

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **3**

Fecha: **02/07/2024**

Nº de Recurso: **19/2022**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN TERCERA

Procedimiento Abreviado Nº19/2022

Diligencias Previas nº 176/2020

del Juzgado de Instrucción nº 28 de Barcelona

ACUSADOS: Everardo

Cecilio

Magistrada ponente:

CARMEN GUIL ROMAN

SENTENCIA Nº

TRIBUNAL

MARIA CARMEN MARTÍNEZ LUNA

CARMEN GUIL ROMÁN

EMMA SANCHEZ GIL

Barcelona, a 2 de julio de 2024

Hemos visto en juicio oral y público, ante la SECCIÓN TERCERA de esta Audiencia Provincial de Barcelona, el presente Procedimiento Abreviado 19/2022 correspondiente a las Diligencias Previas nº 176/2020 del Juzgado de Instrucción nº 28 de Barcelona, seguido por un delito cometido en el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas contra el acusado Everardo, con D.N.I. nº NUM000 nacido en fecha NUM001 de 1982 en Valencia, hijo de Everardo y Visitación, en libertad provisional por esta causa, representado por el Procurador Alex Martinez Batlle y defendido por la letrada Naiara Rubio Peña y contra Cecilio con DNI NUM002 nacido en fecha NUM003 de 1977 en Santa Coloma de Gramenet (Barcelona), hijo de Nicanor y Elisabeth representado por el Procurador Jose Antonio García Tapia y defendido por el letrado Sr. Marcos Almazor Arias.

Han comparecido como responsables civiles directos la entidad ZURICH INSURANCE representada por el Procurador Sr. Guillem Urbea Pich y defendido por la Letrada Aurora Alcaide y la entidad GOLDEN ARCHES INSURANCE LIMITED representada por la Procuradora Nuria Suñe y defendida por el letrado Rafael Sanchez Sevilla; y como responsables civiles subsidiarios la entidad SABICO SEGURIDAD SA representado por el Procurador Jose Antonio García Tapia y defendido por el letrado Sr. Marcos Almazor Arias y la entidad MC DONALDS SAU representada por la Procuradora Nuria Suñe y defendida por el letrado Rafael Sanchez Sevilla y el Ministerio Fiscal, representado por Felicidad Ruiz.

Como Magistrada Ponente, en la presente resolución expreso el criterio unánime del tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las presentes actuaciones se iniciaron en virtud de denuncia del Ministerio Fiscal, dictándose el día 9 de diciembre de 2020 Auto de Apertura de juicio oral. Elevada la causa a esta Sección 3ª de la Audiencia Provincial se unió al presente Rollo, se dictó auto de admisión de pruebas y se proveyó sobre las pruebas

propuestas por las partes. Señalada la fecha para la celebración de la vista oral ésta tuvo lugar el día 13 de junio de 2024, habiendo asistido todas las partes, y en la que se han practicado las pruebas del interrogatorio de los acusados, la testifical, pericial y la documental, con el resultado que se refleja en el acta correspondiente.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal calificó definitivamente los hechos como constitutivos de un delito cometido con ocasión de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la C.E. en su modalidad de lesión de la dignidad de las personas por motivos de discriminación relativa a la orientación sexual del art. 510.2ª) y 510.5 del Código Penal en concurso de normas con un delito contra la integridad moral del art. 173.1 del Cp. Interesó la pena para el acusado Everardo como autor del delito la pena de 18 meses de prisión y multa de 9 meses con una cuota diaria de 12 € con responsabilidad personal subsidiaria prevista en CP, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial por tiempo de 4 años superior a la pena de prisión para profesión u oficio educativo, en el ámbito docente, deportivo o de tiempo libre.

Conforme al art. 57 CP en relación al art. 173.1 interesó la prohibición de aproximación al Sr. Torcuato en un radio de 1.000 metros incluido su lugar de residencia y trabajo y comunicarse con el mismo durante un tiempo superior en 4 años al tiempo de prisión impuesta.

Así mismo, interesó la pena para el acusado Cecilio como autor por omisión de dichos delitos la pena de 9 meses de prisión y 9 meses de multa con una cuota diaria de 12 € con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, prevista en el art. 57 del CP e inhabilitación especial por tiempo de 4 años superior a la pena de prisión para profesión u oficio educativo, en el ámbito docente, deportivo o de tiempo libre. Interesó la inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de vigilante de seguridad durante la pena de prisión conforme al art. 56.1 regla 3ª del Código Penal.

