

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 transformación 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, integristas 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

Fundamentos Básicos para la Convivencia Democrática

1. Defensa de la igual Dignidad de las personas y de la universalidad de Derechos Humanos.
2. Erradicación social, cultural y política de la Intolerancia, en todas sus formas, sea racismo y xenofobia, machismo y misoginia, supremacismo, lgtbifobia, antisemitismo e islamofobia, disfobia, antigitanismo, edadismo y aporofobia u otras expresiones fanáticas, extremistas y sus manifestaciones de estigmatización, hostilidad, discriminación, discurso y delitos de odio hacia las distintas manifestaciones de la condición humana.
3. Rechazo de todo despotismo, opresión, ideología y praxis totalitaria e identitaria excluyente.
4. Eliminación integral de toda expresión y manifestación de violencia, terrorismo y belicismo.
5. Reconocimiento, memoria y defensa universal de los derechos de la Víctima del Crimen de Odio.
6. Desarrollo de una cultura no sexista y de convivencia humanista para la concordia y la Paz.
7. Compromiso por una ética cívica para la Libertad, Igualdad, Solidaridad, Justicia y Tolerancia.
8. Desarrollo y profundización de la Democracia representativa y participativa.
9. Eliminación de la pobreza en la Humanidad y apuesta por la redistribución de la riqueza
10. Defensa de una sociedad intercultural y de un desarrollo humano en armonía con la Naturaleza

Movimiento contra la Intolerancia es una organización de derechos humanos especializada en la lucha contra los crímenes de odio y en la defensa de las víctimas

Contenido

CARTA AL LECTOR.....	1
1.- AFRONTANDO EL RACISMO Y LOS CRÍMENES DE ODIO	
1.1.-España no cumple con sus deberes en la lucha contra el racismo y la xenofobia.	5
ESTEBAN IBARRA	
1.2.-El ensañamiento, un concepto demasiado mal comprendido por la ciudadanía.	9
CARLOS BERBELL - YOLANDA RODRÍGUEZ	
1.3.- ¿Fue Jesucristo víctima de un crimen de odio?: Cumple todos los requisitos.	10
ESTEBAN IBARRA	
1.4.- La condena a Jesucristo fue nula y explico por qué	13
MANUEL ÁLVAREZ DE MON SOTO	
2.- SENTENCIAS E INFORMACIÓN DE INTERÉS	
2.1.- El TS confirma la condena por delito de odio a los independentistas que atacaron a ‘Barcelona con la Selección’ en 2016.....	17
ROSALINA BERBELL	
2.2.-Sentencia del T. Supremo por delito de odio.	22
Ponente: VICENTE MAGRO	
2.3.-Sentencia del T. Supremo por Incitación al Odio.	52
Ponente: MANUEL MARCHENA	





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".

1.-AFRONTANDO EL RACISMO Y LOS CRÍMENES DE ODIO

1.1.- ESPAÑA NO CUMPLE CON SUS DEBERES EN LA LUCHA CONTRA EL RACISMO Y LA XENOFOBIA.

Esteban Ibarra

Todos los años, durante la celebración del Día Internacional para la Eliminación de la Discriminación Racial, el 21 de marzo, se suele hacer balance a nivel mundial, regional y en cada país de la situación frente a esta lacra, evaluando los avances o retrocesos en la erradicación de este grave problema que ha llegado a generar grandes tragedias como el Holocausto y otros genocidios durante el siglo pasado, junto a una persistente criminalidad hacia las libertades y derechos humanos de las víctimas del odio racial.

Llama la atención que desde la gran movilización en EE.UU. y por extensión a todo occidente, tras el brutal asesinato de Georges Floyd en Minneapolis por unos policías que fueron expulsados y condenados, la movilización se fuera diluyendo hasta incluso caer en el olvido. Sin embargo los crímenes racistas se han seguido cometiendo, tanto en este país como en otra parte del mundo, y sorprende su escaso eco porque la criminalidad racista no ha sido erradicada.

La Unión Europea, desde la sensibilidad hacia su trágico pasado y coincidiendo con este contexto de movilización de la ciudadanía por este caso que conmocionó a nivel mundial, aprobó un importante **Plan de Acción contra el Racismo** para aplicarlo durante el quinquenio 2020-2025, con la divisa “Unidad en la diversidad” en donde llamó a luchar contra la xenofobia y el racismo, coincidiendo en el tiempo con la movilización frente a otra forma de intolerancia como es el antisemitismo. Reclamaba combatirlos desde medios legales y democráticos, y señalaba el lugar donde crece de manera disparada el discurso de odio racista: Internet y la redes sociales; todo ello sin olvidar los múltiples espacios de la vida cotidiana, empleo, vivienda, salud, educación,.. el fútbol y otras dimensiones en las que se reflejan estas conductas malignas.

La ejecución de las acciones del Plan antirracista europeo se encomendó a los países de la Unión y recaen en la responsabilidad de los Gobiernos y por consiguiente, España debería haber comenzado hace tiempo esta tarea. Y no solo no lo ha hecho, sino que tiene pendiente desde el inicio de esta legislatura, actualizar la Estrategia Integral contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia que fue aprobada en noviembre de 2011, hoy está muy superada.

También se realizaron promesas desde el Gobierno de aprobar una Ley contra el Racismo, reivindicada por muchas entidades para consolidar y concretar instrumentos de protección de la diversidad étnica, de apoyo y solidaridad efectiva con las víctimas, de formación de policías y operadores jurídicos, que combatiera la infradenuncia de delitos de odio y que fuera toda una garantía para nuestra sociedad democrática, plural y antidiscriminatoria que la Constitución española establece y el Tratado de la Unión y la Carta Europea de los Derechos Fundamentales afirman. Pero las promesas y compromisos nunca se han concre-

tado. Ni hay estrategia, ni ley, ni nadie sabe de la aplicación del Plan 2020-25 de la UE. El gobierno, de momento, no está en esto.

RACISMO, XENOFOBIA Y OTRA INTOLERANCIA ASOCIADA

A medida que nos adentramos en el siglo XXI, la globalización ha contribuido a intensificar en toda Europa los flujos migratorios en respuesta a la demanda de los mercados laborales en las sociedades de destino y de huida de condiciones de pobreza y precariedad laboral en las sociedades de origen, cuando no de guerra o desastres ecológicos en el caso de los refugiados; sin embargo en situaciones de crisis económica y de dificultades políticas y sociales derivadas, se configuran escenarios desde donde se explotan todo tipo de contradicciones de base real y conflictos para alimentar la intolerancia y la xenofobia.

Mientras tanto, en España también el discurso de odio y los delitos racistas siguen aumentando como incluso muestran las estadísticas de criminalidad del Ministerio del Interior, cuyos informes anuales señalan que en los últimos años que el delito de racismo y xenofobia, así como el motivado por ideología prosiguen su crecimiento, siendo los más reiterados.

Conviene precisar que se viene a entender como **racismo**, aquella cosmovisión, actitud, conducta o manifestación que supone afirmar o reconocer tanto la inferioridad de algunos colectivos étnicos como la superioridad del propio. El propio concepto de “**raza**” en la **especie humana** carece de sentido, tal como afirman la biología molecular y la genética de poblaciones y por tanto, las valoraciones que se hagan con arreglo a los denominados “criterios científicos sobre la raza” solo encubren y justifican el racismo, como es el caso de las teorías del “coeficiente intelectual” o la “inadaptación a determinados deportes”, entre otras. Las expresiones y los hechos más criminales de intolerancia racial las podemos encontrar en el apartheid, la limpieza étnica y el Holocausto.

En cuanto a la **xenofobia**, se interpreta como actitud y conducta de rechazo, desprecio e irrespeto hacia personas extranjeras o percibidas como tales, como es el caso de los inmigrantes que sufren hostilidad, odio, segregación, marginación, privación de derechos, discriminación e incluso amenazas y violencia. Se alimenta de prejuicios, de animadversión por distintas causas o de visiones etnocentristas que rechazan la cultura, valores y tradiciones de las personas que migran, obstaculizándoles su acogida y su presencia. Suele ir acompañada de intolerancia religiosa y cultural, en especial de islamofobia y antisemitismo, también ideológica, de unos comportamientos que hacen de la diversidad su enemigo y del diferente, el inmigrante, un objetivo potencial de agresión, que puede ser llevada a cabo por grupos nacidos del fanatismo xenófobo.

También hay **hispanofobia**, y es impulsada desde diferentes vectores de intolerancia que amenaza la convivencia democrática. Junto a los españoles, los inmigrantes de origen hispano, sufre estereotipos, prejuicios y conductas de intolerancia hispanófoba, tanto en determinados territorios de España como en otros países, además de xenofobia por su condición de extranjeros. En nuestro país, más de millón y medio de inmigrantes colombianos, venezolanos, ecuatorianos, hondureños, peruanos ... por su pertenencia a una comunidad lingüística y cultural pueden ser potencialmente víctimas de conductas de odio, hostilidad, discriminación y violencia por motivos raciales o étnicos.

LA SINRAZÓN DE LA XENOFOBIA

El rechazo latente a **compartir igualdad de trato** en materia de empleo, sanidad, edu-

cación, vivienda o de atención asistencial se constata y evidencia en situaciones discriminatorias de la vida cotidiana. A ello se añade la agitación y hostigamiento hacia los inmigrantes que impulsan grupos xenófobos en internet y redes sociales o en las calles, con consignas tipo “**stop la invasión**”, “**nos quitan el trabajo**” u otros del tenor como que “tienen más facilidades de acceso a las ayudas sociales”, o acusar a los inmigrantes de “actividad delin cuencial”, incluso pedir que se normalice su exclusión por conflictos culturales o de otra naturaleza, a lo que contribuyen los asaltos de frontera o episodios de violencia de grupos delincuenciales y una deficiente política de inclusión y ciudadanía.

Los discursos de odio y de intolerancia xenófoba estigmatizan, promueven la confrontación y alientan el miedo hacia los inmigrantes que viven con nosotros, juntos trabajamos o utilizamos los mismos servicios públicos. La xenofobia dificulta que España avance en una inclusión fundamentada en la integración intercultural, senda en la que se situó nuestro país en los años 90 y que afirma la tridimensionalidad de la política migratoria europea, basada en **cooperar en el desarrollo humano** en los países de origen de las migraciones, apoyando que nadie se vea forzado a migrar, fundamentada en el **control de flujos migratorios y fronteras**, por tanto en una política activa de inmigración **segura, ordenada y regular**, coherente con el Pacto Mundial en Marrakech (2018), y por supuesto, con integración que conlleva intervenir para la erradicación de la xenofobia, porque “**nadie se integra, si no le dejan**”.

El populismo xenófobo ante los conflictos sociales y culturales que pueden surgir en los procesos de inclusión, que no se deben de negar y que la política ha de gestionar, utiliza miedos y emociones de las gentes, recurre a estereotipos y prejuicios, construye animadversión, estigmatiza y demoniza a colectivos enteros de inmigrantes convirtiéndoles en dianas mediante un “**ellos contra nosotros**”, ofreciendo respuestas simples a realidades complejas para movilizar a la opinión pública mediante el uso de promesas no realistas, falaces y oportunistas.

LA RAZAS NO EXISTEN, PERO EL RACISMO SI Y HAY QUE COMBATIRLO

El concepto de la “raza” no existe científicamente y la diversidad de color de piel, de aspecto físico o fenotipo obedece a la adaptación humana al medio, así afirmó la UNESCO desde 1950 apoyada por los genetistas que despreciaron tal concepto sobre el que pivotaron las distintas mutaciones de las tesis racistas y que actualmente emergen con nuevas expresiones como el **racialismo** (expresión que oculta el racismo).

Esta perspectiva propugna la existencia de “razas humanas” con relevantes diferencias entre sí y que se traducirían en el terreno cultural, económico y político. Y aunque el racialismo no implique “superioridad de una “raza” sobre otras, como descaradamente propugna el racismo, suele llevar aparejadas propuestas de **supremacismo y segregación racial**. Para el racialismo, la persona es lo que su grupo “racial” de pertenencia “es”; la individuación de la persona y diferenciación en el interior a su grupo racial asignado no existe y estas concepciones esencialistas acaban aportando argumentos para quienes transcurren por la vía del odio, la violencia y la intolerancia racial.

Dado que no existen diferencias significativas de orden genético entre seres humanos de distinto aspecto físico externo, el concepto de RAZA no tiene sentido y debería ser suprimido del vocabulario cotidiano de los científicos, de los actores sociales y del público en general (Francia lo retira de su Constitución) Si que tiene sentido, por el contrario, referirse a colectivos étnicos o etnias, como expresión que tipifica la diversidad de aspectos, culturales y valores. Siguiendo a Anthony D. Smith, experto en etnicidad, «*se pueden definir las*

etnias como poblaciones humanas que comparten unos mitos sobre la ascendencia, unas historias, unas culturas y que se asocian con un territorio específico y tienen un sentimiento de solidaridad».

La diversidad humana es muy grande, existe pluralidad de aspectos físicos, gran multiplicidad de religiones, culturas, idiomas y comportamientos y es muy flexible y varía con los tiempos y el mestizaje, y está basada en diferencias accidentales provocadas por la adaptación al clima, la alimentación y la forma de vida o por diferencias socio-históricas y no por diferencias genéticas estructurales.

La aplicación de la mentalidad clasificatoria a todo (taxonomía) y la **separación identitaria** tiene sus peligros. El apartheid no exhibía el aspecto de “superioridad”□, sino la conveniencia de que los diversos vivieran de forma separada, postulado que hoy recogen quienes se oponen al mestizaje. Este planteamiento subyace en la “limpieza étnica” que tristemente practicaron grupos serbios y croatas en la guerra de los Balcanes: “Cada raza, cada etnia, en su territorio exclusivo”.

ESPAÑA TIENE QUE HACER SUS DEBERES FRENTE A LA XENOFobia, EL RACISMO Y LA INTOLERANCIA

Aun están a la espera que se concreten la Estrategia y la Ley demandadas, así como el compromiso de la ejecución del **Plan antirracista 20-25**. Ya va con retraso y hay voces que anuncian que ni se esperan. La respuesta debe de contemplar la inclusión y la política de integración intercultural, como proceso bidireccional de esfuerzo mutuo, ha de garantizar la igualdad de trato, la humanización de los procesos migratorios y los valores democráticos junto al respeto y aprecio de la diversidad cultural; una política con un enfoque de derechos humanos; que debe construirse desde el pilar de la garantía por el Estado de Derecho de las libertades y de los derechos fundamentales para todos, y con la argamasa de una tolerancia solidaria que salvaguarde la dignidad humana.

Y hay que abordar problemas reales como los flujos migratorios no legales, irregulares e inseguros. Solo así venceremos la desinformación y manipulación de la xenofobia en los diferentes ámbitos sociales e institucionales, consiguiendo objetivos estratégicos en la gestión de la igualdad y de la diversidad en el seno de nuestro país. Sin olvidar que estas conductas generan daños y **provocan víctimas** que suelen ser las gran olvidadas, junto a una sociedad que resulta quebrada en su convivencia democrática, pese al esfuerzo de numerosas ONG y sociedad civil, escasamente ayudadas.

La dinámica de odio radicado en la intolerancia sabemos cómo empieza pero nunca alcanzamos a ver las altas cotas de barbarie que puede culminar. En grado superlativo del paroxismo racista, los “científicos” de la Alemania nazi llegaron a establecer escalas de proximidad y lejanía de lo humano, en función de determinadas características externas y sociales de las personas, llegando a determinar quiénes eran “subhumanos” y “vidas sin valor”.

Por todo ello y mucho mas, educar en la memoria contra el racismo, neutralizar prejuicios y cosmovisiones supremacistas, doctrinas que nieguen la dignidad humana, apoyar a las víctimas reforzar la legislación, aplicar políticas de integración, asumir en profundidad la Tolerancia y los Derechos Humanos, defender la libertad e igualdad de las personas, promover la solidaridad real,...hay tanto por hacer que resulta oportuno recordar su urgencia y las palabras de Martin Luther King: *“es posible que todos hayamos venido en barcos diferentes, pero ahora estamos en el mismo barco”.*

Esteban Ibarra
Presidente de Movimiento contra la Intolerancia

1.2.- EL ENSAÑAMIENTO, UN CONCEPTO DEMASIADO MAL COMPRENDIDO POR LA CIUDADANÍA

Carlos Berbell - Yolanda Rodríguez

Las palabras sirven para comunicar o para incomunicar. Para aclarar o para oscurecer. En ocasiones para confundir involuntariamente porque el significado que entiende el emisor es opuesto al que tiene el receptor, lo que provoca cierto escándalo de una forma periódica y regular.

No son pocas las veces que hemos escuchado, a propósito de un crimen pasional, que el autor le dio 78 o 100 puñaladas en el momento de la agresión. 78 o 100 puñaladas que, lógicamente, le provocaron la muerte a la víctima. No podía ser de otra forma.

Tiempo después vuelve a salir a colación este hecho. Normalmente en forma de titular similar a este: “Le dio 78 puñaladas y el juez dice que no hubo ensañamiento”. O: “100 puñaladas, la mató, y no hubo ensañamiento”.

Y es que no lo hubo. Y lo van a comprender muy bien, ahora que todos poseemos bastantes horas de vuelo televisivo con las series «CSI Las Vegas», «CSI Nueva York» y «CSI Miami» y la miriada de sucedáneos extranjeros y nacionales que les han imitado.

Porque no podemos negar que nuestra conciencia forense, nuestro conocimiento de cómo investigan las policías científicas del mundo, es muy superior al que teníamos hace sólo cuatro años. Sabemos más. Pero vamos a los orígenes.

DEFINICIÓN DE «ENSAÑAMIENTO»

De acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española y el Código Penal –porque la definición es la misma, clavada-: **el ensañamiento es una circunstancia agravante de la responsabilidad criminal, que consiste en aumentar inhumanamente y de forma deliberada el sufrimiento de la víctima, causándole padecimientos innecesarios para la comisión del delito.**

O sea, para que nos aclaremos del todo: **el ensañamiento consiste en aumentar inhumanamente y de forma deliberada el sufrimiento de la víctima.**

Y aquí está el meollo de la cuestión.

Porque para establecer si hubo ensañamiento hay que determinar el momento de la muerte.

Y ese es el cometido del médico forense.

A través de la autopsia se sabe cuándo perdió la vida la víctima. Esa es la clave.

Si la víctima murió como consecuencia de la primera o segunda puñalada, pongamos por caso, las 68 puñaladas restantes, fueron asestadas a un cadáver. Y un cadáver no siente.

No aumentó, por lo tanto, inhumana y deliberadamente el sufrimiento de la víctima.

Si, por el contrario, el asesino hubiera descargado esas 70 puñaladas de forma que a la víctima no le hubiera producido la muerte sino hasta el final de las mismas, entonces sí habría existido ensañamiento. El ensañamiento, por lo tanto, sólo se produce contra personas que sienten y que sufren y no contra cadáveres, aunque para los policías científicos ese dato sea muy valioso a la hora de comprender al asesino.

La crucifixión fue utilizada por los romanos hasta el año 337 d. de C., después de que el cristianismo fuera legalizado en el Imperio romano en 313. El tiempo necesario para

alcanzar la muerte va de horas hasta varios días, dependiendo exactamente del método empleado, el estado de salud de la persona crucificada y circunstancias ambientales.

EJEMPLOS HISTÓRICOS DE ENSAÑAMIENTO

Uno de los ejemplos más claros de muerte por ensañamiento, en la antigüedad, era el que empleaban los romanos con los pueblos que conquistaban: la crucifixión. Los condenados morían lenta y dolorosamente, en público, como “aviso para navegantes”.

Todos recordamos, en nuestra cultura, la ejecución de **Jesucristo**, mediante la crucifixión. Ese castigo ampliaba cruel y deliberadamente el sufrimiento de la víctima que tardaba en morir 24 horas. Una forma de ensañamiento que era un «aviso para navegantes».

Las ejecuciones con ensañamiento tuvieron lugar en Europa hasta finales del siglo XVIII. El verdugo primero rompía a los condenados las extremidades (brazos y piernas) y las costillas haciendo uso de un mazo de madera, pero cuidándose de no matarlos, para alargar el sufrimiento.

Y lo hacían en las plazas públicas.

