

STC 149/2012, de 25 de noviembre, sobre IMAGEN DE MENOR, YOUTUBE Y MARCA

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por el magistrado don Juan José González Rivas, presidente; los magistrados don Andrés Ollero Tassara, don Santiago Martínez-Vares García, don Alfredo Montoya Melgar, don Cándido Conde-Pumpido Tourón y la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón

ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3340-2018, promovido por don Pablo Giménez San José, representado por la procuradora de los tribunales doña María del Carmen Olmos Gilsanz y asistido por el abogado don Javier Moreno Ariza, contra el auto de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 30 de abril de 2018, que desestima el incidente de nulidad de actuaciones promovido frente a la sentencia de 27 de febrero de 2018, dictada en el rollo de apelación núm. 112-2018. Esta revocó la sentencia absolutoria del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Zaragoza de 27 de diciembre de 2017, dictada en el procedimiento abreviado núm. 369-2016, condenando al recurrente como autor de un delito contra la integridad moral. Han sido parte doña M.U.M. y don J.E.M., representados por la procuradora de los tribunales doña Sonia Peire Blasco y asistidos por la abogada doña Patricia López Bayo, y la sociedad mercantil Google LLC, representada por el procurador de los tribunales don Ramón Rodríguez Nogueira y asistida por el abogado don Álvaro Mato Ruiz. Ha intervenido el ministerio fiscal. Ha sido ponente el magistrado don Andrés Ollero Tassara.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 12 de junio de 2018, la procuradora de los tribunales doña María del Carmen Olmos Gilsanz, en nombre y representación de don Pablo Giménez San José, y bajo la dirección del abogado don Javier Moreno Ariza, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones que se mencionan en el encabezamiento. Por otrosí se solicitó la suspensión de los efectos de las resoluciones impugnadas.

2. Los hechos de los que trae causa la demanda de amparo son, en síntesis, los siguientes:
A) El recurrente fue absuelto del delito contra la integridad moral por el que había sido acusado por sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Zaragoza de 27 de diciembre de 2017, dictada en el procedimiento abreviado núm. 369-2016. a) Se declaran como hechos probados los que siguen: «[Un menor con talento musical] fue seleccionado con 10 años de edad para participar en la realización de un anuncio publicitario para el establecimiento Comercial "Ikea", campaña del año 2013, en el que salía cantando en una de las escenas el famoso libiamo ne'lieti calici de "La Traviata" de Verdi. El acusado [...], mayor de edad y sin antecedentes penales tras tener ocasión de ver el anuncio con la intención de criticarlo y ridiculizarlo elaboró un video que tituló "El fin del niño de Ikea" acompañándolo de la siguiente introducción escrita "'Muchos, igual que

yo, estaréis hasta los huevos del niño este. Por si lo conocéis os dejo abajo el anuncio original. Reconozco que al final me he entusiasmado un poco". Enlazando el video al del anuncio original de manera que todo aquel que accediera a dicha publicidad podía redirigirse fácilmente a la versión confeccionada por el acusado que colgó en You Tube el 13 de abril de 2013. En el citado video [...] se veía llegando y accediendo a un centro de Ikea, sacando una pistola de uno de los bolsillos del abrigo, recorriendo las distintas estancias del establecimiento, hasta que en un momento dado aparecía el rostro del menor al que el acusado lanzaba una 'estrella Ninja', que cuando se supone que le iba a impactar salía un plano negro y se escuchaba el ruido del impacto, apareciendo en la siguiente toma como el acusado le dispara en el pecho empezando a girar el cuerpo del niño mientras la sangre iba saliendo, realizando otro disparo el acusado embadurnando la pantalla de chorros de sangre, cayendo a continuación el menor en el suelo, saliendo en las escenas siguientes tirado sobre una mesa con los ojos entreabiertos y un tiro en la cabeza, derramándose la sangre por su cara y dejando un charco de dicho fluido en el suelo, intercalando, acto seguido, el acusado la frase "Ikea, Terapia Asesina", finalizando el video con la aparición en escena de un dinosaurio que se come al menor manchando la pantalla de sangre. El video elaborado por el acusado fue visto por [el menor] y sus padres en el mes de mayo de 2013 quedando horrorizados. El menor con el lógico desasosiego no presentó sintomatología significativa que requiriera tratamiento médico o psicológico. El link del citado video "El fin del niño de Ikea" era difundido por el canal You Tube, y pudo ser visionado por unos 22.000 usuarios, siendo retirado de la circulación por la intervención de la fiscalía. [El acusado] que admitió la elaboración del video y su publicación una vez iniciadas las actuaciones remitió un escrito a los padres [...] pidiendo disculpas y lamentando los posibles daños causados.» b) La juzgadora, tras referirse a la jurisprudencia sobre el delito contra la integridad moral y, en particular, a la exigencia de un trato degradante que produzca un menoscabo grave en la dignidad o integridad moral como elemento del tipo, razona en el segundo fundamento de la sentencia sobre la ausencia del dolo de infligir un trato degradante al menor. En el tercero alude a la falta de exploración del menor y la falta de prueba de la necesaria gravedad del quebranto en el menor que requiere el delito por el que se acusa. «En el presente caso examinado el video objeto de autos (folio 20) se evidencia que el acusado tenía un específico móvil o intención de criticar el anuncio de la marca Ikea y para tal fin hizo uso, manipulando, del anuncio original en el que aparecía la imagen del menor contratado por Ikea como reclamo publicitario. [El acusado] no conocía de antemano [al menor], ni consta conociera su nombre y sus circunstancias personales; de hecho no aparece ni su nombre ni sus apellidos en el video, y por tanto en su actuar el acusado no pudo moverse o motivarse por una relación de enemistad con [el menor] ni cabe por tanto sostener que quisiera vilipendiar y hostigar al niño. El acusado solo perseguía criticar a la marca Ikea haciendo una mofa de su anuncio pero lo hizo pararse a pensar en las consecuencias que el uso que hizo de la imagen del pequeño podía causar en este y en su entorno familiar. Con lo cual el elemento doloso, la intención de atacar contra la integridad moral del menor se escapa. Careció [...] de esa voluntad consciente y voluntaria de infligir un trato degradante, y la acción ciertamente no solo de pésimo gusto y grosera, sino también dañina del acusado no encaja en la conducta típicamente dolosa que describe el delito contenido en el artículo 173.1 de Código» (fundamento de derecho 2). «Expuesto lo anterior debe también hacerse una mención a la importancia del ataque contra la integridad moral del menor. En este punto debe decirse que a lo largo de todo el procedimiento no fue explorado [el menor]. Ni lo fue ante el juzgado de instrucción ni en el acto del juicio. Ciertamente que cuando ocurrieron los hechos en el año 2013 [...] solo tenía 10 años. Aun así hubiera sido relevante que un órgano judicial hubiera tenido un contacto directo con el menor. Y si no, cuanto menos, lo que se echa en falta es un examen por especialista. Que fuese sujeto de exploración por un

