, en la acción lesiva atribuida a los acusados, a pesar de que, dados los hechos probados, ni se justifica ni se describen los elementos configuradores de la referida circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, más allá de la simple afirmación de que los acusados actuaron guiados “por su clara animadversión y desprecio hacia la Guardia Civil por motivos claramente ideológicos”. A ello añade que la única acusación que sostuvo la concurrencia de dicha circunstancia que agrava la responsabilidad criminal fue COVITE, y no la introdujo hasta el trámite de conclusiones del acto del juicio oral, sin modificar, previamente, su escrito de conclusiones en cuanto a los elementos fácticos se refiere, habiendo formulado acusación por un delito de provocación al odio, del artículo 510 CP, contra dos de los acusados. Por otro lado, también se señala que la sentencia apelada habría incurrido en predeterminación del fallo, ya que para describir los hechos que declara probados se han usado precisamente los términos que utiliza el artículo 22.4^a del Código penal para tipificar la agravante aplicada, sin describirse el “motivo ideológico”, se infringió el principio acusatorio (artículo 24 C.E.) al completar el déficit que observa en la única acusación que había solicitado la aplicación de tal agravante en cuestión y, en definitiva la sentencia recurrida no aclara ni cuál es la ideología de los acusados ni cuál es la ideología de los denunciantes, ni de la Guardia Civil como institución, ni de la totalidad de los miembros de dicho Instituto.

La primera referencia a una normativa penal antidiscriminatoria, en nuestro ordenamiento, se incorpora mediante la Ley 23/1976, de 19 de julio, se incluye en el art. 172.4 del CP de 1973: “son asociaciones ilícitas las que promuevan la discriminación entre ciu-

dadanos por razón de raza, religión, sexo o situación económica”. Se promulga siguiendo el Convenio de 1965, que a diferencia de otros países europeos, se realizó en torno al delito de asociación y no de provocación xenófoba, que no supuso un cambio. Posteriormente, la Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del CP de 1973, incluye el delito de denegación de prestación por motivos discriminatorios, art. 165 CP de 1973, y limita los motivos de asociación ilícita solo a quienes promuevan e inciten a la discriminación racial, eliminando los motivos de sexo, religión o situación económica.

La legislación antidiscriminatoria continuaba siendo deficitaria, tras la reforma, y no cumplía con las obligaciones internacionales.

Posteriormente, la Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo, en la que se incorpora el delito de provocación (art. 165 ter CP 1973), e irrumpe la agravante genérica antidiscriminatoria en nuestro ordenamiento (art.10.17 del CP 1973), precedente del actual art. 22.4 CP, meses antes de entrar en vigor el actual CP, coincidiendo con el Año Internacional de la Lucha contra la Intolerancia, cumpliendo, en lo que se refiere al delito de provocación, con los estándares de derecho comparado europeo, y comenzando la tendencia expansiva, de los países latinos, con la inclusión de la nueva agravante. Con la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, entra en vigor nuestro actual código penal y la circunstancia agravante del art. 22.4 del CP, que ha sido modificado posteriormente por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, para incluir en el catálogo de motivos discriminatorios la “orientación o identidad sexual”, y su última reforma se produjo por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, para incluir en dicho catálogo las “razones de género”. El precepto no limita, como su antecesor, su aplicación a los delitos “contra personas o el patrimonio”, lo que conlleva que en principio pueda ser aplicada en cualquier delito sin limitaciones, salvo por razones de inherencia, pudiendo ser de aplicación a otros delitos que solo una interpretación amplia del anterior precepto permitía fundamentar, como los delitos contra la libertad, la libertad sexual, o el honor u otros.

