



Roj: **SAP CU 204/2023 - ECLI:ES:APCU:2023:204**

Id Cendoj: **16078370012023100203**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Cuenca**

Sección: **1**

Fecha: **23/05/2023**

Nº de Recurso: **28/2023**

Nº de Resolución: **77/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Procedimiento abreviado**

Ponente: **ERNESTO CASADO DELGADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJP, Cuenca, núm. 2, 07-11-2022, (proc. 105/2022),
SAP CU 204/2023,
STS 5025/2025**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

CUENCA

SENTENCIA: 00077/2023

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

C/PALAFIX Nº 4-1ª PLANTA, CUENCA 16001

Teléfono: 969224118/969224614

Correo electrónico: audiencia.s1.cuenca@justicia.es

Equipo/usuario: HMC

Modelo: 213100

N.I.G.: 16078 41 2 2021 0001074

RP APELACION PROCTO. ABREVIADO 0000028 /2023

Juzgado procedencia: JDO. DE LO PENAL N. 2 de CUENCA

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000105 /2022

Delito: DESCUBRIMIENTO DE SECRETOS

Recurrente: Luis Antonio

Procurador/a: D/Dª SONIA ELVIRA LILLO

Abogado/a: D/Dª JOSÉ LUIS RODRIGUEZ GARCÍA

Recurrido: Violeta , MINISTERIO FISCAL

Procurador/a: D/Dª SONIA MARTORELL RODRIGUEZ,

Abogado/a: D/Dª SONIA MARQUEZ ESCALANTE,

SAUDIENCIA PROVINCIAL

CUENCA

Apelación Rollo nº 28/2023

Juicio Oral nº 105/2022

Juzgado de Lo Penal nº 2 de Cuenca

SENTENCIA Nº 77/2023

ILTMOS. SRS.:

PRESIDENTE:

D. JOSE EDUARDO MARTÍNEZ MEDIAVILLA

MAGISTRADOS:

D. ERNESTO CASADO DELGADO (PONENTE)

D. JOSE MARIA RIVES GARCIA

En Cuenca, a veintitrés de mayo de dos mil veintitrés.

Vistos en grado de apelación ante esta Audiencia Provincial (Rollo nº 28/2023), los autos de Juicio Oral nº 105/2022 procedentes del Juzgado de lo Penal nº 2 de Cuenca por Delito de Falsedad en Documento Mercantil y Estafa contra D^a. **Violeta**, representada por la Procuradora Sara. Martorell Rodríguez y asistida por la Letrada Sra. Márquez Escalante, estando personado como Acusación Particular, **D. Luis Antonio**, representado por la Procuradora Sra. Elvira Lillo y asistido por el Letrado Sr. Rodríguez García, siendo parte el **MINISTERIO FISCAL**; todo ello como consecuencia del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Luis Antonio contra la sentencia dictada en la instancia de fecha 7 de noviembre de 2022, siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. Don Ernesto Casado Delgado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Cuenca se dictó, en el procedimiento referenciado, sentencia en fecha 7 de noviembre de 2022 en la que, como Hechos Probados, se declara:

"Queda probado y así se declara expresamente, que el día en fecha 13 de abril de 2021, sobre las 17:23 horas, Luis Antonio mantuvo una conversación telefónica con los hijos menores comunes Alejo y Alfonso y fruto de la relación con la acusada Violeta, mayor de edad, con DNI NUM000 y sin antecedentes penales. La acusada Violeta grabó dicha conversación sin el consentimiento de los intervinientes, Luis Antonio y los menores y con intención de tener acceso al contenido reservado de dicha comunicación, enviando posteriormente dicha grabación, a las 22.33 horas, al grupo de whatsapp " NUM001 ", que compartían los 23 padres y madres de los alumnos que compartían aula con los menores".