psicólogo forense que con sus conocimientos específicos hubiera arrojado luz sobre el grado de quebranto ocasionado en su dignidad moral. Un especialista hubiera permitido ver las connotaciones psicológicas, alteraciones de comportamiento presentadas por el niño. Si sintió terror, stress, angustia o un complejo de inferioridad; y determinar también su grado y su duración temporal. Solo así se hubiera podido concretar la importancia del quebranto. Cabe no solo presumir sino también dar por probado examinado el contenido del video que su visionado le tuvo que suponer disgusto y desasosiego y en esa línea declararon sus padres en el juicio, susceptible, probablemente, de una reclamación por daños y perjuicios en el orden civil; pero también debe indicarse que como manifestó la madre no fue sometido a tratamiento médico o psicológico. Encontrándonos ante la jurisdicción penal es principio que lo informa el de intervención mínima. Se hace preciso por ello que las acusaciones, a quienes les corresponden la carga de probar sus imputaciones, demuestren todos y cada uno de los componentes de tipo penal por el que se acusa, y como se ha indicado en el primer fundamento jurídico no todo acto degradante es típico sino solamente el causante de un menoscabo «grave» en la integridad moral de la víctima que en el caso que nos ocupa no se demostró» (fundamento de derecho 3).

B) Por sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Sexta, de 27 de febrero de 2018 se estimó el recurso de apelación interpuesto por la acusación particular, al que se adhirió el Ministerio Fiscal. Condenó al recurrente por el delito contra la integridad moral tipificado en el art. 173.1 del Código penal (CP) con la atenuante analógica de confesión y le impuso la pena de seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante todo el tiempo de su condena privativa de libertad. Asimismo le condenó a indemnizar al menor con 5.000 €, declarando responsable civil subsidiario a Google LLC. La sala estima que, si bien el recurso planteaba como motivo único el error en la valoración de la prueba, el motivo de apelación es en realidad la infracción de ley penal sustantiva, pues no se discute el *factum*, sino la valoración de los hechos probados. Y en ese extremo manifiesta su disconformidad absoluta con la absolució;n; la condena entiende que se sigue de los hechos probados, que recogerían tanto los elementos objetivos como subjetivos del delito. a) Sobre los elementos objetivos, el primer fundamento razona en los siguientes términos: «El video construido con total profesionalidad por el acusado, no tiene desperdicio y constituye un *summum* del trato más degradante que puede dársele a un niño. Tal video en Youtube pudo visionarse en toda España a partir del 13 de Mayo del 2013, siendo visionado por 22.000 usuarios de Youtube. El menoscabo grave de la integridad moral del niño de 10 años, J.E.U. existió realmente, pues lo vio personalmente el mismo y sus padres en el mes de mayo del 2013, quedando los tres lógicamente horrorizados. Tal horror personal viose lógicamente agravado cuando los demás niños compañeros de Colegio que vieron también el video, le hicieron las burlas que son de temer en estos casos. Como bien dice la señora Juez de lo Penal n.º tres de Zaragoza, en sus Hechos probados, que al verse en ese video tanto el menor como sus padres quedaron horrorizados, aunque el niño afectado no necesitó tratamiento médico o psicológico, más que nada porque sus padres así lo decidieron, lo cual entiende esta Sala que fue un error porque el niño J.E.U. era un menor de 10 años y de carácter tímido, el cual a partir de aquello no quería ni salir a la calle en Zaragoza por miedo a que le ocurriera lo que salía en el video confeccionado por el acusado, o por lo menos ‘algo parecido’. Todo eso es daño moral efectivo y tratándose de un niño de 10 años es un grave daño moral como así lo testimoniaron sus padres en el Acto del juicio oral. De la tortura se pasa a un escalón inferior que es el trato inhumano y de este se pasa a otra escala inferior que es trato degradante, al que se refiere el artículo 173-1.º, párrafo primero del Código Penal vigente. La Jurisprudencia de la Sala II del Tribunal Supremo de España, ha establecido en sus Sentencias n.º 1061/2009 (de 26-10-2009), n.º 255/2011 (de 6-4-2011) y n.º 255/2012 (de 29-3-2012), lo siguiente: ‘Trato degradante es el que

