

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ066137

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 488/2022, de 19 de mayo de 2022

Sala de lo Penal

Rec. n.º 4535/2020

SUMARIO:**Delito contra los derechos fundamentales. Delito de odio. Libertad de expresión. Mensajes por internet. Tipo agravado.**

No es tarea fácil la fijación del espacio de tipicidad de un precepto como el art. 510 del CP, en el que se castiga la incitación directa o indirecta al odio, la hostilidad, la 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». La dificultad se deriva, no sólo de la necesidad de delimitar, en cada caso concreto, qué afirmaciones están amparadas por la libertad de expresión, sino de cuestionarse en qué medida el derecho penal puede ser utilizado como un instrumento para evitar un sentimiento que forma parte de la propia condición humana. La tendencia al odio, la aversión hacia alguien cuyo mal se desea puede definir el estado de ánimo en cualquier persona. Desde esta perspectiva, es obvio que el derecho penal no puede impedir que el ciudadano odie. El mandato imperativo ínsito en la norma penal no puede concebirse con tal elasticidad que conduzca a prohibir sentimientos. Pero la claridad de esta idea, que ha de operar como inderogable premisa, es perfectamente compatible con la necesidad de criminalizar, no sentimientos, sino acciones ejecutadas con el filtro de esa aversión que desborda la reflexión personal para convertirse en el impulso que da vida a conductas que ponen en peligro las bases de una convivencia pacífica.

Frente a las alegaciones del recurrente que, en el legítimo ejercicio del derecho de defensa, ve en esos mensajes la genuina plasmación de su libertad de expresión, la Sala no puede interpretar esas frases como la exteriorización de un sentimiento no punible de aversión frente a otros. Antes, al contrario, el discurso del acusado tiene un potencial efecto erosivo de los pilares de la tolerancia que hacen posible la convivencia. No se trata ya de afirmaciones sólo censurables por la corteza de sus vocablos, capaz de herir la sensibilidad de sus hipotéticos destinatarios. Al menos en dos ocasiones, se ofrece a aquél que pueda proporcionarle armas: «...ya sabéis donde estoy, un arma, información, no me importa acabar muerto o en la cárcel si es tratando de asesinar faxas». Y en otro momento dice: «... Si consigues armamento/ te ayudo a matar faxas». No hablamos, por tanto, del uso de una red social como simple vehículo para exteriorizar una opinión más o menos hiriente, ofensiva o vejatoria. Algunos de los pasajes subrayados -por sí solos o interrelacionados con el resto- reflejan que el mensaje que se difunde, filtrado por el odio, invita a la acción, a la violencia, a la lucha armada. No sólo incita a otros, sino que se ofrece como primer agresor de aquellos a los que desprecia por su ideología, su género, su orientación sexual o su origen nacional. No es necesario dolo específico, siendo suficiente el conocimiento por el autor de los elementos que definen el tipo objetivo, esto es, la plena conciencia y voluntad de que se está difundiendo un mensaje de odio en el que se menosprecia todo aquello que resulta no aceptado por la particular visión del mundo y de la vida que suscribe el emisor y en los que se invita a luchar contra el «enemigo» recurriendo, si resulta preciso, a la violencia. Es suficiente, con la reiteración consciente de esos mensajes para constatar que captó el dolo y los elementos del tipo objetivo que define el art. 510 del tipo agravado del apartado 3 (cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas). La agravación no puede concebirse conforme a parámetros objetivos, de suerte que su aplicación resultara obligada, siempre y en todo caso, por la utilización de Internet o cualquier otra tecnología de la información. No es eso lo que dice el precepto, que incorpora como elemento del tipo que esos mensajes hubieran sido accesibles a «...un elevado número de personas». Pero en el presente caso, en el juicio histórico se contienen elementos que permiten deducir el alcance de esos mensajes. El acusado creó tres perfiles y su utilización se prolongó durante los años 2017 a los primeros días de 2019. LA Audiencia Provincial puntualiza que contaba con 540 o 550 «amigos». Tres páginas activadas durante el tiempo en el que el acusado se valió de ellas para difundir sus mensajes, que cuenta con más de una docena de seguidores y más de medio millar de amigos, colma las exigencias del tipo, que no exige una cuantificación pericial del impacto en la red que los mensajes pudieron haber tenido.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 53 y 510.3.

PONENTE:

Don Manuel Marchena Gómez.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 488/2022

Fecha de sentencia: 19/05/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 4535/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 18/05/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Procedencia: Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

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

Transcrito por: OVR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 4535/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D. Pablo Llarena Conde

D.ª Susana Polo García

En Madrid, a 19 de mayo de 2022.

Esta sala ha visto recurso de casación con el nº 4535/2020, interpuesto por la representación procesal de D. Antonio, contra la sentencia dictada el 24 de julio de 2020 (rectificada dicha fecha por auto de aclaración) por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el Recurso de Apelación Rollo nº 183/2020, que desestimó el recurso de apelación contra la sentencia de fecha 2 de marzo de 2020 dictada en el procedimiento abreviado nº 536/2019 por la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid, por la que fue condenado el recurrente como autor responsable de un delito contra los derechos fundamentales, habiendo sido parte en el presente procedimiento el condenado recurrente representado por la procuradora Dª. Cecilia Barroso Rodríguez; y defendido por el letrado D. José Ignacio Flórez Martínez, interviniendo asimismo el Excmo. Sr. Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Instrucción nº 38 de Madrid, tramitó procedimiento abreviado núm. 2392/2017 por delito contra los derechos fundamentales, contra D. Antonio; una vez concluso lo remitió a la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid, (proc. abreviado nº 536/2019) y dictó Sentencia en fecha 2 de marzo de 2020 que contiene los siguientes hechos probados: " UNICO.- EL acusado Antonio, también conocido como Argimiro, mayor de edad en cuanto nacido en Madrid el NUM000.1984 y sin antecedentes penales, convertido al islamismo en fecha no determinada e identificándose, dentro de esta religión con la rama del Jariyismo, ha creado varios perfiles de DIRECCION000, concretamente:

DIRECCION001
DIRECCION002
DIRECCION003

Dichos perfiles han sido utilizados por Argimiro para dar publicidad a su conversión a aquella religión y exteriorizar públicamente la superioridad de la misma, no solo respecto a las demás religiones sino también en relación a las otras ramas del Islam, al propio tiempo ha utilizado tales perfiles para comunicar y promover sentimientos de repulsión, intolerancia y discriminación hacia determinados colectivos y personas individuales en tales colectivos integradas y en razón de su pertenencia a los mismos , instigando la hostilidad y aversión hacia los mismos y sugiriendo e instigando a la realización de actos violentos contra ellos .

Han de destacarse los siguientes grupos y mensajes :

a) En relación con otras ramas del Islam:

El día 13.07.2017 publico: Sunis borrajos asesinos del hijo del profeta

El día 14.07.2017 escribió desde DIRECCION003: Cada noble musulman/ Es un asesino en potencia de / Injustos y tiranos/ y el día 16.07.2017 escribió desde DIRECCION004 el mensaje: A veces siento k os debo incitar a la violencia contra los Tiranos e injustos/ Por k el Islam es Paz/.

El día 19.07.2017 desde el perfil DIRECCION003 escribió: Sunnis de la mezquita de la m 3o/ Cual es el milagro cintifico k describis/ Acaso/ Hay perla y coral en la desembocadura de los ríos/ Os voy a seccionar la ahorta 1 A la altura del cuello/ Y dire bismillah/.

