



Roj: **STS 481/2025 - ECLI:ES:TS:2025:481**

Id Cendoj: **28079120012025100091**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/02/2025**

Nº de Recurso: **5128/2022**

Nº de Resolución: **89/2025**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANA MARIA FERRER GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 89/2025

Fecha de sentencia: 05/02/2025

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 5128/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 29/01/2025

Ponente: Excmá. Sra. D.^a Ana María Ferrer García

Procedencia: Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

Transcrito por: JLA

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 5128/2022

Ponente: Excmá. Sra. D.^a Ana María Ferrer García

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 89/2025

Excmos. Sres. y Excmá. Sra.

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Manuel Marchena Gómez

D.^a Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 5 de febrero de 2025.

Esta sala ha visto el recurso de casación núm. 5128/22 por infracción de ley, interpuesto por D. Bienvenido , representado por la procuradora D^a. Isabel Herrada Martín, bajo la dirección letrada de D^a. Matilde Izquierdo Orcajo, al que se adhirió D. Conrado , representado por la procuradora D^a Matilde Sanz Estrada bajo la dirección letrada de D^a M^a del Pilar Igualador Pascual, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 19 de mayo de 2022 (Rollo Apelación 178/22). Ha sido parte recurrida Ministerio Fiscal y D. Eduardo representado por la procuradora D^a M^a de los Ángeles Fernández Aguado bajo la dirección letrada de D. Francisco Jesús Gragera de Torres, ejerciendo la acusación particular.

Ha sido ponente la Excm^a. Sra. D.^a Ana María Ferrer García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción num. 13 de Madrid incoó Procedimiento Abreviado num. 107/21 y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, que con fecha 17 de enero de 2022 (Sec. 6^a, PA 454/21), dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**: "SE DECLARA PROBADO: Que el día 15 de Enero de 2021, cuando los acusados Bienvenido , nacido en Ecuador, mayor de edad y sin antecedentes penales, y Conrado , nacido en Ecuador, mayor de edad y con antecedentes penales no computables en esta causa a efectos de reincidencia, se encontraban en el establecimiento "100 Montaditos", sito en la calle Felipe V, de esta capital, y por motivo de los perjuicios que ambos tienen hacia las personas con diferente orientación sexual, se dirigieron hacia Eduardo , quien salía de los baños de dicho establecimiento y le increparon diciéndole varias veces "maricón" "maricón de mierda", " te estabas pajeando con tu amigo", llegando a cerrarle de forma violenta la puerta del aseo, motivando un sentimiento de humillación en Eduardo".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "Que debemos condenar y condenarnos a Bienvenido y a Conrado , como autores responsables de un delito contra la dignidad de las personas, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a las penas, a cada uno de ellos, de SEIS MESES DE PRISION, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y TRES AÑOS de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, y MULTA DE SEIS MESES, con una cuota diaria de seis euros, con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas dejadas de satisfacer, y al pago de las costas de este juicio, por mitad, con inclusión de las devengadas por la acusación particular, y a que indemnicen, conjunta y solidariamente, a Eduardo en la suma de 500 euros por daños morales".

La citada Audiencia en fecha 27 de enero de 2002 dictó auto de aclaración de la referida sentencia que contiene la siguiente PARTE DISPOSITIVA: "Se aclara, a instancias del Ministerio Fiscal, la sentencia dictada en el presente procedimiento, de fecha 17 de Enero de 2022, en el sentido de que la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, impuesta a los acusados Bienvenido y a Conrado , ha de fijarse en 3 años y 6 meses, en lugar de los 3 años impuestos".

TERCERO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por D. Bienvenido y D. Conrado , dictándose sentencia por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con fecha 19 de mayo de 2022 y cuya parte dispositiva es la siguiente: "FALLAMOS: que desestimando los recursos de apelación interpuestos por Bienvenido y Conrado contra la sentencia de fecha 17 de enero de 2022, dictada por la Sección n^o 6 de la Audiencia Provincial de Madrid, en el procedimiento ordinario n^o 454/2021, de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, y declaramos de oficio las costas de esta alzada.

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)".