Los “espectáculos” duraban varias horas, hasta que los condenados espiraban.

Luego llegó la guillotina, en Francia, como una forma de “humanizar” dichas ejecuciones, acabando con el ensañamiento. Pero esa es otra historia.

<https://confilegal.com/20180815-el-ensañamiento-un-concepto-demasiado-mal-comprendido-por-la-ciudadania/>

Carlos Berbell (Director de Confilegal)-Yolanda Rodríguez (periodista)

1.3.-¿FUE JESUCRISTO VÍCTIMA DE UN CRIMEN DE ODIOS? CUMPLE TODOS LOS REQUISITOS

Esteban Ibarra

A mi juicio y conforme a los parámetros actuales de interpretación jurídica y social, Jesucristo fue víctima de un crimen de odio sin ningún género de dudas. Y no solo él lo padeció, también sus seguidores sufrieron discurso y crímenes de odio por **cristianofobia**, actos criminales que a día de hoy también se producen en algunos lugares y territorios.

La diferencia histórica del contexto político, jurídico y social entre aquella época y la actual es una obviedad; sin embargo estos actos, desde una perspectiva fenomenológica y con una mirada actual, se pueden interpretar por encima de los tiempos y sin relativismo alguno porque esta criminalidad de odio objetivamente lo es, aunque esta denominación apareciera cercano a los años de 1990. De lo contrario incurriríamos en una peligrosa deriva de interpretación que pudiera llevarnos a relativizar horribles hechos, incluso genocidios porque se realizaron antes del aporte denominativo del jurista polaco y judío **Rafael Lemkin**.

Desde un **enfoque victimológico** que elude realizar interpretación religiosa o política, situado en la universal protección de la dignidad humana, de las libertades y derechos fundamentales de la persona, en todo tiempo y lugar, los episodios que sucedieron contra Jesucristo de hostilidad y detención previos, hasta su asesinato en crucifixión, son una muestra absoluta de esa dinámica de la intolerancia que conduce fatalmente al abyecto crimen de

odio. Un proceso acaecido, incluso que quebró los mandatos bíblicos asumidos en época, como eran los mandamientos de Moisés y de la Judea del momento.

El crimen cuya víctima fue **Jesús de Nazaret**, fue cometido con torturas, ensañamiento y crueldad extrema, y vino precedido de acciones previas de discurso de odio, con el que se promovió la hostilidad y el odio a su persona, con mensajes que alcanzaban a sus seguidores, No fue simplemente un rechazo a sus ideas. Así lo mostraron comportamientos de los fariseos, criticados por Jesús, junto a los escribas y doctores de la Ley que aparecen en los Evangelios, o la preocupación romana por el discurso cristiano insumiso frente a su poder político.

No es anacrónico este planteamiento de situar el asesinato de Jesús como un crimen de odio porque aunque las leyes del momento histórico no concretaran esa realidad en estos términos, no quiere decir que este tipo de acciones no existieran; simplemente se evidencia que hay hechos que son anteriores al derecho, y que grandes tragedias o transformaciones sociales, preceden al reconocimiento de los problemas y el avance legal frente a los mismos.

LA CONSPIRACIÓN PARA EL CRIMEN DE ODIOS HACIA JESUCRISTO

Precedido de un creciente reconocimiento popular como mostraban sus encuentros o la entrada del conocido Domingo de Ramos, de acuerdo a los evangelios, Jesús de Nazaret entraba triunfalmente en Jerusalén en medio de una multitud que lo aclamaba y antes de hacerlo se hubo detenido y fue bien recibido en las localidades de Betania y Betfagé.

Pese a su reconocimiento popular, no estuvo exento de sufrir mensajes odiosos y hostiles para dañar su creciente influencia, divulgados por el movimiento religioso-político de los fariseos y de otras gentes dirigidas hacia su persona y seguidores. Decían que Jesús había quebrantado la ley, cuando no era verdad; decían que tenía una mano inutilizable y deformada porque se le había secado; decían que animaba a robar y que hablaba de forma irrespetuosa de cosas sagradas y que pervertía al pueblo; decían que Jesús era gente mala, una víbora, y que tendría que responder, que sería juzgado y puesto en orden, y más detalle que se menciona en los evangelios.

Caifás, de los saduceos y en unidad con los fariseos, es el hombre que condenó a Jesucristo para pedir su ejecución. Temerario de una revuelta que alterara su poder del que era Sumo Sacerdote, montó una farsa de juicio religioso donde, según los evangelios, provocaba a Jesús buscando encontrar la blasfemia. La traición de Iscariote, con su beso indicativo, sirvió para señalarlo y apresararlo. Habían maquinado atrapararlo y condenarlo. Nunca permitirían que el hijo de un carpintero pudiera orientar las creencias religiosas de forma distinta a las prevalentes, poniendo en cuestión el poder establecido.

Tras la farsa de juicio, el Sanedrín, le declaró por unanimidad reo de muerte y emitió un mensaje de mentira, difamación y humillación a la víctima, buscando su denigración. Hecho que continuó el jefe romano Pilatos a quien le dijeron que Jesús impedía dar tributo a Cesar y se hacía llamar “rey de los judíos”. No viéndole culpable, finalmente decidió aplicarle torturas mediante flagelación, medio centenar de azotes con látigo de cueros con pequeñas bolitas de hierro, preámbulo romano de la ejecución, y después añadiéndole una corona de espinas, una vestimenta roja ensangrentada para luego exponerlo humillándole ante una plebe fanatizada por discurso de odio, a la que preguntó, intentando lavarse las manos, sobre su salvación. ¿A quién queréis salvar al condenado por bandidaje, Barrabás o a Jesús el Mesías?

La plebe absolvía a Barrabás y condenaba a quien, desde la no violencia, promovía un mensaje espiritual, culminando así las mentiras y manipulaciones para el asesinato de odio. Sin empatía y respeto, desbordados de intolerancia, de rechazo y desprecio, el camino

recorrido hacia el Gólgota es todo un acto de destrucción de la dignidad humana, en cuyo angustioso trayecto, cargando su cruz, recibía la compasión con profundo dolor de unas mujeres que simbolizaron su lucha contra la misoginia del momento. Terrible trayecto hasta sufrir la ejecución mediante crucifixión, método por el que el reo es clavado o atado a una cruz de madera, normalmente desnudo, y es abandonado allí hasta su muerte por el agotamiento físico y asfixia.

LA CRUCIFIXIÓN Y LA TRIPLE RESPONSABILIDAD CRIMINAL DE ODIO RADICADO EN LA INTOLERANCIA

Imposible pensar en términos de garantías, ni siquiera en cumplimiento de la legislación vigente respecto a las irregularidades cometidas, al contrario, desde el principio se estigmatizó y buscó la inculpación de Jesús.

Desde Caifás, temeroso de ver peligrar su poder por la crítica cristiana, hasta Pilatos que lo sentenció reconociendo la carencia de motivo en la condena pero preocupado por la desestabilización cara a Roma y finalmente el asentimiento de la plebe fanática, una triple responsabilidad criminal que concreta el asesinato con denigración, torturas y ensañamiento en una crucifixión con lanzada del centurión, que hoy día sería calificado como un crimen de odio extremo y brutal por motivos religioso-ideológicos.

Para situar los términos por los que sostenemos que Jesucristo y sus seguidores fueron víctimas de lo que hoy conocemos como discurso y crimen de odio, no hay más que aproximarnos a lo que actualmente se reconoce de manera general por estos conceptos fenomenológicos. Actos que, como en otros momentos de la historia de la humanidad también sucedieron, y así lo muestran las narraciones Bíblicas, pues estos crímenes no son algo reciente, ni aislados, ni producto de estridencias de cuatro individuos al margen de la sociedad, desgraciadamente el devenir de la humanidad muestra su reiteración.

En cada momento histórico han tenido lugar este tipo de hechos criminales ajustados a sus circunstancias, y si bien no habían redes sociales e internet existían otros medios de comunicación oral o escrita desde donde se practico el discurso de odio; también diverso históricamente ha sido el sujeto activo del crimen, ya fuere individual, grupal o institucional, y el sujeto pasivo del mismo desde diferente motivación en cada lugar y momento, pero siempre apareciendo esa dialéctica “amigo-enemigo”, propia de los populismos de toda época.

A este respecto, la ONU en 2019 concluyó que si bien no existe una definición jurídica internacional del **discurso de odio**, se entiende que es *“cualquier forma de comunicación de palabra, por escrito o a través del comportamiento, que sea un ataque o utilice lenguaje peyorativo o discriminatorio en relación con una persona o un grupo sobre la base de quiénes son o, en otras palabras, en razón de su religión, origen étnico, nacionalidad, raza, color, ascendencia, género u otro factor de identidad. En muchos casos, el discurso de odio tiene raíces en la intolerancia y el odio, o los genera y, en ciertos contextos, puede ser degradante y divisivo”*

En cuanto al crimen de odio, término conocido internacionalmente como “HATE CRIMES”, se califica así a aquellos **actos criminales motivados por intolerancia al “otro”**, seleccionado por sesgo hacia ese diferente, a quien se le niega dignidad, libertades y derechos fundamentales por razón de su condición, ya sea por prejuicio, animadversión ideológica o doctrinaria hacia la víctima. La OSCE (2003) acordó considerar así *“toda acción criminal, incluidas aquellas contra las personas y la propiedad, cuando la víctima, el lugar o el objeto de la infracción son seleccionados a causa de su conexión, relación, afiliación, apoyo o pertenencia real o supuesta a un grupo que pueda estar basado en la “raza”, origen nacional o étnico, el idioma, el color,*

la religión, la edad, la discapacidad física o mental, la orientación sexual u otros factores similares, ya sean reales o supuestos”.

Tanto el discurso como los crímenes de odio debilitan los pilares de nuestra común humanidad, constituyen una amenaza para los valores éticos humanos y se les debe hacer frente por una cuestión de principios. El silencio puede ser una señal de indiferencia al fanatismo y a la intolerancia, más aún en los momentos en que la situación se agrava y las personas vulnerables se convierten en víctimas. De no ponerles coto, nos arriesgamos siempre a su deriva en crímenes atroces, terrorismo y otras violaciones graves de los derechos humanos, abriendo la puerta al horror y a las terribles tragedias que han salpicado la historia de la humanidad.

La barbarie en aquella época pareció legal, pero hoy no deja lugar a dudas de su carácter criminal por motivo de odio religioso e ideológico-político. Incluso en su evolución posterior con la persecución generalizada a los cristianos, esto sería un crimen de lesa humanidad digno del Tribunal Penal Internacional. Sin embargo, reconocida la naturaleza del problema, debería inquietarnos que estos hechos deshumanizados del asesinato de Jesucristo no tengan especial atención desde la perspectiva criminal, quizás a causa del debate religioso o de convicciones.

Un crimen de odio lo es hoy y lo fue ayer, hace 2.000 años, y como dejó escrito el historiador romano **Tácito**, proporcionando una confirmación no cristiana de su crucifixión, *“unos pocos lo ejecutaron, muchos más lo aplaudieron, todos lo consintieron”.*

In Memoriam de Jesucristo y de todos los justos de la Humanidad

Esteban Ibarra
Presidente de Movimiento contra la Intolerancia

1.4.-LA CONDENA A JESUCRISTO FUE NULA Y EXPLICO PORQUÉ

Manuel Álvarez de Mon Soto

Para mucha gente la Semana Santa ya no tiene significado religioso y se ha relegado a un periodo vacacional, este año malogrado para todos los españoles, por culpa del coronavirus o COVID-19, los dos nombres alternativos del bicho.

Pero conviene recordar a todos, al margen de sus creencias religiosas –o ausencia de ellas– que este periodo rememora la muerte de Jesucristo (y la fe en su Resurrección).

Jesucristo, como todos sabemos, fue condenado a muerte por el Sanedrín, que era el Tribunal Supremo judío en aquella época. Estaba formado por sacerdotes escribas y ancianos, por partes iguales.

El juicio tuvo lugar entre la noche del jueves 14 de marzo del año 34 de nuestra era (se discute si fue el 33) y la madrugada del viernes 15, que para los judíos era el mismo día, pues contaban los días de atardecer a atardecer.

Aquel juicio, lo afirmo desde estas páginas electrónicas de Confilegal, fue nulo con arreglo al derecho judío vigente.

Y también su sentencia.

También lo sería con arreglo al actual derecho español, por las razones que veremos a continuación, siguiendo como fuentes, el libro de la Asamblea que condenó a **Jesucristo**, de los hermanos **Agustín** y **Joseph Lemann** (Editorial Rialp) y los textos de **Tácito**, **Flavio Josefo**, **Maimónides**, el Talmud y los Evangelio.

También la legislación española.

Empecemos por decir que el Sanedrín carecía de poder de condenar a muerte, potestad que habían perdido todos los pueblos sometidos al Imperio Romano.

Estaba solo reservada a la autoridad romana.

El pueblo judío había perdido dicha potestad desde la época de Augusto. De ahí la necesaria intervención del gobernador romano, **Poncio Pilatos**.

Era la única autoridad que podía ratificar y ejecutar una sentencia de muerte.

Dicho esto exponemos las razones de esa nulidad.

Los miembros del Sanedrín eran, fundamentalmente, fariseos y odiaban a Jesús.

En especial, su presidente **Caifás**.

Jesús les había venido reprochando públicamente la incongruencia de sus vidas. Les recriminó una y otra vez que predicaban unas cosas y hacían otras. Además, obligaban a sus compatriotas judíos a cumplir de forma estricta con la ley de Moisés, de la que ellos hacían caso omiso; se comportaban como si estuvieran por encima de ella.

La aplicación de la vieja ley del embudo; «lo estrecho para ti y lo ancho para mí», para que nos entendamos.

Este odio hacia Jesús les hacía incurrir en una manifiesta causa de abstención. Lo que se manifestó en tres reuniones previas, que mantuvieron en los meses anteriores a la detención del hombre que sus seguidores de entonces llamaban el Mesías, el salvador enviado por Dios para liberar al pueblo de Israel del yugo romano.

La palabra hebrea Mesías, por cierto, se tradujo al griego después con la grafía Christós. De ahí saltó al latín Christus. Después al español, Cristo. Es decir, que, etimológicamente, el significado de cristiano es mesianista.

Seguidor del Mesías. Para que lo tengamos claro.

Meses antes de la detención de Jesús, el Sanedrín ya había decidido condenarlo a muerte. El odio hacia su persona, se hacía más grande cada día que pasaba, de forma proporcional a los seguidores que Jesús y los suyos iban captando.

Sus palabras y el impacto de sus milagros eran una amenaza evidente para el poder de Sanedrín.

Por eso, su juicio fue del todo irregular.

Caifás, el sumo sacerdote, infringió la ley judía al actuar como juez y como acusador al mismo tiempo. Calificó de blasfemia lo que Jesús le respondió.

Aquello condicionó al resto de los miembros del Sanedrín, pues entonces se consideraba que el sumo sacerdote era infalible –en la tradición cristiana también se atribuyó la misma infabilidad al Papa–.

Caifás, además, permitió que la guardia maltratara y abofeteara a Jesús en su presencia, en contra de la Ley, que protegía al acusado hasta su condena.

La detención de Jesús fue del todo irregular, basada en la información de Judas, uno de sus discípulos más queridos, que les dijo donde se encontraría aquella noche: en el huerto de los Olivos. Y no se le acusó de ningún delito concreto. Sería el caso del artículo 490 Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECRim).

Una vez arrestado, Jesús fue juzgado de inmediato.

El Sanedrín se reunió en la casa de Caifás, no en su sede natural, lo que supone causa

de nulidad radical, según la Ley judía. Y lo mismo dice el artículo 268 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2 TESTIGOS FALSOS

Como no tenían de qué acusarle legalmente, buscaron testigos falsos, previamente sobornados, que, sin embargo, incurrieron en contradicciones, por lo que no fueron capaces de articular una acusación coherente y veraz.

Los dos testigos fueron interrogados a la vez y no se les tomó juramento previo. Caso del artículo 434 y concordantes de la LECRim.

Para poder imputarle una causa de pena de muerte, que tendría que ratificar el gobernador romano,

Caifás pasó a interrogar a Jesús.

El máximo sacerdote le pidió juramento al acusado, sabiendo que no mentiría ni eludiría responder a la pregunta central:

– ¿Eres el Mesías, el hijo de Dios?

– Tú dices quién soy –le contestó Jesús.

– ¡Blasfemia! ¡Blasfemia! – dijo Caifás, convencido de que ya no hacían falta testigos.

Por fin había encontrado una causa para condenarlo. Porque la blasfemia era el delito más grave de todos los del Código Penal judío: Jesús se había equiparado a Dios.

Todo este interrogatorio supondría hoy la violación del artículo 24.2 de la Constitución española y del artículo 406 de la LECRim.

Hay más causas de nulidad con arreglo a la Ley judía.

Unas diríamos externas, pero exigibles bajo pena de nulidad, como celebrar el juicio en días y horas inhábiles (víspera de fiesta y nocturnidad), además de la ya referida al lugar.

Así como de prescindir de deliberación, pedir el voto en público, algo totalmente prohibido, y no voto secreto, con el control de 2 escribas y no dejar pasar el plazo de 48 horas exigido para deliberar en caso de sentencia de muerte.

Hoy el papel de los escribas fedatarios sería el que hacen los letrados de la Administración de Justicia.

Por todo esto Poncio Pilatos, el gobernador romano, que era consciente de la inocencia de Jesús y que sabía que todo era fruto del odio y la envidia moral de quienes veían descubierta su hipocresía, se negó a aceptar y ratificar la sentencia.

Al final lo hizo por miedo ante la presión de los fariseos, que azuzaron al pueblo.

Finalmente, el romano cedió, mandando crucificar a Jesús, azotándolo antes.

Para la historia quedaron sus palabras: «Lavo mis manos de sangre inocente».

Así concluyó el juicio quizás más importante de la historia, con la ilegal e injusta condena a muerte y ejecución de Jesús en la cruz, una muerte horrible, con ensañamiento, que tardaba en llegar horas, entre dolores insufribles. Un aviso para navegantes ejemplar.

Esta es la verdadera esencia de la Semana Santa.

Esto es lo que los celebramos los cristianos en estos días, la muerte y Resurrección del hombre que vino a redimirnos.

<https://confilegal.com/20200409-la-condena-a-jesucristo-fue-nula-y-explico-porque/09/4/2020>

Manuel Álvarez de Mon Soto es exmagistrado, exfiscal y abogado en ejercicio; en su columna explica por qué todo el proceso judicial a Jesucristo es radicalmente nulo, desde el punto de vista legal.

Cuadernos de Análisis N.º 72



- Crímenes de odio ideológico, terrorismo y lesa humanidad
- La discriminación afectante a la ideología en la interpretación del art. 22.4 cp
- Los delitos de odio y discriminación en el Código Penal español

Movimiento contra la Intolerancia

Cuadernos de Análisis N.º 73



- La lucha contra el Antisemitismo y las instituciones en Europa. Declaraciones del Consejo y Parlamento de la Unión Europea. Definición de IHRA
- Presencia Sefardi a través de la Cultura. Judería, Poesía y literatura. Autores Nobel y México. Entidades

Movimiento contra la Intolerancia



Cuadernos de Análisis N.º 74



- Intolerancia, discriminación, discurso y delito de odio. Por la protección universal de la víctima.
- Manual de legislación europea contra la discriminación (Extractos). Contexto, evolución y principios básicos. Clases de discriminación. Ámbitos de protección. Motivos protegidos. Aspectos procesales.

Movimiento contra la Intolerancia

Cuadernos de Análisis N.º 75



- Hispanofobia: de la Intolerancia al Delito de Odio
- Coordinadora Iberoamericana contra el Racismo, antisemitismo e intolerancia
- El odio a España y a su historia en internet y en las encuestas a estudiante
- Germania. de la Europa diseñada por Hitler a la Hispanofobia global

Movimiento contra la Intolerancia

2.- SENTENCIAS

E INFORMACIÓN DE INTERÉS

2.1. EL TS CONFIRMA LA CONDENA POR DELITO DE OUDIO A LOS INDEPENDENTISTAS RADICALES QUE ATACARON A ‘BARCELONA CON LA SELECCIÓN’ EN 2016

Asegura que fue un delito de odio por nacionalidad y no por razones deportivas
Rosalina Moreno (Conflegal) 09/5/2022

El **Tribunal Supremo (TS)** ha confirmado la condena por delito de odio a los independentistas radicales que en junio de 2016 atacaron a dos colaboradoras de la ‘Barcelona con la Selección’ y a una tercera persona cuando estaban promocionando la instalación de una pantalla gigante para ver los partidos de España durante la Eurocopa.