El día 20.07.2017 desde el perfil DIRECCION003 publica el comentario: Soy chií o jariyi y comunista/ Poseo 100 cojones por cada sunni 1 y 1000 por cada español/ Solo espero el momento de la sangre

El día 28.07.2017 desde el perfil DIRECCION003 publica el comentario: Cada vez k me acuerdo del Hadiz de las cebollas Acre/ Me dan ganas de coger un cuchillo y degollar suni por suni

El día 27.07.2017 desde el perfil DIRECCION003 escribió: El eco de Pablo /Resonara/ hasta el ultimo día de los musulmanes/ Malditos sunnis/ Malditos faxas/ Gozareis brevemente en esta vida/ Os habrá parecido una tarde/ Como una mañana

El día 7.08.2017 desde el perfil DIRECCION003 publicó: La historia de este hombre/ Es la historia de los primeros musulmanes honrados/ Rodeados de musulmanes subnormales e hijos de la gran puta/ Suni se hacen llamar

El día 19.12.2017 publicó desde el perfil DIRECCION002 sabes pork me dan asko los sunis por k piensdan k los musulmanes son pobres por k Dios así lo kiso nunca veras a un suni de mierda exigiéndole a los ricos

El día 1.01.2019 publico desde el perfil DIRECCION002 escribió ere suni?/ eres un subnorma/.. Ramón era un bereber chiita y los bereberes chiitas ayudaran a Argimiro a cortar el cuello a los árabes sunitas

b) En relación al pueblo español en general y a los andaluces en particular, ha publicado los siguientes comentarios:

El día 10.07.2017 desde el perfil DIRECCION003 escribió: "Español subnormal/ Español de mierda/ Español hijo de puta/Español payaso/ Español idiota/ Español imbécil/ Español gilipollas/ Español hijo de la gran puta de mierda/ Español vendepatrias/ Español gasta pensiones de sus mayores/ Español roba oportunidades laborales para sus hijos/ Español hace entender k el lo paso peor k tu/ después de gastarse el oro americano y el generado por esclavos privatizar industria y sanidad/ Después de haber kemado en la hoguera al k decía/ La tierra gira alrededor del sol/Español te mereces bombas/ Español te mereces tiros en la nuca/ Español te mereces k Dios levante tu tierra y le de la vuelta/ Como Sodoma y Gomorra./

El día 28.07.2017 desde el perfil DIRECCION003 publica: El español tu peor enemigo/

El día 28.07.2017 desde el perfil DIRECCION003 publica el comentario: Dice k los rifeños degollaron españoles indefensos/ Dice k los rifeños destruyeron escuelas y hospitales/ Yo digo bullshit/ Español bueno en Africa/ Español muerto en Africa/ Tus putas escuelas y hospitales solo para cristianos o ricos/A tomar por culo/

El día 17.07.2017 desde el perfil DIRECCION003 publica el comentario: Antes de morir/ Me gustaría matar todos los españoles/ posibles/

El día 14.08.2017 desde el perfil DIRECCION003 publica el comentario: Español me cago en tu puta madre y la valla de melilla te la vas a comer/.

El día 15.08.2017 desde el perfil DIRECCION003 publica el comentario: Soy español/ Y para un desarrollo optimo del ser humano 1 Es necesario matarnos/ A nosotros y nuestros primos Europeos norteamericanos y asutralianos. 1 Si tu hijo pasa hambre Mata a un español o a sus primos/Si tu hijo no tiene ropa para vestirse/ Mata a un español o a sus primos/ Cuantos mas españoles o a sus primos mates/ Mejor vivirá tu hijo/ Jose María/

El día 15.08.2017 publica : Fue un error no matar a los cristianos en Alandalus/ Fijate lo k hicieron/ Inkisicion/ Derecho de pernada/ Colonizacion violenta/ Escavitud/ Destruccion de culturas indígenas/ No revolución religiosa/ No revolución burguesa/ No revolución industrial/ Los españoles somos como los discapacitados mentales de europa/ K un día encontraron en el alandalus/ tecnología superior al del resto de los países/ Y la utilizaron para robar/ Asesinar inocentes/ Y adoctrinar subnormales e hijos de puta.

El día 17.08.2017 desde el perfil DIRECCION003 publica el comentario: Me gustaría k fuera algo asi/ Argimiro DIJISTE DE LOS ESPAÑOLES/ PAM/ 0/ Argimiro QUE DISTE DE LOS SUNIS/ PAM/ O Argimiro K DIJISTE DEL SUBNACIONALISMO MUSULMAN (marrokis turkos pakistanís, orgullosos de su nacionalidad, despreciadores de otras nacionalidades) PAM/ PERO/ Pero lo que no me gustaría es k dijeran/ Argimiro paga lo que otro pidio y no pago/PAM/.

El día 17.08.2017 desde el perfil DIRECCION003 escribió: Acaso no es evidente la superioridad de los primeros musulmanes/ Sobre cualquier otra cultura o nación/ Por k seguís perdiendo el tiempo mientras/ Le robais el futuro a vuestros hijos y /El estipendio a vuestros abuelos?/...No teneis vergüenza/ Sois unos cerdos y unos borraxos/ Y vuestra cultura es lo perverso/ Hasta llegar al punto de cambiar el órgano reproductivo a niños criados/ Con Disney y sus cuentos proto nazis/ K hacen k un niño se sienta niña/ Y/ Una niña se sienta niño/ Sois una jodida abominación/ De la k hay k alejarse

El día 20.08.2018 publica desde el perfil DIRECCION002: me gustaría asesinar españoles orgullosos de su patria/

El día 4.10.2018 en el perfil DIRECCION002/ escribió: Pero sobre todo me gustaría desangrar a los andaluces... la basura andaluza no tiene remedio/

El mismo día y desde el mismo perfil publicó: bufon degenerado andaluz, muérete/ sino fuera por los andaluces de mierda.../ sabes que el andaluz no quiere independizarse?/ Porque son pura basura

El 20.12.2018 escribió en el perfil DIRECCION002: los españoles y de entre ellos los andaluces/ son personas de las k no puedes esperar seriedad o conocimiento en su palabra/ son unos gilipoyas de tomo y lomo../ K te parecen los subnormales de los españoles/ k dicen k cuando tu trabajabas en el KGB ganabas el mismo salario k el limpiador de habitaciones de hotel/ son subnormales o no los españoles/

El día 24.12.2018 publicó DIRECCION001: los españoles son subnormales/ ..retrasado mental español un tiro en la nuca o un cuchillo en tu cuello de vende patrias/

El día 2.01.2019 desde el mismo perfil que el anterior escribió: Desde entonces anhelo cortarle el cuello a todo español orgullosos de serlo este mensaje se repite el 2.01.209 y también Una de las cosas k mas me gustaron de Euskal Herria Catalunya Francia y Irlanda/ Es k allí apenas hay retrasados mentales con cara de persona normal de esos k escuchan reggeton con voz de subnormal/ en ese aspecto se k en Andalucía me encontrare con gente bastante mas estúpida/

c) En relación a su intolerancia respecto a la diversidad sexual ha publicado los siguientes mensajes:

El día 13.07.2017 desde el perfil DIRECCION002 Ya ni los fachas tiene cojones de matar marikones/.

El mismo día desde el mismo perfil con una imagen en la que se ve una multitud de hombre besándose escribe: jugando con fuego

El día 22.07.2017 desde el perfil DIRECCION003 publica el comentario: Apoyo a ese autobús/ Fusilarla a los homosexuales fundamentalistas/.