Pues bien, entrando a resolver las diferentes cuestiones, se ha de partir de que tal como señalara la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2006, “esta circunstancia que ya había sido incorporada a nuestra legislación penal en la reforma 4/95 de 11 de mayo, ha sido objeto de críticas doctrinales, por cuanto se basa en algo que pertenece al juicio interno del autor, lo que impide encontrar razones por las que la gravedad objetiva del delito sea mayor, y delimitar, en términos de seguridad jurídica, que es un comportamiento racista, antisemita o discriminatorio, es introducirnos en un terreno valorativo que sin duda se presta a la discrecionalidad, por cuanto lo que caracteriza la circunstancia es que el racismo, el antisemitismo o cualquier sentimiento discriminatorio, sea el motivo de cometer el delito, por tanto nos encontramos con la averiguación, en términos de carga de prueba, de un elemento motivacional que solo podrá deducirse de indicios. Es cierto que en muchos supuestos estarán acreditados de forma palmaria, pero también lo es que pudieran producirse casos límites de muy compleja solución.

No obstante, los valores de antirracismo, antisemitismo o tolerancia ideológica y religiosa son valores esenciales de la convivencia, y el derecho penal debe cumplir su función de asentar tales valores en el seno del tejido social, de ahí que entendemos positiva su incorporación al Código Penal, pero de la misma manera, para no vulnerar los postulados de la seguridad jurídica, debe determinarse con precisión que éste y no otro ha sido el móvil del delito, para evitar la aplicación indiscriminada de esta circunstancia agravante por más que algunos hechos ofendan los valores más esenciales de nuestra convivencia.

Por ello, para la aplicación de esta circunstancia será necesario probar no solo 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 inferencia o juicio de valor que debe ser motivada (art. 120,3 CE).

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 estas 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 pertenecer a otra raza, etnia o nación o participar de otra ideología o religión o condición sexual, haya de ser aplicada la agravante.

Se trata de una circunstancia que se fundamenta en la mayor culpabilidad del actor por la mayor reprochabilidad del móvil que impulsa a cometer el delito, siendo por ello determinante que dicha motivación sea la determinante para cometer el delito”. Y es que, en efecto, no puede olvidarse que la Constitución no prohíbe las ideas ni las ideologías, ni aun las que pudieran considerarse contrarias a sus postulados, por muy rechazables que pudieran considerarse desde esa perspectiva de los valores que propagan y de los derechos y libertades colectivos o individuales, pues la libertad de expresión e ideológica así lo exige; pero no se encuentran bajo el amparo del sistema constitucional la realización de actos que, en desarrollo de tales ideologías, vulneren otros derechos constitucionales.

Puede decirse que para su aplicación se requiere la evidencia de que el hecho delictivo obedece a razones contrarias a los principios de igualdad, dignidad personal y tolerancia que exige la convivencia social. En el caso concreto de la agravante genérica del art. 22.4 CP por motivos de discriminación, se aumenta el injusto del hecho realizado por dar a la víctima un trato completamente arbitrario e indigno por su mera pertenencia o vinculación a un determinado colectivo. Ese trato arbitrario persigue su exclusión y aislamiento, lo que la sitúa en una posición desventajosa con respecto al resto de ciudadanos.

Si el sujeto que comete la acción delictiva actúa movido por motivos discriminatorios y otros móviles que no se hallen expresamente regulados, la agravante habrá de apreciarse cuando junto a los motivos discriminatorios aparezcan otros de diversa naturaleza siempre que los primeros sean los predominantes y conminen al sujeto a la comisión del delito. Naturalmente, se debe acreditar el móvil discriminatorio en cualquier caso, lo que a veces, dado su índole íntimo y personal, puede no ser sencillo, pudiendo llevarse a cabo a través de pruebas indiciarias.

En definitiva, habrá de probarse, además del hecho constitutivo de la infracción penal, la condición de la víctima o perjudicado y la motivación e intencionalidad del delincuente. En este sentido, ha de señalarse que para aplicar la agravante cuestionada por los apelantes, se requiere que el sujeto activo haya actuado movido por una motivación discriminatoria en relación a determinadas cualidades de la víctima.