puede crear en la víctima sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptible, de humillarlo, de envilecerlo y de quebrantar su resistencia física o moral'. Todos estos requisitos se dan en el presente supuesto planteado.» b) En lo que atañe al dolo, el fundamento segundo afirma: «La autoría del acusado es patente, ya que reconoce totalmente los hechos tanto en fase sumarial como en el Acto del juicio oral. El acusado es estudiante de comunicación audiovisual y manifestó que no pensó en que podía ofender a persona alguna, pues lo que él quería era criticar el anuncio de Ikea. Nos hallamos pues ante una actuación dolosa, propia de dolo eventual por lo menos.» C) Por auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Sexta, de 30 de abril de 2018, se desestimó el incidente de nulidad de actuaciones planteado por el ahora demandante de amparo, donde se denunciaba la vulneración de su derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y se solicitaba la confirmación de la sentencia de instancia absolutoria. Se aducía en el incidente que la sentencia dictada en apelación afirmaba la concurrencia del dolo de atentar contra la integridad del menor que había sido descartado en la primera instancia sin respetar la jurisprudencia constitucional sobre condenas en segunda instancia. En particular, se invocaba la STC 125/2017, de 13 de noviembre, y la exigencia de audiencia al acusado en segunda instancia para inferir esos elementos anímicos, subrayándose que en esa resolución se daba la misma circunstancia que en el caso, pues, si bien formalmente la sentencia condenatoria en segunda instancia no había alterado los hechos declarados como probados, materialmente sí se había producido tal alteración. En su respuesta desestimatoria, la sala considera que falta a la verdad el acusado cuando dice que actuó sin intención de criticar y ridiculizar al denunciante e insiste en la suficiencia del relato fáctico para sustentar la condena.

3. El recurrente denuncia como motivo único la infracción del art. 24.2 CE en relación con el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y, correlativamente, con el derecho a la presunción de inocencia en tanto se dictó una sentencia en apelación que alteró los hechos probados sin haber oído personalmente al acusado y se fundó la condena en una irregular valoración del material probatorio. Explica que, a pesar de que la Audiencia Provincial afirma que no se modifican los hechos probados, se apreció la concurrencia del dolo del art. 173.1 CP (conciencia y voluntad de ridiculizar a una persona atentando así contra su intimidad moral), que había sido expresamente descartado en la sentencia del Juzgado de lo Penal tras valorar la prueba personal. Mientras que en primera instancia se excluye la «voluntad consciente de infligir un trato degradante», el órgano de apelación aprecia el dolo del art. 173.1 CP, tras calificar como «elucubraciones» los razonamientos fruto de la valoración de prueba personal que llevaron a la Juez de lo penal a apreciar que el acusado actuó con un ánimo de crítica y descartar la concurrencia del dolo típico. A juicio del demandante, se infringe así la doctrina constitucional que se analiza exhaustivamente en la STC 125/2017, de la que se reproduce un amplio extracto, pues la Audiencia Provincial, a pesar de negarlo, «sí modifica los hechos, sí discrepa de su valoración por la Juez de lo Penal, y sí basa su condena en esa revisión fáctica de elementos subjetivos que le estaba vedada en virtud de los derechos fundamentales invocados, al no haber sido oído personalmente el acusado durante la segunda instancia». Esa condena, añade, vulnera su derecho a la presunción de inocencia, también conforme a la STC 125/2017, en tanto la indebida valoración de pruebas personales por la Audiencia resulta esencial para la condena, ya que el órgano de apelación rechaza la conclusión negativa sobre el dolo que la juzgadora de instancia asentó en la valoración de pruebas personales, sin haber oído al acusado para revisar su testimonio personal y sin un razonamiento al respecto ni precisar el alcance del dolo. El recurrente considera que la especial trascendencia constitucional de la demanda radica en la existencia de una negativa del deber de acatamiento de la doctrina constitucional sobre las garantías de las condenas en segunda instancia, dada la falta absoluta de consideración en

las resoluciones impugnadas de sus reiteradas alegaciones sobre la jurisprudencia de este Tribunal concernida. Asimismo apunta a la contradicción de las resoluciones recurridas con las dictadas por otras Audiencias Provinciales, que sí se someten a la jurisprudencia constitucional. Además, el Tribunal Constitucional viene admitiendo la especial trascendencia constitucional en casos idénticos, como se desprende de la STC 125/2017.

4. La Sala Primera de este Tribunal, por providencia de 25 de febrero de 2015, acordó admitir a trámite la demanda de amparo tras apreciar que ofrece especial trascendencia constitucional [art. 50.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC)], porque la doctrina de este Tribunal sobre el derecho fundamental que se alega podría estar siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria o pudieran existir resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental [STC 155/2009, FJ 2 e)] y, como consecuencia, que el órgano judicial pudiera incurrir en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina de este Tribunal [STC 155/2009, FJ 2 f)]. En aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTIC, también se acordó requerir atentamente de los órganos judiciales la remisión del testimonio de las actuaciones y el emplazamiento de quienes hubieran sido parte en el procedimiento, a excepción del recurrente, para que pudiesen comparecer en el plazo de diez días en el presente proceso de amparo.