El día 5.08.2017 desde el perfil DIRECCION003 escribió: Y a k partido hay k votar/ Para k ilegalicen el matrimonio y la adopción/ Homosexual/ Una vez me dijeron al PP/ Kise invitarle a tomar un café para explicarle k esa idea es un error/ El PP esta a favor del matrimonio y adopción homosexual/ Sino/ lo hubieran prohibido como multitud de países modernos/.

falta fecha escribió: La identidad de genero es fascismo/ Lo promueve la derecha / Y los subnormales de izquierda lo apoyan alegando k los gays son oprimidos/ Oprimidos del cilo marikones// tuerce botas/ Gracias a esa puta mierda de identidad de genero, llevo sin ver a mi hija 1 año y medio// Por supuesta violencia/

El día 16.05.2018 de la BIP Captura de lo publicado el 8.05.2018 Feminismo y homosexualidad lastres para el desarrollo lastre contra la lucha al opresor.

d) En relación al colectivo de las mujeres

El día 20.07.2017 desde el perfil DIRECCION003 escribió: A la mujer rebelde/ La pegas/ A la mujer rebelde/ Le das un par de guantazos/ Jose María/.

El día 20.07.2017 desde el perfil DIRECCION003 publicó: Putas y borraxas de mierda/ Son las putas españolas/ Putas y borraxas de mierda/ Come poyas multiples/ No valen ni como esclava/.

El día 20.07.2017 desde el perfil DIRECCION003 publicó: El hombre es el responsable de la familia/ Y si la mujer no te obedece/ Y no la pegas/ Ese es tu problema/ Pero/ El hombre es el responsable de la familia/.

El día 13.08.2017 desde el perfil DIRECCION003 publicó: La violencia de genero es fascismo/ Hay violencia física/ Hay violencia económica/ Hay violencia familiar/ Si un hombre obedece las indicaciones feministas/ Sera el hombre el k sufra/ La violencia física/ La violencia económica/La violencia familiar/ Estoy cansado de ese egocentrismo femenino k hace k el daño k sufren las/ mujeres sea mas importante k el daño k sufren los hombres/ Yo creo no he asesinado a una expareja k secuestro a mi hija/ Por las ingentes cantidades de porros k me fumo/ Pero sin en lugar de fumar porros/ Bebo güiski/ Ya la hubiera atropellado o apaleado o disparado o cualquier cosa para / acabar con su existencia de borraxa guarra cocainomana/.

El día 30.08.2017 desde el perfil DIRECCION003 publicó: Sea hombre o mujer/ Si me atacan me defiendo/ Es buena la violencia contra las mujeres/ Si con las mujeres violentas/ Violencia es k no puedas comprar una barra de pan/ Violencia son acusaciones de maltrato merecido/ Violencia es no tener venganza/.

El día 7.08.2018 desde el perfil DIRECCION003 publicó: por mi mente solo pasa apuñalar a las mujeres de la ett, atropellar catalanes en la rambla con mi furgoneta y kemar las oficinas de la ett

El día 29.12.2018 en el perfil DIRECCION002/ escribió Evidentemente las mujeres no son un problema para el opresor/ muerte al feminismo

El día 1.01.2019 publicó en el perfil DIRECCION002/: otra vez la noticia de los acusados de tratar a una puta gratuita como puta gratuita/.. mi consejo es: no trates a la mujer mejor que a la puta, y si eres pobre y si no tienes dinero pues mejor no tengas mujer pues en su genetica esta el venderse/... ¿o es que acaso que pensáis que las putas que criais tiene como principio la sinceridad?

El 4.01.2019 desde el perfil DIRECCION001: las feministas sois unas putas que coméis cerdo / y eres lo k comes/ Tratais de anular la biología del hombre obligándolo a estar frio en situaciones en las k no llevais ropa adecuada k tape vuestras zonas herogenas/ En la k en las conversaciones no poneis limites/ Pero el hombre ha de mantenerse frio/ ¿Eso es lo que quereis ¿putas?! ¿Ser todo lo zorras que podáis sin sufrir las consecuencias?! ¿ Eso es lo que queréis ser putas?

e) En relación con la ideología política que identifica de derechas

El día 20.07.2017 desde el perfil DIRECCION003 escribió: Los nazis hacían jabon con/ Comunistas gitanos y judíos/ Los nazis ayudaron a Arsenio/ Arsenio a Braulio/ Y Braulio a Diego/ Menos mal k vino eta y le pego un tiro en la nuca a ese faxa de mierda

El día 7.08.2017 desde el perfil DIRECCION003 publica el comentario: Soy Argimiro/ Si consigues armamento/ te ayudo a matar faxas/

El día 4.07.2018 desde el perfil DIRECCION003.7 publicó el comentario: La derecha europea era antihomosexual por valores religiosos/ya ni eso les keda de legitimo... Hay que asesinar a todos los lideres de la derecha/ hasta k hagas eso por tus hijos, la historia revela éxito si triunfa la revolución

El mismo día y desde el mismo perfil escribió: Debemos organizarnos para asesinar a los lideres de derecha... hay que asesinar faxas o el mundo será peor

El día 19.07.2018 desde el perfil DIRECCION003 publicó el comentario: España es el único país del mundo/ k/ no persiguió/ no enjuicio/ no ejecuto/ a los colaboradores del nazismo/ hay muxas balas en la nuca pendientes/al ojo por ojo/ siempre es mejor perdonar/ siempre cuando halla arrepentimiento y practiquen la azala/

El día 3.09.2018 desde el perfil DIRECCION003 publicó imagina k alguien asesina a Hitler antes de dar el golpe de estado/ imagina/ k alguien asesina a Arsenio o Everardo antes d k lleguen al poder/ imagina k alguien asesina a Felix u a otros faxas con intenciones de ser cargo publico/ imagínatelo/ imagina imagina/ k Robin Hood no tiene k robar a los ricos/ por k alguien asesina al príncipe si tierra/

El día 3.09.2018 desde el perfil DIRECCION003 escribió imagina que alguien conoce los beneficios de aniquilar melcheviques y fachas /Todos sabemos ya /K los faxas son malos/ y que hay Ke matarlos como en la segunda guerra mundial/ o utilizaran mujeres semidesnudas para excitar a los cerdos y conseguir mas escaños en lugares como Andalucía o España

El día 24.12.2108 escribió DIRECCION001:: he leído mucha historia/ y sin lugar a dudas/ asesinando a Gonzalo del partido popular/un faxa menos se interpondría entre/ el pueblo y el exito/ Jose María/ Jesús

El día 31.12.2018 DIRECCION001: publicó Ya sabeis donde estoy, un arma, información, no me importa acabar muerto o en la cárcel si es tratando de asesinar faxas

El día 12.01.2019 escribió desde el perfil DIRECCION003: Hay k rajar el cuello a Abascal/ Y k aprendan el resto/ Como al líder ultraderexista alemán/ Pero sin dejarle vivo" (sic)

Segundo.

En la citada sentencia se dictó el siguiente pronunciamiento: "Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Antonio , también conocido como Argimiro, como autor penalmente responsable de un delito contra los derechos fundamentales del art. 510.1 a) y 3 del Código Penal , sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de DOS AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de NUEVE MESES Y UN DIA DE MULTA con una cuota diaria de dos euros con la responsabilidad personal subsidiaria para caso de impago del art. 53 del Código Penal , así como la de inhabilitación especial para profesión u oficio educativo , el ámbito docente , deportivo y de tiempo libre por tiempo de siete años.

Se condena al mencionado acusado al pago de las costas procesales causadas.

Para el cumplimiento de la pena impuesta, será de abono al condenado la totalidad del tiempo que permaneció privado de libertad cautelarmente por esta causa.

Notifíquese esta Sentencia al condenado, al Ministerio Fiscal y a las partes personadas.

El recurso susceptible es el RECURSO DE APELACIÓN ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, debiéndose interponer ante esta Audiencia Provincial dentro del plazo de 10 días siguientes a aquel en que se les hubiere notificado la sentencia." (sic)

Tercero.

Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del condenado, oponiéndose al mismo en Ministerio Fiscal, dictándose sentencia núm. 223/2020 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 24 de julio de 2020 en el rollo de apelación núm. 183/2020, cuyo Fallo es el siguiente: " QUE DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la procuradora D.ª CECILIA BARROSO RODRÍGUEZ, en nombre y representación de Antonio, frente a la sentencia de fecha 2 de marzo de 2020, dictada por la Sección nº 17 de la Audiencia Provincial de Madrid, en autos de Procedimiento Abreviado nº 536/2019, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la citada resolución, y sin hacer expresa imposición de costas en esta segunda instancia.

Notifíquese la presente resolución a las partes y con certificación de la misma, una vez sea firme, devuélvanse los autos al órgano judicial de referencia.

Librese por la Sra. Letrada de la Administración de Justicia de este Tribunal certificación de la presente resolución, que se dejará en el rollo correspondiente, llevando la original al Libro de Sentencias penales de esta Sala.

Contra la resolución que se notifica cabe recurso de casación que se preparará ante este Tribunal, en el plazo de cinco días siguientes al de la última notificación de la resolución recurrida, por escrito autorizado por Abogado y Procurador, en el que se solicitará testimonio de la resolución que se quiera recurrir y manifestará la clase o clases de recurso que trate de utilizar (arts. 855 y 856 LECr)." (sic)

Cuarto.

Con fecha 27 de julio de 2020, la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia dictó Auto de aclaración, cuya parte dispositiva es la siguiente: " 1.- SE ACUERDA RECTIFICAR la Sentencia dictada en el presente procedimiento en el sentido que se indica de reflejar como fecha de su dictado la de 24 de julio de 2020.

Incorpórese esta resolución al libro de Sentencias, a continuación de la Sentencia rectificadora, y llévase testimonio a los autos principales." (sic)

Quinto.

Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación de D. Antonio que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Sexto.

Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal del recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes motivos de casación:

Primero.

Al amparo del art. 5.4 LOPJ, vulneración de la presunción de inocencia del art. 24.2 CE, y de la libertad de expresión del art. 20. CE.

Segundo.

Al amparo del Art. 849.1 LECrim., infracción de ley por aplicación indebida, en su caso, del art. 510.1. a) y 3 del CP.

Tercero.

Al amparo del art. 849.2 LECrim., error de hecho en la valoración de la prueba .

Séptimo.

Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal por escrito de fecha 18 de mayo de 2021, interesó la desestimación de los motivos, y por ende, la inadmisión del recurso; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Octavo.

Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 18 de mayo de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La sentencia núm. 132/2020, 2 de marzo, dictada por la Sección 17 de la Audiencia Provincial de Madrid, condenó al acusado Antonio, también conocido como Argimiro, como autor penalmente responsable de un delito contra los derechos fundamentales del art. 510.1 a) y 3 del Código Penal, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de 2 años y 6 meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 9 meses y 1 día con una cuota diaria de 2 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria para caso de impago del art. 53 del Código Penal, así como la de inhabilitación especial para profesión u oficio educativo en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre por tiempo de 7 años.

Contra esta condena se interpuso recurso de apelación que fue resuelto en sentido desestimatorio por la sentencia núm. 223/2020, 24 de julio, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Se recurre ahora por la representación legal del acusado ante esta Sala y se formalizan tres motivos.

Segundo.

El primero de los motivos, bajo la cobertura que proporcionan los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, al estimar que los hechos estarían amparados por la libertad de expresión que la Constitución reconoce en el art. 20.

La queja sobre la infracción del derecho a la presunción de inocencia tiene como punto de contraste el reconocimiento de los hechos que asume Antonio, al menos en cuanto a aquellos elementos fácticos que integran el tipo objetivo del art. 510 del CP.

Si bien se mira lo que reivindica la defensa es la exclusión de la antijuridicidad de la acción imputada que, según su criterio, estaría amparada por la libertad de expresión. Razona el motivo que el acusado no promovió ni incitó al odio con sus palabras, ya que sólo expresaba sus opiniones o ideas, sin organizar ninguna estrategia que suponga la elaboración de un plan para promover alguna actuación conjunta o en grupo.

Insiste la defensa en que esos mensajes no tuvieron ningún receptor, pues "...nadie se ha unido a los contenidos publicados por mi mandante en su página de DIRECCION000 ni le ha contestado adhiriéndose a sus manifestaciones en la red social. (...) Una conducta no puede considerarse típica por herir los sentimientos comunes a la ciudadanía, ya que ello entraría dentro del ámbito subjetivo de las personas. Tanto es así que el mismo mensaje podrá ocasionar una reacción en un individuo y otra distinta en otro, desde no darle importancia alguna a sentirse profundamente herido, pero no se ha traducido en una acción concreta de violencia".

La condena habría vulnerado el principio de intervención mínima que ha de inspirar la aplicación del derecho penal.

El motivo no es viable.

2.1.- No es, desde luego, tarea fácil la fijación del espacio de tipicidad de un precepto como el art. 510 del CP, en el que se castiga la incitación directa o indirecta al odio, la hostilidad, la 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".

La dificultad se deriva, no sólo de la necesidad de delimitar, en cada caso concreto, qué afirmaciones están amparadas por la libertad de expresión, sino de cuestionarse en qué medida el derecho penal puede ser utilizado como un instrumento para evitar un sentimiento que forma parte de la propia condición humana. La tendencia al odio, la aversión hacia alguien cuyo mal se desea puede definir el estado de ánimo en cualquier persona. Desde esta perspectiva, es obvio que el derecho penal no puede impedir que el ciudadano odie. El mandato imperativo ínsito en la norma penal no puede concebirse con tal elasticidad que conduzca a prohibir sentimientos.

Pero la claridad de esta idea, que ha de operar como inderogable premisa, es perfectamente compatible con la necesidad de criminalizar, no sentimientos, sino acciones ejecutadas con el filtro de esa aversión que desborda la reflexión personal para convertirse en el impulso que da vida a conductas que ponen en peligro las bases de una convivencia pacífica. con el filtro de esa aversión que desborda la reflexión personal para convertirse en el impulso que da vida a acciones ejecutadas como genuina expresión de esa animadversión que pone en peligro las bases de una convivencia pacífica.

A estas dificultades ligadas a la punición de lo que se ha llamado en plástico epigrama "discurso del odio" ya nos hemos referido en otras ocasiones. Hemos apuntado que la necesidad de ponderar en nuestro análisis los límites a la libertad de expresión y de hacerlo a partir de esa equívoca locución con la que pretende justificarse la punición, no hacen sino añadir obstáculos a la labor interpretativa. Las dificultades se multiplican cuando de lo que se trata es de determinar, como en tantas otras ocasiones, el alcance de lo intolerable.

El significado de principios como el carácter fragmentario del derecho penal o su consideración como ultima ratio, avalan la necesidad de reservar la sanción penal para las acciones más graves. No todo mensaje inaceptable o que ocasiona el normal rechazo de la inmensa mayoría de la ciudadanía ha de ser tratado como delictivo por el hecho de no hallar cobertura bajo la libertad de expresión. Entre el odio que incita a la comisión de delitos, el odio que siembra la semilla del enfrentamiento y que erosiona los valores esenciales de la convivencia y el odio que se identifica con la animadversión o el resentimiento, existen matices que no pueden ser orillados por el juez penal con el argumento de que todo lo que no es acogible en la libertad de expresión resulta intolerable y, por ello, necesariamente delictivo.