En concepto de responsabilidad civil interesa que los acusados indemnicen conjunta y solidariamente al Sr. Torcuato en la suma de 2.000 € por los daños Morales causados. Interesó que se declarara la responsabilidad civil directa y solidaria de las entidades aseguradoras Zurich y Golden Arches Insurance Limited y la responsabilidad civil subsidiaria de la entidad Sabico Seguridad SA y de la entidad Mc Donald's SAU.

TERCERO.- Las Defensas de los acusados y de los responsables civiles, en el mismo acto, mostraron su disconformidad con la calificación del Ministerio Fiscal, solicitando la libre absolución de sus respectivos patrocinados con todos los pronunciamientos favorables.

HECHOS PROBADOS

Sobre las 0:15 horas del 28 de junio de 2019, el acusado Cecilio trabajaba como vigilante de Seguridad de la empresa Sabico Seguridad S.A. en el establecimiento Mc Donald's sito en RONDA000 num. NUM004 de Barcelona.

El acusado Everardo se encontraba en dicho establecimiento con otros miembros de su familia.

A la hora indicada, entró en el establecimiento Torcuato junto con otra persona. Ambos habían participado en la conmemoración del día del Orgullo LGTBI que se había celebrado en la PLAZA000 aquel día. En un momento dado, el Sr. Torcuato se dirigió a las máquinas de autoservicio del restaurante para hacer un pedido. El acusado Everardo se acercó al mismo increpándole por su forma de vestir. El vigilante de seguridad Cecilio se dirigió hacia ellos para evitar que el incidente adquiriera gravedad.

Ante los comentarios por su forma de vestir, Torcuato le contestó *"yo no tengo que aguantar esto...yo no tengo que aguantar que un chaval me diga que no me puedo vestir así"*. El acusado le contestó *"a mí que seas marica me da igual"*. El Sr. Torcuato le contestó *"entonces que...tengo que cambiar porque tú me lo digas. Es el día del orgullo"*. El acusado le dijo *"a mí me da igual...también es el día de soltar hostias. Quieres ver cómo te la suelto?"*. Ante esas palabras, el Sr. Torcuato le dijo *"¿quieres que te denuncie?"*. El acusado le dijo *"que te voy a hacer heterosexual a hostias"* y añadió *"mejor que lleves un guardaespaldas, porque ahora cuando salgas, te voy a dar tal hostia que la mariconería se te quita"*.

Los hechos fueron grabados en vídeo por un acompañante del Sr. Torcuato al que se dirigió el acusado Everardo diciéndole *"contigo no tengo nada"* y tras un nuevo intercambio de palabras con el Sr. Torcuato añadió *"a mi es faltarme al respeto...por vestir así en un sitio público y más habiendo niños pequeños"*.

Mientras duraba el incidente, dada la proximidad entre Everardo y el Sr. Torcuato, el acusado Cecilio se colocó junto a ambos, extendiendo su brazo hacia el Sr. Everardo para evitar toda agresión física y la escalada del conflicto. Así mismo, avisó a los Mossos d'Esquadra para que se personaran en el lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Valoración de las pruebas. - Los hechos declarados probados resultan de la prueba practicada bajo los principios de contradicción e intermediación. Dicha prueba ha consistido en la declaración de ambos acusados, la testifical de Torcuato, Roberto, Luis Andrés y Gabriel junto a los agentes de Mossos d'Esquadra con TIP NUM005, NUM006, NUM007 y NUM008. Se practicó la pericial de Jerónimo y la documental que se dio por reproducida junto a los vídeos grabados en el establecimiento cuya reproducción no fue posible en el juicio oral al no funcionar y que fueron aportados posteriormente por las partes y obran en el sistema Arconte.

Es un hecho no controvertido que el acusado Cecilio trabajaba de guardia de seguridad en el establecimiento Mc Donald's sito en RONDA000, muy próximo a la Plaça Universitat de Barcelona el día 28 de junio de 2019 y allí se había celebrado acto conmemorativo del día del Orgullo LGTBI.