5. Por providencia de la misma fecha, 25 de febrero de 2019, se acordó la formación de la pieza separada de suspensión. Por ATC 36/2019, de 20 de mayo, se denegó la suspensión solicitada, por cuanto la pena privativa de libertad de seis meses impuesta al demandante de amparo se halla suspendida por auto del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Zaragoza de 19 de junio de 2018.

6. La secretaría de justicia de la Sala Primera de este Tribunal, por diligencia de 22 de abril de 2019, tuvo por personados a la procuradora doña Sonia Peire Blasco, en nombre y representación de doña M.U.M. y don J.E.M. así como al procurador don Ramón Rodríguez Nogueira, en nombre y representación de Google LLC., y acordó dar vista de las actuaciones recibidas a las partes personadas y al ministerio fiscal para que pudieran presentar las alegaciones que estimasen pertinentes, por plazo común de diez días, de conformidad con el art. 52.1 LOTIC.

7. El recurrente, en escrito registrado el 27 de mayo de 2019, se ratificó en todas las alegaciones contenidas en su demanda.

8. La representación de Google LLC., presentó sus alegaciones por escrito registrado en este Tribunal el 27 de mayo de 2019, en el que solicita la estimación de la demanda de amparo. Sostiene que la sentencia de instancia deja claro que la intención del acusado era criticar y parodiar el anuncio publicitario y no a su actor principal, por lo que se descarta el dolo de atentar contra la integridad moral del menor, como reflejan tanto los hechos probados como los fundamentos jurídicos de la sentencia del Juzgado de lo Penal. Entiende que, por más que la Audiencia Provincial afirme que su sentencia condenatoria respeta los hechos probados, habiéndose negado el dolo en la primera instancia, su afirmación del elemento subjetivo supone necesariamente un hecho probado diverso. En tal medida y conforme a la jurisprudencia constitucional y a la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre las garantías procesales de las condenas en segunda instancia, se infringe el derecho a un proceso con todas las garantías, pues se aprecia la concurrencia del dolo sin considerar el testimonio personal del acusado. Además se vulnera su derecho a la presunción de inocencia, ya que, de la lectura de las resoluciones judiciales, se infiere claramente que la condena se ha basado de manera

esencial en la valoración o reconsideración de pruebas practicadas en la primera instancia sin las debidas garantías.

9. La representación procesal de doña M.U.M. y don J.E.M. formuló sus alegaciones mediante escrito registrado en este Tribunal el 27 de mayo de 2019, en el que se defiende que el procedimiento ha contado con las debidas garantías y se solicita la desestimación del recurso de amparo. A su entender, no existió alteración de los hechos probados, sino que se ha apreciado la concurrencia de los elementos del tipo penal, incluido el dolo, sobre la base de los mismos hechos y declaraciones que estuvieron a disposición del juzgado de lo penal, sin que sea precisa la audiencia del acusado al existir grabación de la vista oral. El recurrente ha reconocido los hechos y del tipo de vídeo elaborado se sigue, al menos, un dolo eventual.

10. El ministerio fiscal, en escrito registrado el 10 de junio de 2019, interesó que se otorgara el amparo por vulneración de los derechos del demandante a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), conforme a la asentada doctrina del Tribunal Constitucional sobre la condena de quien fue absuelto en la instancia en relación con tales derechos, y que se declarara la nulidad de la sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 27 de febrero de 2018 y del auto de 30 de abril de 2018 de la misma sala. Con cita de las SSTC 126/2012, 125/2017 y 59/2018, señala que la determinación el elemento subjetivo es una cuestión fáctica, que exige la audiencia del acusado. La Audiencia Provincial de Zaragoza, al declarar probada la intención y conciencia del recurrente de menoscabar de manera grave la integridad moral del menor, altera el factum de la sentencia de instancia. Lo hace sin haber oído previamente al recurrente y sin ponderar las declaraciones personales del acusado. Es cierto que este reconoció los hechos, pero no en el sentido de que su móvil de actuación fuera menoscabar gravemente la integridad del menor, sino criticar y ridiculizar el anuncio de Ikea en el que aparecía. Subraya que, en la medida en que el núcleo de lo que se debatía era la declaración de inocencia o culpabilidad del recurrente, la Audiencia Provincial tenía la obligación de valorar directamente la versión del recurrente con la finalidad de posibilitar que, quien fue absuelto en la instancia, pudiera dar su versión personal de la intención que reflejó la conducta. Asimismo entiende que la afirmación de la Audiencia Provincial de que concurren todos los elementos del tipo del delito contra la integridad moral del art. 173.1 CP no puede considerarse respetuosa con el derecho a un proceso con todas las garantías, en relación con el derecho a la presunción de inocencia, conforme a la doctrina constitucional (por todas, SSTC 229/2003, 16/2012 y 125/2017). Destaca que las inferencias sobre los elementos del delito dolo y gravedad del trato degradante, descartados en la instancia, se deducen por la Audiencia Provincial no solo del visionado del video, sino también de pruebas de naturaleza personal, como el testimonio de los padres del menor o el testimonio del recurrente absuelto, cuya valoración exige haber sido presenciadas por la audiencia con inmediación, contradicción y publicidad. Concluye que, si se excluyen las pruebas de carácter personal irregularmente valoradas, no existe prueba sobre la gravedad del trato degradante y la verdadera intencionalidad o la conciencia de degradar al menor, por lo que debe estimarse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del demandante de amparo.