El tribunal de la Sala de lo Penal, integrado por los magistrados **Julián Sánchez Melgar**, como presidente, **Miguel Colmenero**, **Leopoldo Puente**, **Angel Luis Hurtado**, y **Vicente Magro Servet**, como ponente, ha desestimado el recurso de casación que interpusieron tres de los cinco condenados, **Xavier Bisschop Comas**, **Roger Ventura Sánchez** y **Daniel Aguilar Montoya**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Segunda), de fecha 24 de febrero de 2020, que revocó parcialmente la resolución de 30 de septiembre de 2019 del Juzgado de lo Penal número 16 de Barcelona al revocar la aplicación del atenuante de reparación del daño.

El Supremo concluye que sí tuvo lugar un delito de odio por nacionalidad, con la intención de excluir la presencia de lo que pueda simbolizar a España, y ha descartado el odio por razones deportivas.

En la sentencia, dictada el 4 de mayo y de 56 páginas, el tribunal ratifica las penas de 32 meses de prisión, así como el pago de 18.000 euros por daños morales y de 1.447 euros por lesiones causadas y daños. La resolución es la **número 437/2022**.

‘BARCELONA CON LA SELECCIÓN’ AGRADECE A FUSTER-FABRA EL TRABAJO QUE HA HECHO POR ELLOS Y GRATIS

‘Barcelona con la Selección’ ha agradecido al letrado **José María Fuster-Fabra** y su **equipo legal**, así como al notario **Ricardo Manén** y al procurador **Jose Rafael Ros Fernández** el trabajo que han hecho por ellos. «Y gratis», destacan desde la plataforma a Conflegal.

El letrado José María Fuster-Fabra, socio de la firma que lleva su nombre, Fuster-Fabra Abogados.

«Estamos muy contentos con la sentencia del Supremo. Es una gran victoria», manifiestan las citadas fuentes, y denuncian que a día de hoy, a Barcelona con la Selección y sus colaboradores **siguen siendo en las carpas informativas «a manos de radicales independentistas por su odio a todo lo relacionado con España»**.

«Deseamos que en algún momento el Ministerio de Igualdad o cualquiera de los movi-

mientos feministas condene la agresión a nuestras colaboradoras **Ruth y María Rosa** para ofrecerles ayuda o por lo menos mostrarles apoyo públicamente», agregan.

Según los hechos probados, los agresores «forman parte de un grupo que está calificado policialmente como «radical violento» y que fue fundado en 2007 por personas relacionadas con el movimiento red skin del barrio Sant Adreu de Barcelona. Las víctimas -dos chicas y un chico-eran voluntarios de la plataforma ‘Barcelona por la Selección’.

«Me alegro por las chicas agredidas, que se merecían que se hiciera justicia», ha declarado a Conflegal el abogado José María Fúster-Fabra, y también destaca lo solas que han estado en este procedimiento, «sin apoyo institucional, ni del Ayuntamiento, ni de la Generalidad, ni de grupos de feministas». En cambio, agradece «el apoyo muy eficaz» que han tenido por parte de la Fiscalía, y en especial de **Miguel Ángel Aguilar**, fiscal de delitos de odio de Cataluña.

«Me gustaría que esta sentencia sirva de ejemplo, porque en Cataluña ha habido momentos en los que había quien creía que en nombre de una determinada ideología se podía hacer cualquier cosa, incluso agredir», agrega.

La Audiencia aumentó la pena de cárcel a 32 meses a cuatro de ellos -los tres que recurrieron ante el Supremo y **Bernat Barrero Lloret**– al revocar la aplicación del atenuante de reparación del daño. Así lo dictaminó al estimar parcialmente el recurso de apelación presentado por José María Fuster-Fabra, en representación de Barcelona con la Selección, contra la resolución de la magistrada del **Juzgado de lo Penal número 16 de Barcelona** que condenó a estos cuatro y a un quinto, **Oriol López López**, a penas de entre un año y un año y medio de prisión.

Las magistradas de la Audiencia **María José Magaldi Paternostro** (ponente), **María Isabel Massigoge Galbis** y **María del Carmen Hita Martiz** condenaron a los cuatro primeros por tres delitos contra la integridad moral, en concurso de normas con tres delitos contra el ejercicio de los derechos fundamentales, sin circunstancias, a la pena por cada uno de ellos de nueve meses de prisión y multa de nueve meses a una cuota diaria de 6 euros (1620 euros) cuyo impago comportará 135 días de prisión por cada una de las multas impagadas.

Asimismo, los condenó por la comisión de tres delitos leves de lesiones y por cada uno de ellos les impuso una multa de 264 euros, a cada uno, y una indemnización por daños morales de 6.000 euros a cada una de las víctimas.

ODIO POR RAZÓN DEL CONCEPTO DE NACIÓN PRETENDIENDO LA EXCLUSIÓN PRESENCIAL DE LO QUE PUEDA SIMBOLIZAR ESPAÑA

El Tribunal Supremo confirma la condena impuesta por delito de odio señalando que «se produce y consta en los hechos probados que **se perpetra el odio a las víctimas por razón del concepto nación pretendiendo la exclusión personal presencial de lo que pueda simbolizar a España**, además de por la ideología sobre lo que representa la nacionalidad».

«No se trata de odio por razones deportivas o futbolísticas. No es eso lo que se desprende de los hechos probados», concluyen los magistrados.

Los hechos ocurrieron el 4 de junio de 2016 en las calles de Barcelona, donde se había instalado una carpa desmontable, de color rojo y con banderas españolas y otros productos de ‘merchandising’ propios de la selección de fútbol de España.

Según recoge el relato de hechos, esta carpa había sido instalada por miembros y simpatizantes de la plataforma Barcelona por la Selección, «un movimiento nacido en las redes sociales que se inició en septiembre de 2015, estando legalmente constituido y formado mayoritariamente por jóvenes apasionados del deporte que pretendía dar apoyo a la Selección

española en todas sus disciplinas en Cataluña y más concretamente en la ciudad de Barcelona, y que tenía por objetivo hacer una campaña divulgativa en defensa de la instalación de pantallas gigantes para que la ciudadanía pudiera ver los encuentros deportivos en los que jugara la selección y entre ellos, los correspondientes al torneo de la Eurocopa de Francia de 2016.

En la carpa se encontraban como voluntarios de la plataforma Barcelona por la Selección”. Las víctimas “iban vestidos **con camiseta y simbología de la selección española de fútbol**, repartiendo información entre las personas interesadas que transitaban por la zona»

Según los hechos probados, cuatro de los condenados se dirigieron hacia la carpa de Barcelona con la Selección guiados con el ánimo de **animadversión ideológica a todo lo que representa España y lo español**, y con la voluntad de hostigar y humillar a los voluntarios».

Irrumpieron gritando «**putas españolas, fuera de aquí, os vamos a matar, putos españoles de mierda, perras españolas, iros a vuestro país, hijos de puta**» y destrozaron la carpa propinando patadas a las sillas, mesas y el material que tenían, además de agredir a las a estas tres personas, a las que causaron heridas que se curaron en siete días, y sustraer el bolso de una de las víctimas.

Mientras los tres afectados se reponían del ataque, apareció el quinto condenado conduciendo un coche desde el que insultó, escupió y mojó con un vaso de cerveza a una de las víctimas, actuando «con igual **ánimo de vejación, humillación y animadversión a lo español y con el fin de crear miedo y desasosiego personal**». Este individuo **tenía cara de odio e hizo el gesto de cortarle el cuello**.

El Tribunal Supremo destacan que el ataque se produce por razón de la nacionalidad española de las víctimas y el odio que exponen y manifiestan hacia ello con sus actos los autores; la ideología sobre la nacionalidad de las víctimas que representa para los autores con un componente de odio hacia las mismas; y la creencia sobre ese dato objetivo que para los autores se expresa con sus actos agresivos de odio a lo que no aceptan por razón de nacionalidad e ideología sobre lo que conlleva ser español y su significación de exclusión para los autores.

Además, aunque se recoge en los hechos probados que el objetivo de instalación de la carpa estaba relacionado con la selección española de fútbol, el TS señala que no quiere decir que el ataque se produjera directamente en cuanto a la intención de los autores a atacar por la referencia a la modalidad deportiva de fútbol y a la selección en concreto.

Y ello, según explica, porque en los hechos probados se hace constar que los recurrentes se pusieron de común acuerdo y que estaban guiados con el ánimo de animadversión ideológica todo lo que representa España y lo español insistiendo que con la voluntad de hostigar y humillar a los voluntarios que se encontraban y conocida la simbología de la carpa entraron gritando “**putas españolas, fuera de aquí, os vamos a matar, putos españoles de mierda, perras españolas, iros a vuestro país hijos de puta, destrozando la carpa propinando patadas y con la intención de menoscabar la integridad física y de humillar por sus ideas a las víctimas les dieron patadas y empujones**».

Los hechos fueron grabados por testigos que allí se encontraban. Uno de ellos lo subió a Internet y finalmente se difundieron por redes sociales y en medios de comunicación. Más tarde, otro de los autores acudió al sitio y gritó otra serie de ofensas, incluido: «Iremos a por vosotras. Os mataremos», frase que enunció «con cara de odio y haciendo el gesto de cortarle el cuello».

En segundo lugar, confirma la condena impuesta por delito de odio señalando la correcta tipicidad de los hechos en el artículo 510.2 a) del CP en el delito de odio por el

concepto de pertenencia a nación y lo español y la ideología sobre la nacionalidad y la creencia de ese dato objetivo.

EXCLUSIÓN SOCIAL

El TS manifiesta que «en este caso concreto vemos que los insultos, amenazas, humillaciones y vejaciones que se llevaron a cabo con lenguaje del odio se basó en la pertenencia de las víctimas a una nación, es decir, por su nacionalidad española, y su ideología, profiriendo sus gritos con referencia a su rechazo por haber instalado una carpa que simbolizaba una referencia a España, aunque el objeto en sí fuera en relación a la selección española de fútbol». Y hace hincapié en que «sus ataques no fueron por el apoyo que las víctimas les daban a constituir un grupo para animar a la selección de fútbol, sino por su interrelación con España, y solo por ello», como consta en los hechos probados «con absoluta claridad».

El tribunal afirma que «con ello, el objetivo y los ataques se produjeron por la condición de las víctimas de “españoles” y solo por ello, con referencias de exclusión al señalarse que se fueran de allí con un relevante componente de exclusión social y con connotaciones en relación a las personas que pertenecen a una nación, en este caso a España».

Así, el Supremo concluye que «los ataques se produjeron por la connotación de la carpa por todo lo relacionado con la nación española y la ideología sobre la nacionalidad y por la significación que entendían los recurrentes que ello tenía allí, y esa fue la razón del ataque, ya que de sus expresiones se vislumbra con claridad la razón, intención y mensaje del con un ataque a todo lo relacionado con España».

«No se produce **por la relación de las víctimas por su apoyo a la selección española de fútbol**. Esa no fue la razón del ataque con odio, sino el que los recurrentes expresaban a todo lo que se pudiera relacionar con “lo español”, lo que sí que se significa en el encaje del apartado 1º del artículo 510 en relación con el apartado 2º letra a) del Código Penal», sentencia.

El concepto de exclusión social ya es un agravante de discriminación desde junio del año pasado, tras la Ley de Infancia.

El voto particular del **caso Alsasua**, formulado precisamente por el ponente de esta sentencia y al que se adhirió el magistrado **Antonio del Moral**, propició una reflexión del Poder Legislativo en el sentido de que la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección de la Infancia realizó la modificación del artículo 22.4 añadiendo la exclusión social como circunstancia de discriminación, con el añadido de que **se modificó también la agravante de discriminación** en el sentido de que la misma se enraíza en la intención del sujeto activo del delito de llevar a cabo su comisión con finalidad de exclusión social, con independencia de las condiciones o circunstancias del sujeto pasivo en el que recaiga la conducta.

LA CLAVE ES LA ‘MOTIVACIÓN DISCRIMINATORIA’

En tercer lugar, el TS subraya que la clave es la “motivación discriminatoria”. En este sentido, señala que «indudablemente, la motivación fue claramente excluyente y discriminatoria, además de que el sujeto pasivo se ubica en uno de los grupos del art. 510 CP por razón del concepto “Nación” y la pertenencia de las víctimas a la “nacionalidad española”, y la creencia sobre el dato objetivo del odio por la ideología relacionada con la nacionalidad». Y ello, según argumenta, «porque la agresión y humillación tuvo en esta causa la razón por la que actuaron los recurrentes, no por otra, ni frente a otras personas que pudieran instalar una carpa a favor de un equipo de fútbol concreto, porque el odio por esto último no

tiene cabida en el art. 510 CP, e integrará la tipicidad específica de las acciones, en su caso delictivas, que se lleven a cabo, tales como delitos de lesiones en sus distintas modalidades, amenazas, coacciones, etc».

Concluye el Supremo que las agresiones y expresiones no se producen por la circunstancia de que las víctimas apoyaran a la selección española, sino por su condición de españoles y por el odio a lo relacionado con lo español. «No se agrede por cuestiones deportivas. El odio lo es al concepto de lo español», subrayan los magistrados.

“El ataque se produce por el concepto afectante al odio a “lo español” y **por ser españoles las víctimas** y por querer desterrar del lugar donde estaban en la carpa todo lo que se relacione con España, aunque en este caso era la selección española de fútbol. No supuso, pues, un acto de odio a la selección española de fútbol, sino a lo que representa la misma y, en virtud de ello, la presencia de las víctimas en la carpa potenciaba en la mente de los recurrentes la presencia de España en el lugar, que era lo que querían desterrar los recurrentes y así lo expresaron con claridad y consta en los hechos probados», argumenta.

TENDRÁN QUE PAGAR 18.000 EUROS POR DAÑOS MORALES A LAS TRES VÍCTIMAS Y 1.447 POR LESIONES Y DAÑOS

A los condenados se les impuso 18.000 euros por daños morales a las tres víctimas a consecuencia de la gravedad de los hechos, por el impacto emocional que les causaron, más 1.447,89 euros lesiones causadas y daños.

Los recurrentes impugnaron la condena de 18.000 euros por daño moral que les fue impuesta a consecuencia del impacto negativo emocional por la gravedad de los hechos ocurridos. El Supremo ha confirmado el importe de esta cifra para las tres víctimas.

El tribunal ha atendido a tres tesis para tomar esta decisión y que desarrolla a la hora de poder evaluar el importe del daño moral ante hechos delictivos.

Son la tesis del daño moral irreversible ante el carácter no reversible de ese impacto emocional en las víctimas de estos hechos como los delitos de odio, la tesis del antes y el después por las dificultades de las víctimas de regresar al “antes” al recordar constantemente hechos tan graves como los ocurridos, y la tesis anglosajona de la declaración de impacto de la víctima en cuanto a que se debe desprender del interrogatorio de las víctimas en el juicio en qué medida sufrieron el día en que se cometen los hechos, su inquietud, miedo y ansiedad durante el delito, y, sobre todo, después del mismo, ya que las víctimas suelen recordar la gravedad de lo vivido en estos hechos y ese recuerdo negativo es indemnizable

(Confilegal)

confilegal.com/20220509-el-ts-confirma-la-condena-por-delito-de-odio-a-los-independentistas-radicales-que-atacaron-a-barcelona-con-la-seleccion-en-2016/:~:text=En%20la%20sentencia%2C%20dictada%20el,es%20la%20número%20437%2F2022.

Rosalina Moreno (Periodista)



TRIBUNAL SUPREMO

RECURSO CASACION núm.: 2658/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 437/2022

Excmo. Sres.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarda

D. Vicente Magro Servet

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 4 de mayo de 2022.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación de los acusados D. Luis Enrique, D. Jesús Ángel y D. Ángel Jesús, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Segunda, de fecha 24 de febrero de 2020 que revocó parcialmente la sentencia de 30 de septiembre de 2019 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 16 de Barcelona, que condenó a los recurrentes por tres delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, siendo parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes acusados representados por la Procuradora Dña. Isabel Afonso Rodríguez y bajo la dirección Letrada de D. Eduardo Cáliz Robles y D. David Aranda Checa, y la Acusación Particular Dña. Juana , Leocadia, Lidia y D. Esteban representadas por el Procurador D. Rafael Ros Fernández y bajo la dirección Letrada de D. José M^a Fuster-Fabra Torrecillas.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-El Juzgado de lo Penal nº 16 de Barcelona incoó Procedimiento Abreviado con el nº 478/17 contra Luis Enrique, Jesús Ángel, Ángel Jesús y otros, dictando sentencia en fecha 30 de septiembre de 2019 que contiene los siguientes Hechos Probados:

“ÚNICO.- Ha sido probado que Pascual, mayor de edad y sin antecedentes penales, Ángel Jesús, mayor de edad y sin antecedentes penales, Jesús Ángel, mayor de edad y sin antecedentes penales, Luis Enrique, mayor de edad y sin antecedentes penales y Juan Antonio, mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, en diferentes épocas han pertenecido y pertenecen al denominado grupo “**desperdicis**”. Este grupo está calificado policialmente como radical violento y fue fundado en 2007 por personas relacionadas con el movimiento red skin del barrio de Sant Andreu de Barcelona siendo que sus miembros y simpatizantes, además de sus ideas radicales, comparten la pasión por el fútbol. Este grupo se integra en la grada de animación del club de fútbol Unión deportiva Sant Andreu, definiéndose como “grada antifascista” donde están representadas ideologías como: el independentismo revolucionario, el socialismo, el comunismo y el anarquismo. Como grupo no asisten a ningún acto relacionado con la extrema izquierda ni muestran su simbología salvo en el campo de fútbol donde juegue el Sant Andreu, si bien algunos de sus miembros y a título individual han dado soporte a diferentes

vertientes políticas, destacando las realizadas por la “Plataforma antifascista de Barcelona” la cual ha realizado ataques a colectivos calificados de “españolistas” en algunas celebraciones como, entre otras, las del Día de la Hispanidad en Barcelona, donde la “Plataforma antifascista” convoca actos en contra de esta celebración. Dentro de este contexto de odio a todo lo relacionado con España; el de junio de 2016, los acusados Pascual, Luis Enrique, Jesús Ángel y Ángel Jesús, quienes se encontraban en una fiesta de inauguración de un piso de un amigo común, fueron informados por persona desconocida, que en la confluencia del Paseo Fabra i Puig con la Avenida Meridiana de la ciudad de Barcelona se había instalado una carpa desmontable, fácilmente por su color rojo y por tener incorporadas banderas españolas y otros productos de merchandising propios de la selección de fútbol de España. Esta carpa había sido instalada por miembros y simpatizantes de la plataforma “Barcelona por la selección” siendo éste un movimiento nacido en las redes sociales que se inició en septiembre de 2015, estando legalmente constituido y formado mayoritariamente por jóvenes apasionados del deporte que pretendía dar apoyo a la Selección española en todas sus disciplinas en Cataluña y más concretamente en la ciudad de Barcelona, y que tenía por objetivo hacer una campaña divulgativa en defensa de la instalación de pantallas gigantes para que la ciudadanía pudiera ver los encuentros deportivos en los que jugara la selección y entre ellos, los correspondientes al torneo de la Eurocopa de Francia de 2016. En la citada carpa se encontraban como voluntarios de la plataforma “Barcelona por la selección” Leocadia y Lidia, y junto a ellas un amigo común, Gervasio, quienes iban vestidos con camiseta y simbología de la selección española de fútbol, repartiendo información entre las personas interesadas que transitaban por la zona. Los acusados Pascual, Luis Enrique, Jesús Ángel y Ángel Jesús, puestos de común acuerdo y guiados con el ánimo de animadversión ideológica a todo lo que representa España y lo español, y con la voluntad de hostigar y humillar a los voluntarios que allí se encontraban, una vez supieron de la existencia de la citada carpa y de cuál era su simbología sobre las 19:30 horas, de forma súbita irrumpieron en el lugar gritando “putas españolas, fuera de aquí, os vamos a matar, putos españoles de mierda, perras españolas, iros a vuestro país, hijos de putas” y comenzaron a destrozar la carpa, propinando patadas a las sillas, mesas y cuanto material había allí. Con ánimo de menoscabar la integridad física y de humillar por sus ideas a Leocadia, Lidia y Gervasio, comenzaron a darles patadas y empujones provocando que Leocadia cayera al suelo donde continuaron agredirla e insultándola hasta que se marcharon rápidamente del lugar llevándose consigo el bolso de Lidia con efectos tasados en 95 euros y 50 euros en metálico. Estos hechos fueron grabados por testigos que allí se encontraban siendo que uno de ellos los colgó en internet desde el que se difundieron por redes sociales y en medios de comunicación. A consecuencia de los golpes propinados por los acusados, quienes actuaban coordinados provocaron que: – Leocadia sufriera erosiones en codo derecho, dolor a la presión en antebrazo derecho, hematoma en la parte inferior de la plataforma tibial derecho y contractura muscular cervical, heridas que requirieron para su sanidad durante 7 días de una sola asistencia facultativa sin necesidad de tratamiento médico o quirúrgico, sin causar secuelas físicas pero sí padecimientos de un fuerte impacto emocional y temor. – Lidia, sufriera contusión en el codo y antebrazo derecho, erosión en el codo derecho, contractura muscular cervical, equimosis en el ángulo mandibular derecho, brazo derecho y rodilla derecha, hematoma ungueal en el primer dedo del pie derecho y hematomas en diferentes localizaciones, heridas que requirieron para su sanidad durante 7 días de una sola asistencia facultativa sin necesidad de tratamiento médico o quirúrgico y sin causar secuelas físicas pero sí padecimientos de un fuerte impacto emocional y temor. - Gervasio sufriera erosión superficial pectoral derecha, dolor cervical paravertebral izquierdo, dolor, lumbar bilateral, dolor a la flexoextensión del codo izquierdo y hematoma en la articulación metacarpo-falángica del segundo dedo de la mano izquierda, discopatía cervical C5-C6, heridas que requirieron para su sanidad durante 7 días de una sola asistencia