SEGUNDO .- El Fallo de la sentencia dictada en la instancia presenta el siguiente tenor:

"Que debo condenar y CONDE **NO** a Violeta como autora responsable de un delito de descubrimiento y revelación de secretos del artículo 197.1 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión de un año, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y la pena de multa de 12 meses, con una cuota diaria de cinco euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas y el pago de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular".

TERCERO.- Por la representación procesal de D. Luis Antonio se interpuso recurso de apelación interesando se dicte nueva sentencia por la que se revoque y deje sin efecto la sentencia de instancia, y agrave la pena impuesta condenando a Doña Violeta en los términos contenidos en nuestro escrito de acusación, condenando a la misma en atención a los hechos declarados probados como autora penalmente responsable de la comisión de los delitos tipificados en el 197.1m 197.3 y 197.5 del Código Penal, así como al abono de la Responsabilidad Civil solicitada.

CUARTO.- Admitido a trámite el recurso, por el MINISTERIO FISCAL y por la representación procesal de D^a. Violeta se interesó la confirmación de la resolución recurrida.

QUINTO.- Elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial, se formó el Rollo nº 28/2023, se designó Ponente que recayó en el Magistrado Ilmo. Sr. D. Ernesto Casado Delgado.

HECHOS PROBADOS

Se acepta el relato de hechos probados contenido en la resolución recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Recurso de apelación interpuesto por D. D. Luis Antonio .

Invoca la parte apelante, en esencia, dos motivos:

1.1º.- En cualquiera de los casos, respecto a la no concesión de la indemnización solicitada por el daño moral sufrido, invocamos infracción del artículo 18.1 de la Constitución Española, así como de los artículos 9.3 y concordantes de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen que desarrolla dicho derecho fundamental. Todo ello con base en motivo previsto en 846 BIS C) apartado b) LECRIM. Error en la valoración de la prueba.

1.2º.- Infracción por inaplicación del artículo 197.5 y 201.2 del Código Penal.

1.3º.- Infracción por inaplicación de lo dispuesto en el artículo 197.3 CP.

SEGUNDO .-Conforme tiene declarado nuestro Tribunal Constitucional, la presunción de inocencia, contemplada en el artículo 24 de nuestro Texto Fundamental, comporta en el orden penal, al menos, las cuatro siguientes exigencias: 1ª) La carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde exclusivamente a la acusación, sin que sea exigible a la defensa una *probatio diabólica* de los hechos negativos; 2ª) sólo puede entenderse como prueba la obtenida legalmente y practicada en el juicio oral bajo la inmediación del órgano judicial decisor y con observancia de los principios de concentración y publicidad; 3ª) de dicha regla general solo pueden exceptuarse los supuestos de prueba pre-constituida y anticipada, cuya reproducción en el juicio oral sea o se prevea imposible y siempre que se garantice el ejercicio del derecho de defensa o la posibilidad de contradicción, y 4ª) la valoración conjunta de la prueba practicada es una facultad exclusiva del juzgador, que éste ejerce libremente con la sola obligación de razonar el resultado de dicha valoración.

Según la STS de 18 de diciembre de 2020 dicho principio constitucional proclamado en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna, gira en torno a las siguientes ideas esenciales: 1º) El principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal, que corresponde efectuar a los jueces y tribunales por imperativo del art. 117.3 de la Constitución española y art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; 2º) que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos actos de prueba, suficientes para desvirtuar tal derecho presuntivo, que han ser relacionados y valorados por el Tribunal de instancia, en términos de racionalidad, indicando sus componentes incriminatorios por cada uno de los acusados; 3º) que tales pruebas se han de practicar en el acto del juicio oral, salvo los limitados casos de admisión de pruebas anticipadas y preconstituidas, conforme a sus formalidades especiales; 4º) dichas pruebas incriminatorias han de estar a cargo de las acusaciones personadas (públicas o privadas); 5º) que solamente la ausencia o vacío probatorio puede originar la infracción de tal derecho fundamental.