11. Por providencia de 20 de noviembre de 2019 se señaló para deliberación y votación de la presente sentencia el día 25 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Objeto del recurso de amparo y pretensiones de las partes.

Se impugna en el recurso de amparo la sentencia de 27 de febrero de 2018, dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Zaragoza en el rollo de apelación núm. 112-2018, que revocó la sentencia absolutoria del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Zaragoza de 27 de diciembre de 2017 (procedimiento abreviado núm. 369-2016) y condenó al recurrente como autor de un delito contra la integridad moral, tras apreciar que concurrían todos los elementos típicos objetivos y subjetivos de ese delito: trato degradante que menoscaba gravemente la integridad moral y dolo. La impugnación se extiende al auto de 30 de abril de 2018 de la misma sección, que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones promovido frente a la referida sentencia.

El demandante de amparo considera vulnerados sus derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), en tanto que la Audiencia Provincial de Zaragoza apreció el elemento subjetivo del delito, expresamente excluido en la sentencia de instancia, sin darle audiencia y tras valorar pruebas personales decisivas sin la debida intermediación y contradicción, lo que resulta claramente contrario a la doctrina constitucional invocada.

El ministerio fiscal y Google LLC., interesan que se otorgue el amparo solicitado al coincidir con el demandante en que la condena se asienta en una modificación de los hechos probados fruto de una valoración probatoria realizada sin las debidas garantías, por lo que resulta incompatible con los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

Quienes fueran acusación particular en el proceso penal postulan la desestimación de la demanda de amparo, porque la Audiencia Provincial de Zaragoza mantiene el relato de hechos probados de la sentencia de instancia, del que se siguen todos los elementos típicos del delito contra la integridad moral por el que se condenó al recurrente en la sentencia de apelación, sin que sea precisa la audiencia al acusado al existir grabación de la vista oral celebrada ante el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Zaragoza.

2. Doctrina constitucional.

Se denuncia de nuevo ante este Tribunal la vulneración del art. 24.2 CE por la lesión de las garantías procesales que deben satisfacerse por el órgano judicial que revisa una sentencia penal absolutoria, con la correlativa vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Este Tribunal cuenta con una consolidada jurisprudencia sobre las exigencias que debe reunir una condena penal o agravación en segunda instancia para ser conforme con el derecho a un proceso con todas las garantías.

La STC 88/2013, de 11 de abril, contiene un extenso resumen de dicha doctrina y de su evolución a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fijándola en términos que se reiteran, entre otras, en las más recientes SSTC 105/2016, de 6 de junio, FJ 5; 172/2016, de 17 de octubre, FJ 7; 125/2017, de 13 de noviembre, FFJJ 3 y 6; 146/2017, de 14 de diciembre, FFJJ 6 y 7; 59/2018, de 4 de junio, FJ 3, y 73/2019, de 20 de mayo, FJ 3. La STC 88/2013, FJ 9, concluye a modo de síntesis que «de conformidad con la doctrina constitucional establecida en las SSTC 167/2002 y 184/2009 vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación a partir de una nueva valoración de pruebas personales o de una reconsideración de los hechos estimados

probados para establecer su culpabilidad; siempre que no haya celebrado una audiencia pública en que se desarrolle la necesaria actividad probatoria, con las garantías de publicidad, inmediación y contradicción que le son propias, y se dé al acusado la posibilidad de defenderse exponiendo su testimonio personal».

Esas garantías no se ven colmadas con la sola reproducción y visionado de la grabación del juicio oral por parte del órgano revisor, pues para ello es preciso que se convoque una vista en la que se pueda oír personal y directamente a quienes han declarado en el juicio oral de primera instancia y, ante todo, al acusado (SSTC 120/2009, de 18 de mayo, FJ 6; 2/2010, de 11 de enero, FJ 3; 30/2010, de 17 de mayo, FJ 4, y 105/2016, FJ 5).

Conforme a esta doctrina constitucional, la posibilidad de condenar o agravar la condena sin audiencia personal del acusado se reduce a los supuestos en que el debate planteado en segunda instancia versa sobre estrictas cuestiones jurídicas, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse y la posición de la parte puede entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado (SSTC 88/2013, FJ 8, y 125/2017, FJ 5). Por el contrario, resulta incompatible con el derecho a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial «condene a quien ha sido absuelto en la instancia, o agrave su situación, como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas —como es el caso de las declaraciones de testigos, peritos y acusados— cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen en una vista pública, en presencia del órgano judicial que las valora y de forma contradictoria, esto es, en presencia y con la intervención del acusado» (STC 125/2017, FJ 3). Asimismo vulnera ese derecho la condena o agravación en vía de recurso consecuencia de un debate sobre cuestiones de hecho y de derecho que afectan a la declaración de inocencia o culpabilidad del acusado al que no se dio oportunidad de exponer su versión personal sobre su participación en los hechos (últimamente, en extenso, SSTC 125/2017, FJ 5, y 88/2019, FJ 3; y STEDH de 22 de noviembre de 2011, asunto Lacadena Calero c. España, § 38, citada con profusión, entre otras, en las más recientes SSTEDH de 13 de junio de 2017, asunto Atutxa Mendiola y otros c. España, §§ 38, 43, y de 24 de septiembre de 2019, asunto Camacho Camacho c. España, § 30).