facultativa sin necesidad de tratamiento médico o quirúrgico y sin causar secuelas físicas pero sí padecimientos de un fuerte impacto emocional y temor. La carpa propiedad de la Sra. Juana que había sido cedida para ese acto quedó inservible y ha sido valorada en 252,89 euros. Su propietaria reclama. Antes de los hechos, sobre las 19:15 horas un hombre increpó a las víctimas diciendo que él no se sentía español y que la carpa allí no debía estar y les hizo una foto, y tras los hechos volvió a aparecer y en tono burlesco y sarcástico les pregunto qué había pasado. No se ha probado si este hombre tenía relación con los acusados y si pudo ser él quien les informo de la existencia de la colocación de la carpa. Posteriormente y cuando las víctimas se reponían de lo acontecido y comenzaban a recoger las cosas dispersadas y rotas, apareció el acusado Juan Antonio conduciendo el vehículo Renault Clio matrículaWKX, y con igual ánimo de vejación, humillación y animadversión a lo español y con el fin de crear miedo y desasosiego personal se dirigió a Leocadia increpándola con expresiones como “¿qué es esto?, esto no debería estar aquí, fuera la bandera española, puta España!!!, puta de mierda!!!”, “sois unos hijos de puta, aquí no tenéis que estar putos españoles, tú eres una cerda española, hija de puta”, “iremos a por vosotras!!!” os mataremos”, todo ello a la vez con cara de odio y haciendo el gesto de cortarle el cuello, procediendo acto seguido con ánimo de vejara y humillar a escupirle y tirarle un vaso con lo que parecía cerveza que llevaba y abandonando el lugar conduciendo el vehículo con el que dió un fuerte volantazo para incrementar el miedo de su víctima. Tras ello se dirigió a un bar donde celebró su cumpleaños en el cual estaba Pascual entre otros amigos. Por Auto de fecha 21 de junio de 2016 el Juzgado de Instrucción nº 5 de Barcelona impuso cautelarmente a los acusados Juan Antonio y Pascual la prohibición de comunicarse y acercarse a las víctimas en un radio de 1000 metros y la de acudir a actos convocados por aficionados o simpatizantes de la Selección Española de fútbol y de aproximarse a los mismos en un radio de 1000 metros y por Auto de fecha 2 de julio de 2016 se acordó la misma medida cautelar para Luis Enrique, Jesús Ángel y Ángel Jesús”.

SEGUNDO.- El citado Juzgado de lo Penal nº 16 de Barcelona dictó el siguiente pronunciamiento: **FALLAMOS:**

“CONDENAR a Pascual como autor criminalmente responsable de tres delitos contra la integridad moral del art. 173.1 del Código penal en concurso de normas con tres delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución española en su modalidad de lesión de la dignidad de las personas artículo 510.2.a) del CP a resolver en favor de este último delito ex art. 8.1 del Código penal por el principio de especialidad con la concurrencia de la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal a la pena por cada uno de los tres delitos de 6 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 6 meses con cuota diaria de 6 euros con RPS ex art. 53 del CP en caso de impago. CONDENAR a Pascual como autor criminalmente responsable de tres delitos leves de lesiones del artículo 147.2 del Código penal con la concurrencia de la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal a la pena por cada uno de los tres delitos a la pena de 1 mes de multa con cuota diaria de 6 euros con RPS ex art. 53 del CP en caso de impago. CONDENAR a Pascual como autor criminalmente responsable de tres delitos leves de lesiones del artículo 147.2 del Código penal con la concurrencia de la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal a la pena por cada uno de los tres delitos a la pena de 1 mes de multa con cuota diaria de 6 euros con RPS ex art. 53 del CP en caso de impago. CONDENAR a Pascual como autor criminalmente responsable de un delito leve de daños del artículo 263.2 del Código penal con la concurrencia de la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal a la pena de multa de 1 mes con cuota diaria de 6 euros con RPS ex art. 53 del CP en caso de impago. CONDENAR a Pascual como autor criminalmente responsable de un delito leve de hurto

del artículo 234.2 del Código penal con la concurrencia de la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal a la pena de multa de 1 mes con cuota diaria de 6 euros con RPS ex art. 53 del CP en caso de impago. CONDENAR a Luis Enrique como autor criminalmente responsable de tres delitos contra la integridad moral del art. 173.1 del Código penal en concurso de normas con tres delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución española en su modalidad de lesión de la dignidad de las personas artículo 510.2.a) del CP a resolver en favor de este último delito ex art. 8.1 del Código penal por el principio de especialidad con la concurrencia de la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal a la pena por cada uno de los tres delitos de 6 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 6 meses con cuota diaria de 6 euros con RPS ex art. 53 del CP en caso de impago. CONDENAR a Luis Enrique como autor criminalmente responsable de tres delitos leves de lesiones del artículo 147.2 del Código penal con la concurrencia de la atenuante, de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal a la pena de multa por cada delito de 1 mes de multa con cuota diaria de 6 euros con RPS ex art. 53 del CP en caso de impago. CONDENAR a Luis Enrique como autor criminalmente responsable de un delito leve de daños del artículo 263.2 del Código penal con la concurrencia de la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal a la pena de multa de 1 mes con cuota diaria de 6 euros con RPS ex art. 53 del CP en caso de impago. CONDENAR a Luis Enrique como autor criminalmente responsable de un delito leve de hurto del artículo 234.2 del Código penal con la concurrencia de la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal a la pena de multa de 1 mes con cuota diaria de 6 euros con RPS ex art. 53 del CP en caso de impago. CONDENAR a Jesús Ángel como autor criminalmente responsable de tres delitos contra la integridad moral del art. 173.1 del Código penal en concurso de normas con tres delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución española en su modalidad de lesión de la dignidad de las personas artículo 510.2.a) del CP a resolver en favor de este último delito ex art. 8.1 del Código penal por el principio de especialidad con la concurrencia de la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal a la pena por cada uno de los tres delitos de 6 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 6 meses con cuota diaria de 6 euros con RPS ex art. 53 del CP en caso de impago. CONDENAR a Jesús Ángel como autor criminalmente responsable de tres delitos leves de lesiones del artículo. 147.2 del Código penal con la concurrencia de la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal a la pena de multa por cada uno de los tres delitos de 1 mes de multa con cuota diaria de 6 euros con RPS ex art. 53 del CP en caso de impago. CONDENAR a Jesús Ángel como autor criminalmente responsable de un delito leve de daños del artículo 263.2 del Código penal con la concurrencia de la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal a la pena de multa de 1 mes con cuota diaria de 6 euros con RPS ex art. 53 del CP en caso de impago. CONDENAR a Jesús Ángel como autor criminalmente responsable de un delito leve de hurto del artículo 234.2 del Código penal con la concurrencia de la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal a la pena de multa de 1 mes con cuota diaria de 6 euros con RPS ex art. 53 del CP en caso de impago. CONDENAR a Ángel Jesús como autor criminalmente responsable de tres delitos contra la integridad moral del art. 173.1 del Código penal en concurso de normas con tres delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución española en su modalidad de lesión de la dignidad de las personas artículo 510.2.a) del CP a resolver en favor de este último delito ex art. 8.1 del Código penal por el principio de especialidad con la concurrencia de la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal a la pena por cada uno de los

tres delitos de 6 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 6 meses con cuota diaria de 6 euros con RPS ex art. 53 del CP en caso de impago. CONDENAR a Ángel Jesús como autor criminalmente responsable de tres delitos leves de lesiones del artículo 147.2 del Código penal con la concurrencia de la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal a la pena de multa por cada uno de los tres delitos de una pena de 1 mes de multa con cuota diaria de 6 euros con RPS ex art. 53 del CP en caso de impago. CONDENAR a Ángel Jesús como autor criminalmente responsable de un delito leve de daños del artículo 263.2 del Código penal con la concurrencia de la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal a la pena de multa de 1 mes con cuota diaria de 6 euros con RPS ex art. 53 del CP en caso de impago. CONDENAR a Ángel Jesús como autor criminalmente responsable de un delito leve de hurto del artículo 234.2 del Código penal con la concurrencia de la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal a la pena de multa de 1 mes con cuota diaria de 6 euros con RPS ex art. 53 del CP en caso de impago. CONDENAR a Juan Antonio como autor criminalmente responsable de un delito contra la integridad moral del art. 173.1 del Código penal en concurso de normas con tres delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución española en su modalidad de lesión de la dignidad de las personas artículo 510.2.a) del CP a resolver en favor de este último delito ex art. 8.1 del Código penal por el principio de especialidad con la concurrencia de la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal a la pena de 6 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 6 meses con cuota diaria de 6 euros con RPS ex art. 53 del CP en caso de impago. CONDENAR a Juan Antonio como autor criminalmente responsable de un delito de amenazas graves del artículo 169.1.2 del Código penal con la concurrencia de la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal a la pena de 6 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Se impone además la prohibición de comunicación por cualquier medio o procedimiento y acercamiento en un radio de 1000 metros a cada uno de los condenados Pascual, Luis Enrique, Jesús Ángel, Ángel Jesús y Juan Antonio, a Leocadia, Lidia y Gervasio, así como la prohibición de acudir en un radio de 1000 metros a actos, eventos o encuentros organizados por la plataforma “Barcelona por la selección” por tiempo de 3 años superior al tiempo de prisión impuesto a cada uno de ellos. Deberán los condenados Pascual, Luis Enrique, Jesús Ángel, Ángel Jesús, indemnizar solidaria y conjuntamente a Leocadia, Lidia y Gervasio en la cantidad de 350 euros más los intereses legales por las lesiones causadas a cada uno de ellos y a Juana en la cantidad de 252,89 euros más los intereses legales y a Lidia la cantidad de 95 euros como los objetos que le sustrajeron y 50 euros como la cantidad de dinero que contenía. Deberán los cinco coacusados Pascual, Luis Enrique, Jesús Ángel, Ángel Jesús y Juan Antonio, indemnizar de forma conjunta y solidaria con la cantidad de 6.000 euros por los daños morales causados a cada uno de las tres víctimas, Leocadia, Lidia y Gervasio. Se ABSUELVE a Pascual, Luis Enrique, Jesús Ángel, Ángel Jesús y Juan Antonio del delito de pertenencia a grupo criminal por el que se les acusaba. Manténgase la medida cautelar acordada en esta causa hasta que la presente resolución no sea firme. Deberán los cinco condenados satisfacer las costas procesales de este procedimiento incluidas las de la acusación particular. Notifíquese la presente resolución a las partes, con expresión de que contra la misma cabe recurso de apelación que deberá interponerse, en su caso ante este mismo Juzgado en el plazo de diez días desde su notificación”.

La anterior sentencia fue recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Segunda, que con fecha 24 de febrero de 2020 dictó sentencia que contiene el siguiente Fallo:

“Que con estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por la representación

procesal de Juana, Leocadia y Lidia contra la sentencia dictada el 30 de septiembre de 2019 por el Juzgado de lo penal N.º 16 de Barcelona en la causa Procedimiento Abreviado n.º 478/17 debemos revocar y revocamos parcialmente dicha sentencia en el sentido de imponer a Pascual por cada uno de los tres delitos contra la integridad moral en concurso de normas con tres delitos contra el ejercicio de los derechos fundamentales, sin circunstancias, la pena de nueve meses de prisión y multa de nueve meses a una cuota diaria de 6 euros (1620 euros) cuyo impago comportará 135 días de prisión por cada una de las multas impagadas. Asimismo, por la comisión de tres delitos leves de lesiones, sin circunstancias, por cada uno de ellos a la pena de un mes y catorce días multa a una cuota diaria de 6 euros (264 euros) cuyo impago comportará 22 días de prisión por cada multa impagada y como autor responsable de un delito leve de daños y de un delito leve de hurto, sin circunstancias, la pena por cada uno de ellos de un mes y catorce días multa a una cuota diaria de 6 euros (264 euros) cuyo impago comportará 22 días de prisión por cada una de las dos multas impagadas, manteniendo el resto. Que debemos revocar y revocamos parcialmente dicha sentencia en el sentido de imponer a Luis Enrique por cada uno de los tres delitos contra la integridad moral en concurso de normas con tres delitos contra el ejercicio de los derechos fundamentales, sin circunstancias, la pena de nueve meses de prisión y multa de nueve meses a una cuota diaria de 6 euros (1620 euros) cuyo impago comportará 135 días de prisión por cada una de las multas impagadas. Asimismo, por la comisión de tres delitos leves de lesiones, sin circunstancias, por cada uno de ellos a la pena de un mes y catorce días multa a una cuota diaria de 6 euros (264 euros) cuyo impago comportará 22 días de prisión por cada multa impagada y como autor responsable de un delito leve de daños y de un delito leve de hurto, sin circunstancias, la pena por cada uno de ellos de un mes y catorce días multa a una cuota diaria de 6 euros (264 euros) cuyo impago comportará 22 días de prisión por cada una de las dos multas impagadas, manteniendo el resto. Que debemos revocar y revocamos parcialmente dicha sentencia en el sentido de imponer a Jesús Ángel por cada uno de los tres delitos contra la integridad moral en concurso de normas con tres delitos contra el ejercicio de los derechos fundamentales, sin circunstancias, la pena de nueve meses de prisión y multa de nueve meses a una cuota diaria de 6 euros (1620 euros) cuyo impago comportará 135 días de prisión por cada una de las multas impagadas. Asimismo, por la comisión de tres delitos leves de lesiones, sin circunstancias, por cada uno de ellos a la pena de un mes y catorce días multa a una cuota diaria de 6 euros (264 euros) cuyo impago comportará 22 días de prisión por cada multa impagada y como autor responsable de un delito leve de daños y de un delito leve de hurto, sin circunstancias, la pena por cada uno de ellos de un mes y catorce días multa a una cuota diaria de 6 euros (264 euros) cuyo impago comportará 22 días de prisión por cada una de las dos multas impagadas, manteniendo el resto. Que debemos revocar y revocamos parcialmente dicha sentencia en el sentido de imponer Ángel Jesús por cada uno de los tres delitos contra la integridad moral en concurso de normas con tres delitos contra el ejercicio de los derechos fundamentales, sin circunstancias, la pena de nueve meses de prisión y multa de nueve meses a una cuota diaria de 6 euros (1620 euros) cuyo impago comportará 135 días de prisión por cada una de las multas impagadas. Asimismo, por la comisión de tres delitos leves de lesiones, sin circunstancias, por cada uno de ellos a la pena de un mes y catorce días multa a una cuota diaria de 6 euros (264 euros) cuyo impago comportará 22 días de prisión por cada multa impagada y como autor responsable de un delito leve de daños y de un delito leve de hurto, sin circunstancias, la pena por cada uno de ellos de un mes y catorce días multa a una cuota diaria de 6 euros (264 euros) cuyo impago comportará 22 días de prisión por cada una de las dos multas impagadas, manteniendo el resto. Que con desestimación de los recursos de apelación interpuestos por las representaciones procesales de los acusados Pascual, Jesús Ángel, Luis Enrique y Ángel Jesús debemos confirmar y confirmamos dicha sentencia en todos los extremos cuestionados por dichos acusados. Que con estimación parcial del recurso de apelación

interpuesto por Juan Antonio debemos revocar y revocamos parcialmente dicha sentencia en el único sentido de condenarte como autor responsable de un delito contra la integridad moral en concurso de normas con un delito contra el ejercicio de derechos fundamentales en concurso ideal con un delito de amenazas graves a la pena de dieciséis meses de prisión y multa de diez meses (1800 euros) cuyo impago comportará como responsabilidad personal subsidiaria 150 días de prisión, manteniendo el resto. Se declaran de oficio las costas de los recursos”.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional por la representación de los acusados Luis Enrique, Jesús Ángel y Ángel Jesús, 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.

CUARTO.- El recurso interpuesto por la representación de los acusados Luis Enrique, Jesús Ángel y Ángel Jesús, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por infracción de ley por indebida aplicación del art. 109 del C. P. en relación con el art. 104 de la Ley 35/2015.

Segundo.- Infracción de ley al amparo del art. 849.1 L.E.Cr. por vulneración del art. 21.5 del C. P. en relación al art. 66 C.P.

Tercero.- Infracción de ley por aplicación indebida del art. 173.1 en concurso de normas con el art. 510.2 del C. Penal.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto solicitó su inadmisión y subsidiaria desestimación, dándose asimismo por instruida la representación de la Acusación Particular quien impugnó también el recurso, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 3 de mayo de 2022, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación interpuesto por la representación procesal de los acusados Luis Enrique, Jesús Ángel y Ángel Jesús contra la sentencia dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 24 de febrero de 2020, que revocó parcialmente la sentencia de 30 de septiembre de 2019 dictada por el Juzgado de lo Penal 16 de Barcelona.

SEGUNDO.- 1.- Por infracción de ley por indebida aplicación del art 109 del CP en relación con el art. 104 de la ley 35/2015.

Se quejan los recurrentes de que se impone a los acusados satisfacer conjunta y solidariamente la cantidad de 6000 euros a cada una de las tres víctimas (18000 euros en total), en conceptos de indemnización por daños morales.

Y añade que “se debe ajustar a lo dispuesto en la legislación vigente, en este caso la Ley 35/2015 que en su Art. 104 establece que “El régimen de valoración económica del perjuicio psicofísico, orgánico y sensorial con el daño moral ordinario que le es inherente, y del perjuicio estético se contiene en el baremo económico de la tabla 2.A.2, cuyas filas de puntuación y columnas de edad expresan, respectivamente, la extensión e intensidad del perjuicio y su duración.””

No obligatoriedad de ajustarse el juez penal al baremo de tráfico en delitos dolosos.

Debe rechazarse de plano la referencia a que debe existir una adecuación del contenido de la responsabilidad civil en hechos ajenos a la circulación al propio contenido del RD 8/2004, que fue modificado por la Ley 35/2015, con lo que la referencia legal que se hace en el motivo no es la normativa de las indemnizaciones en derecho de la circulación, sino que la Ley 35/2015 es la que se refiere a la reforma parcial del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el

que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, por lo que la ley vigente no es la Ley 35/2015, sino el RD 8/2004 que es el marco regulador de la normativa indemnizatoria, aunque modificado en los quantum indemnizatorios por la Ley 35/2015.

