



Roj: **SAP Z 547/2018 - ECLI:ES:APZ:2018:547**

Id Cendoj: **50297370062018100089**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **6**

Fecha: **27/02/2018**

Nº de Recurso: **112/2018**

Nº de Resolución: **56/2018**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **CARLOS LASALA ALBASINI**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6ZARAGOZA 00056/2018

50297 43 2 2015 0403630 RP APELACION PROCTO. ABREVIADO 0000112 /2018 INJURIA

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ZARAGOZA

SECCIÓN SEXTA

ROLLO DE APELACIÓN (RP) Nº 112/2018

SENTENCIA Nº 56/2018

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

ILMOS. SEÑORES:

PRESIDENTE

D. RUBÉN BLASCO OBEDÉ

MAGISTRADOS

D. CARLOS LASALA ALBASINI

D. ALFONSO BALLESTÍN MIGUEL

En la ciudad de Zaragoza, a veintisiete de Febrero del dos mil dieciocho.

Esta **Sección Sexta de la Audiencia Provincial**, constituida por los Ilmos. Señores que al margen se expresan, ha visto en grado de apelación las Diligencias del Procedimiento Abreviado nº 369/2016 procedente del Juzgado de lo Penal nº tres de esta ciudad, **Rollo nº 112/2018**, seguido por delito contra la integridad moral, contra el acusado **Gervasio**, cuyas circunstancias personales obran ya reseñadas en la Sentencia apelada; hallándose representado por el *Procurador D. Jose-María Angulo Sainz de Varanda* y defendido por el *Letrado D. Valentín Romero Garces*. También contra la **SOCIEDAD MERCANTIL "GOOGLE INC."**, acusada como responsable civil subsidiaria, que está representada por la *Procuradora Dª Nieves Omella Gil*, y defendida por el *Letrado D. Alvaro Mato Ruiz*.

Es parte acusadora el MINISTERIO FISCAL, en el ejercicio de la acción pública.

Ejercitan la Acusación particular de forma conjunta D. Íñigo y Dª Herminia, en nombre y representación de su hijo menor de edad **Leoncio**, los cuales se hayan conjuntamente representados por la *Procuradora Dª Sonia Peire Blasco*, y asistidos por la *Letrada Dª Patricia Lopez Bayo*.

Es **Ponente** el **Ilmo. Sr. Magistrado D. CARLOS LASALA ALBASINI**, quien expresa razonadamente la meditada decisión del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO .- En los citados autos recayó Sentencia con fecha 27-12-20117, cuya parte dispositiva es del tenor siguiente: "FALLO: *Que debo absolver y absuelvo libremente a Gervasio del delito contra la integridad moral por el que venía acusado declarándose todas las costas de oficio.*" .

SEGUNDO .- La sentencia apelada contiene la siguiente relación fáctica: "II. HECHOS PROBADOS: Leoncio que goza de un talento para la música siendo miembro del DIRECCION000 y del DIRECCION001 , de entre ellos 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 Rieti calici" de "La Traviata" de Verdi.

El acusado Gervasio , 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 elaborado por Gervasio 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 Leoncio 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.

Gervasio que admitió la elaboración del video y su publicación una vez iniciadas las actuaciones remitió un escrito a los padres de Leoncio pidiendo disculpas y lamentando los posibles daños causados. "

Hechos probados que como tales se aceptan.

TERCERO .- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de la Acusación particular, alegando en síntesis los motivos que se dirán y, admitido en ambos efectos, se dio traslado a las partes, manifestando el Ministerio Fiscal que se adhería al Recurso de apelación, interpuesto por la Acusación particular y solicitó expresamente que se estime tal Recurso y se condene al acusado Gervasio como autor de un delito contra la integridad moral y a "Google INC." como responsable civil subsidiario, tras lo cual se elevaron las actuaciones a la Audiencia, formándose rollo, con designación de ponente y señalamiento para votación y fallo el día 15-2-2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El Recurso de apelación, interpuesto por la representación procesal conjunta de D. Íñigo y D^a Herminia , contra la Sentencia nº 374/2017, de fecha 27-12-2017, dictada por la señora Juez de lo Penal nº tres de Zaragoza , en su Procedimiento Abreviado nº 369/2016, esgrime como motivo para tal Recurso el de error en la valoración de las pruebas, motivo que en realidad es el de infracción de Ley penal sustantiva, por inaplicación indebida del artículo 173-1º del Código Penal vigente, al acusado absuelto Gervasio .

Ello es así porque los apelantes no discuten en modo alguno el Factum construido por la Ilma. Sra. Juez de lo Penal nº tres de Zaragoza, sino la valoración de tal Factum (Hechos probados) y es en este extremo en el que esta Sala puede y debe entrar para manifestar su disconformidad absoluta con la absolución del acusado Gervasio , cuya condena en esta alzada puede y debe establecerse apoyándose en los mismos Hechos probados construidos correctamente por la Señora Juez de lo Penal nº tres de Zaragoza.

En efecto se dan todos los elementos de tipo penal establecidos en el artículo 173-1º párrafo primero del Código penal vigente.