En el desarrollo de esa jurisprudencia sobre las garantías procesales para condenar o agravar la pena en segunda instancia, se ha abordado específicamente por este Tribunal su proyección a los elementos subjetivos del tipo. Al respecto, y de nuevo en los términos en que se pronunció la STC 88/2013, FJ 8, con cita de la STC 126/2012, FJ 4, hemos subrayado que «también el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales, debiendo distinguirse del mismo el relativo a la estricta calificación jurídica que deba asignarse a los hechos una vez acreditada su existencia. De este modo, si bien la revisión de la razonabilidad de las inferencias a partir de la cual el órgano a quo llega a su conclusión sobre la inexistencia de dolo —u otro elemento subjetivo del tipo— no precisará de la garantía de inmediación si tal enjuiciamiento no se produce a partir de la valoración de declaraciones testimoniales, sí deberá venir presidido, en todo caso, por la previa audiencia al acusado».

La consecuencia de todo ello es que la audiencia del acusado se configura con un doble propósito: de un lado, atender al carácter de prueba personal del testimonio del acusado, que exige de inmediación para ser valorada y, de otro, garantizar el derecho a dirigirse al

órgano judicial que va a decidir sobre su culpabilidad y a ser oído personalmente por este (SSTC 88/2013, FJ 9; 105/2016, FJ 5, y 125/2017, FJ 5).

Este criterio, reiterado, entre otras, en las SSTC 157/2013, de 23 de septiembre, FJ 7; 205/2013, de 5 de diciembre, FJ 5; 125/2017, FJ 6; 146/2017, FJ 7; 59/2018, FJ 3, o 73/2019, FJ 2, es coincidente con la consideración del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de que, con carácter general, la revisión de los elementos subjetivos del delito es una cuestión de hecho y no una cuestión de calificación jurídica y, por ello, precisa la audiencia al acusado (SSTEDH de 10 de marzo de 2009, asunto Igual Coll c. España; 22 de noviembre de 2011, asunto Lacadena Calero c. España; 13 de diciembre de 2011, asunto Valbuena Redondo c. España; 20 de marzo de 2012, asunto Serrano Contreras c. España; 27 de noviembre de 2012, asunto Vilanova Goterris y Llop García c. España; 8 de octubre de 2013, asunto Nieto Macero c. España; 8 de octubre de 2013, asunto Román Zurdo c. España; 12 de noviembre de 2013, asunto Sainz Casla c. España; 8 de marzo de 2016, asunto Porcel Terribas y otros c. España; 29 de marzo de 2016, asunto Gómez Olmeda c. España; 13 de junio de 2017, asunto Atutxa Mendiola y otros c. España; 13 de marzo de 2018, asunto Vilches Coronado y otros c. España; o 24 de septiembre de 2019, asunto Camacho Camacho c. España).

En palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, «cuando el razonamiento de un Tribunal se basa en elementos subjetivos, [...] es imposible proceder a la valoración jurídica del comportamiento del acusado sin haber tratado previamente de probar la realidad de dicho comportamiento, lo que implica necesariamente la comprobación de la intencionalidad del acusado en relación con los hechos que le son imputados» (por todas, asunto Lacadena Calero, § 47). O, dicho con nuestras propias palabras, «en cuanto los elementos anímicos se infieren de la conducta del autor, esto es, de su manifestación externa en un contexto determinado, la apreciación de su concurrencia no solo expresa una valoración fáctica necesitada usualmente de publicidad, inmediación y contradicción, sino que, en todo caso, ha de ofrecerse al acusado, que niega haber cometido el hecho que se le imputa, la posibilidad de estar presente en un debate público donde pueda defender sus intereses contradictoriamente» (STC 125/2017, FJ 6).

Para concluir este recordatorio de la jurisprudencia constitucional concernida debe insistirse en que, también de forma repetida, hemos apreciado que la lesión del derecho a la presunción de inocencia se sigue de la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías en la segunda instancia –bien por haberse valorado pruebas practicadas sin las debidas garantías, bien por no haberse dado al acusado la posibilidad de ser oído– cuando la condena se haya basado de manera exclusiva o esencial en la valoración o reconsideración de esas pruebas practicadas sin las debidas garantías. En «tales casos el efecto de exclusión de la valoración judicial de las mismas pondría ya de manifiesto que la inferencia sobre la conclusión condenatoria sería ilógica o no concluyente. De ese modo, en tales casos la vulneración consecutiva de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia determina la anulación de la sentencia condenatoria sin retroacción de actuaciones» (STC 88/2013, FJ 12, citada en este aspecto recientemente, por ejemplo, en las SSTC 125/2017, FJ 9; 59/2018, FJ 5; 73/2019, FJ 4, y 88/2019, FJ 4).

3. Vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia.

La aplicación de los criterios expuestos al caso que nos ocupa conduce a apreciar la lesión de los derechos invocados a un proceso con todas las garantías y a la presunción de

inocencia (art. 24.2 CE). Resulta revelador al respecto el recordatorio, siquiera sucinto, del tratamiento del caso en las dos instancias:

a) El relato fáctico de la sentencia absolutoria de primera instancia alude a la intención del recurrente de criticar y ridiculizar el anuncio (en un vídeo que reconoce haber elaborado y publicado), describe el contenido del anuncio y da por sentado el desasosiego del menor al visionar el vídeo, si bien resalta la ausencia de sintomatología que requiriera tratamiento. En los fundamentos se descarta razonadamente la existencia de un trato degradante que produzca un menoscabo grave en la integridad moral del menor, elemento objetivo sobre el que se dice que no hay prueba, así como la ausencia del dolo (conciencia y voluntad) de infligirlo, elemento subjetivo que se niega expresamente al tiempo que se afirma el ánimo de crítica a la marca Ikea.

b) La sentencia dictada en segunda instancia reconduce el recurso de apelación a un motivo de infracción de ley penal sustantiva y, sin modificar la declaración de hechos probados ni celebrar vista, afirma la existencia de los elementos objetivos y subjetivos del delito. La Audiencia sostiene que la existencia de un menoscabo grave en la integridad del menor se sigue del contenido del vídeo así como del horror personal que provocó en el menor y sus padres cuando lo vieron, agravado por el hecho de que otros compañeros de colegio del menor también lo vieron y le hicieron burlas, señalando el carácter tímido del menor de diez años y el dato de que a partir de entonces no quería salir a la calle. De forma literal vincula el grave daño moral con lo testimoniado por los padres en el acto del juicio oral. Por lo que atañe al elemento subjetivo, se limita a exponer que el acusado reconoció los hechos y manifestó que lo único que quería era criticar el anuncio en el que aparecía el menor, para afirmar acto seguido que «nos hallamos pues ante una actuación dolosa, propia del dolo eventual por lo menos». El auto de la Audiencia Provincial desestimatorio del incidente de nulidad de actuaciones de nuevo apela al carácter patente del dolo a la luz de los hechos probados (vídeo e introducción escrita al mismo) y lo califica como claramente eventual, cuando no directo.

Lo expuesto evidencia que, si bien la sentencia condenatoria dictada en apelación mantiene formalmente el relato fáctico, en sus fundamentos amplía ese sustrato fáctico al inferir la concurrencia de un menoscabo grave de la integridad moral y del dolo típico, elementos objetivo y subjetivo del art. 173.1 del Código penal (CP) expresamente negados en la sentencia de instancia. Lo hace la Audiencia Provincial desde una reconsideración de prueba personal, sin respetar las garantías de publicidad, inmediación y contradicción ni dar audiencia al acusado.

c) En lo que respecta al elemento objetivo, como apunta el fiscal en sus alegaciones, la Audiencia Provincial afirma la gravedad del menoscabo de la dignidad que exige el art. 173.1 CP, que había sido expresamente descartada en la sentencia de instancia. Lo hace no solo a partir del contenido del vídeo, sino a partir de datos que no se hallan en la sentencia de instancia (burlas de los compañeros de clase, decisión de los padres de que el menor no recibiera tratamiento y necesidad del mismo, carácter tímido del menor, negativa del niño a salir a la calle por miedo a que le ocurriera algo parecido, daño moral efectivo que «testimoniaron» los padres) y que, a todas luces, se extraen de las declaraciones prestadas por los padres del menor en el juicio oral. Sin embargo, la audiencia no escuchó a ningún testigo directamente. Ni siquiera celebró vista pública, por lo que la afirmación del elemento objetivo del delito de la gravedad del menoscabo de la integridad moral se asienta de forma

determinante en una serie de hechos novedosos, fruto de una valoración de prueba personal que no respeta las garantías de inmediación y contradicción.

d) En lo que atañe al dolo, como el recurrente puso de manifiesto en su impugnación del recurso de apelación y en el incidente de nulidad de actuaciones y reitera en su demanda de amparo, aunque no exista modificación formal de los hechos probados, la inferencia del elemento subjetivo –de «intención de atentar contra la integridad moral» habla la Audiencia Provincial– no es una estricta cuestión de subsunción jurídica. La afirmación de la intención de humillar al menor, frente al exclusivo ánimo de crítica y mofa respecto al anuncio y la marca que apreció la juzgadora, es una cuestión fáctica antes que una cuestión de calificación jurídica, que exige, conforme a la doctrina constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos antes sintetizada, dar oportunidad al acusado de defenderse exponiendo su testimonio personal. Como sucediera en otros casos recientes antes citados (los que dieron lugar a las SSTC 125/2017; 73/2019 y 88/2019; o a las SSTEDH en los asuntos *Atutxa Mendiola c. España*; *Vilches Coronado c. España*; o *Camacho Camacho c. España*), el mantenimiento de los hechos declarados probados en primera instancia no torna en estricta cuestión de calificación jurídica no necesitada de audiencia el problema previo de la apreciación de los hechos, singularmente el de la afirmación de un determinado ánimo, por más que se asevere a partir de la inferencia de otros hechos. La apreciación del elemento subjetivo el delito expresamente negado en la sentencia de instancia determina una alteración del sustrato fáctico declarado probado, sin que el demandante, que ha negado en todo momento el ánimo típico de infligir un daño moral, haya tenido la oportunidad de ser escuchado personalmente por el tribunal de apelación para impugnar, en un examen contradictorio, la nueva valoración de los hechos.