Tampoco ayuda a la labor exegética la extendida invocación de los nocivos efectos del discurso del odio como razón justificadora de su punición. De nuevo hemos de apartarnos de la tentación de construir el juicio de tipicidad trazando una convencional y artificiosa línea entre el discurso del odio y la ética del discurso. El derecho penal no puede prohibir el odio, no puede castigar al ciudadano que odia. Por si fuera poco, el vocablo discurso, incluso en su simple acepción gramatical, evoca un acto racional de comunicación cuya punición no debería hacerse depender del sentimiento que anima quien lo pronuncia. Tampoco puede afirmarse un único significado a una locución - discurso del odio- cuyo contenido está directamente condicionado por la experiencia histórica de cada

Estado. El discurso del odio puede analizarse en relación con problemas étnicos, religiosos, sexuales o ligados a la utilización del terrorismo como instrumento para la consecución de fines políticos (cfr. STS 4/2017, 18 de enero).

2.2.- Las frases que Antonio difundió en su página de DIRECCION000 tienen pleno encaje en el tipo previsto en el art. 510 del CP. Así lo expresa el juicio histórico de la sentencia dictada en la instancia cuando señala que aquellos perfiles fueron "...utilizados por Argimiro -el nombre que usaba el acusado en las redes sociales- para dar publicidad a su conversión a aquella religión y exteriorizar públicamente la superioridad de la misma, no solo respecto a las demás religiones sino también en relación a las otras ramas del Islam, al propio tiempo ha utilizado tales perfiles para comunicar y promover sentimientos de repulsión, intolerancia y discriminación hacia determinados colectivos y personas individuales en tales colectivos integradas y en razón de su pertenencia a los mismos, instigando la hostilidad y aversión hacia los mismos y sugiriendo e instigando a la realización de actos violentos contra ellos".

La Audiencia Provincial llega a sistematizar esos pasajes en función del colectivo al que estaban destinados. Así, en un primer bloque sistemático se incluirían aquellas frases dirigidas a otras ramas del islam:

"Sunis borraños asesinos del hijo del profeta. (...) Cada noble musulman/ Es un asesino en potencia de / Injustos y tiranos. (...). A veces siento k os debo incitar a la violencia contra los Tiranos e injustos/ Por k el Islam es Paz/. (...) Sunnis de la mezquita de la M-30/ Cual es el milagro cintífico k describis/ Acaso/ Hay perla y coral en la desembocadura de los ríos/ Os voy a seccionar la ahorta 1 A la altura del cuello/ Y dire bismillah. (...) Soy chií o jariyi y comunista/ Poseo 100 cojones por cada sunni 1 y 1000 por cada español/ Solo espero el momento de la sangre. (...) Cada vez k me acuerdo del Hadiz de las cebollas Acre/ Me dan ganas de coger un cuchillo y degollar suni por suni. (...) El eco de Pablo /Resonara/ hasta el último día de los musulmanes/ Malditos sunnis/ Malditos faxas/ Gozareis brevemente en esta vida/ Os habrá parecido una tarde/ Como una mañana (...) La historia de este hombre/ Es la historia de los primeros musulmanes honrados/ Rodeados de musulmanes subnormales e hijos de la gran puta/ Suni se hacen llamar. (...) sabes pork me dan asko los sunis por k piensdan k los musulmanes son pobres por k Dios asi lo kiso nunca veras a un suni de mierda exigiéndole a los ricos. (...) eres un subnorma/. Ramón era un bereber chiita y los bereberes chiitas ayudaran a Argimiro a cortar el cuello a los árabes sunitas.

En un segundo bloque, la Audiencia incluye aquellos otros mensajes relacionados con el "...pueblo español en general y a los andaluces en particular":

"Español subnormal/ Español de mierda/ Español hijo de puta/Español payaso/ Español idiota/ Español imbecil/ Español gilipollas/ Español hijo de la gran puta de mierda/ Español vendepatris/ Español gasta pensiones de sus mayores/ Español roba oportunidades laborales para sus hijos/ Español hace entender k el lo paso peor k tu/ después de gastarse el oro americano y el generado por esclavos privatizar industria y sanidad/ Después de haber kemado en la hoguera al k decía/ La tierra gira alrededor del sol/Español te mereces bombas/ Español te mereces tiros en la nuca/ Español te mereces k Dios levante tu tierra y le de la vuelta/ Como Sodoma y Gomorra.

Dice k los rifeños degollaron españoles indefensos/ Dice k los rifeños destruyeron escuelas y hospitales/ Yo digo bullshit/ Español bueno en Africa/ Español muerto en Africa/ Tus putas escuelas y hospitales solo para cristianos o ricos/ A tomar por culo/. (...) Antes de morir/ Me gustaría matar todos los españoles/ posibles/. (...) Español me cago en tu puta madre y la valla de melilla te la vas a comer/. (...) Soy español/ Y para un desarrollo optimo del ser humano 1 Es necesario matarnos/ A nosotros y nuestros primos Europeos norteamericanos y asutralianos. 1 Si tu hijo pasa hambre Mata a un español o a sus primos/Si tu hijo no tiene ropa para vestirse/ Mata a un español o a sus primos/ Cuantos mas españoles o a sus primos mates/ Mejor vivirá tu hijo/ Jose María/. (...) Fue un error no matar a los cristianos en Alandalus/ Fijate lo k hicieron/ Inkisicion/ Derecho de pernada/ Colonizacion violenta/ Escavitud/ Destruccion de culturas indígenas/ No revolución religiosa/ No revolución burguesa/ No revolución industrial/ Los españoles somos como los discapacitados mentales de europa/ K un día encontraron en el alandalus/ tecnología superior al del resto de los países/ Y la utilizaron para robar/ Asesinar inocentes/ Y adoctrinar subnormales e hijos de puta.

(...) Me gustaría k fuera algo asi/ Argimiro DIJISTE DE LOS ESPAÑOLES/ PAM/ 0/ Bienvenido QUE DISTE DE LOS SUNIS/ PAM/ O Bienvenido K DIJISTE DEL SUBNACIONALISMO MUSULMAN (marrokis turkos pakistanís, orgullosos de su nacionalidad, despreciadores de otras nacionalidades) PAM/ PERO/ Pero lo que no me gustaría es k dijeran/ Argimiro paga lo que otro pidio y no pago/PAM/.

(...) Acaso no es evidente la superioridad de los primeros musulmanes/ Sobre cualquier otra cultura o nación/ Por k seguís perdiendo el tiempo mientras/ Le robais el futuro a vuestros hijos y /El estipendio a vuestros abuelos?/....No teneis vergüenza/ Sois unos cerdos y unos borraños/ Y vuestra cultura es lo perverso/ Hasta llegar al punto de cambiar el órgano reproductivo a niños criados/ Con Disney y sus cuentos proto nazis/ K hacen k un niño se sienta niña/ Y/ Una niña se sienta niño/ Sois una jodida abominación/ De la k hay k alejarse me gustaría asesinar españoles orgullosos de su patria/

(...) Pero sobre todo me gustaría desangrar a los andaluces... la basura andaluza no tiene remedio/ El mismo día y desde el mismo perfil publicó: bufon degenerado andaluz, muérete/ sino fuera por los andaluces de

mierda.../ sabes que el andaluz no quiere independizarse?/ Porque son pura basura. (...) los españoles y de entre ellos los andaluces/ son personas de las k no puedes esperar seriedad o conocimiento en su palabra/ son unos gilipoyas de tomo y lomo../ K te parecen los subnormales de los españoles/ k dicen k cuando tu trabajabas en el KGB ganabas el mismo salario k el limpiador de habitaciones de hotel/ son subnormales o no los españoles/