En el caso sometido a la consideración de esta Sala de Apelación, se trata de unos hechos en que la motivación preponderante de los acusados emana de la pertenencia de parte de las víctimas al cuerpo de la Guardia Civil, o su relación con ésta, en la de las otras, de forma que fueron del mismo modo víctimas las novias de los pertenecientes a dicho Cuerpo, que sufrieron las acciones de aquéllos por el mero hecho de serlo, que éstas tuvieron lugar no en acto de servicio de los perjudicados, sino en un momento de ocio y desligado de toda relación de servicio inmediato (aunque en tal condición) y vistiendo de paisano.

El debate sobre el fundamento jurídico de la agravante radica, por un lado, en su pertenencia a la categoría de culpabilidad o del injusto, y dentro de este al injusto objetivo o al injusto subjetivo, acabando con posiciones que podríamos denominar mixtas, y por otro lado, el debate sobre si fundamentación se basa en el principio de igualdad entre todos sean

cuales sean sus condiciones personales o se basan, también en el principio de igualdad, pero material, en una lógica de “acción positiva”, con posturas más o menos expansivas.

En este supuesto no sólo cabe ver una infracción contra las pretensiones de indemnidad de determinadas personas, sino también, de modo patente, un acto intencional de propaganda por el hecho, una suerte de amenaza que socava la vigencia de la norma de prohibición, al menos desde la perspectiva de sus potenciales destinatarios, que asisten a un anuncio serio y creíble de futura agresión. Los autores se arrojan así la configuración de la relación entre las víctimas y otras potenciales y la norma principal.

Con acciones como las enjuiciadas no sólo se propone un modelo de sociedad radicalmente alternativo, en la que no tendrían cabida quienes tienen la profesión o la manera de pensar de los agredidos, así como una carga añadida de intimidación dirigida a ciertas personas, que las amenaza con la continuidad de los actos.

En primer lugar, la agresión cuestiona de modo fundamental la vigencia de la norma prohibitiva en cuestión. Pero, adicionalmente, socava de otro modo las expectativas de indemnidad de ciertas personas, del mismo modo que lo haría una amenaza de futuras agresiones, lo que conllevaría que los destinatarios adoptasen estrategias de autoprotección que recortarian su libertad de acción (autoprotección colectiva, simple evitación de ciertas zonas donde se prodigan este tipo de agresiones, etc.) muestra que ciertos colectivos reaccionan cognitivamente a esas amenazas: pese al reconocimiento formal de la igualdad, es un hecho que en nuestras sociedades hay personas que, con razón, sienten que, debido a su ideología -en ciertos círculos, o de modo más general- no son tratadas verdaderamente como pares, pues gozan de un menor ámbito de libertad, al estar la vigencia de sus expectativas de indemnidad hondamente cuestionada. Atendiendo a tal efecto (indirectamente) limitador de la libertad de estas personas, cabe decir que aquí, además de un ataque a las concretas pretensiones de la víctima del delito en cuestión, se da un verdadero atentado contra la libertad de los amenazados, víctimas actuales o potenciales.

La aplicación de la agravante de discriminación ha de verse aquí, pues, como una respuesta cualificada a un cuestionamiento de la vigencia de las expectativas de ciertas personas que, por lo demás, es idóneo para afectar a su esfera de libertad. La aplicación de la agravante a estos casos parece plenamente legitimable desde los requisitos constitucionales, pues afecta e incide en las condiciones de seguridad existencia de un colectivo atendidas las particulares circunstancias y entorno en que se encuentra en un determinado momento.