El video construido con total profesionalidad por el acusado, no tiene desperdicio y constituye un "summun" del trato mas degradante que puede darse 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, Leoncio existió realmente, pues lo vió personalmente el mismo y sus padres en el mes de Mayo del 2013, quedando los tres lógicamente horrorizados. (sic).

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 nº tres de Zaragoza, en sus Hechos probados, que al verse en ese video tanto el menor como sus padres quedaron horrorizados (sic), aunque el niño afectado no necesitó tratamiento médico o psicológico, mas que nada por que sus padres así lo decidieron, lo cual entiende esta Sala que fue un error porque el niño Leoncio 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 173-1º, párrafo primero del Código Penal vigente.

La Jurisprudencia de la Sala II del Tribunal Supremo de España, ha establecido en sus Sentencias nº 1061/2009 (de 26-10-2009), nº 255/2011 (de 6-4-2011) y nº 255/2012 (de 29-3-2012), lo siguiente: "Trato degradante es el que puede crear en la victima sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptible, de humillarlo de envilecerlo y de quebrantar su resistencia física o moral". (sic).

Todos estos requisitos se dan en el presente supuesto planteado.

SEGUNDO .- 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.

Concorre en el acusado Gervasio la atenuante analógica de confesión, pues admitió los hechos totalmente en fase sumarial, una vez que esos hechos fueron denunciados por los padres del menor.

TERCERO .- Se dan pues los requisitos exigidos por la Jurisprudencia de la Sala II del Tribunal Supremo de España, para que pueda subsumirse la conducta del acusado en el tipo objetivo del artículo 173-1-párrafo primero del Código penal vigente y que son los siguientes:

1º.- Acto de claro contenido vejatorio para el sujeto pasivo del delito.

2º.- Padecimiento físico o psíquico en dicho sujeto.

3º.- Un comportamiento que sea degradante o humillante incidiendo en el concepto de dignidad de la persona afectada por el delito.

4º.- Que el trato degradante menoscabe gravemente la integridad moral, lo que excluiría los supuestos banales o de menor entidad.

CUARTO .- Concorre en el acusado la atenuante analógica de confesión pues Gervasio reconoció los hechos inmediatamente ya en fase sumarial y escribió una carta a los padres del menor pidiéndoles disculpas.

Por ello la pena le será impuesta en el mínimo de su mitad inferior que es de seis meses de prisión y ello conforme al artículo 66-1-1ª del Código Penal vigente.

QUINTO .- La responsabilidad civil será de 5.000 euros, tal y como pidió el Ministerio Fiscal en sus Conclusiones Definitivas, que emitió en el Acto del juicio oral. La responsabilidad civil subsidiaria de la Sociedad Mercantil "Google INC" es patente y ello en aplicación de lo dispuesto en el artículo 120-2 del Código Penal vigente, ya que el canal Youtube es propiedad de Google INC.

En cuanto a las costas, le serán impuestas al acusado las costas de la 1ª instancia, con inclusión de las costas de la Acusación particular, pues es la norma general que sigue la Jurisprudencia de la Sala del Tribunal Supremo.



Las costas de esta alzada serán declaradas de oficio de conformidad con lo dispuesto en el artículo 240.1º de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal .

VISTOS los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de apelación formulado por la representación procesal de la Acusación particular ejercitada por **D. Íñigo y Dª Herminia** , al que se adhirió el Ministerio Fiscal, contra la Sentencia nº 374/2017 dictada en su contra por el Juzgado de lo Penal nº tres de esta ciudad de Zaragoza, en el Procedimiento Abreviado nº 369/2016 de dicho Juzgado nº tres por lo que **revocamos** tal Sentencia dictada con fecha 27-12-2017 por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez de lo Penal núm. tres de esta capital y en su lugar **debemos de condenar y condenamos** al acusado **Gervasio** , como autor responsable de un delito contra la integridad moral, tipificado en el artículo 173-1º del Código Penal vigente, con la concurrencia en el mismo de la atenuante de confesión por analogía 7ª del artículo 21 del Código Penal , en relación a la atenuante 4ª de dicho artículo, a la pena de seis meses de prisión, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante todo el tiempo de su condena privativa de libertad. Igualmente **condenamos** al acusado **Gervasio** a que indemnice con 5.000 euros al menor Leoncio , cantidad que se incrementará con los intereses legales.

También **condenamos** al acusado **Gervasio** al pago de las costas de la primera instancia, incluyendo en ellas las costas de la Acusación particular en la primera instancia.

Finalmente debemos de **condenar y condenamos** como responsable civil subsidiaria a la **Sociedad Mercantil "GOOGLE INC."** al pago de los 5.000 euros para caso de insolvencia de Gervasio .

Declaramos de oficio las costas de esta segunda instancia.

Contra esta Sentencia no cabe recurso alguno.

Notifíquese esta Sentencia a las partes con remisión de copias.

Llévese esta Sentencia original al libro de Sentencias y únase testimonio de la misma al presente Rollo de Apelación.

Devuélvanse las actuaciones de primera instancia al Juzgado de procedencia con certificación de esta resolución para su ejecución y cumplimiento, debiendo acusar recibo.

Así, por esta nuestra Sentencia, juzgando en última instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado ponente, celebrando la Sala audiencia pública, en el mismo día de su pronunciamiento. Doy fe.