(...) los españoles son subnormales/ ..retrasado mental español un tiro en la nuca o un cuchillo en tu cuello de vende patrias/ (...) Desde entonces anhelo cortarle el cuello a todo español orgullosos de serlo (...) Una de las cosas k mas me gustaron de Euskal Herria Catalunya Francia y Irlanda/ Es k allí apenas hay retrasados mentales con cara de persona normal de esos k escuchan reggeton con voz de subnormal/ en ese aspecto se k en Andalucia me encontrare con gente bastante mas estúpida"

Otros mensajes, según el relato de hechos probados estaban dirigidos a expresar su "...su intolerancia respecto a la diversidad sexual":

(...) Ya ni los fachas tiene cojones de matar marikones/. El mismo día desde el mismo perfil con una imagen en la que se ve una multitud de hombre besándose escribe: jugando con fuego. (...) Apoyo a ese autobús/ Fusilarla a los homosexuales fundamentalistas/. (...) Y a k partido hay k votar/ Para k ilegalicen el matrimonio y la adopción/ Homosexual/ Una vez me dijeron al PP/ Kise invitarle a tomar un café para explicarle k esa idea es un error/ El PP esta a favor del matrimonio y adopción homosexual/ Sino/ lo hubieran prohibido como multitud de países modernos/. (...) La identidad de genero es fascismo/ Lo promueve la derexa / Y los subnormales de izquierda lo apoyan alegando k los gays son oprimidos/ Oprimidos del cilo marikones// tuerce botas/ Gracias a esa puta mierda de identidad de genero, llevo sin ver a mi hija 1 año y medio// Por supuesta violencia/ (...) Feminismo y homosexualidad lastres para el desarrollo lastre contra la lucha al opresor".

En relación con las mujeres los mensajes publicados desde la página de DIRECCION000 fueron los siguientes:

A la mujer rebelde/ La pegas/ A la mujer rebelde/ Le das un par de quantazos/ Jose María/. (...) Putas y borrasas de mierda/ Son las putas españolas/ Putas y borrasas de mierda/ Come poyas multiples/ No valen ni como esclava/. (...) El hombre es el responsable de la familia/ Y si la mujer no te obedece/ Y no la pegas/ Ese es tu problema/ Pero/ El hombre es el responsable de la familia/. (...) La violencia de genero es fascismo/ Hay violencia física/ Hay violencia económica/ Hay violencia familiar/ Si un hombre obedece las indicaciones feministas/ Sera el hombre el k sufra/ La violencia física/ La violencia económica/La violencia familiar/ Estoy cansado de ese egocentrismo femenino k hace k el daño k sufren las/ mujeres sea mas importante k el daño k sufren los hombres/ Yo creo no he asesinado a una expareja k secuestro a mi hija/ Por las ingentes cantidades de porros k me fumo/ Pero sin en lugar de fumar porros/ Bebo güiski/ Ya la hubiera atropellado o apaleado o disparado o cualquier cosa para / acabar con su existencia de borrasa guarra cocainomana/. (...) Sea hombre o mujer/ Si me atacan me defiendo/ Es buena la violencia contra las mujeres/ Si con las mujeres violentas/ Violencia es k no puedas comprar una barra de pan/ Violencia son acusaciones de maltrato merecido/ Violencia es no tener venganza/. (...) por mi mente solo pasa apuñalar a las mujeres de la ett, atropellar catalanes en la rambla con mi furgoneta y kemar las oficinas de la ett (...) Evidentemente las mujeres no son un problema para el opresor/ muerte al feminismo. (...) otra vez la noticia de los acusados de tratar a una puta gratuita como puta gratuita/.. mi consejo es: no trates a la mujer mejor que a la puta, y si eres pobre y si no tienes dinero pues mejor no tengas mujer pues en su genética está el venderse/... ¿o es que acaso que pensáis que las putas que criais tiene como principio la sinceridad? (...) las feministas sois unas putas que coméis cerdo / y eres lo k comes/ Tratais de anular la biología del hombre obligándolo a estar frio en situaciones en las k no llevais ropa adecuada k tape vuestras zonas herogenas/ En la k en las conversaciones no poneis limites/ Pero el hombre ha de mantenerse frio/ ¿Eso es lo que quereis ¿putas?! ¿Ser todo lo zorras que podáis sin sufrir las consecuencias?! ¿Eso es lo que queréis ser putas?.

Por último, respecto de la ideología que identifica como "de derechas", publicó los siguientes mensajes:

"Los nazis hacían jabon con/ Comunistas gitanos y judíos/ Los nazis ayudaron a Arsenio/ Arsenio a Braulio/ Y Braulio a Diego/ Menos mal k vino eta y le pego un tiro en la nuca a ese faxa de mierda (...) Soy Argimiro/ Si consigues armamento/ te ayudo a matar faxas/ La derexa europea era antihomosexual por valores religiosos/ya ni eso les keda de legitimo... Hay que asesinar a todos los lideres de la derexa/ hasta k hagas eso por tus hijos, la historia revela éxito si triunfa la revolución. (...) Debemos organizarnos para asesinar a los lideres de derexa... hay que asesinar faxas o el mundo será peor. (...) España es el único país del mundo/ k/ no persiguió/ no enjuicio/ no ejecuto/ a los colaboradores del nazismo/ hay muxas balas en la nuca pendientes/al ojo por ojo/ siempre es mejor perdonar/ siempre cuando halla arrepentimiento y practiquen la azala/. (...) imagina k alguien asesina a Hitler antes de dar el golpe de estado/ imagina/ k alguien asesina a Arsenio o Everardo antes d k lleguen al poder/ imagina k alguien asesina a Felix u a otros faxas con intenciones de ser cargo publico/ imagínatelo/ imagina imagina/ k Roobin Hood no tiene k robar a los ricos/ por k alguien asesina al príncipe si tierra/ (...) imagina que alguien conoce los beneficios de aniquilar melcheviques y fachas /Todos sabemos ya /K los faxas son malos/ y que hay Ke matarlos como en la segunda guerra mundial/ o utilizaran mujeres semidesnudas para excitar a los cerdos y conseguir mas

escaños en lugares como Andalucía o España. (...) he leído mucha historia/ y sin lugar a dudas/ asesinando a Gonzalo del partido popular/un faxa menos se interpondría entre/ el pueblo y el éxito/ Jose María/ Jesús (...) Ya sabéis donde estoy, un arma, información, no me importa acabar muerto o en la cárcel si es tratando de asesinar faxas. (...) Hay que rajarse el cuello a Abascal/ Y que aprendan el resto/ Como al líder ultraderechista alemán/ Pero sin dejarle vivo".

2.3.- La difusión en redes sociales de esos mensajes no puede estar amparada por la causa de justificación derivada del legítimo ejercicio del derecho a la libertad de expresión (arts. 20.7 del CP).

Tanto la sentencia de instancia como la que es objeto del presente recurso de casación incorporan una enciclopédica cita de pronunciamientos de esta Sala, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los que se fijan los límites a ponderar en el obligado ejercicio de balanceo. A lo allí expuesto conviene remitirse.

Baste ahora apuntar, con carácter general, cómo la jurisprudencia del TEDH ha señalado que "...la tolerancia y el respeto a la igual dignidad de todos los seres humanos constituyen los fundamentos de una sociedad democrática y pluralista. Siendo así, por principio puede considerarse necesario en determinadas sociedades democráticas sancionar o incluso prevenir todas las formas de expresión que difundan, inciten, promuevan o justifiquen el odio basadas en la intolerancia ..., siempre que las "formalidades", "condiciones", "restricciones" o las "sanciones" impuestas sean proporcionales al objetivo legítimo perseguido" (Erbakan v. Turkey, sentencia de 6 de julio de 2006, 59405/00 § 56).