La queja casacional se ubica en que “atendiendo a la pena impuesta en primera instancia, de 6 meses de prisión por cada delito, entendiéndose 6 meses por cada víctima, así como de las lesiones físicas que sufrieron las víctimas lo la cantidad de 6000 euros desborda absolutamente el margen de razonabilidad y lo dispuesto en el Art. 109 y ss del CP , ajustándose a derecho una cantidad oscilante entre los 711/760 euros que marca la Ley 35/2015 y unos 1500 Euros en atención a la gravedad de los hechos, cantidades muy alejadas de los 6000 euros dispuestos en la sentencia impugnada.”

Pues bien, el juzgado de lo penal argumenta la fijación del quantum en la suma de 6.000 euros por cada perjudicado señalando en el FD nº 5 que:

“De los hechos probados fluye de manera directa y material el referido relato histórico y que el insulto la afrenta, la ofensa producen sin duda un sufrimiento que es pese a sus indudables dificultades susceptible de valoración pecuniaria sin que haya por ello nadie que se identifique como pura hipótesis o suposición o conjetura determinantes de daños y perjuicios desprovistos de certidumbre o seguridad que es la base del ordenamiento jurídico. En el caso que nos ocupa no puede desconocerse y dejarse valorar el daño moral que sufrieron en las tres víctimas pues la afrenta, las ofrendas son inegables y se deduce de los hechos probados donde debe tenerse en cuenta que aparte de la intención de vilipendiaran degradar y ofenderlas, la motivación de los acusados además de causar el temor en las víctimas se realizó en público trasladando el temor al resto de los testigos que ahí estuvieron quienes apreciaron como se agredía a unas personas pacíficas por el simple hecho de tener unas ideas democráticas y libres que los acusados no respetaban”.

Como decimos, la queja respecto al quantum indemnizatorio no puede fijarse por una mera referencia al baremo de tráfico que no es vinculante para delitos de carácter doloso como el aquí cometido, ya que este baremo está enfocado para hechos de la circulación y no para el resto de delitos donde se puede fijar una indemnización. Por ello, ninguna irregularidad se comete por el juez penal por fijar una cantidad debidamente motivada en la suma de 6.000 euros por los hechos que constan probados en la sentencia. Y ello, porque el baremo de tráfico no es vinculante para hechos de carácter doloso.

En base a ello, debemos remitirnos a valorar y considerar si el juez ha motivado el importe de la indemnización, ya que no existe un baremo por delitos dolosos que esté objetivado, sino que el daño moral debe medirse atendiendo a las circunstancias del caso concreto. Y ello se debe cualificar atendiendo, por un lado, al relato de hechos probados, donde se puede describir esa realidad de lo ocurrido y el “precio del dolor” sufrido por las víctimas mientras lo estaban siendo. Además, lo correcto en los casos de una impugnación del quantum indemnizatorio es valorar si existe motivación en el juez o tribunal que ha fijado esa indemnización, porque la vía impugnativa no consiste en reclamar ante el tribunal de apelación o casación que la cuantía “es elevada al parecer del recurrente” y que el órgano de apelación o casación la rebaje.

No funciona, así, el proceso de análisis de la impugnación, ya que el órgano superior no puede estar a subir o reducir quantum por su propio parecer, sino atendiendo como criterio básico en si existe motivación en la fijación del quantum, o si no existe.

Pues bien, la no necesidad, o exigencia, de tener que ajustarse de modo obligatorio al baremo de tráfico es indudable cuando se trata de sucesos ajenos a la circulación. Y, por ello, la clave la vamos a encontrar en que se motive de forma adecuada con arreglo a los parámetros objetivos de las consecuencias del daño irreversible en la persona, al modo de cómo la afecta el daño y el grado de sufrimiento que va a tener que soportar.

Así, es la motivación en la petición lo que conllevará una valoración del juez o tribunal y la correspondiente motivación del mismo a la hora de fijar el quantum que se reclama con arreglo a los distintos conceptos o partidas de referencia que se pueden poner de manifiesto, como, entre otros, los que antes hemos señalado.

Recordemos, en esta línea, lo expuesto por el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 805/2017 de 11 Dic. 2017, Rec. 2019/2016:

“Esta Sala, en una reiterada jurisprudencia ha declarado con relación a la indemnización por daños morales, por todas STS 896/2007, de 8 de noviembre que el art. 115 del Código Penal establece que “los Jueces y Tribunales, al declarar la existencia de responsabilidad civil, establecerán razonadamente en sus resoluciones las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su ejecución”. La necesidad de motivar las resoluciones judiciales (art. 120.3 C.E.), puesta de relieve por el Tribunal Constitucional, respecto de la responsabilidad civil “ex delicto” (v. ss. T.C. 78/1986, de 13 de junio y la de 11 de febrero de 1987), y por esta Sala (v. ss. de 22 de julio de 1992, 19 de diciembre de 1993 y 28 de abril de 1995, entre otras), impone a los jueces y tribunales la exigencia de razonar la fijación de las cuantías indemnizatorias que reconozcan en sus sentencias, precisando –cuando ello sea posible– las bases en que se fundamenten (extremo revisable en casación); pero no cabe olvidar que, cuando de indemnizar los daños morales se trata, los órganos judiciales no puede disponer de una prueba que les permita cuantificar con criterios económicos la indemnización procedente, por tratarse de magnitudes diversas y no homologables, de tal modo que, en tales casos, poco más podrán hacer que destacar la gravedad de los hechos, su entidad real o potencial, la relevancia y repulsa social de los mismos, así como las circunstancias personales de los ofendidos y, por razones de congruencia, las cantidades solicitadas por las acusaciones. También, la STS de 10 de abril de 2000 declaraba al respecto que corresponde a la prudente discrecionalidad del Tribunal de la instancia la fijación del quantum indemnizatorio cuando se trata de daños o perjuicios de índole moral que no tienen una exacta traducción económica, salvo que el criterio valorativo se apoye en datos objetivos –realidades materiales valorables– erróneamente establecidos como concurrentes o no, o que la valoración misma se sitúe fuera de los límites mínimos o máximos dentro de los cuales resulta razonable el ejercicio de la discrecionalidad prudencial del Tribunal.

De tal manera que las bases para fijar el “pretium doloris” por los sufrimientos psicológicos generados por las lesiones sufridas y las secuelas originadas por éstas puede decirse que las constituyen la propia descripción de esas lesiones y su tiempo de curación y sus secuelas, ya que no existe baremo o referencias preestablecidas que puedan objetivar la evaluación económica de un daño de esta naturaleza, razón por la cual, el Tribunal ejerce, en efecto, una legítima discrecionalidad al decidir el monto de la indemnización por tal concepto.”

Con ello, si existe la debida motivación no puede alterarse la misma ante una impugnación, y en este caso de da esta circunstancia, ya que nótese que:

1. - El juez de lo penal en ningún caso tuvo que sujetarse al baremo de tráfico a la hora de fijar la indemnización.
2. - La argumentación se refiere y toma como referencia el relato de hechos probados donde se describen con detalle los mismos.

Así, consta en los hechos probados que “el día en que ocurrieron las agresiones había una carpa instalada por simpatizantes de la plataforma Barcelona por la selección, siendo un movimiento nacido en la redes sociales desde el 2015 formado por jóvenes apasionados del deporte que pretendía dar apoyo a la selección española en todas sus disciplinas en Cataluña, y más con-

cretamente en la ciudad de Barcelona y tenía por objeto realizar una campaña divulgativa por la instalación de pantallas gigantes para que los ciudadanos puedan ver los encuentros deportivos”.

En esa carpa reflejan los hechos probados que “se encontraban como voluntarios de la plataforma varias personas que iban vestidas con la camiseta de la selección española de fútbol repartiéndole información a los interesados.

En ese momento, los condenados puestos de común acuerdo y con ánimo de animadversión ideológica a lo que representa España y lo español y con la voluntad de hostigar y humillar a los voluntarios que allí se encontraban de forma súbita irrumpieron en el lugar gritando putas españolas fuera de aquí os vamos a matar putos españoles de mierda perras españolas iros a vuestro país hijos de puta y comenzaron a destrozar la carpa propinando patadas a sillas y mesas y cuánto material había allí.”

También se añade que “con ánimo de menoscabar la integridad física y de humillar por sus ideas a Leocadia, Lidia y Gervasio comenzaron a darles patadas y empujones provocando que Leocadia cayera al suelo y le agredieron e insultaron hasta que se marcharon rápidamente de lugar llevándose consigo el bolso de Lidia. Éstos hechos fueron grabados por testigos que se encontraban y uno lo colgó en Internet sino difundido por redes sociales.”

Se relata en los hechos probados que a raíz de los golpes propinados por los recurrentes provocaron diversas lesiones que constan en los hechos probados en Leocadia a quien además de las lesiones le provocaron padecimientos de un fuerte impacto emocional y temor, también a Lidia en la misma situación del impacto emocional y temor y a Gervasio.

También se hace constar que “después de lo acontecido y cuando se estaba recogiendo todo aparece Juan Antonio con igual ánimo de vejación humillación y animadversión a los que allí estaban desarrollando esa actividad y con el fin de crear miedo y desasosiego personal se dirige a Leocadia con las expresiones que constan en los hechos probados con insultos y vejaciones así como amenazándole de que les mataran, todo ello con cara de odio y haciendo el gesto de cortar el cuello, procediendo con ánimo de vejarse y humillarle a escupirle y tirarle un vaso de cerveza.”

Con ello, como reseña el juez de lo penal, esta relación de hechos probados permite fijar el parámetro para el quantum indemnizatorio y da curso y validez a la cuantía por la procedencia de la motivación.

3. - **Nos encontramos con un escenario** donde los condenados han llevado a cabo conductas graves de humillación, desprecio, vejación, de odio a quien no es como el autor del delito considera como deberían actuar los demás, con un ánimo de crear miedo y temor, así como con el mensaje de que no vuelvan a reunirse ni hacer una conducta libre que estaban desarrollando, como era el fomento de reuniones para la práctica deportiva. Este ataque supone, pues, transmitir temor a los afectados y a quienes quisieran llevar a efecto actos similares, lo que permite fijar la indemnización que ha concretado el juez penal.
4. - **La Audiencia Provincial de Barcelona** desestima este mismo motivo en el FD nº 7 recordando que “en el marco de los delitos dolosos no, existe vinculación del Juez a las cantidades fijadas en materia de circulación y Seguros operando solo como un criterio orientador a efectos de seguridad jurídica. Al margen de lo anterior en la sentencia se expone y califica expresamente el contenido y alcance del daño moral causado a las víctimas siendo su cuantificación perfectamente proporcionada “al sufrimiento” que, como sigue diciendo con razón la Juez a quo “fluye de manera directa del relato histórico” de lo sucedido.”
5. - **Nótese, así, que la sentencia condenatoria** en materia de responsabilidad civil confirmada por la Audiencia Provincial fija que los cinco condenados “Deberán indemnizar de forma conjunta y solidaria con la cantidad de 6000 € por los daños morales causados

a cada una de las tres víctimas Leocadia Lidia y Gervasio.” Y se trata de una cantidad acorde con el daño moral que se estima han sufrido las víctimas de un delito contra la integridad moral del art. 173 CP en concurso de normas con delitos cometidos con ocasión del ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución en su modalidad de lesión a la dignidad de las personas, art. 510.2 a) CP más otros delitos según el caso.

6. - **La motivación del juzgado de lo penal** confirmada por la Audiencia Provincial es suficiente y reúne una argumentación apropiada a la respuesta dada en cuanto a la concesión del daño moral por unos hechos que son graves, ya que del relato de hechos probados se evidencia que hubo:
- a.- Voluntad de hostigar y humillar a los voluntarios.
 - b.- Profirieron contra los allí presentes frases de contenido excluyentes advirtiéndoles que no querían que estuvieran allí.
 - c.- Causaron daños destruyendo objetos con agresividad.
 - d.- Les dieron patadas y empujones provocándoles lesiones que se reflejan en los hechos probados.
 - e.- Consta en los hechos probados que además de las lesiones le provocaron padecimientos de un fuerte impacto emocional y temor.

Con ello, la realidad es que se creó un clima de terror en ese momento, ya que en escenarios como el descrito en los hechos probados las víctimas no saben hasta dónde van a llegar los agresores en sus conductas y ello llena de inquietud, miedo, zozobra, ansiedad a aquellas. Y estas sensaciones y miedo se vivieron por las víctimas con un importante impacto emocional y temor que es indemnizable como el precio del dolor producido a víctimas del delito que en ese momento del hecho han padecido el miedo y temor de no saber qué iban a hacer con ellos, considerándose el mismo como un daño moral psicológico indemnizable, como se recoge en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 458/2019 de 9 Oct. 2019, en donde se recoge que el daño moral puede desglosarse en daño moral psicológico y psíquico, siendo reclamables ambos, si además de la zozobra, inquietud, ansiedad, miedo que se sufre al ser víctima de un hecho delictivo existe una afectación psíquica a valorar por perito médico, pudiendo reclamarse por ambos conceptos como apunta la mejor doctrina.

En este caso el daño moral indemnizable puede encasillarse en el psicológico que comprende no solo la afectación al momento de los hechos, sino, también, el miedo que se le crea ex post a los hechos, ya que el daño moral psicológico puede ser:

- a.- Por el sufrimiento el mismo día de los hechos.
- b.- Por el sufrimiento existente ex post a los hechos (y así consta en algunas declaraciones del día del juicio como más tarde veremos) como miedo por lo sufrido y afectación posterior a los mismos al recordar la victimización sufrida y rememorar una y otra vez lo acontecido, o lo que hubiera podido ocurrir, y el temor a volver a hacer la conducta o actividad que en un país libre y democrático llevaron a cabo con una connotación de integración deportiva para seguir los encuentros de la selección española de fútbol.

Con ello, los hechos originan un daño moral psicológico, por el que ahora se ha indemnizado, pero cogiendo estos dos parámetros como puntos o factores de referencia a tener en cuenta para poder tener criterios fijos a la hora de evaluar el daño moral; es decir, tanto lo sufrido el mismo día del delito como lo sufrido después por ese temor y miedo emocional sufrido que puede ser más o menos permanente atendiendo a la gravedad de los hechos, pero que en estos casos

se visualiza como el miedo a “volver a hacer lo mismo” con el riesgo o miedo de que vuelvan a agredirles, insultarles o menospreciarles de forma grave como consta en los hechos probados.

A la hora de valorar el daño moral podemos, en consecuencia, fijar, tres tesis complementarias a la expuesta en cuanto a la referente al precio del dolo por lo sufrido el día de los hechos y por lo sufrido al recordar los hechos con el miedo a su repetición, que es la tesis ahora aplicada y que sirve para confirmar el quantum fijado en este caso.

Pues bien, podríamos fijar tres tesis más en este caso para poder evaluar en todos los supuestos el daño moral, y que son:

1. - La tesis del daño moral irreversible.
2. - La tesis del antes y el después.
3. - La tesis de la declaración de impacto de la víctima.

1. - La tesis del daño irreversible

Existen supuestos en los que esta posición de regreso al antes es imposible, lo que ocurre también en el orden penal, por ejemplo, en los casos de delitos contra la libertad e indemnidad sexual en los que ese regreso de la víctima a la situación que tenían antes de ser víctimas, –mujeres y menores de edad, sobre todo–, es imposible, por cuanto el daño dejado por el autor o autores es tan grande e irreversible que no puede satisfacerse con ninguna indemnización ese terrible daño causado que deja a las víctimas en la imposibilidad de regresar a un antes en el que no habían sido víctimas todavía, ya que el terrible hecho sufrido les supone un impacto brutal y una estigmatización permanente de la que no podrán regresar a una situación de previctimización.

Ello debe ser indemnizable en atención al carácter irreversible de la situación, porque haber sido víctima no puede convertirse por medio del dinero en dejar de serlo de repente, por la circunstancia de que el autor del hecho pague una determinada cantidad de dinero, lo que debe ser tenido en cuenta en el quantum indemnizatorio, por la sencilla razón de la agravación de la irreversibilidad de la situación, lo que debe tener su reflejo en el monto de la indemnización a recibir por el perjudicado.

Con ello, estos criterios fijados pueden ser relevantes a la hora de que las partes puedan exponer ante el juez una serie de parámetros a ser tenidos en cuenta para llegar a fijar una indemnización lo más aproximada posible a lo que sufrió la víctima o perjudicado por el ilícito causante del daño.

Claro que hubiera sido deseable para aquellos que el hecho no hubiera ocurrido, pero una vez acontecido éste emerge un derecho indemnizatorio que debe ajustarse al máximo por el juez sin desdeñar ni apartar ningún derecho de quienes tienen derecho a recuperar lo perdido. Pero en muchos casos la recuperación física es imposible transformarla de manera económica por devolverle al antes, y, así, hemos visto que son muchos los casos en los que esa recuperación real resulta imposible.

Cuando esto ocurre la imposibilidad del regreso al antes es evaluable en dinero, porque aunque nunca pueda devolverse una vida, o nunca pueda regresar una víctima de un delito de contenido sexual al estatus en el que no lo había sido en su momento, el Estado de derecho debe fijar una justa compensación por hechos en los que la persona ya no podrá ser la misma. Bien porque ha sufrido la pérdida de un familiar cercano, bien porque ha sido agredida sexualmente, o porque ha sufrido un hecho que le marcará personalmente para el futuro, lo cual debe tener por el juez la debida traducción económica por esa irreversibilidad, que hará que quien sufre el daño ya no podrá ser la misma persona. Y esto debe ser tenido en cuenta en el terreno de la responsabilidad civil como compensación a la circunstancia de no poder regresar a la situación del antes.

El denominado “daño irreversible” como aquél que supone que la persona perjudicada “ya no volverá a ser como antes”. Aquella situación que consiste en la “inhabilitación permanente para realizar determinadas actividades de la vida”.

Aquellas personas a las que se les ha diagnosticado un “daño irreversible” deben asumir que ya nada volverá a ser como antes, y que la vida se le presenta al perjudicado, o víctima, como una carrera de obstáculos que deberá ir superando cada uno de los días de su vida.

La indemnización que se concederá por daño irreversible es daño moral, porque este es el concepto en el que se enmarca la razón de ser de la reclamación por el peso que tendrá que asumir el resto de su vida de un “sufrimiento” que da lugar a que se le indemnice por esa “irreversibilidad” del daño causado por el ilícito doloso o culposo.

2. - La tesis del antes y el después.

La cuestión se trata de poder establecer el canon concreto de determinación del quantum y fijar el haz de criterios para establecer una exacta concreción de la cantidad que se debe ajustar al daño producido al perjudicado y que el autor del ilícito debe responder en la indemnización que se fije en la sentencia.

Pues bien, debemos fijar esta cuestión bajo la tesis del antes y después a la hora de concretar la situación que existía antes del ilícito sin existir el perjuicio y la que se genera después de su comisión, para en este después poder tener la certeza y seguridad jurídica de estar en condiciones de regresar al antes.

Cierto y verdad es que en muchos casos, quizás en la mayoría de ellos, puede que no sea posible regresar en la misma medida al antes al hecho causante del daño. Pero si esto es así, lo que corresponde, y es esencia de la función judicial, es la de fijar con la mayor exactitud posible cuál es ese perjuicio cuantificado que debe ser resarcido, para que si, al menos, no es posible llegar a la misma situación del antes, que sea posible llevar a cabo un esfuerzo de cuantificación para poder conseguir la “mayor aproximación” posible.

Quizás, sobre esta finalidad giraría el objetivo que debe perseguirse en estos casos cuando existe una reclamación, tanto en el orden civil como en el penal. Y ello, a fin de que las partes aporten todos los datos de que dispongan para que en esa función de “hacer justicia” se pueda conseguir este fin de que el perjudicado sea repuesto en una medida lo más aproximada a la situación en la que estaba antes de que ocurriera el evento dañoso que ha producido la situación del perjuicio cuantificable.

Se suele decir, también, que hay daños que tienen difícil cuantificación. Y eso es cierto, porque no todo daño tiene una concreta y determinada cuantificación económica con exactitud que se corresponda al canon del coste real de lo que debe reponerse. Y ahí entran cuestiones como el daño moral, que se desdobra en daño moral psicológico y daño moral psíquico, en las que el daño no se puede cuantificar, en principio, económicamente atendiendo a un denominado “coste de reposición”, ya que cuando hablamos de daño moral la reposición al antes es muy difícil o imposible.

