

Tribunal Supremo Español, Sala de lo Penal, Sentencia: STS-2085 del 19 de Mayo de 2022, Referencia: Rad.28079120012022100506

“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 epígrama “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. Las frases que Antonio difundió en su página 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:

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

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

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

A la mujer rebelde/ La pegas/ A la mujer rebelde/ Le das un par de guantazos/ José María / (...) Putas y borrachas de mierda/ Son las putas españolas/ Putas y borrachas de mierda/ Come poyas múltiples/ 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 género 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 más 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 borraja guerra cocainomana/. (...) Sea hombre o mujer/ Sime atacan me defiendo/ Es buena la violencia contra las mujeres/ Si con las mujeres violentas/ Violencia es kno puedes 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 criáis 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 frío 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 jabón con/ Comunistas gitanos y judíos/ Los nazis ayudaron a Arsenio / Arsenio a Braulio /Y Braulio a Diego / Menos mal k vino eta y le pegó 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 líderes de la derexa/ hasta k hagas eso por tus hijos, la historia revela éxito si triunfa la revolución. (...) Debemos organizarnos para asesinar a los líderes 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 porojo/ siempre es mejor perdonar/ siempre cuando halla arrepentimiento y practiquen la azala/. (...) imagina kalguien 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 público/imaginátelos/ imagina imagina/ k Roobin Hood no tiene k robar a los ricos/ por k alguien asesina al príncipes i 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 más 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 sabeis donde estoy, un arma, información, no me importa acabar muerto o en la cárcel si es tratando de asesinar faxas. (...) Hay k rajar el cuello a Abascal/Y k aprendan el resto/ Como al líder ultra derexista alemán/ Pero sin dejarle vivo".

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 de democrática y pluralista. Siendo así, por principio puede considerarse necesario en determinadas sociedades de- 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 alienten 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 STS185/2019, 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).

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 quedes precia 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 borracha guerra cocainómana/. (...) 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/”