El Tribunal Constitucional, en su sentencia 112/2016, 20 de junio, tras destacar su relevancia constitucional, se refiere al carácter limitable del derecho a la libertad de expresión, singularmente por las manifestaciones que alienan la violencia, afirmando que puede considerarse necesario en las sociedades democráticas sancionar e incluso prevenir formas de expresión que propaguen, promuevan, o justifiquen el odio basado en la intolerancia. La función jurisdiccional consiste, en estos casos, en valorar, atendiendo a las circunstancias concurrentes, la expresión de las ideas vertidas y las circunstancias concurrentes esto es, si la conducta que se enjuicia constituye el ejercicio legítimo ilícito del derecho fundamental a la libertad de expresión y, en consecuencia, se justifica por el valor predominante de la libertad o, por el contrario, la expresión es atentatoria a los derechos y a la dignidad de las personas a que se refiere, situación que habrá de examinarse en cada caso concreto.

Existe, pues, un discurso del odio no protegido, que desborda la tutela que dispensa el legítimo ejercicio del derecho a la libertad de expresión. Y así lo hemos proclamado en numerosos precedentes. En la STS 185/2019, 2 de abril, señalábamos que "el discurso generador del odio y la discriminación no tiene amparo, ni cobertura en los referidos derechos constitucionales. A tal efecto son numerosos los Tratados Internacionales ratificados por España que, al amparo del artículo 10 de la Constitución, ha de guiar la interpretación de la tipicidad de los delitos de odio en sus variadas manifestaciones típicas. Junto a la Convención de Naciones Unidas para la prevención y sanción del delito de genocidio, de 9 de diciembre de 1948; la Convención de Naciones Unidas sobre eliminación de toda forma de discriminación racial de 22 diciembre de 1965; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 diciembre de 1966; el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 noviembre de 1950; la Recomendación (97) 20, de 20 octubre 1997 y la de 3 octubre de 2002, de política general acerca de la legislación nacional para luchar contra el racismo y la discriminación racial en la Comisión europea contra el racismo e intolerancia (ECRI); la recomendación 1805 (2007) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo Europeo sobre blasfemia, insultos religiosos y discurso de odio contra personas por razón de su religión; la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 noviembre 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el derecho penal; la Convención sobre cibercrimen, de 23 noviembre 2011; la Recomendación 7 de la Comisión europea contra el racismo y la intolerancia, de 13 diciembre del 2002, que identifica el discurso del odio, como expresiones que intencionadamente difundidos implican a) una incitación pública a la violencia y el odio; y b) a través de las cuales insultan y difaman públicamente a personas o grupo de personas por razón de su raza, color, lengua, religión, nacionalidad, su origen, nación o etnia; la Convención del Consejo de Europa sobre prevención del terrorismo, de 16 mayo 2008, cuyo artículo 5 define la provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo, disponiendo que la tipificación de las conductas requiere la creación de un riesgo para la comisión de un delito terrorista. Concretamente, la Convención del Consejo de Europa sobre prevención del terrorismo, de 16 de mayo de 2005 y la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017, establece que en su punición los Estados miembros han de incorporar a su tipicidad una potencialidad de riesgo de que puedan cometerse actos terroristas".

Hemos señalado también que "...el elemento nuclear del hecho delictivo consiste en la expresión de epítetos, calificativos, o expresiones, que contienen un mensaje de odio que se transmite de forma genérica. Se trata de un tipo penal estructurado bajo la forma de delito de peligro, bastando para su realización, la generación de un peligro que se concreta en el mensaje con un contenido propio del "discurso del odio", que lleva implícito el peligro al que se refieren los Convenios Internacionales de los que surge la tipicidad. Estos refieren la antijuricidad del discurso del odio sin necesidad de una exigencia que vaya más allá del propio discurso que contiene el mensaje de odio y que por sí mismo es contrario a la convivencia por eso considerado lesivo. El tipo penal requiere para su aplicación la constatación de la realización de unas ofensas incluidas en el discurso del odio pues esa inclusión ya supone la

realización de una conducta que provoca, directa o indirectamente, sentimientos de odio, violencia, o de discriminación. De alguna manera son expresiones que por su gravedad, por herir los sentimientos comunes a la ciudadanía, se integran en la tipicidad" (cfr. STS 72/2018, 9 de febrero).

2.4.- Frente a las alegaciones del recurrente que, en el legítimo ejercicio del derecho de defensa, ve en esos mensajes la genuina plasmación de su libertad de expresión, la Sala no puede interpretar esas frases como la exteriorización de un sentimiento no punible de aversión frente a otros. Antes al contrario, el discurso del acusado tiene un potencial efecto erosivo de los pilares de la tolerancia que hacen posible la convivencia. No se trata ya de afirmaciones sólo censurables por la corteza de sus vocablos, capaz de herir la sensibilidad de sus hipotéticos destinatarios. Antonio, al menos en dos ocasiones, se ofrece a aquél que pueda proporcionarle armas: "...ya sabéis donde estoy, un arma, información, no me importa acabar muerto o en la cárcel si es tratando de asesinar faxas". Y en otro momento dice: "...soy Argimiro/ Si consigues armamento/ te ayudo a matar faxas".

No hablamos, por tanto, del uso de una red social como simple vehículo para exteriorizar una opinión más o menos hiriente, ofensiva o vejatoria. Algunos de los pasajes subrayados -por sí solos o interrelacionados con el resto- reflejan que el mensaje que se difunde, filtrado por el odio, invita a la acción, a la violencia, a la lucha armada. Antonio no sólo incita a otros, sino que se ofrece como primer agresor de aquellos a los que desprecia por su ideología, su género, su orientación sexual o su origen nacional.

La Sala no puede amparar ese discurso de odio encadenado, que invita a los usuarios de la red a sumarse a la violencia y que sugiere golpear a las mujeres como modelo de convivencia: "... sin en lugar de fumar porros/ Bebo güiski/ Ya la hubiera atropellado o apaleado o disparado o cualquier cosa para / acabar con su existencia de borraxa guarra cocainomana/. (...) Sea hombre o mujer/ Si me atacan me defiendo/ Es buena la violencia contra las mujeres/ Si con las mujeres violentas/ (...) las feministas sois unas putas que coméis cerdo / y eres lo k comes/".

El motivo ha de ser desestimado (art. 885.1 LECrim).

Tercero.

El segundo de los motivos, al amparo del art. 849.1 de la LECrim, denuncia indebida aplicación del art. 510.1 a) y 3 del CP.

Se razona por la defensa que la calificación de los hechos como constitutivos de un delito de incitación al odio del art. 510 y del tipo agravado que contempla el apartado 3º de ese mismo precepto no es correcta. Faltan algunos de los elementos necesarios para afirmar la tipicidad.

3.1.- No es aceptable la tesis hecha valer por la defensa de que en los hechos declarados probados no consta el especial dolo que exige este precepto. Hemos dicho, respecto del tipo subjetivo, que tanto en el delito de enaltecimiento como en el de incitación al odio no se requiere un dolo específico, siendo suficiente la concurrencia de un dolo básico que ha de ser constatado a partir del contenido de las expresiones vertidas: "...el dolo de estos delitos se rellena con la constatación de la voluntariedad del acto y la constatación de no tratarse de una situación incontrolada o una reacción momentánea, incluso emocional, ante una circunstancia que el sujeto no ha sido capaz de controlar" (vid. STS 72/2018, 9 de febrero y cfr. STS 4/2017, 18 de enero).

Dicho con otras palabras, para afirmar el dolo es suficiente el conocimiento por el autor de los elementos que definen el tipo objetivo, esto es, la plena conciencia y voluntad de que se está difundiendo un mensaje de odio en el que se menosprecia todo aquello que resulta no aceptado por la particular visión del mundo y de la vida que suscribe el emisor y en los que se invita a luchar contra el "enemigo" recurriendo, si resulta preciso, a la violencia. Basta con asumir como propia la justificación de una forma violenta de enfrentarse a los "diferentes". Es suficiente, en fin, con la reiteración consciente de esos mensajes para constatar que Antonio captó con el dolo los elementos del tipo objetivo que define el art. 510 del CP.