No puede desconocerse, por otro lado, para fundamentar su apreciación, que no sólo puede darse el caso en que la ejecución de la agresión anunciada corresponde a quien profiere la amenaza con sus actos, ya de modo inmediato (la ejecutará él mismo), ya de modo mediato (la ejecutará alguien del grupo al que pertenece), sino que cabe pensar que dado que el interés supraindividual protegido por la agravante antidiscriminatoria, esto es, las condiciones de seguridad existencial del colectivo que se encuentra en tal situación, el ámbito objetivo de aplicación de la circunstancia agravante sería más extenso, siendo apreciable cuando el grupo de personas vive en una situación de constante desconfianza con respecto a sus expectativas de indemnidad, pues concurre un doble contenido: por una parte, integra la situación crítica; por otra, la perpetúa al manifestar su perduración y su proyección futura. En cierto modo, bastaría hablar de una «cooperación accesorio»: por un lado, el atentado, en tanto que efectiva lesión de concretas pretensiones jurídicas, cumple o ejecuta amenazas pasadas o vigentes (piénsese en el movimiento contrario en el que se desarrollaba la vida privada de las víctimas) y, por otro renueva la formulación de la amenaza hacia el futuro, amenaza que será ejecutada por las mismas u otras personas, de forma que anuncia ulteriores manifestaciones de la situación, pues el mensaje intimidante se comunica como parte

de un programa coordinado. Para ello es suficiente que los autores, aunque no participaran en la creación de la situación discriminatoria ideológica, intervengan en su continuación, de modo que sea una cooperación accesoria en una cadena de amenazas, es decir, como confirmación de amenazas pasadas y renovación hacia el futuro.

A lo anterior ha de añadirse que concurren del mismo modo en este caso el elemento subjetivo de la acción, por cuanto el dolo de los apelantes abarca tanto el hecho de estar atentando conscientemente contra los sujetos perteneciente a un grupo previamente amenazado por los movimientos contrarios que se daban en un sector de la población de Alsasua, por su forma de pensar, que no es compartida, y el hecho de estar emitiendo un mensaje discriminatorio en tanto que se integra con una serie de circunstancias previas, perfectamente descritas en la resolución apelada. Por ello, encontrándose los hechos enjuiciados enmarcados en el referido contexto, ha de estimarse que la agravante cuestionada ha sido apreciada por el Tribunal de instancia, con arreglo a Derecho. Y no es óbice para ello que la única acusación que sostuvo la concurrencia de dicha circunstancia fuera Covite y que lo hiciera en el trámite de conclusiones definitivas aun cuando no modificara el sustrato fáctico que las sustentara pues, como se insistirá más adelante, la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo (STS 609/2007, de 10.7, entre muchas otras) identifica el escrito de conclusiones definitivas como el instrumento procesal con que cuentan las acusaciones para concretar la pretensión punitiva que ha de resolver el órgano de enjuiciamiento y destaca que una supuesta fijación de la acusación en el escrito de calificación provisional, no sólo vaciaría de sentido las previsiones legislativas contenidas en los artículos 732 y 788.4 de la LECRIM, sino que tornaría inútil la actividad probatoria practicada en el juicio oral (SSTS 16.5.1989, 284/2001 de 28.2), así como que la sujeción de la condena a la acusación no puede ir tan lejos como para impedir que el órgano judicial modifique la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de debate contradictorio. No existe infracción constitucional si el Juez valora los hechos «y los calibra de modo distinto a como venían siéndolo (STC 204/1986, recogiendo doctrina anterior), siempre, claro, que no se introduzca un elemento o dato nuevo al que la parte o partes, por su lógico desconocimiento, no hubieran podido referirse para contradecirlo en su caso» (STC 10/1988, fundamento jurídico 2). En este sentido, «el órgano judicial, si así lo considera, no está vinculado por la tipificación o la imputación» que en la acusación se verifique (STC 11/1992, fundamento jurídico 3)”.