Las indemnizaciones en estos casos no pueden producir nunca el efecto de poder regresar a la situación anterior al hecho grave, por lo que no puede compensarse con dinero aquello que provoca un dolor tan grande en la víctima que hace impensable e imposible que una cantidad económica, sea la que sea, pueda recompensar o devolver el dolor y daño producido en víctimas y perjudicados.

Aunque materialmente resulte indudable que se produce un enriquecimiento patrimonial en el perjudicado y un empobrecimiento patrimonial en el autor del hecho, en determinados casos solo queda ahí en la posición del perjudicado, pero porque ese pago no tiene la capacidad de traspasar el mero efecto económico del pago y cobro, pero sin poder tener un efecto mayor,

ya que el resarcimiento moral en muchos casos de daños no es compensado ni tan siquiera por el mero concepto en el que se llama a ese mismo daño moral, que tiene como función recompensar moralmente a la víctima o perjudicado, pero sin que tenga la potencialidad y eficacia suficiente como para poder hacerlo.

Podemos fijar como criterios en materia de indemnización por daño moral en este caso los siguientes:

1. - En materia de responsabilidad civil por ilícito debe ahondarse, en primer lugar, en si es posible la compensación que traslade la situación del después al antes de la comisión del hecho. Es el principal objetivo del juez. El de restaurar al 100% la situación del perjudicado siempre que ello sea posible.
2. - Se trata de procurar que el perjudicado “regrese” a la situación del antes.
3. - En la determinación del antes y el después hay que valorar si es posible físicamente conseguir el regreso al antes en las mismas condiciones y situación, ya que si la compensación puede satisfacerse mediante la concreta indemnización que permita esa exactitud en el regreso es lo que debe pretenderse con la determinación del quantum en ejecución de sentencia para conseguir que el perjudicado recupere esa situación idéntica a la que tenía antes del hecho.
4. - Podemos aplicar la tesis del antes y después a la hora de fijar la situación que existía antes del ilícito sin existir el perjuicio y la que se genera después de su comisión, para en este después poder tener la certeza y seguridad jurídica de estar en condiciones de regresar al antes.
5. - Existe, en ocasiones, una especie de incapacidad de reparar determinados hechos que por su gravedad y circunstancias hacen que sea imposible regresar al antes. Ello no quiere decir que no haya que compensar, sino que la compensación se encuentra en base a muchas circunstancias personales y objetivas que se unen para poder extraer una conclusión indemnizatoria de máximo ajuste económico.
6. - Pero si el regreso al antes es materialmente imposible, la indemnización a satisfacer deberá tener en cuenta el perjuicio moral que le supone al perjudicado no poder recuperar la misma situación anterior al hecho dañoso, y esa imposibilidad de regreso al antes deberá ser un dato a tener en cuenta a la hora de fijar la indemnización, porque ello supone un daño moral adicional al quantum que debe tenerse en cuenta a la hora de llevar a efecto la cuantificación.
7. - Así, si el regreso al antes es posible en las mismas condiciones se realizará el cálculo de esa indemnización en su coste de regreso más el daño moral sufrido de entenderse concurrente u otros gastos que fueren probados.
8. - La imposibilidad de regreso siempre conllevará, pues, una indemnización mayor en la que se añaden otros factores a valorar con la prueba correspondiente a practicar en el proceso judicial adicionando un daño moral de imposibilidad de regreso que es evidente y que debe ser tasado.
9. - Objetivo es, también, la restauración máxima y la más acercada a esa situación previa a la comisión del ilícito. Ciertamente y verdad es que en ocasiones será difícil, pero debe trazarse como objetivo el acercarnos en la mayor medida posible a la exactitud de la restauración.
10. - Es preciso que en el cálculo indemnizatorio no se caiga en el error de “pecar” ni por exceso ni por defecto.
11. - Si no es posible ajustarse al antes con exactitud es preciso llevar a cabo un esfuerzo de cuantificación para poder conseguir la “mayor aproximación” posible.
12. - Hay daños que tienen difícil cuantificación como el daño moral, y en estos casos es pre-

ciso “ponerse el juez” en la posición del perjudicado para atender a cuál es la traslación a dinero.

13. - Ante el daño moral este tipo de daño no se puede cuantificar, en principio, económicamente atendiendo a un denominado “coste de reposición”, ya que cuando hablamos de daño moral la reposición al antes es muy difícil o imposible. No hay baremo indemnizatorio que fije el “coste del daño moral”.
14. - Daño moral y daño psicológico. El daño moral puede desdoblarse en daño psicológico a probar según la redacción de los hechos y la percepción del juez del estado de zozobra, ansiedad, inquietud e incertidumbre que el hecho le haya provocado en su sufrimiento personal cuantificable a tenor de las circunstancias, y, también, el daño moral psíquico a acreditar por prueba pericial médica en atención a la afectación a la psique del sujeto perjudicado por el hecho.
15. - Existen situaciones en las que el dinero no opera como criterio de restauración al antes, ya que, si se indemniza con una cantidad económica, aunque materialmente resulte indudable que se produce un enriquecimiento patrimonial en el perjudicado y un empobrecimiento patrimonial en el autor del hecho, en determinados casos solo queda ahí en la posición del perjudicado en el cobro, pero porque ese pago no tiene la capacidad de traspasar el mero efecto económico del pago y cobro, pero sin poder tener un efecto mayor de carácter personalísimo en el perjudicado.
16. - La responsabilidad civil en la fijación del quantum viene exigida de estar rodeada de la debida motivación reflejada en la sentencia. Resulta indudable que tanto quien reclama como quien es reclamado tienen derecho a saber y conocer las razones de la estimación o desestimación de sus pretensiones y los argumentos que está obligado a exponer el juez acerca de los motivos por los que se ha fijado esta cantidad como indemnización, y no otra.
17. - Hay situaciones en las que nos encontramos con una imposibilidad física y material de regresar del después al antes. Porque no existen mecanismos materiales que puedan compensar por la vía de los instrumentos jurídicos que habilitan, tanto las leyes procesales como sustantivas, poder recuperar lo que ya se ha perdido, por cuanto es insustituible e irrecuperable la pérdida.
18. - El objetivo real que debe enfocarse en el procedimiento judicial es el de conseguir en la sentencia el mayor “ajuste económico” que pueda alcanzarse, una vez que los distintos medios probatorios se hayan propuesto y practicado en el juicio para permitir que el juez tenga estos mecanismos probatorios para poder calcular con la mayor exactitud posible la recuperación del antes, si ello es posible, en el examen del después de producido el ilícito.
19. - El autor del daño no es quien tiene el derecho de proponer cómo y de qué manera se debe satisfacer la indemnización, si regresar al antes o fijar el después con una mera satisfacción económica, porque ello puede ser más doloroso para el perjudicado que hubiera deseado ser posible regresar al antes.
20. - El regreso al antes se centra en el valor de la identidad para conseguir no un “acercamiento” al antes, sino una exactitud. Se centra en la reparación que deberá tener un contenido de exactitud para conseguir el regreso idéntico y absoluto a lo que antes existía. Se trata de buscar la verdadera y absoluta identidad en el antes, para llegar a ello después del daño causado.
21. - El regreso al antes no tiene por qué quedar eximido de la indemnización de daños y perjuicios si se acreditaran estos y no quedara total y absolutamente satisfecho.
22. - El carácter irreversible del regreso al antes debe ser indemnizable, lo que debe ser tenido en cuenta en el quantum indemnizatorio, por la sencilla razón de la agravación de la irre-

versibilidad de la situación, lo que debe tener su reflejo en el monto de la indemnización a recibir por el perjudicado.

23. - El daño moral se ubica, precisamente, por la imposibilidad física de la recuperación del antes y se cuantificará en atención al valor de la pérdida de la imposibilidad de regreso y cómo le afectará en el futuro al perjudicado. Así, en la medida en la que esa ausencia de lo que había antes esté en condiciones de causar una mayor afectación personal, psicológica y psíquica al perjudicado la indemnización será mayor.

3. - La tesis de la declaración de impacto de la víctima.

Esta tesis gira en torno a que otro criterio para fijar el daño moral se ubica en el interrogatorio de la víctima en el proceso penal acerca de lo que “sintió” al momento de ser víctima y su afectación durante el hecho y después del mismo. Esta es la técnica anglosajona del victim impact statements que tiene como objetivo dar voz a la víctima en el proceso penal, no solo a lo que ocurrió, sino a la forma en que sufrió como víctima los hechos, lo que es una novedad importante reflejarlo en los parámetros a tener en cuenta en el proceso penal a la hora de poder utilizar el interrogatorio de la víctima en el juicio, pero no solo con relación a los hechos, sino con relación al “impacto” que en la víctima le ha producido el delito, por lo que el interrogatorio a la víctima en la declaración de impacto corresponde al Fiscal y acusación particular, en torno a poder extraer de esa declaración de impacto elementos suficientes para poder evaluar el quantum del daño moral.

En el presente caso consta en la sentencia del juzgado de lo penal la descripción de lo que declararon las víctimas en el juicio oral dentro de lo que se puede denominar en el ámbito del tratamiento del daño moral la declaración de impacto de la víctima.

En este sentido consta en la sentencia que “declaró Lidia explicando y relatando la agresión que sufrieron y que estaban allí también Leocadia y Gervasio escuchando los insultos expresados contra ellos y que eran 4 o 5 chicos que les estaban pegando cogiéndole las banderas y arrancándolas y tirándolo todo por el suelo pisándolo todo y les atacaban a la vez, y que vio como cogían a Leocadia y se la llevaron hacia la acera y cayó al suelo y que aunque fueron unos minutos a ella le parecieron horas.

Señala que los chicos iban con capuchas y otros con gafas y que la gente que estaba allí se asustó por ver cómo actuaban sin que nadie les ayudara hasta que se fueron. Añadió que la carpa quedó en el suelo y que uno del grupo se llevó hasta su bolso teniendo que cambiar las llaves de su casa por el temor a lo que pudiera pasarle, pensando si iban a entrar en su casa con los efectos que ello pudiera provocar.

Sobre todo añade que las pisaban con odio y que sintió mucho miedo. Añade que emocionalmente lo pasó muy mal porque además la gente les decía que eran del barrio y estuvo temblando durante uno o dos meses y no fue al psicólogo pues no tenía tiempo, pero que cada vez que pasa por allí lo pasa mal y que tuvo que estar tomando dorazepam para dormir, ya que recordaba al acostarse todo lo sucedido.

También señala la sentencia que prestó declaración Leocadia en el mismo sentido que el anterior relatando todo lo ocurrido que consta en los hechos probados y que para ella iban a maltratarlas y romperlo todo y fue lo que hicieron, que ella apareció en el suelo boca arriba y se puso muy nerviosa por lo que comenzó a pegarles patadas, porque tenía encima de ella a mucha gente y que le fueron dando patadas y tuvo contusiones varias. Relata esta víctima la gravedad de todo lo ocurrido, y, sobre todo, las expresiones que cuenta en el juicio cuando empezó una persona a gritarles de que tenían que irse de allí y que quitara la bandera española.

Relató que estaba muy alterada, que le tiraron un vaso y que le escupieron. Añade que ha cogido miedo y que no fue al psicólogo porque no tuvo tiempo por el trabajo.

También prestó declaración Gervasio que estaba allí en la carpa con Juana y Leocadia relatando lo mismo que las anteriores respecto a lo que aconteció ese día relata que fue asistido médicamente dos veces y tuvo un fuerte impacto emocional y que de hecho cuando va solo por la calle se obtiene de pasar por ciertos sitios. Añade que hasta ese día llevaba siempre un bolso con lo de la selección española sin temor porque jamás pensó que le pudieran agredir por ser simpático de la selección española y que ha cogido miedo de gente de esa ideología con ansiedad y dificultades para dormir.”

Con ello, queda patente que se aplicó en este caso lo que denominamos la declaración de impacto de la víctima como criterio a tener en cuenta a la hora de evaluar el daño moral.

Pues bien, en el presente caso han existido los siguientes parámetros que dan lugar a la confirmación de la indemnización, a saber:

1. - La constancia de la gravedad de lo ocurrido reflejado en los hechos probados es elemento a tener en cuenta en este caso para confirmar la indemnización por ser factor relevante el relato de hechos para, de ahí, fijar el quantum. Del relato de hechos probados se puede desprender, y en este caso así ocurre, la situación vivida por las víctimas en un escenario grave, con unos hechos graves y con un acometimiento por los autores que las víctimas vivieron con sorpresa al principio por el carácter inesperado del ataque, y luego con el miedo y tensión emocional de verse humillados y atacados por los autores, aspecto emocional de no saber hasta dónde iban a llevar que les supuso un evidente miedo de no saber qué más iban a hacer con ellos, cuando por sus frases y expresiones pudieran llegar a sufrir el temor de algo más grave. El daño moral causado es evidente y el quantum aplicado total y absolutamente justificado. Está motivado.
2. - La motivación del juez es suficiente y referida a lo que sufrieron las víctimas el día de los hechos.
3. - Se trata de delitos graves afectantes a la integridad moral y, además, es delito de odio del art. 510.2 a) CP con las propias características de estos delitos en cuanto conllevan esos actos de menosprecio, o humillación, por lo que el daño moral que conllevan estas conductas resulta evidente e indemnizable. Con ello, este también es un parámetro a tener en cuenta dada la entidad y gravedad de los tipos penales objeto de condena.
4. - Se aplica en este tema indemnizatorio del daño moral la tesis del “antes y el después”, porque tras los hechos ocurridos es muy difícil que las víctimas regresen al “antes”, ni aunque sean compensados económicamente. Y ello, porque la indemnización es el resultado de aplicar el art. 110.3 CP en relación con el art. 109 CP, pero hay que tener en cuenta las dificultades de regresar las víctimas a su situación anterior a haberlo sido, cuando recordarán a buen seguro estos hechos en el futuro, y el miedo a volver a hacer algo que tienen derecho a llevar a cabo por su libertad en un país de convivencia y respeto a las actividades justas y correctas de los demás, sin que interfirieran en los demás y respetándose entre todos que es la primera regla de la convivencia que debe presidir en un país democrático, sin que actos como los ocurridos posibiliten mantener esta convivencia entre los ciudadanos.

Por ello, esa dificultad de regreso al “antes” del delito “después” de los hechos delictivos es indemnizable por la permanencia del recuerdo y el miedo a su repetición, lo que es dato evaluable a la hora de fijar el daño moral.

5. - Se aplica en este caso la tesis de la declaración de impacto de la víctima para evaluar y tener en cuenta lo que expusieron en el juicio respecto a cómo se sintieron cuando fueron

víctimas, lo que sufrieron, cómo les impactó durante y después del delito; es decir, las posibles consecuencias personales de miedo, o temor a que se repita lo ocurrido, o, simplemente, a revivir lo acontecido el día de los hechos.

Por todo ello, se entiende que en el presente caso está debidamente motivada la responsabilidad civil fijada como daño moral.

El motivo se desestima.

TERCERO.- 2.- Infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECRIM por vulneración del art. 21.5 del CP en relación al artículo 66 CP.

Se cuestiona en este motivo que la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 230 de fecha 24 de Febrero de 2020 suprimiera la atenuante de reparación del daño del art. 21.5 CP que sí aplicó el juzgado de lo penal ante la consignación de los acusados en fecha 30 de mayo de 2018, antes de la primera sesión de la vista del juicio oral a celebrar, pero que en realidad tuvo lugar luego más tarde el día 29 de Mayo de 2019, de la suma de 9.300 euros.

Por sentencia del juzgado de lo penal 30 de septiembre de 2019 fueron condenados a pagar, por una parte: La totalidad de condenados de forma solidaria a Leocadia, Lidia y Gervasio la cantidad de 6000 euros a cada uno en concepto de daños morales. Por otra parte, los condenados Ángel Jesús, Luis Enrique, Jesús Ángel y Pascual fueron condenados a “indemnizar solidaria y conjuntamente a Leocadia, Lidia y Gervasio en la cantidad de 350 euros más los intereses legales por las lesiones causados a cada uno de ellos y a Juana en la cantidad de 252,89 euros más los intereses legales y a Lidia la cantidad peritada al folio 388 de 95 euros como los objetos que le sustrajeron y 50 euros la cantidad de dinero que tenía”. Todo ello hace que de manera global la cantidad a indemnizar fuera de 19447,89 euros.

Con ello, se consignan 9.300 euros frente a una condena de 19.447,89 euros. Además, era conocido, y esto es importante, que los acusados conocían desde el momento de las calificaciones de la acusación que se reclamaba 6.000 euros por daño moral para cada víctima más el importe de daños y lesiones sufridas por las víctimas. Pese a ello, la consignación se produce un día antes del juicio como se reconoce, incluso, por los recurrentes en el recurso, aunque luego se llegara a celebrar un año más tarde, pero es circunstancia concluyente que esa consignación se efectuó un día antes de la vista señalada como primera sesión, aunque luego se prolongara la fecha. Esta cuestión temporal consta asumida en la página 22 del recurso de casación.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona fundamenta la revocación de la concesión de la atenuante de reparación del daño del art. 21.5 CP en los siguientes factores:

“No consta siquiera que las cantidades fueran entregadas para el pago y no como mera consignación a resultas del Juicio (debiendo destacarse que no consignaron cuando fueron requeridos), desvirtúa su finalidad y se convierte en un instrumento perverso de una fácil consecución de una aminoración penológica que el ordenamiento jurídico no puede tolerar”.

Los recurrentes solicitan que se aplique de nuevo la atenuante del art. 21.5 CP de reparación del daño del art. 21.5 CP y que la elevación de la pena en los 3 delitos contra la integridad moral, así como en los delitos leves de hurto, lesiones y daños supondría una infracción de lo dispuesto en el Art. 21.5 en relación con el Art. 66 CP debiendo quedar la penalidad en los términos que recogía la sentencia de instancia.

Pues bien, debemos hacer las siguientes precisiones:

1. - Como se recoge en la sentencia del juzgado de lo penal en el Antecedente de hecho 2º el juicio tuvo que suspenderse en dos ocasiones con motivo de la enfermedad de dos

letrados de las defensas, y finalmente se celebró cuando “se coordinaron las agendas de defensa y acusación y hubo disponibilidad de la Sala”.

2. - Esto nos lleva a la puntualización y motivo de la sala de la Audiencia Provincial de plantear que los acusados esperaron a consignar antes del día señalado en primer lugar, aunque luego se celebrara más tarde por las razones apuntadas.
3. - Además, no consta que se haya producido una “consignación para pago”, sino una vía subsidiaria al solicitar la atenuante del art. 21.5 CP.
4. - Consta en la sentencia de la Audiencia Provincial, que no se efectúa la consignación cuando se es requerido para ello.
5. - El tribunal rechaza la atenuante al huir de la aplicación automática cuando parte del resarcimiento civil se entrega justo antes del acto del Juicio.

Debemos fijar una serie de parámetros a tener en cuenta en relación a la apreciación de la atenuante del art. 21.5 CP, a saber:

- a.- No puede plantearse como “un derecho de crédito a la atenuante” por el hecho de pagar tardíamente, y en este caso existe una espera hasta el día antes del juicio, cuando se pudo hacer antes, aunque en realidad se celebrara después. Distinto hubiera sido que en este caso se hubiera consignado para pago la suma reclamada por la acusación, porque se permite la consignación para pago hasta el día del juicio.
- b.- Con esta atenuante se prescinde de la existencia del arrepentimiento y se trata de cumplir una función de reforzar la protección de las víctimas, pero en este caso esa protección se rechaza por los recurrentes, ya que frente a la cifra a reclamar y objeto de condena de 19447,89 euros se consignan solo 9.300 euros. No se llega, con ello, ni a la mitad de la suma fijada, y nótese que se trata de una responsabilidad solidaria a abonar por cinco condenados, pero de la que no se abona ni la mitad de la obligación de pago, y, además, la consignación no consta que sea para pago. Y así lo indica la sentencia de la Audiencia Provincial en cuanto a consignación a resultados del juicio.
- c.- Señala la Audiencia, además, que fueron requeridos para pago y no se efectuó la consignación sino hasta el día antes del primer señalamiento que se suspendió y celebró más tarde. La circunstancia de que se celebrara realmente más tarde no altera la realidad de que esperaran hasta el día antes del juicio para consignar, sin que lo fuera de la totalidad reclamada, y sin que conste que sea para pago, sino que como indica la Audiencia a resultados del juicio.
- d.- Es sabido que para la apreciación de la atenuante del art. 21.5 CP se requiere que la reparación parcial ha de ser relevante y notoria, y en este caso no se llega ni a la mitad de la reclamación.