CUARTO.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, por la representación de D. Bienvenido , al que se adhirió D. Conrado , 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.

QUINTO.- El recurso interpuesto se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

ÚNICO.- Por infracción de Ley, al amparo de lo establecido en el artículo 849 LECRIM.

SEXTO.- Instruido el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular del recurso interpuesto, ambas partes lo impugnaron. La Sala admitió a trámite el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento para el Fallo, se celebró la votación prevenida el día 29 de enero de 2025.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid que confirmó en apelación la de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial también de Madrid, recurre en casación el condenado Bienvenido, adhiriéndose al recurso el igualmente condenado Conrado.

El recurso invoca el artículo 849 LECRIM. En su escaso desarrollo argumental el planteamiento del recurrente se limita a señalar que "en ningún momento (...) profirió expresiones de forma consciente contra el denunciante del tipo "maricón", "maricón de mierda", "te estabas pajeando con tu amigo" ya que había ingerido mucho alcohol y no recuerda haberlo hecho". "En ningún momento diría las expresiones aludidas con el ánimo de manifestar rechazo, desprecio o discriminación hacia Eduardo en particular o hacia las personas homosexuales. Su intención nunca fue el menoscabo de la dignidad del denunciante". Que las expresiones utilizadas están amparadas por el contenido protegido del derecho fundamental a la mera transmisión de ideas. Añade que la conducta exige dolo directo, que el mensaje carece de la intensidad y seriedad necesaria y que él mismo ha sufrido situaciones semejantes.

El escrito de adhesión en nada refuerza tales alegaciones.

1. No especifica el recurso por de cuál de los dos cauces que habilita el artículo 849 LECRIM canaliza su queja. Si fuera el del nº 1, infracción de norma sustantiva, la discrepancia que este habilita nada tiene que ver con el significado y la suficiencia incriminatoria de la prueba sobre la que se asientan los hechos, sino con la calificación jurídica de éstos. Solo cabe cuestionar el juicio de tipicidad, esto es, la subsunción proclamada por el Tribunal de instancia, a partir de la secuencia histórica que la Sala sentenciadora ha declarado probada.

Si la opción lo fuera por el nº 2, "Cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos..." con independencia del restringido ámbito que corresponde a este motivo, cuya operatividad queda limitada al error que resulta de documentos con autonomía probatoria, el recurso no hace alusión a documento alguno, ni los que tienen carácter de documentos aspectos casacionales ni a ningún otro.

El recurso reitera las cuestiones que ya planteara en el previo de apelación, sin entablar diálogo alguno con la sentencia recurrida que es la que centra el objeto de nuestro análisis.

2. El Tribunal de apelación ha dado una contundente respuesta a las alegaciones auto exculpatorias que ahora se reproducen. Primero en el aspecto fáctico, profundizando en el caudal probatorio que da asiento a la secuencia histórica que recrea el relato de hechos probados, refrendando el proceso valorativo del Tribunal de instancia. Y lo hace a partir de un análisis exento del mínimo atisbo de arbitrariedad. Y así explica "La actividad probatoria desarrollada en el plenario da sólido apoyo al relato fáctico de la sentencia, pues sin perjuicio de que uno de los acusados reconoció el empleo de la locución "marica" dirigida a la víctima, si bien minimizando su carácter ofensivo, resulta que el perjudicado describió detalladamente el suceso, cuáles fueron las concretas expresiones verbales y ulterior violento cierre de una puerta, que llegó a impactar en el brazo izquierdo al Sr. Eduardo sin causarle lesión, y precisó que no conocía de nada a aquellos ni los había visto beber, como también describe la conmoción psicológica que le produjo el incidente, relato que coincide in totum con las manifestaciones de la testigo Sra. Esperanza, por completo ajena a los hechos, que tuvo una actuación pacificadora, de especial interés para calibrar el hecho cuando pormenoriza el estado de intimidación que sufrió la víctima, y sobre ese particular también depuso el testigo Sr. Juan Francisco que aunque se enteró de la agresión por referencia de la Sra. Esperanza en cambio apreció directamente que el Sr. Eduardo a resultas se encontraba afectado, asustado y nervioso. A propósito del supuesto estado de embriaguez no descartó la testigo que los acusados pudieran estar "un poco bebidos", pero ni el resto de los testigos ni los agentes de la Policía Nacional con TIP NUM000 y NUM001 lo afirman, y el funcionario con carnet NUM002 si bien reconoce que el Sr. Bienvenido estaba bebido añade que era consciente de lo que hacía, de ahí que, a falta de otros datos, el Tribunal a quo entendiera, correctamente, ayunas de prueba tanto la intensidad de la ingesta como la afectación de los acusados, quienes, a mayor abundamiento, no llegaron nunca precisar qué bebidas alcohólicas habían tomado".