Del mismo modo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo entiende inapreciable este quebranto de tutela judicial por el hecho de que las conclusiones definitivas incorporen una calificación típica distinta. Cualquier tipo de alteración en cuanto a los elementos jurídicos de la calificación, en principio, no supone una mutación del objeto del proceso, pues éste no viene constituido por un delito concreto y determinado, ni por una calificación jurídica, sino por un suceso o acontecimiento. Por otro lado, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 abril 1996, recogiendo a su vez las de 1 junio 1995 y 6 abril 1995 y en jurisprudencia que se mantiene pacífica, destacaba que “para ser respetuoso con el derecho constitucional a ser informado de la acusación y con el derecho de defensa, el apartado fáctico de la calificación acusatoria debe ser completo y específico, pero no exhaustivo, es decir que no se requiere un relato minucioso y detallado, o por así decirlo, pormenorizado”.

Debe estimarse acertada esta valoración, ya que la idea que patrocina la agravante es sancionar las acciones y sentimientos de “exclusión social” que llevan aparejada una discriminación a otras personas por considerarlas diferentes a lo que el sujeto autor del delito considera cuáles deben ser los patrones que deben seguir las personas para poder convivir con ellos en una localidad. Ello integra el posible odio a personas por razón de sexo, género,

con discapacidad, pero, también, la pertenencia en este caso al colectivo, lo que determina una “ideología”, o una forma de ser o pensar que no es aceptada por el autor del delito, con la pretensión finalística ya desarrollada y que forma parte de una “ideología excluyente”, proyectada en la ideología del sujeto a quien se quiere y pretende odiar y discriminar.

En esta tesitura, el derecho penal debe sancionar con mayor dureza las denominadas conductas excluyentes, enraizadas en la idea que tiene el sujeto activo del delito de quienes son las personas que ellos permiten vivir a su lado en un edificio, en una localidad, en un puesto de trabajo, en dependencias escolares, etc.

Se trata de una imposición a otras personas que consideran diferentes y es por ello por lo que les agreden. Porque no olvidemos que la agresión se produce, precisamente, por ello, por pertenecer las víctimas a la guardia civil y a sus novias, por ser novias de guardias civiles, lo que supone una evidente, palpable y absolutamente rechazable discriminación por la pertenencia de las víctimas a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

No puede entenderse bajo ningún concepto, por ello, que un ataque a la guardia civil, o a cualquier otro Cuerpo policial no suponga un ataque con discriminación cuando el objetivo es expulsarles del lugar donde residen, o, incluso, como aquí se pretendía, que no fueran a un determinado establecimiento, como si los recurrentes tuvieran un derecho de decidir quién puede entrar en un local o no.

Aceptar y hacer esto es discriminación y si se comete un delito basado en esta filosofía o forma de proceder es una agravante de la responsabilidad penal.

Señala, también, al respecto la mejor doctrina que la evolución legislativa que dio lugar a la introducción de esta agravante “obedece al alarmante incremento de agresiones motivadas exclusivamente por razones de discriminación”. Se trata por tanto de una circunstancia que se va adaptando a las necesidades concretas de la sociedad y a las nuevas formas de manifestarse “el trato discriminatorio” llevando a realizar una interpretación amplia del concepto “ideología” cuando el sujeto activo trata al pasivo como “diferente”, y puede serlo en su forma de pensar, de ser, de actuar, o de pertenecer a un colectivo con el que no está de acuerdo el autor y comete el delito por considerarle “diferente” ya que como puede observarse en las sucesivas modificaciones de esta circunstancia agravante, se han ido introduciendo nuevos motivos discriminatorios debido a que la comisión de delitos movidos por estas discriminaciones ha ido aumentando a lo largo de los años.

Se enraiza esta agravante en los mismos términos utilizados en el art. 510 CP en cuanto al delito de odio”. Nótese que el contenido de esta agravante genérica forma parte de las razones del odio que se despliega en el tipo penal del art. 510 CP.