Por lo que respecta a la aplicación del principio in dubio pro reo, repetidamente hemos señalado también, que la eventual vulneración del mismo solo puede aducirse con éxito en vía de recurso, cuando de la resolución impugnada resulte, expresa o tácticamente, que habiendo tenido el juzgador dudas sobre aspectos fácticos integrantes del tipo penal o relativos en la eventual participación en los hechos del imputado, dichas dudas hubieran sido despejados de forma distinta a como lo impone el mencionado principio (STS de 27/11/2018).

TERCERO.- Partiendo de las consideraciones anteriores, en el supuesto que ahora se somete a nuestra consideración, se resolverá en primer lugar los motivos 2º y 3º del recurso.

Como ya dijimos en nuestra sentencia nº 152/2022, de 18 de octubre, "La Sentencia del Tribunal Supremo 107/2017, de fecha 21 de febrero señala que "En el recurso de apelación (...) el Tribunal que lo resuelve puede rectificar la calificación jurídica de los hechos que se han declarado probados, cuando lo que se alega es infracción de ley penal sustantiva. También puede revisar la validez y la regularidad de las pruebas y la racionalidad del proceso valorativo, cuando la parte recurrente alega vulneración de la presunción de inocencia. No le compete, sin embargo, valorar nuevamente unas pruebas cuya práctica no ha presenciado. (...) No se trata, por lo tanto, de comparar la valoración probatoria efectuada por el Tribunal y la que sostiene la parte que recurre o cualquier otra posible, sino, más limitadamente, de comprobar la regularidad de la prueba utilizada, es decir, su ajuste a la Constitución y a la ley, y la racionalidad del proceso argumentativo. Esta forma de proceder en el control de la racionalidad del proceso valorativo no implica, por lo tanto, que el Tribunal que resuelve el recurso pueda realizar una nueva valoración de las pruebas cuya práctica no ha presenciado, especialmente las de carácter personal. Se trata, solamente, de comprobar que el Tribunal de instancia se ha ajustado a las reglas de la lógica, no ha desconocido injustificadamente las máximas de experiencia y no ha ignorado los conocimientos científicos, y que, por lo tanto, su valoración de las pruebas no ha sido manifiestamente errónea, absurda, caprichosa o absolutamente inconsistente. (...) La existencia de límites en la revisión no quiere decir que no sea posible rectificar la valoración de la prueba efectuada en la instancia cuando se trate de

una Sentencia condenatoria para acordar la absolución sobre la base de la presunción de inocencia. Dejando a un lado los casos de prueba ilícita y de inexistencia absoluta de pruebas de cargo, tal cosa puede suceder, entre otros casos, cuando el razonamiento sobre la prueba presente fallos lógicos que conduzcan a un insuperable vacío argumental en la justificación probatoria de la condena, haciendo irracional el proceso valorativo y su conclusión. (...) no es lícito que el Tribunal de apelación proceda a una nueva valoración de las pruebas".

Así, la Juzgadora de instancia se pronuncia en el Fundamento de Derecho Segundo en los siguientes términos.

" Segundo.- No cabe llegar a la misma conclusión en cuanto a la aplicación de los tipos agravados contemplados en los apartados 3 y 5 del artículo 197 del Código Penal .

Si las imágenes se difunden, revelan o ceden a terceros, se da el supuesto agravado previsto en el apartado 3 del precepto, lo que conlleva la realización previa del tipo básico. Esta conducta reviste una especial gravedad si tenemos en cuenta el carácter permanente que conlleva la utilización de los medios descritos mediante la plasmación de la imagen o reproducción del sonido, y la obtención de copias posteriores. La intervención del derecho penal está justificada por la especial insidiosidad del medio empleado que penetra en los espacios reservados de la persona, de ahí la intensa ofensividad para el bien jurídico tutelado, que se atenúa cuando se produce en lugares públicos, aún sin consentimiento del titular del derecho, que en línea de principio debe generar una respuesta extrapenal (STS 10/12/2004).