Tampoco lo es que en el establecimiento estaba el acusado Sr. Everardo sentado en una mesa con su familia y que entraron el Sr. Torcuato y Roberto que venían de los actos de celebración mencionados.

Todas las partes reconocen también las palabras que el Sr. Everardo le dirigió al Sr. Torcuato, el lugar donde lo hizo y la presencia entre ambos del Sr. Cecilio en su condición de vigilante de seguridad.

Más allá de los detalles de las declaraciones del Sr. Cecilio y de ambos testigos, lo cierto es que el incidente fue grabado por el Sr. Roberto con su teléfono móvil por lo que tenemos un documento videográfico de lo ocurrido. Documento que no ha sido impugnado ni rebatido por el acusado Sr. Everardo quien en su declaración manifestó que no recordaba nada de lo ocurrido aunque posteriormente, en ejercicio de su derecho a la última palabra, dirigiéndose al Sr. Torcuato le dijo *"yo no te dije aquello porque seas homosexual, a mí me da igual, era por la manera en que ibas vestido y porque mi hija estaba en el Mc Donald's ese día, no porque fueras homosexual y bueno, sea lo que sea y venga lo que venga...lo siento"*.

Tras el visionado de la grabación aportada, el Tribunal ha tomado pleno conocimiento de lo ocurrido y ha transcrito la conversación literal mantenida entre el acusado y el Sr. Torcuato, conversación que viene a su vez transcrita a folios 11 y 12, acompañado de los fotogramas obtenidos del video que obran a folios 35 a 43.

En el vídeo hemos comprobado la agresividad con la que hablaba el acusado Sr. Everardo y el enfado del mismo focalizado en la forma de vestir del Sr. Torcuato. De hecho, se dirige también al Sr. Roberto y le dice "contigo no tengo nada". También comprobamos que el Sr. Cecilio, lejos de abstenerse y de contemplar impasible el incidente se coloca muy próximo a los dos, interponiendo su brazo derecho entre ambos y con la mano dirigida al Sr. Everardo para evitar que este se aproximara más.

El incidente finaliza con la aproximación de otra persona que es la que aparta al Sr. Everardo hasta que posteriormente acuden los Mossos d'Esquadra alertados por el vigilante de seguridad.

Ninguna aportación relevante hicieron los testigos Luis Andrés (gerente del local pero que no estaba allí) y Gabriel, encargado en el establecimiento aquella noche pero que afirmó que no presencié los hechos ya que el local es muy grande y no lo vio.

De los agentes de Mossos d'Esquadra que acudieron al lugar, declaró como testigo el agente con TIP NUM005 que habló con ambos y que le expresaron su enfado por el incidente, uno ante los comentarios del otro que consideraba homófobos y el acusado por cómo iba vestido el testigo. Pese a ello, el primero no formuló denuncia alguna.

Por último, la prueba pericial del Sr. Jerónimo quien ratificó su informe obrante a folios 474 a 486. El mismo concluyó que la actuación del vigilante de seguridad fue la correcta desde el punto de vista profesional fue la correcta ya que medió en la discusión manteniéndose junto a ambos para evitar toda agresión física. Su posición corporal considera que evitó una agresión o una escalada del conflicto. Enfatizó que avisó a los agentes de Mossos d'Esquadra. Su informe tiene corroboración con las imágenes captadas por las imágenes de seguridad del establecimiento.

Ciertamente, hemos de tildar de intolerables y desafortunadas las expresiones que el Sr. Everardo dirigió al Sr. Torcuato. Debemos rechazarlas sin paliativos. En nuestra sociedad, el principio de igualdad y no discriminación están recogidos en nuestra Constitución y son la base de la convivencia pacífica. Pese a ello, el motivo de la discusión y las palabras que el verborreico y pendenciero Sr. Everardo dirigió al Sr. Torcuato –reiteramos que de forma injustificada e intransigente- son expresiones ofensivas y desafortunadas, pero no tienen entidad para constituir un delito contra la integridad moral ni un delito de odio como después analizaremos. El contexto en que dichas expresiones se produjeron y sobre todo, la literalidad de alguna de las palabras dirigidas descarta precisamente dicho móvil.

SEGUNDO.- Calificación jurídica de los hechos.- Los hechos declarados probados no son, como hemos adelantado, constitutivos de un delito de odio ni de un delito contra la integridad moral al carecer de entidad para alcanzar dicha calificación.