En estos casos hay que recordar que hay que comprobar y valorar la condición de la víctima o perjudicado y la motivación e intencionalidad del delincuente. En este sentido, ha de señalarse que, para aplicar la agravante ahora cuestionada se requiere que el sujeto activo haya actuado movido por una motivación discriminatoria en relación a determinadas cualidades de la víctima. Y ello consta con claridad en los hechos probados, ya que la agresión se produce, no lo olvidemos, única y exclusivamente por pertenecer las víctimas a la Guardia Civil. No se trató de un hecho aislado en el que hubo una pelea y causalmente las víctimas eran guardias civiles, sino que todo se origina y ocurre por este dato, y con la finalidad de que no acudieran a la localidad, y a que se fueran de allí, fijando los condenados una especie de derecho de decidir ellos quiénes pueden vivir allí con ellos y quiénes no.

Esta expresión y este objetivo deben incardinarse de forma clara y absoluta en la citada agravante de discriminación social que castiga el hecho de tratar a la víctima como “diferente” a los ojos del sujeto activo del delito, entrando en una mayor culpabilidad del autor y, por ello, en una mayor reprochabilidad penal.

Tal como se desprende de lo señalado en la STS 314/2015, de 4 de mayo, en la que se aplicó la agravante por motivos racistas, si bien sus razonamientos pueden servir de orientación para interpretar la nueva agravante, y, conforme a la citada sentencia, entiende el Tribunal Supremo que la mayor sanción del hecho se justifica porque el delito cometido por motivos discriminatorios supone la materialización mediante hechos delictivos de ideas contrarias a un valor constitucional esencial, el principio de igualdad o, lo que es lo mismo, la prohibición del trato discriminatorio, por lo que se lesiona el bien jurídico protegido por el delito concreto y, además, el principio constitucional de igualdad.

De todos modos, dado que la intención “no se puede fotografiar”, ésta agravante partirá de la deducción de esa intención de discriminación en la forma de ejecutar el hecho y la condición del sujeto pasivo en su dependencia o relación con grupos objeto de discriminación por los atacantes.

Dicha agravante 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 art. 14 de la CE.

La aplicación de la agravante demandará la prueba plena tanto del hecho y la participación del acusado, como 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, y en este caso el hecho se ha acreditado y las razones del ataque forma parte del hecho probado.

Confluyen el elemento objetivo y subjetivo que caracteriza a esta agravación. Intención del autor de causar discriminación y agredir en este caso por razones de lo que ellos entienden por ser diferente y la circunstancia de la motivación de la agresión por ser las víctimas guardias civiles y con la pretensión de que se marchen del lugar. Objetivo claramente de discriminación.

Se trata, así, 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, y, como señala la fiscalía, en cualquier caso, no se encuentran bajo la protección constitucional la realización de actos o actividades que, en desarrollo de aquellas ideologías, vulneren otros derechos constitucionales como ocurre en el presente caso. En el supuesto de autos resultó claramente evidenciado en el juicio oral que fue su ideología lo que motivó su acción, por usar la terminología empleada por la STS 585/2012, de 4 de julio. En este mismo sentido, la STS 1037/2013, de 27 de diciembre.

Por ello, es correcta la apreciación del Tribunal de instancia cuando apunta que “la posición ideológica parte de una postura de radicalización, de animadversión y de intolerancia hacia determinados estamentos, bien sean políticos o de otra clase”.