De esta manera avala el relato de hechos que la Audiencia Provincial declaró como probados, del siguiente tenor "Que el día 15 de Enero de 2021, cuando los acusados Bienvenido, nacido en Ecuador, mayor de edad y sin antecedentes penales, y Conrado, nacido en Ecuador, mayor de edad y con antecedentes penales no computables en esta causa a efectos de reincidencia, se encontraban en el establecimiento "100 Montaditos", sito en la calle Felipe V, de esta capital, y por motivo de los prejuicios que ambos tienen hacia las personas con diferente orientación sexual, se dirigieron hacia Eduardo, quien salía de los baños de dicho establecimiento

y le increparon diciéndole varias veces " 'maricón' "maricón de mierda", " te estabas pajeando con tu 'amigo'; llegando a cerrarle de forma violenta la puerta del aseo, motivando un sentimiento de humillación en Eduardo".

Sobre esta secuencia, se condena a los recurrentes como autores de un delito del artículo 510. 2 a) primer inciso CP, que en su redacción vigente a la fecha de los hechos, posteriormente ampliada en cuanto a alguno de los factores de discriminación, castigaba 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...". Modalidad esta que sanciona la transgresión de la dignidad mediante acciones humillantes, de menosprecio o descrédito de carácter discriminatorio.

3. La tipificación del artículo 510 se construye sobre la necesidad de dotar de especial protección a grupos vulnerables ante formas de expresión que los humillan o los colocan en la diana de comportamientos violentos en función de patrones que singularizan a sus miembros. Entendiendo vulnerabilidad como cualidad atribuible al grupo aglutinado en torno a uno de los factores de discriminación que se describen: la raza, la ideología, la religión, el género, el sexo, la orientación e identidad sexuales, el origen nacional, y la enfermedad o discapacidad, y como tal expuesto a ser vilipendiado por ello. Vectores que el legislador ha tomado en consideración para delimitar ámbitos necesitados de protección a fin de conformar un modelo social de tolerancia y convivencia pacífica e igualitaria. Grupos especialmente expuestos ante un discurso supremacista que ofende y humilla por los factores que el legislador ha definido como fuentes de discriminación.

La realidad social nos demuestra que por mucho que sean los esfuerzos desplegados para incentivar la aceptación dentro de nuestro ámbito de convivencia de la diversidad, la que tiene su base en la orientación sexual sigue siendo frecuente objeto de ataques.

4. La sentencia combatida aborda el análisis de tipicidad a partir de la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional, centrándose, entre otras, en la STS 646/2018 de 14 diciembre, de la que, entre otros, destaca el siguiente fragmento "El elemento que caracteriza a los delitos de odio es el ánimo subjetivo que conduce al autor a la comisión del hecho agresivo, lo que permite excluir un animus ajeno al contenido agresivo. El ánimo consiste en la animadversión hacia la persona, o hacia colectivos que, unificados por el color de su piel, por su origen, su etnia, su religión, su discapacidad, su ideología, su orientación o su identidad sexual, o por su condición de víctimas conforman una aparente unidad que permite configurar una serie de tipos de personas. Además, estos delitos se conforman sobre una acusada circunstancialidad de la tipología, lo que obliga a interpretar la calificación jurídica de los hechos en función de la realidad social del tiempo en el que ha de aplicarse la norma. Por otra parte, desde la tipicidad objetiva, las expresiones y actos han de tener una gravedad suficiente para lesionar la dignidad de los colectivos contra los que se actúa...".