En suma, la audiencia provincial revocó la sentencia dictada por la juez de lo penal y condenó al demandante sin oírlo y sin haber examinado a los testigos, a pesar de que realizó una nueva reconsideración de los elementos de hecho, objetivos y subjetivos, sobre la base de prueba personal, precisada por ello de publicidad, inmediación y contradicción. Privó así al demandante de su derecho a un proceso con todas las garantías.

e) El examen de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia vinculada a la previa lesión del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) alegada por el recurrente debe partir de lo concluido en el fundamento jurídico previo de esta sentencia. Esto es, de la constatación de que la audiencia provincial afirma ex novo la concurrencia tanto de la gravedad objetiva del menoscabo en su dignidad del menor como de la intención de infligir un trato degradante al mismo sin celebrar audiencia pública y de que con ello lesiona el derecho a un proceso debido, tanto por no ofrecer al acusado oportunidad de ser oído y alegar sobre la nueva valoración de las pruebas, como por inferir esos elementos típicos a partir de prueba personal –su testimonio y el de los padres– sin respetar las garantías de inmediación y contradicción.

f) La audiencia provincial toma como base de la que inferir la gravedad del daño infligido no solo el contenido del vídeo o su nivel de difusión, sino fundamentalmente otros datos extraídos de las manifestaciones de los padres, como la timidez del niño, su miedo a salir a la calle, las burlas de sus compañeros y, de modo global, el estado general de afectación del menor. En tal medida, el elemento objetivo del delito –la gravedad del menoscabo en la integridad moral– es fruto de la consideración global de la prueba documental –el vídeo– y de datos fácticos novedosos extraídos de testimonios personales –los de los padres– que se valoraron sin satisfacer las garantías de publicidad, inmediación y contradicción. Esas

pruebas fueron esenciales para inferir el elemento objetivo del daño moral grave, de modo que su exclusión impide concluir ese elemento de forma concluyente.

g) La sentencia impugnada afirma la existencia de dolo frente a la declaración del acusado que niega la intención de ridiculizar al menor y la conclusión de la sentencia de instancia de que el acusado «solo perseguía criticar a la marca Ikea haciendo una mofa de su anuncio pero lo hizo sin pararse a pensar en las consecuencias que el uso que hizo de la imagen del pequeño podía causar en este y en su entorno familiar». Ese dolo, que a juicio de la audiencia es, cuando menos, eventual, supone incluir entre los hechos probados siquiera un dato fáctico nuevo, la conciencia del riesgo típico de menoscabar gravemente la integridad del menor, negado por el autor y por la resolución absolutoria. Se amplía así el sustrato fáctico sin dar audiencia contradictoria al acusado que le permitiera defender su inocencia y a la sala de apelación ponderar su testimonio de descargo con las debidas garantías de contradicción e inmediación. Debe añadirse ahora, con ocasión del examen de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, que la inferencia del elemento subjetivo se hace, además, sin explicitar cuáles son los concretos indicios de los que se infiere ese dolo y sin un razonamiento mínimo de por qué y en qué términos; se cuenta, a lo sumo, con la afirmación apodíctica de que el dolo es patente y obra en el relato fáctico. No existe, por tanto, prueba válida ni una motivación suficiente que sostenga el elemento subjetivo del delito contra la integridad moral por el que se condenó al recurrente en segunda instancia.

En consonancia con la doctrina constitucional expuesta en el fundamento jurídico 2 de esta resolución, la inferencia de los elementos subjetivos y objetivos del delito contra la integridad moral lesiva del derecho de defensa contradictoria y de las garantías de validez de la prueba, que atenta contra el derecho a un proceso debido, determina su exclusión del acervo probatorio y la sucesiva lesión del derecho a la presunción de inocencia, dado que la condena se fundamenta precisamente en esos datos que son fruto de una prueba carente de garantías.

4. Estimación del recurso de amparo y efectos. La aplicación de la doctrina constitucional expuesta en el fundamento jurídico 2 conduce a afirmar la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho a la presunción de inocencia del recurrente en tanto: 1) se ha apreciado en segunda instancia la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del delito contra la integridad moral expresamente negados en la primera instancia; 2) se ha hecho tras una reconsideración global de los hechos a partir de pruebas documentales y personales sin haber celebrado la debida vista pública que permitiera la defensa contradictoria del acusado que ha negado los hechos, y 3) la condena se basa de forma esencial en elementos fruto de la valoración ex novo de pruebas practicadas sin las debidas garantías de publicidad, inmediación y contradicción. La vulneración de los derechos fundamentales consagrados en el art. 24.2 CE determina la anulación de la sentencia impugnada y la del auto desestimatorio del incidente de nulidad de actuaciones, en tanto que no reparó dichas vulneraciones, con mantenimiento del fallo absolutorio de la sentencia de instancia.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar el recurso de amparo interpuesto por don Pablo Giménez San José y, en consecuencia:

1.º Declarar que se han vulnerado los derechos del demandante a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

2.º Restablecerle en sus derechos y, a tal fin, declarar la nulidad de la sentencia de 27 de febrero de 2018 y del auto de 30 de abril de 2018, dictados por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Zaragoza en el rollo de apelación núm. 112-2018, quedando firme la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Zaragoza de 27 de diciembre de 2017.

Publíquese esta sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veinticinco de noviembre de dos mil diecinueve.