Pues bien, debemos fijar algunos extremos que avalan que no se aplique la atenuante del art. 21.5 CP como con acierto señaló la sentencia de apelación.

Interesante a los efectos aquí planteados es la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 145/2020 de 14 May. 2020, Rec. 10613/2019 que señala que:

“Una frase relevante que debe destacarse en este caso es que “La reparación absoluta y colectiva” es la plasmación de la misma situación provocada entre el “antes” y el “después”. Y ello se consigue mediante la íntegra reparación del daño que o vuelve a la situación anterior al perjudicado o le compensa por el causado.

No puede tener por ello el mismo efecto penológico que se condene al acusado al pago de una responsabilidad civil a la víctima del delito que aquél satisfaga de forma voluntaria la

cantidad que se estime procedente y adecuada para que la víctima, de alguna manera, tenga una pronta e inmediata satisfacción del daño moral y físico producido por el delito cometido. No ocurre así en este caso, en donde, además, dada la gravedad de los hechos se espera nada menos que al inicio del juicio como si se tratara de un acto matemático que lleva consigo “un derecho de crédito a la atenuante” por el hecho de pagar tardíamente”.

Se apreció como atenuante simple en un caso de delito de lesiones en Sentencia TS 211/2021 de 9 Mar. 2021 consignando la defensa lo reclamado por el Fiscal el día antes del juicio.

“La reparación debe ser suficientemente significativa y relevante, pues no procede conceder efecto atenuatorio a acciones ficticias, que únicamente pretenden buscar la aminoración de la respuesta punitiva sin contribuir de modo eficiente y significativo a la efectiva reparación del daño ocasionado (Sentencias núm. 1990/2001, de 24 octubre, 1474/1999 de 18 de octubre, 100/2000 de 4 de febrero y 1311/2000 de 21 de julio)”.

Se rechazó, también, incluso como atenuante simple en la sentencia del Tribunal Supremo 418/2021 de 19 May. 2021, Rec. 10787/2020:

“Improcedencia de la atenuante. Pago de cantidad ínfima en relación a la cuantía indemnizatoria. La circunstancia es operativa como ordinaria cuando se reparan parcialmente los daños o perjuicios causados a la víctima, aunque también es cierto que la reparación parcial ha de ser relevante y notoria, y no meramente simbólica. Carece de toda relevancia que el condenado sea solvente o insolvente.”

En este caso concreto había tres víctimas a indemnizar en cuantía de 6.000 euros a cada una, pero los recurrentes consignan cada uno 2.000 euros y uno de ellos 1.300, de ahí que la sentencia de la Audiencia señale que se consignó un tercio por cada uno de lo que tenía que consignar. El esfuerzo para paliar las consecuencias del delito no fue lo relevante que hubiera sido necesario, y aunque sea posible hacerlo hasta el día del juicio cierto es verdad es que los hechos son graves, con unas connotaciones importantes de afectación al miedo de las víctimas a no saber qué podría ocurrir cuando les atacaron y con el miedo “a futuro” de si podrían atacarles de nuevo si volvían a poner la carpa con un objetivo tan convivencial como es el de agrupar a los ciudadanos que quisieran para ver los partidos de la selección española de fútbol. Esto es, las víctimas querían sacar a la calle la puesta en escena de crear un ambiente en la ciudad para poder agrupar a los ciudadanos en torno al seguimiento de los partidos de fútbol de la selección española en un ambiente deportivo y de convivencia pacífica con el objetivo de ver los partidos de la selección en la Eurocopa de Francia del año 2016, pero los recurrentes no se lo querían permitir y les agredieron por ello, y lejos de consignar para pago por el daño causado y con ello intentar paliar el mismo no lo hacen y esperan hasta el día antes del juicio, aunque se suspendiera y celebrara más tarde, pero sin consignar la cuantía reclamada, lo cual, al menos hubiera resarcido el daño causado en cuanto a daño moral y físico. Y cada uno consigna “su tercera parte”, porque se realiza para resultados del juicio la consignación de 2.000 euros excepto la de Pascual la cantidad de 1300 euros, es decir, cada uno su tercera parte respecto de los 6.000 en que consistía el daño moral a indemnizar a las tres víctimas. Y ello, aunque en el quantum total se alcance consignado menos de la mitad.

Hay que recordar que el fundamento de esta atenuante lo recoge el Tribunal Supremo en la Sentencia TS 29/2021 de 20 Ene. 2021 que:

“El fundamento de la circunstancia de reparación se traduce en una disminución de la pena a imponer y ello, por dos razones:

- a. Porque es necesario –y justo– ofrecer algún premio a quien está dispuesto a dar una satisfacción a la víctima del delito, reparando las consecuencias civiles de su acción. Ciertamente todo delito en cuanto supone una violación de las reglas que permiten la convi-

vencia y libertad de la sociedad, supone que la propia sociedad queda victimizada con cualquier delito, y a ello responde la necesidad de la pena como reparación del daño causado, pero no hay que olvidar, que junto con esa víctima mediata y general, sin rostro, que es la comunidad, existe una víctima concreta, corporal y con rostro que es la que recibe la acción delictiva, pues bien parece obvio que cualquier acto del responsable del delito tendente a dar una reparación a la víctima debe tener una recepción positiva en el sistema de justicia penal, porque admitiendo el protagonismo de la víctima en el proceso penal, hay que reconocer que tiene relevancia el acto de reparación que haya podido efectuar el causante de la lesión, porque se satisfacen y se reparan los derechos de la víctima dañados por el agresor.

- b. Porque qué duda cabe que el acto del responsable del delito de reparar el perjuicio causado de forma voluntaria, puede tener el valor de un dato significativo de una regeneración y consiguiente disminución de su peligrosidad en el futuro.”

En el presente caso no existe esta satisfacción de las víctimas del delito. La Audiencia señala que se consigna a resultas y no para pago, y que, además, ya fueron requeridos, por lo que la falta de voluntariedad o posposición de la acción de consignar supone una acción tardía que no provoca el efecto que se pretende. No hubo satisfacción a las víctimas del delito antes del juicio y ello desmerece el reclamado derecho a la atenuante del art. 21.5 CP.

Con relación la exigencia de que la consignación debe ser para entrega y con finalidad de pago y no a resultas del juicio señalamos en la sentencia del Tribunal Supremo 739/2021 de 30 Sep. 2021, Rec. 10284/2021 que:

“En todo caso, cuando la actuación económica consiste en consignar una cantidad dineraria antes del juicio y no se deja constancia expresa de que el dinero se aplique a reparar incondicional e irrevocablemente los perjuicios causados con independencia del resultado del proceso, no existe título para aplicar el dinero a otro destino que cubrir la fianza que se haya podido establecer de manera imperativa en una resolución judicial previa, garantizando con ello que pueda hacerse pago al perjudicado sólo en la eventualidad procesal de que, terminado el juicio, se declare una responsabilidad civil de la que el consignante discrepa y que no admite hasta ese momento.

En estos supuestos, no nos encontramos con la actuación configuradora de la circunstancia atenuante de reparación del daño prevista en el artículo 21.5 del Código Penal, sino con una consignación en garantía de las eventuales responsabilidades civiles que puedan llegar a dictarse. En tal coyuntura, la actuación procesal se limita a dar cumplimiento a la previsión de los artículos 589 y 591 de la LECRIM, que establecen que cualquier fianza monetaria podrá constituirse en dinero en efectivo, eludiéndose el embargo subsidiario contemplado en el artículo 597 de la LECRIM, así como la propia previsión subsidiaria del artículo 738.2 en relación con el artículo 585 de la LEC, que permiten eludir y suspender el embargo consignando la cantidad por la que éste se hubiera despachado (STS 757/2018, de 2 de abril de 2019).

De otro lado, nuestra jurisprudencia ha indicado que tampoco procede esta circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal en aquellos supuestos en los que la reparación no sea suficientemente significativa y relevante, pues no se trata de conceder efecto atenuatorio a acciones ficticias y que únicamente pretenden buscar la aminoración de la respuesta punitiva sin contribuir de modo eficiente a la efectiva reparación del daño ocasionado (SSTS 2068/2002, de 7 de diciembre o 1346/2009, de 29 de diciembre, entre otras).”

Por todo ello, la desestimación de la aplicación de la atenuante del art. 21.5 CP estuvo correctamente rechazada por la Audiencia al no concurrir los requisitos para la apreciación de la misma, dada la naturaleza y características de los hechos ocurridos, su gravedad, la necesidad de

que se hubiera procedido a un resarcimiento del daño físico y moral causado y que no se produjo en los términos indicados, pudiendo haberse hecho.

El motivo se desestima.

CUARTO.-3.- Infracción de ley por aplicación indebida del art. 173.1 en concurso de normas con el artículo 510.2 del Código Penal.

Hay que considerar que la condena lo fue por tres delitos contra la integridad moral del art. 173.1 CP en concurso de normas con tres delitos contra el ejercicio de los derechos fundamentales del art. 510.2 a) CP a resolver a favor de este último por base al principio de especialidad del art. 8.1 CP.

Entienden los recurrentes que deben apostar por una interpretación restrictiva del tipo penal del art. 510 CP, entendiendo que solo los colectivos necesitados de una especial protección, minoritarios o vulnerables son aquellos que merecen dicha protección penal. Y realiza un análisis del art. 510.2 CP en cuanto entiende que los sujetos sobre los que se desarrollaron las conductas reseñadas en los hechos probados no integran uno de los grupos a que se refiere en el art. 510 CP en cuanto a los delitos de odio.

1. - Se produce y consta en los hechos probados que se perpetra el odio a las víctimas por razón del concepto nación pretendiendo la exclusión personal presencial de lo que pueda simbolizar a España además de por la ideología sobre lo que representa la nacionalidad. No se trata de odio por razones deportivas o futbolísticas. No es eso lo que se desprende de los hechos probados.

Pues bien, dado que se plantea el motivo por la vía del art. 849.1 LECRIM hay que señalar que se deben respetar los hechos probados, y en este caso los mismos efectúan un relato histórico con relación a la pertenencia de los recurrentes a un grupo concreto y explica las diversas actividades llevadas a cabo. Por ello, pese a que los recurrentes pongan su acento en que no puede ser constitutivo de delito de odio los ataques proferidos contra simpatizantes de la selección española de fútbol, no es eso lo que se desprende de los hechos probados, sino un ataque a las víctimas por su nacionalidad de pertenencia a España, pero también por la ideología sobre la nacionalidad y la creencia sobre ese dato objetivo, y, obviamente, por instalar una carpa que hacía referencia a la selección española, pero esencialmente un ataque a lo que representa la nacionalidad española y los que allí estaban apoyándolo.

Por ello, el ataque se produce por razón de:

1. - La nacionalidad española de las víctimas y el odio que exponen y manifiestan hacia ello con sus actos los autores.
2. - La ideología sobre la nacionalidad de las víctimas que representa para los autores con un componente de odio hacia las mismas.
3. - La creencia sobre ese dato objetivo que para los autores se expresa con sus actos agresivos de odio a lo que no aceptan por razón de nacionalidad e ideología sobre lo que conlleva ser español y su significación de exclusión para los autores.

Así, de los hechos probados se efectúa un relato acerca de la pertenencia de los recurrentes a un grupo concreto y que han realizado ataques a colectivos calificados de “españolistas” en celebraciones como la del día de la Hispanidad en Barcelona donde la plataforma antifascista convoca actos en contra de esta celebración, y en este sentido los hechos probados hacen referencia a que en ese contexto de odio a todos los relacionado con España aspecto importante que se destaca en los hechos probados, al objeto de identificar cuál es el proceso de subsunción de los

hechos probados en el tipo penal por el que han sido condenados en virtud del principio de la especialidad del artículo 8.1 del código penal relación con el 510.2 a) del código penal, se indica que el día de los hechos los recurrentes fueron informados de que se estaba instalando una carpa desmontable identificable por su color rojo con banderas españolas aunque también relacionado con la propia selección de fútbol de España.

Además, aunque se recoge en los hechos probados, evidentemente, que el objetivo de instalación de la carpa estaba relacionado con la selección española de fútbol no quiere decir que el ataque se produjera directamente en cuanto a la intención de los autores a atacar por la referencia a la modalidad deportiva de fútbol y a la selección en concreto. Y ello, porque en los hechos probados se hace constar que los recurrentes se pusieron de común acuerdo y que estaban guiados con el ánimo de animadversión ideológica todo lo que representa España y lo español insistiendo que con la voluntad de hostigar y humillar a los voluntarios que se encontraban y conocida la simbología de la carpa entraron gritando “putas españolas, fuera de aquí, os vamos a matar, putos españoles de mierda, perras españolas, iros a vuestro país hijos de puta, destrozando la carpa propinando patadas y con la intención de menoscabar la integridad física y de humillar por sus ideas a las víctimas les dieron patadas y empujones con el resultado que consta en los propios hechos probados todo lo cual fue grabado y colgado en Internet.

Ello determinó el resultado lesivo y de causación de daño moral que consta en los hechos probados y que, posteriormente, se refleja en la sentencia. Más tarde también Juan Antonio insistió en la misma actuación insultando a los que ahí estaban presentes y señalándoles fuera la bandera española, puta España, puta de mierda no tenéis que estar aquí putos españoles eres una cerda española, e hija de puta, e iremos a por vosotras y os mataremos; todo ello con cara de audio y haciendo el gesto de cortarle el cuello.

Con ello, no se expresa odio porque estuvieran allí las víctimas por razones deportivas, ya que no tiene encaje en el delito de odio expresar frases contra una persona por razón de sus preferencias por un equipo de fútbol, por ejemplo, porque ello no forma parte de los grupos a que se refiere el art. 510.1 CP. Sería otro tipo penal en razón a la acción desplegada y su ubicación en el correspondiente, pero no se trataría de odio o discriminación por su referencia a una afición a una entidad deportiva, por ejemplo. Y ello no es lo que ocurre en este caso, aunque así lo aleguen los recurrentes.

2. - La correcta tipicidad de los hechos en el art. 510.2 a) CP en el delito de odio por el concepto de pertenencia a nación y lo español y la ideología sobre la nacionalidad y la creencia de ese dato objetivo.

Es decir, que vemos que, expuesto el motivo por la vía del art. 849.1 LECRIM por infracción de ley, el resultado debe dirigirse a la subsunción de los hechos en el tipo penal por el que han sido condenados por la especialidad, que lo es por el art. 510.2 a) CP.

Este precepto señala que:

“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.

Y los grupos a que se refiere el apartado son los citados en el apartado 1º, es decir: 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

En este caso concreto vemos que los insultos, amenazas, humillaciones y vejaciones que se llevaron a cabo con lenguaje del odio se basó en la pertenencia de las víctimas a una nación, es decir, por su nacionalidad española, y su ideología, profiriendo sus gritos con referencia a su rechazo por haber instalado una carpa que simbolizaba una referencia a España, aunque el objeto en sí fuera en relación a la selección española de fútbol. Pero sus ataques no fueron por el apoyo que las víctimas les daban a constituir un grupo para animar a la selección de fútbol, sino por su interrelación con España, y solo por ello. De suyo, así consta en los hechos probados con absoluta claridad.

Con ello, el objetivo y los ataques se produjeron por la condición de las víctimas de “españoles” y solo por ello, con referencias de exclusión al señalarse que se fueran de allí con un relevante componente de exclusión social y con connotaciones en relación a las personas que pertenecen a una nación, en este caso a España. Por ello, la queja reiterada y extensa que hacen los recurrentes a que no se puede integrar a las víctimas en uno de los grupos del art. 510 CP hay que considerar que el proceso de subsunción de los hechos probados en el art. 510.2 a) CP es correcto y acertado.

Sobre la cuestión relativa a si es posible encasillar en el art. 510.2 a), o también en relación con la agravante del art. 22.4 CP cuestiones afectantes a los ataques que se producen a algunas personas por razón de su nacionalidad, y pertenencia a ella, ya sea de España, o de cualquier país, esta Sala se ha pronunciado muy recientemente sobre esta cuestión en la Sentencia del Tribunal Supremo 155/2022 de 22 de Febrero, y en la que se produjo un ataque de una persona a otra por llevar unos tirantes de con la bandera de España el Tribunal no apreció la agravante de discriminación, pero por la razón de que no aparece claramente determinado que el actuar lesivo para la vida, el segundo de los descritos, fuera condicionado por un comportamiento de tipo discriminatorio por la ideología de la víctima. El hecho primero, el de los insultos, sí refieren una agresión verbal por motivos ideológicos, pero el posterior puede tener otra causa, principio in dubio pro reo, ajena a la ideología y concretada en la conversación que ambos tuvieron en el exterior del bar cuyo contenido se ignora.

Es decir, que, en ese caso, de haberse hecho constar o declarar probado que el ataque tuviera esa connotación, la agravante del art. 22.4 CP se hubiera aplicado, pero no lo fue ante la duda de las razones del ataque final no expresadas y sin constancia clara.

Sin embargo, en este caso que ahora nos ocupa no había lugar a la duda. Los ataques se produjeron por la connotación de la carpa por todo lo relacionado con la nación española y la ideología sobre la nacionalidad y por la significación que entendían los recurrentes que ello tenía allí, y esa fue la razón del ataque, ya que de sus expresiones se vislumbra con claridad la razón, intención y mensaje del con un ataque a todo lo relacionado con España. El mismo, así, no se produce por la relación de las víctimas por su apoyo a la selección española de fútbol. Esa no fue la razón del ataque con odio, sino el que los recurrentes expresaban a todo lo que se pudiera relacionar con “lo español”, lo que sí que se significa en el encaje del apartado 1º del art. 510 en relación con el apartado 2º letra a) CP.

Hay que señalar que ni el art. 173 ni el 510.2 a) CP señalan que las víctimas sean vulnerables. El concepto de la “vulnerabilidad” no es un elemento del tipo, ya que no forma parte de la estructura de exigencias de los elementos que los conforman, y si el legislador lo hubiera querido así lo hubiera hecho constar. No se trata de una interpretación extensiva o restrictiva del tipo penal, sino de adecuación a las exigencias de lo que dice el precepto, y ninguno de ellos exige la vulnerabilidad en las víctimas del delito.

Como apunta el Fiscal de Sala, la diferencia entre uno y otro tipo penal radica en que el sujeto pasivo del art. 173.1 del Código Penal puede ser cualquier persona mientras que en el art. 510.2 a) lo son las personas que encajen en alguno de los motivos de discriminación expresamente previstos en el citado tipo penal.

Y, por ello, en este caso la agresión se cometió por el mero y simple hecho de ser españolas y defender la españolidad, en este caso representada por los colores de la selección española de fútbol, en definitiva por su nacionalidad y por no aceptar sus ideas. Son dos los motivos de discriminación que concurren en el caso presente: nación, en este caso representada por la nación española, e ideología, al no aceptar las ideas de las víctimas en defensa de sus postulados.

Con ello, y haciendo referencia a la sentencia antes citada cuando se acredita que el ataque se produce en razón a la ideología forma parte del discurso del odio al diferente, y consta la ideología en el art. 510.2 a) CP, pero que en este caso a la ideología sobre la nacionalidad se añade que el ataque se produce por el concepto afectante al odio a “lo español” y por ser españoles las víctimas y por querer desterrar del lugar donde estaban en la carpa todo lo que se relacione con España, aunque en este caso era la selección española de fútbol. No supuso, pues, un acto de odio a la selección española de fútbol, sino a lo que representa la misma y, en virtud de ello, la presencia de las víctimas en la carpa potenciaba en la mente de los recurrentes la presencia de España en el lugar, que era lo que querían desterrar los recurrentes y así lo expresaron con claridad y consta en los hechos probados.