Al respecto debemos recordar la jurisprudencia del TEDH y del Tribunal Supremo, por todas, auto de 31 de marzo de 2023 que recoge de forma pormenorizada la doctrina del primero: En relación, precisamente, con los llamados delitos de odio, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Carlos José c. Rusia, de 28 de agosto de 2018, nos recuerda que " es de vital importancia que las disposiciones de derecho penal dirigidas contra las expresiones que incitan, promueven o justifican la violencia, el odio o la intolerancia definan de manera clara y precisa el alcance de los delitos pertinentes, y que esas disposiciones se interpreten estrictamente a fin de evitar una situación en la que la discreción del Estado para enjuiciar esos delitos sea demasiado amplia y pueda ser objeto de abusos mediante una aplicación selectiva de la ley".

El informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, presentado de conformidad con la resolución 16/4 del Comité de Derechos Humanos, A/67/357, de 7 de septiembre de 2012, incide en la misma idea-fuente, afirmando " que si bien se exige a los Estados que prohíban por ley toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya una incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia con arreglo al párrafo 2 del artículo 20 del Pacto, ello no se traduce en una exigencia de tipificar como delito esa expresión. Considerando el Relator Especial que sólo deben penalizarse los casos graves y extremos de incitación al odio" .

5. En la lógica de las consecuencias necesarias, la naturaleza del delito de odio como de peligro abstracto no disculpa de la necesidad de identificar tasas mínimas de desvalor del propio resultado de peligro reclamado por el tipo.

El peligro abstracto derivado de la expresión que se reputa odiosa ha de ser real, ha de tener una capacidad potencial hipotética para minar significativamente las bases de la convivencia pacífica que debe poder medirse en términos de clima social.

El resultado real de peligro no se agota en sí mismo con la expresión del odio. Como afirma el Relator Especial del Comité de Derechos Humanos, en el informe antes referido, " debe evaluarse de forma cuidadosa por parte de los jueces el contexto en que se expresó el odio, dado que el derecho internacional prohíbe algunas formas de expresión por sus consecuencias y no por su contenido como tal".

En efecto, la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ofrece una guía metodológica muy valiosa que hace suya la antes mencionada Recomendación de Política General Nº 15 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, en cuyo "memorandum" explicativo, apartado 16, precisa un detallado modelo de evaluación -resulta particularmente interesante comprobar sus diferentes resultados en los casos en los que se ha aplicado, Alekhina y otras c. Rusia de 17 de julio de 2018; Carlos José c. Rusia, de 28 de agosto de 2018; Stomakhin c. Rusia de 8 de octubre de 2018; Atamanchuk c. Rusia, de 11 de febrero de 2020; Mehdi Tarinkulu c. Turquía, de 5 de mayo de 2020-.

Los ítems del test de lesividad son los siguientes: a) el contexto en que se utilizan las expresiones de odio en cuestión -en particular, si existen o no tensiones graves en la sociedad a las que se vinculan esas expresiones de odio- b) La capacidad de la persona que utiliza las expresiones de odio para ejercer influencia sobre otros -por ejemplo, por ser un dirigente político, religioso o comunitario- c) La naturaleza y la fuerza del lenguaje utilizado -por ejemplo, si es provocativo y directo, si implica el uso de información errónea, estereotipos negativos y estigmatización o si es capaz de incitar a actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación-. d) El contexto de las observaciones específicas -si son o no un hecho aislado o se reafirman varias veces y si se puede considerar que se contrarrestan o no mediante otras formuladas por el mismo orador o por otra persona, especialmente en el curso de un debate-. e) el medio utilizado -si es o no capaz de provocar inmediatamente una respuesta del público, como en un evento en vivo o en directo-. f) Las condiciones de los destinatarios -si disponen o no los medios y la inclinación o susceptibilidad de participar en actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación-.

Como bien dice el Tribunal Supremo, en dicha resolución "El espacio de protección del artículo 510 CP no puede extenderse a las expresiones o a las ideas que, simplemente, molesten, cuestionen, contradigan, menosprecien, nieguen o ridiculicen las ideas o expresiones de un grupo antagónico al emisor".