En este caso las expresiones proferidas son ofensivas. Por mucho que alguna de ellas en particulares contextos y en determinados ámbitos se utilicen de manera generalizada, incluso jocosa y sin carga peyorativa, objetivamente incorporan una connotación de menosprecio vinculada a la orientación sexual, expresión de homofobia. Empleadas tal y como el relato de hechos describe, no exentas de cierta violencia y en un lugar público de manera que pudieron ser escuchadas por terceros, transmiten un discurso que humilla, desprecia y discrimina, ostentado desde tradicionales posturas estereotipadas de lo masculino. Palabras que vehiculizan un discurso capaz de comprometer los valores constitucionales de salvaguarda de la dignidad humana y proscripción de la discriminación que proclaman los artículos 10 y 14 CE. Palabras idóneas para menoscabar gravemente la integridad moral de la persona sobre la que se personificó el ataque.

Un discurso que, tal y como el relato de hechos singulariza, responde a los prejuicios que ambos acusados tienen hacia las personas con una particular orientación sexual, por lo que es la pertenencia a ese grupo o colectivo la que impulsa la acción denigratoria, que de esta manera se proyecta sobre aquel. Así se deduce, no solo del contenido de las expresiones imprecadas, sino de los comportamientos sexuales que se aluden en las mismas como compartidos por personas de la orientación sexual que se pretende denigrar.

Y es precisamente ese afán denigratorio hacia quienes comparten determinada orientación sexual, a quienes se humilla simplemente a razón de ello, por la pertenencia a ese colectivo, el que dota al artículo 510 2 a) inciso primero, de la especialidad que lo hace prevalecer frente al delito contra la integridad moral del artículo 173.1 CP, que en el caso habría de ser apreciado con la concurrencia de la agravante genérica de discriminación por razón de la orientación sexual. Los puntos de coincidencia entre ambas figuras son evidentes. Hasta el extremo que afirmó la STS 437/2022, de 4 de mayo "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".

5. Los hechos no pueden entenderse amparados en la alegada libertad de expresión ex artículo 20 CE. Así lo entendieron los dos Tribunales que nos precedieron en el conocimiento del caso, y así lo respaldamos.

Como dijimos en la STS 252/2013, de 11 de abril, la trascendencia de la libertad de expresión, y la necesidad de su defensa para el régimen democrático son indiscutibles. El TEDH lo ha certificado desde antiguo en numerosas sentencias, al afirmar que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales de su progreso (valga como ejemplo el caso Handyside c. Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976).

En la misma línea el Tribunal Constitucional español ha afirmado "la libertad de expresión comprende, junto a la mera expresión de juicios de valor, la crítica de la conducta de otros, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática" (STC 23/2010, de 27 de abril). En el espacio así delimitado, quedan amparadas "aquellas manifestaciones que, aunque afecten al honor ajeno, se revelen como necesarias para la exposición de ideas u opiniones de interés público" (STC 107/1988, de 8 de junio). Sin embargo quedan fuera de la misma "un pretendido derecho al insulto, de modo que no cabe utilizar, en ejercicio del derecho a la libertad de expresión constitucionalmente protegida, expresiones 'formalmente injuriosas', o 'absolutamente vejatorias'; es decir, quedan proscritas "aquellas que, dadas las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas y resulten impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate"(STC 41/2011, de 11 de abril); es decir : "las frases y expresiones ultrajantes y ofensivas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y por tanto, innecesarias a este propósito"(STC 23/2010, de 27 de abril) .

El recurso decae.

SEGUNDO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 LECRIM criminal, los recurrentes soportarán las costas de esta instancia

FALLO

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

DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Bienvenido , contra sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 19 de mayo de 2022 (Rollo Apelación 178/22).

Comuníquese a dicho Tribunal Superior de Justicia esta resolución. Con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Imponer a dicho recurrente el pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

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

Así se acuerda y firma.

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Manuel Marchena Gómez Ana María Ferrer García

Pablo Llarena Conde Eduardo de Porres Ortiz de Urbina