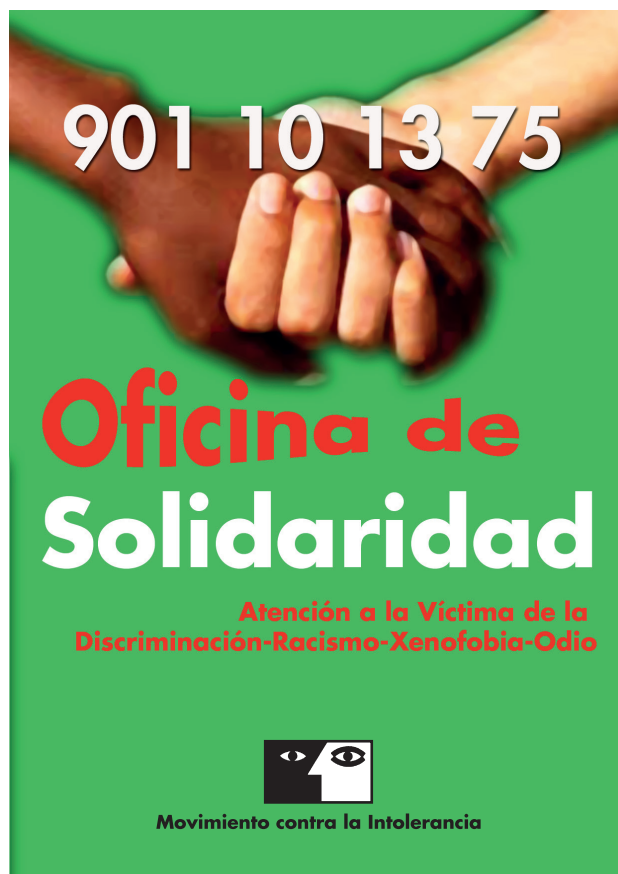
Entiende, por ello, este voto particular que es esa animadversión e intolerancia de los acusados hacia la Guardia Civil, en este caso lo que provoca de forma directa la discriminación hacia ese grupo de personas pertenecientes a dicho estamento, discriminación que llega hasta el punto concreto de que esas personas y sus novias no puedan moverse con libertad por la localidad de Alsasua, sino que solamente pueden acudir a determinados lugares, y no pueden salir por la noche a pasar un rato de ocio y diversión. Se trata, pues, de una clara discriminación solo por razón de la pertenencia a un estamento o cuerpo policial, que agrava la comisión del hecho delictivo, al añadirle un plus de antijuridicidad, que, en otro caso, no existiría, y una mayor reprochabilidad desde el punto de vista penal. Y de ahí la aplicación de dicha agravante de la responsabilidad criminal, que trata de proteger, no solo

por vía indirecta a un determinado grupo, sino que, tal y como señala la STS 314/2015 al hablar de esta agravante, “...los valores de antirracismo o la tolerancia ideológica y religiosa son valores esenciales de la convivencia, y el derecho penal debe cumplir su función de asentar tales valores en el seno del tejido social, de ahí que entendemos positiva su incorporación al Código Penal...”, y sigue diciendo, “.... 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 las 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 otros derechos constitucionales...”.”

Con todo ello, los anteriores argumentos avalan y apoyan que esta circunstancia agravante del art. 22.4 CP se debería aplicar a casos como el presente, donde, insistimos los firmantes, los actos excluyentes a las personas que representan instituciones del Estado, como la Guardia Civil en este caso son actos de discriminación por una cuestión de ideología contra lo que representa el Estado y se proyecta en las víctimas como sujetos pasivos por razón de la distinta ideología que para los autores tienen respecto de ellos en este posicionamiento excluyente y, por tanto, discriminatorio.

Antonio del Moral García

Vicente Magro Servet



**Sólo una raza,
la raza humana**



Movimiento contra la Intolerancia



SECRETARÍA DE ESTADO
DE MIGRACIONES
SECRETARÍA GENERAL
DE INMIGRACIÓN Y EMIGRACIÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE INTEGRACIÓN
Y ATENCIÓN HUMANITARIA



UNIÓN EUROPEA
FONDO DE ASILO,
MIGRACIÓN E
INTEGRACIÓN

Por una Europa plural

SECRETARÍA TÉCNICA

**Apdo. de correos 7016
28080 MADRID**

Tel.: 91 530 71 99 Fax: 91 530 62 29

www.movimientocontralaintolerancia.com

mci.intolerancia@gmail.com

Twitter: @mcintolerancia

Facebook: www.facebook.com/movimientocontralaintolerancia