Aplicada dicha jurisprudencia al caso que nos ocupa, no identificamos que las expresiones atribuidas al acusado superen ninguno de los ítems del Test ERCI mencionado por el TEDH, ni que ni tan siquiera rocen un mínimo grado de lesividad que reclama el art. 510.2 del CP. Se trata de expresiones como decimos desafortunadas y reprobables desde el punto de vista cívico y moral, pero no solo carecen de entidad para

integrar el delito menos grave por el que la Fiscal acusa, sino que la motivación no se centra en la condición sexual de la persona ofendida.

En varias ocasiones le indicó el acusado que le daba igual su condición sexual y que solo le reprendía por la forma de ir vestido. Se dirige en un momento dado hacia el Sr. Roberto que acompañaba al primero y que está grabando los hechos y le dice claramente *"contigo no tengo nada"* por lo que habiendo entrado juntos y ambos reivindicando el día del orgullo, si la motivación fuera la homofobia como se imputa, la violencia verbal hubiera sido dirigida contra ambos y no solo contra el Sr. Torcuato.

En la última palabra, el acusado reiteró que no era por su condición de homosexual sino por la forma en que iba vestido, que el acusado consideraba inapropiada ante la presencia de menores como era su hija.

Obviamente, ello refleja un pensamiento cerril y criticable desde el punto de vista de la tolerancia y el respeto al otro, como bases insoslayables de una convivencia pacífica, pero descartan desde nuestro punto de vista la intencionalidad que le atribuye el Ministerio Fiscal.

Sí que detectamos un componente -más reprochable si cabe- en el uso de expresiones amenazantes como *"es el día de soltar hostias"* o *"te voy a hacer heterosexual a hostias"* o *"cuando salgas te voy a dar una hostia que la mariconería se te quita"*.

Dichas expresiones podrían integrar un delito leve de amenazas por el que no se ha formulado acusación en ningún momento. De hecho, la presente causa no se abre por denuncia del Sr. Torcuato -preceptiva en caso de amenazas leves- sino por denuncia del fiscal a raíz de la publicación en las redes sociales del vídeo grabado por el Sr. Roberto, publicación imputable a éste o al Sr. Torcuato, pero en modo alguno a los acusados.

Ciertamente, la difusión del vídeo en Twitter y el revuelo mediático provocado por la misma ocasionaron una afectación al Sr. Torcuato, pero ninguna participación tuvieron los acusados en dicha difusión ni la aprovecharon para propagar discurso de odio contra colectivos LGTBI como se pretende por el Ministerio Fiscal. El episodio se limitó a un incidente en un local que ni siquiera estaba muy concurrido y nadie se sumó a la actuación del acusado Sr. Everardo ni este incitó a nadie para que atacara a esas dos personas.

Menos aún podemos imputar al vigilante de seguridad Sr. Cecilio el delito de odio por comisión por omisión, ya de dudosa construcción típica. No solo porque las expresiones vertidas no revisten el carácter delictivo como hemos dicho sino porque en ningún momento favoreció la actitud lenguaraz del Sr. Everardo, sino que evitó cualquier contacto de este con el Sr. Torcuato e intentó y consiguió que el conflicto no escalara, a sabiendas del carácter pendenciero del Sr. Everardo constatado en anteriores ocasiones según explico el propio Sr. Cecilio y el gerente y encargado del establecimiento.

Por todo ello, debemos absolver a los acusados del delito por el que venían acusados.

TERCERO.- Costas Procesales.- Dada la absolución de ambos acusados las costas deben ser declaradas de oficio de conformidad a lo que establece el art. 123 del Código Penal.

PARTE DISPOSITIVA

ABSOLVEMOS a Everardo y a Cecilio del delito de odio y delito contra la integridad moral por el que venían acusados.

ABSOLVEMOS A la entidad SABICO SEGURIDAD S.A. y a la entidad MC DONALD'S S.A.U. como responsables civiles subsidiarios y a las aseguradoras ZURICH INSURANCE y GOLDEN ARCHES INSURANCE LIMITED como responsables civiles directas.

Se declaran las costas de oficio.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación ante la Sala Civil y Penal del Tribunal superior de justicia, dentro del plazo de 10 días.

Notifíquese la presente sentencia de forma personal al Sr. Torcuato como perjudicado por los hechos enjuiciados.

La presente sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo, la pronunciamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada, el mismo día de su fecha, por el magistrado ponente en audiencia pública. Doy fe.