3.2.- Tampoco podemos coincidir con el recurrente en el hecho de que para que pueda afirmarse la responsabilidad penal es preciso que haya "... un sujeto receptor que "abrazando" las expresiones proferidas por mi patrocinado en su perfil de DIRECCION000 tenga una reacción de odio, hostilidad, discriminación o violencia hacia los grupos o parte de los mismos recogidos en el tipo penal".

El delito previsto en el art. 510 del CP y por el que ha sido condenado Antonio no es un delito de resultado. No exige, desde luego, que ese mensaje desencadene de forma efectiva acciones ejecutadas por terceros estimulados por el mensaje destructivo del agente. Estamos ante un delito en el que, desde luego, "... debe exigirse para considerar legítima la sanción penal, además de la difusión de ideas, que ello implique una incitación o una provocación al odio a determinados grupos que se detallan en el precepto, de manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de violencia, odio o discriminación contra aquellos grupos o sus integrantes como tales. Por lo tanto, los actos de difusión de esta clase de ideas o doctrinas son perseguidos penalmente en cuanto que suponen, en la forma antes dichas, un peligro real para los bienes jurídicos protegidos. No es preciso un peligro concreto, siendo suficiente el peligro abstracto, si bien puede entenderse que es suficiente el peligro potencial o hipotético a medio camino entre aquellos, según el cual lo que importa es la capacidad de la conducta para crear el peligro relevante" (AATS 16 de noviembre de 2020, causa especial 20280/2020 y 14 de abril de 2021, causa especial 21021/2019).

3.3.- También discrepa la defensa de la aplicación del tipo agravado previsto en el art. 510.3 cuando los hechos se hubieran llevado a cabo "...a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas".

Subraya el recurrente que las manifestaciones que han determinado su condena "...sólo llegaron a unas 13 o 14 personas, por lo que no existe uno de los elementos del tipo penal agravado, ya que no fue accesible a un número elevado de personas".

El motivo no es viable.

La sentencia recurrida justifica la aplicación del precepto agravado en el hecho objetivo de la utilización de internet como vehículo para la comisión del delito, "...con independencia de que pueda saberse o no el grado de receptividad que haya podido tener su discurso".

La resolución de instancia, dictada por la Audiencia Provincial, apoya la aplicación del art. 510.3 del CP en el hecho de que, aun cuando sus seguidores no eran más de 13 o 14, "...publicaba siempre en redes abiertas y por tanto con potencialidad de publicidad ilimitada como expone el Ministerio Fiscal, y según declara el Policía Nacional NUM001 con unos 540 o 550 amigos, que son personas que tienen acceso diario a lo que él publica y ven todo lo que ha publicado durante los dos años que dura el seguimiento".

En principio, la aplicación del tipo agravado no puede hacerse depender de la simple constatación objetiva del medio empleado para la difusión del mensaje. De hecho, el inciso final del precepto exige que se haya realizado de un modo tal que ese discurso "...se hiciera accesible a un elevado número de personas".

La agravación prevista en el apartado 3º del art. 510 del CP no puede concebirse conforme a parámetros objetivos, de suerte que su aplicación resultara obligada, siempre y en todo caso, por la utilización de Internet o cualquier otra tecnología de la información. No es eso lo que dice el precepto, que se incorpora como elemento del tipo que esos mensajes hubieran sido accesibles a "...un elevado número de personas". Por consiguiente, se opone a esa visión, tanto la literalidad del tipo agravado como las exigencias inherentes al principio de culpabilidad.

Pero en el presente caso, en el juicio histórico se contienen elementos que permiten deducir el alcance de esos mensajes. El acusado creó tres perfiles de DIRECCION000 y su utilización se prolongó durante los años 2017 a los primeros días de 2019. La defensa subraya que sólo eran entre 13 y 14 seguidores, pero la Audiencia Provincial -inferencia avalada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia- puntualiza que contaba con 540 o 550 "amigos". Es un hecho notorio que la condición de "seguidor" o "amigo" en una página de DIRECCION000 no puede identificarse, ni mucho menos, con el de aquella persona que ha tenido acceso al mensaje de odio. Tres páginas de DIRECCION000 activadas durante el tiempo en el que el acusado se valió de ellas para difundir sus mensajes, que cuenta con más de una docena de seguidores y más de medio millar de amigos, colma las exigencias del tipo, que no exige una cuantificación pericial del impacto en la red que los mensajes pudieron haber tenido.

Es cierto que la extensión actual de las nuevas tecnologías al servicio de la comunicación intensifica de forma exponencial el daño de afirmaciones o mensajes que, en otro momento, podían haber limitado sus perniciosos efectos a un reducido y seleccionado grupo de destinatarios. Quien hoy incita a la violencia en una red social sabe que su mensaje se incorpora a las redes telemáticas con vocación de perpetuidad. Además, carece de control sobre su zigzagueante difusión, pues desde que ese mensaje llega a manos de su destinatario éste puede multiplicar su impacto mediante sucesivos y renovados actos de transmisión. Los modelos comunicativos clásicos implicaban una limitación en los efectos nocivos de todo delito que hoy, sin embargo, está ausente. Este dato, ligado al inevitable recorrido transnacional de esos mensajes, ha de ser tenido en cuenta en el momento de ponderar el impacto de los enunciados y mensajes que han de ser sometidos a valoración jurídico-penal (cfr. STS 4/2017, 18 de enero).

Procede la desestimación del motivo (art. 885.1 de la LECrim).

Cuarto.

El tercero de los motivos se formaliza al amparo del art. 849.2 de la LECrim, por error de hecho en la valoración de la prueba, derivado de documentos que demuestran la equivocación del juzgador.

El motivo carece de viabilidad.

Así lo apunta el Fiscal del Tribunal Supremo en su dictamen, en el que sugiere su rechazo al estimar que el recurrente "...más que designar documentos concretos y errores puntuales, (...) hace una especie de enmienda a la totalidad, señalando "a modo de ejemplo" ciertos pasajes del factum, de los que el tribunal habría extraído las expresiones allí contenidas, utilizándolas fuera de contexto".

La Sala hace suyas esas palabras del Fiscal, en la medida en que el motivo, tal y como está formalizado, no pretende la adición ni la supresión de un elemento fáctico del relato histórico, sino al contrario, se muestra conforme con el relato de hechos probados en su integridad, "... hasta el punto de utilizarlo a modo de documento, para discutir la subsunción de tales hechos en la norma jurídica aplicada, finalidad propia de un motivo por error iuris pero inapropiada si se acude al cauce del art. 849.2 LECrim . cuyo objeto no es discutir la subsunción del hecho en la norma, sino precisamente, la de discutir el hecho mismo, eliminándolo, modificándolo o suprimiéndolo".

Procede la desestimación del motivo por aplicación de lo previsto en los arts. 884.6 y 885.1 de la LECrim.

Quinto.

La desestimación del recurso conlleva la condena en costas, en los términos establecidos en el art. 901 de la LECrim.

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación, interpuesto por la representación legal de D. Antonio contra la sentencia núm. 223/2020, 24 de julio, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia en grado de apelación frente al dictada en la instancia por la Sección 17 de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 132/2020, 2 de marzo.

Condenamos al recurrente al pago de las costas causadas.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente D. Julián Sánchez Melgar D. Antonio del Moral García
D. Pablo Llarena Conde D.^a Susana Polo García

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.