La esencia de lo que se trata de proteger con este delito ubicado en el art. 510 CP está en la prohibición de la discriminación, como derecho autónomo derivado del derecho a la igualdad, reconocidos en el art. 14 CE, según el cual “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. La igualdad y la no discriminación se configuran como el presupuesto para el disfrute y ejercicio del resto de derechos fundamentales, como muestra su ubicación sistemática en el pórtico del Capítulo II (“De los derechos y libertades”), dentro del Título Primero de nuestra Carta Magna, dedicado a los “Derechos y Deberes Fundamentales”.

Es importante destacar que el objetivo de protección del tipo penal del odio del art. 510 CP tiene su base en los ataques a la igualdad y, en consecuencia, en la creación de la desigualdad que se origina con el odio al diferente por cualquiera de las razones o de la pertenencia a los grupos reflejados en el tipo penal. Pero el término “minorías” o el término “colectivos desfavorecidos” no está previsto ni exigido en el tipo penal, no es un elemento del tipo, dado que se debe proteger el principio de igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1CE) y la prohibición absoluta de discriminación prevista en el art. 14 CE, por tanto, como no puede ser de otra manera, protege a toda la sociedad, sean los afectados minoría o mayoría, estén o no estén desfavorecidos en la actualidad o en el pasado.

De lo contrario, de entender que solo una persona vulnerable, o determinados colectivos desfavorecidos son los protegidos por el delito de odio nos llevaría a concluir que los no vulnerables pueden ser atacados con la intención dimanante del odio y por su pertenencia a una nación, raza, creencias, ideología, su sexo, orientación o identidad sexual, o por razones de género.

La mejor doctrina señala, así, que la amplitud de los móviles que se recogen en el art.

510.1.º CP “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”, permite confirmar la tesis de la doctrina mayoritaria que sostiene que el objeto de tutela es el derecho a la no discriminación. Pero sin mayores aditamentos, porque el tipo penal no lo exige, por lo que los ataques y ofensas a personas de estos grupos se enraízan en el discurso del odio, sin exigir un concepto no incluido en el tipo de “vulnerabilidad” del sujeto que está integrado en uno de los grupos citados en el art. 510 CP. Por ello, se indica que su bien jurídico protegido no sea sólo la no discriminación o la protección de la igualdad o de la diferencia, según la perspectiva que se aborde, sino los propios valores superiores del ordenamiento jurídico y los fundamentos del orden político y social.

Resulta, así, evidente, que en este último caso el odio al género no lo es a las mujeres que sean vulnerables, sino en el ataque a la mujer por ser mujer, y al llevar a cabo actos de humillación a la misma con sentimiento de dominación o menosprecio, pero sin que pueda entender que si se llevan a cabo estos actos contra mujer no vulnerable pueda entenderse que la discriminación no se ha producido.

Por ello, los preceptos citados y el art. 22.4 CP protegen a toda la ciudadanía siempre que la persona o personas afectadas encajen en uno de los motivos de discriminación taxativamente establecidos por el legislador, sean o no minoritarios, sean o no vulnerables, o sean, o no, desfavorecidos. Lo relevante y exigente es que participen de la razón del ataque en alguno de los conceptos y/ o grupos que se integran en el precepto ya antes citados, pero sin aplicación excluyente a los no vulnerables o que no pertenezcan a colectivos desfavorecidos por entenderse que estos “no pueden ser odiados”, o que si se les odia esta conducta no es antijurídica, típica, culpable y punible.

Hay que recordar que las conductas discriminatorias por el menosprecio implícito que conllevan hacia la persona discriminada, están vinculadas per se no sólo con la igualdad sino también con la dignidad humana, y, por ello, no solo se protege con la tipicidad del odio a la dignidad y derecho a la igualdad de quien tiene el concepto de “vulnerable”, sino a quien esté ubicado en uno de los grupos del art. 510 CP. Es la igualdad y dignidad de todos, no de algunos, lo que se protege ante el discurso del odio, ya que no puede dejar de ser típica la conducta cuando se odia a un “no vulnerable” pero que está en uno de los grupos identificados en el tipo penal.

También destaca la Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 CP que se otorga a los Fiscales la siguiente recomendación: “defenderán que este tipo penal, salvo en el caso de la infracción de resultado tipificada en el primer inciso del art. 510.2.a) CP, se estructura bajo la forma de peligro abstracto, que no requiere el fomento de un acto concreto sino la aptitud o idoneidad para generar un clima de odio o discriminación que, en su caso, sea susceptible de provocar acciones frente a un grupo o sus integrantes, como expresión de una intolerancia excluyente ante los que son diferentes.

En esta línea hay que considerar que nos encontramos ante un delito de peligro abstracto al que ya se refiere la Sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 675/2020 de 11 Dic. 2020 que señala que:

“La Decisión marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones del racismo y la xenofobia mediante el Derecho penal, entre sus considerandos, en el 9, dice: “**el concepto de “odio”** se refiere al odio basado en la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico”, y, en relación al odio, y relativo a los delitos de carácter racista y xenófobo, recoge qué acciones han de ser considerados delitos penales, en su artículo 1, en el que se indica que “cada Estado miembro ha de adoptar

las medidas necesarias para garantizar que se castiguen determinadas conductas intencionadas, entre ellas: “a) la incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico; b) la comisión de uno de los actos que se refiere la letra a) mediante la difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales”; añadiendo en su art. 3, que cada Estado miembro ha de adoptar las medidas necesarias para garantizar que las anteriores conductas se castiguen con sanciones penales.

Con anterioridad a esta Decisión marco ya contábamos con la Acción común 96/443/JAI, de 15 de julio de 1996 adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la acción contra el racismo y la xenofobia, que, si bien fue derogada por aquella, no es menos cierto que en ella se recordaba: “que el derecho a la libertad de expresión entraña deberes y responsabilidades, en particular el de respetar los derechos de los demás, como lo establece el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas de 19 de diciembre de 1966”; y entre los comportamientos que indicaba en su Título I A), que habían de ser objeto de sanciones penales mencionaba: “a) la incitación pública a la discriminación, a la violencia o al odio racial respecto de un grupo de personas o de un miembro de dicho grupo definido mediante una referencia al color, la raza, la religión o el origen nacional o étnico; b) la apología pública con finalidad racista o xenófoba de crímenes contra la humanidad y de las violaciones de los derechos humanos”.

...La naturaleza propia del delito que nos ocupa, como delito de riesgo abstracto, que no de riesgo concreto, implica que en aquellos, a diferencia de estos, queda consumado, aun cuando no se produzca un resultado de peligro, porque lo que el legislador persigue es que se castigue una acción, que, por ser peligrosa en sí misma, pone en peligro el bien jurídico (generalmente colectivo, difuso, inmaterial) que protege el tipo, y esto es propio de esos delitos de riesgo abstracto, como delitos que, por su mera actividad, ponen en peligro el bien jurídico de que se trate, debido a que en ellos el legislador ha dado primacía al desvalor de la acción, por su propia peligrosidad, frente a su resultado. Podríamos decir que en los delitos de peligro concreto se exige la creación de una situación de peligro, mientras que en los de peligro abstracto no es preciso, porque es la peligrosidad inherente a la acción la que merece el correspondiente reproche penal, y habrá, por lo tanto, delito aunque no se haya llegado a producir un efectivo peligro concreto, porque la mera peligrosidad de la acción es motivo de su tipificación.

La protección penal se ha adelantado a los resultados de la conducta, quedando consumado el delito con la ejecución de la acción, sin necesidad de añadir ningún resultado específico”.

Analizando el tipo penal objeto de condena señala la Circular de la FGE antes citada, además, que “El art. 510.2.a) CP señala: “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”.

En el nuevo precepto se pueden distinguir dos tipos de conductas. En el primer inciso se contiene una infracción de resultado: “lesionar la dignidad” de determinados grupos o personas, por motivos discriminatorios, “mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o

descrédito”. El segundo inciso recoge una fórmula similar a la prevista en el art. 510.1.b) CP, es decir, la fabricación o la puesta a disposición de terceros, referida a un material que sea “idóneo para lesionar la dignidad” de esos mismos grupos o personas.

La STS n.º 656/2007, de 17 de julio, define el descrédito como la “disminución o pérdida de la reputación de las personas o del valor y estima de las cosas”; menosprecio como “equivalente a poco aprecio, poca estimación, desprecio o desdén”; y humillación como “herir el amor propio o dignidad de alguien, pasar por una situación en la que la dignidad de la persona sufra algún menoscabo” (FJ 2).

Con la tipificación de todas estas acciones el legislador español de nuevo amplía el ámbito de los comportamientos considerados delictivos más allá de lo sugerido por la DM 2008/913/JAI, en la que no aparecen expresamente contenidas.”

En este caso, los hechos probados reflejan el “clima de odio” que expresaron los recurrentes con sus hechos ante las víctimas por su condición de españoles y el odio de aquellos a lo que con este concepto se relacionara, que en este caso era el apoyo a la selección española de fútbol, pero no era a esta a quien iba dirigido realmente el odio, sino a lo relacionado con “lo español” y que lo simbolizaban en este caso las víctimas. Por ello, se lo hicieron todo a ellas en un contexto y móvil de discriminación y odio al diferente según ellos, y sin necesitarse que “el diferente” sea vulnerable para integrarse la conducta en el art. 510.2 a) CP.

En realidad, en este caso concreto el ataque se produce por razón de la ideología sobre “la nacionalidad” y por el concepto de nación, por su nacionalidad española, y por interpretar los recurrentes que lo que allí estaban haciendo simbolizaba una cuestión que rechazaban los recurrentes por su odio exteriorizado en ese caso a todo aquello que se relacionara con España, y que en este caso concreto era la selección española, pero, –nótese– sin que el ataque estuviera relacionado tanto como el odio a un equipo de fútbol, sino por su relación y simbología con España, ya que el concepto de nación era la razón esencial de su odio exteriorizado con sus expresiones y ataques físicos.

3. - Origen del delito de odio y su plasmación en el ordenamiento jurídico.

Con respecto a los delitos de odio, como es el caso que nos ocupa hemos señalado en sentencia del Tribunal Supremo 47/2019 de 4 Feb. 2019, Rec. 1916/2018 que:

“El término discurso del odio tiene su origen en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, a su vez lo tomó de las resoluciones del Consejo de Europa. Los Estados han configurado tipos penales expresivos del discurso del odio. En realidad, no hay una figura típica del discurso del odio, sino que se trata de diversos tipos penales que recogen figuras de agresión a sujetos individuales o colectivos, especialmente vulnerables, a través de distintos vehículos de comunicación. El origen legal se encuentra en la Recomendación 20 del Comité de ministros del Consejo de Europa, de octubre de 1997, que “insta a los Estados a actuar contra todas formas de expresión que propaguen, inciten o promuevan el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia que se manifiesta a través del nacionalismo agresivo, el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las medidas y los inmigrantes o personas de origen inmigrante”. Esta recomendación tiene su origen en la interpretación del artículo 10 del Convenio Europeo de derechos humanos, de 1950 que, en su apartado primero, declara que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión, matizando en su apartado segundo que el ejercicio de la libertad entraña deberes y responsabilidades, y podrá ser sometida ciertas condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial, la seguridad pública, la defensa del orden, en la protección de la reputación o de los derechos ajenos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos hizo suya esta expresión en la Sentencia de 8 julio 1999, caso *Erdogdu* contra Turquía, donde argumentó que la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado discurso del odio, esto es aquel desarrollado en términos que supongan una incitación violenta contra los ciudadanos en general, contra determinadas razas o creencias, en particular.

El ordenamiento español se ha hecho eco de esta modalidad agresiva a la convivencia y recoge en varios artículos, modalidades enmarcadas en el denominado discurso del odio. El art. 510 y del Código penal, como arquetipo del discurso que el odio; el artículo 578, el delito de enaltecimiento, y el de menosprecio a las víctimas; el art. 579, con un contenido que amenaza a la ejecución de delitos de terrorismo al exigir la incitación a la comisión de delitos de terrorismo; el artículo 607, en su redacción anterior a 2015, cuando acogía la provocación, incitación al delito de genocidio, y anteriormente, la negación al holocausto; así como otras manifestaciones en las cuales aparece, de alguna forma, concernida la libertad de expresión y ataque a instituciones.”

4. -La quiebra del principio de igualdad provocado por el odio.

Señala, también, la antes citada sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 47/2019 de 4 Feb. 2019, Rec. 1916/2018 que:

“Lo que es objeto de castigo en los delitos de odio, no puede ser la expresión de una idea, sino cuando se haga de modo que incorporen una provocación al odio, a la discriminación, o a la violencia, infringiendo los valores constitucionales de la dignidad humana y de la no discriminación por causa de nacimiento, origen racial, sexo o religión, o por cualquier otra circunstancia de carácter personal o social a los que se refieren los artículos 10 y 14 de la Constitución”.

En este sentido, la discriminación enmarcada en el ataque a una persona por su relación con una nación, y en este caso con lo que se entienda procedente de España, –porque así se expresaron los recurrentes, y lo expusieron mientras atacaban con odio a la pertenencia a la nación española–, supone un evidente delito de odio sin discusión, sin precisar que cuando se ataca a alguien por el concepto de su pertenencia a una nación esta persona sea vulnerable. Lo que se odia es al diferente por una de esas razones, entre la que está el concepto de nación y supone una quiebra del principio de igualdad, porque los que actúan de esa manera parece que asumen o quieren detentar una especie de patente acerca de quién puede residir en un lugar y si su pertenencia a una nacionalidad puede ser entendida como una especie de “derecho de exclusión” para los autores del delito de odio.

A este respecto señaló la Audiencia Provincial de Barcelona en su sentencia resolviendo la apelación que “Es meridianamente claro que (la conducta) se inserta en el prohibido bajo pena “discurso del odio” el cual (sean vulnerables o no las víctimas, sea una o más) sigue constituyendo la clave de bóveda de la figura penal recogida en el artículo 510 CP en el sentido que el peligro ex ante que el discurso supone para el bien jurídico justifica que al atentar contra la dignidad de una o más personas por los motivos típicos, profiriendo expresiones injuriosas o amenazantes contra las mismas, humillándolas, despreciándolas y en suma denigrándolas se asocie una pena típica base de hasta dos años de prisión tanto en el artículo 173.1 CP como en el 510.2 a) CP mientras que las injurias con publicidad –aún a personas jurídicas o colectivos– se castigan con una pena de multa de seis a catorce meses.”

Y de la misma manera, la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 72/2018 de 9 Feb. 2018, Rec. 583/2017 trata un caso de condena por delito de odio del art. 510 CP en virtud de recurso del Fiscal por incitación al odio por mensajes difundidos vía Twitter contra mujeres víctimas de violencia de género, destacando el carácter agresivo de las expresiones y constatación del “discurso del odio” en ellas, al ir referidas a situaciones de vejación y maltrato físico en un

contexto de género, sin precisarse un “añadido” no contemplado en el tipo penal que ello lo fuera en un contexto de vulnerabilidad.

5. - La clave es la “motivación discriminatoria”

Indudablemente, la motivación fue claramente excluyente y discriminatoria, además de que el sujeto pasivo se ubica en uno de los grupos del art. 510 CP por razón del concepto “Nación” y la pertenencia de las víctimas a la “nacionalidad española”, y la creencia sobre el dato objetivo del odio por la ideología relacionada con la nacionalidad, porque la agresión y humillación tuvo en esta causa la razón por la que actuaron los recurrentes, no por otra, ni frente a otras personas que pudieran instalar una carpa a favor de un equipo de fútbol concreto, porque el odio por esto último no tiene cabida en el art. 510 CP, e integrará la tipicidad específica de las acciones, en su caso delictivas, que se lleven a cabo, tales como delitos de lesiones en sus distintas modalidades, amenazas, coacciones, etc.

Así, la Fiscalía General del Estado como analiza la mejor doctrina en el estudio de su circular fija sus propias pautas de interpretación general conforme a las cuales entiende que el “discurso del odio” ha de ser punible:

En primer lugar, señala la posibilidad de que se manifieste en una pluralidad de conductas. Así indica que pueden consistir en la promoción o difusión de ideas u opiniones; en la emisión de expresiones o realización de actos de menosprecio, descrédito o humillación; o que inciten a la violencia física o psíquica; en el enaltecimiento de ese tipo de hechos o de sus autores; o en la justificación, trivialización o negación de graves actos contra la humanidad.

En segundo lugar, hace hincapié en que ha de ser una conducta relevante. Por lo que puntualiza que no han de perseguirse las meras ideas u opiniones, sino sólo aquellas conductas que infrinjan el bien jurídico protegido o que sean susceptibles de generar un riesgo o peligro para el mismo.

En tercer lugar, exige que haya una “motivación discriminatoria”. Y entiende que éste es un elemento absolutamente esencial, que lo distingue de cualquier otra figura delictiva.

Por todo ello, los hechos declarados probados permiten la correcta subsunción en el tipo penal por el que han sido condenados por principio de especialidad.

El motivo se desestima.

QUINTO.-Desestimándose el recurso, las costas se imponen a los recurrentes (art. 901 LECrim).

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

DECLARAR NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación de los acusados Luis Enrique, Jesús Ángel y Ángel Jesús, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Segunda, de fecha 24 de febrero de 2020 que revocó parcialmente la sentencia de 30 de septiembre de 2019 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 16 de Barcelona, que condenó a los recurrentes por tres delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Miguel Colmenero Menéndez de Luarda Vicente Magro Servet
Ángel Luis Hurtado Adrián Leopoldo Puente Segura

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 488/2022

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
Excmos. Sres. y Excmo. 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 17^a 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 D^a. 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 17^a 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:

1. En relación con otras ramas del Islam:

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

El día 14.07.2017 escribió desde DIRECCION003: Cada noble musulmán/ 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 asi lo kiso nunca veras a un suni de mierda exigiéndole a los ricos

El día 1.01.02019 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

2. 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 vendepatriás/ 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 óptimo 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 así/ 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 borrajos/ 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/

3. 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.

4. En relación al colectivo de las mujeres

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

El día 20.07.2017 desde el perfil DIRECCION003 publicó: Putas y borrasas de mierda/ Son las putas españolas/ Putas y borrasas 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 pega/ 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 borrasa 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?

5. 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 comenario: Soy Argimiro/ Si consigues armamento/ te ayudo a matar faxas/

El día 4.07.2018 desde el perfil DIRECCION003.7 publicó el comentario: 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

El mismo día y desde el mismo perfil escribió: Debemos organizarnos para asesinar a los lideres de derexa... 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/ imaginatelo/ imagina imagina/ k Roobin 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 Andalucia 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 ultraderechista 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, devuélvase los autos al órgano judicial de referencia.

Líbrense 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 rectificada, y llévese 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 .

SÉTIMO

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

1. - 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.

2. - 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 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. (...) 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 piensan 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 imbécil/ Español gilipollas/ Español hijo de la gran puta de mierda/ Español

vendepatías/ 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 dé 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 pidió 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 borrajos/ 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 anhele 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 guantazos/ 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 fisica/ Hay violencia económica/ Hay violencia familiar/ Si un hombre obedece las indicaciones feministas/ Sera el hombre el k sufra/ La violencia fisica/ 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 oficninas 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/ imaginatelo/ imagina imagina/ k Robin 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 exito/ 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 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 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 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](#)).

3. - 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 destina-

tarios. 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).

4. - 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 .

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

F A L L O

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.

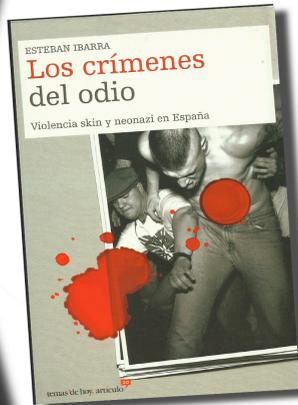
Condenamos al recurrente al pago de las costas causadas.

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



SOMOS	diferentes
SOMOS	iguales

SÓLO UNA RAZA, LA RAZA HUMANA



Movimiento contra la Intolerancia

somos DIFERENTES
somos IGUALES



SECRETARÍA DE ESTADO
DE MIGRACIONES

DIRECCIÓN GENERAL DE ATENCIÓN
HUMANITARIA E INCLUSIÓN SOCIAL
DE LA INMIGRACIÓN



Cofinanciado por
la Unión Europea

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