Esta agravante es aplicable a todos los tipos básicos anteriores, y tiene su fundamento en que dichas acciones suponen incrementar la vulneración de la intimidad del sujeto pasivo. También debemos subrayar que el legislador equipara difusión, revelación y cesión a terceros, aún cuando la primera suponga una mayor publicidad (STS 10/12/2004).

Es preciso tener en cuenta que el archivo enviado al grupo de Whatsap se eliminó de forma casi inmediata, en el mismo minuto, tal y como se acredita con la documental aportada por la acusada en su declaración en instrucción, de ahí que no pueda apreciarse la concurrencia de este tipo penal.

El apartado 5 del precepto incluye otro supuesto agravado cuyo fundamento tiene por objeto la especial protección de lo que se denomina el núcleo duro del derecho a la intimidad, además de los casos en que la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, que exaspera la pena que resulte de la aplicación de los preceptos anteriores, imponiéndola en su mitad superior (STS 10/12/2004). En el presente supuesto, no se entiende de aplicación este tipo agravado habida cuenta que la víctimas no son los menores de edad sino Luis Antonio ; de hecho él formula denuncia en su propio nombre y no en representación de sus hijos".

Compartimos la conclusión alcanzada por la Juzgadora "a quo".

Así, por lo que respecta a no aplicación del apartado 5 del art. 197 del Código Penal, consideramos que la denuncia rectora no se ha realizado en nombre y representación de los menores, antes al contrario, ha sido el propio denunciante el que ha sostenido en todo momento que no autorizó, en ningún momento, a Violeta (de quién se encontraba en trámites de divorcio) para que grabase las conversaciones que mantenía con sus hijos. Es más, en el acto de la vista oral se manifestó tanto por Violeta como por Luis Antonio que se grababan "recíprocamente", luego no advertimos que los menores sean los sujetos pasivos del delito sino el propio recurrente.

Y, por otro lado, por lo que respecta a la inaplicación del art. 197.3 del Código Penal, nos encontramos a la vista de la prueba practicada en el plenario que el archivo enviado al grupo de WhatsApp se eliminó de forma casi inmediata, en el mismo minuto, tal y como se acredita con la documental aportada por la acusada en su declaración en instrucción.

Es más, la propia acusada manifestó que envió el mensaje por error al grupo y ello unido a que lo borró en un escaso minuto, hacer surgir una duda razonable respecto de su propósito y/o intención de divulgar su contenido, por lo que debe ser aplicado el principio "in dubio pro reo" cuando, como acontece en el presente caso, surgen dudas que consideramos razonables.

CUARTO.- Distinta suerte debe correr el primero de los motivos.

Señala la SAP Ciudad Real (1ª) de 8.10.2021 (Recurso 100/2021):

" Compartiendo en lo sustancial lo argumentado en la sentencia, no debe dejar de reconocerse que, con los hechos aquí enjuiciados, se ha atentado a un derecho inmaterial de la persona, en el caso, la intimidad; y en este punto traemos a colación el artículo Noveno de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, al a intimidad personal y familiar y a la propia imagen - " Tres. La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se

tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido." Por tanto el daño moral, se colige per se, sin necesidad de mayor prueba".

Pues bien, en el presente caso en atención a las concretas circunstancias en las que se desarrollaron los hechos, dado el carácter meramente puntual de la intromisión ilegítima, la circunstancia de que no se ha considerado procedente la aplicación del art. 197.3 del CP, esto es, la difusión/divulgación del contenido de la conversación del padre con sus hijos, consideramos adecuada la determinación de la cuantía indemnizatoria en 500 euros.

QUINTO.- Se declaran de oficio las costas de esta alzada (Art. 240 LECRIM).

En atención a lo expuesto.

FALLAMOS

Que estimando como estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de **D. Luis Antonio** contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Jueza del Juzgado de lo Penal nº 2 de Cuenca, de fecha 7 de noviembre de 2022 y recaída en el seno del Juicio Oral nº 105/2022; y, en consecuencia, declaramos que debemos **REVOCAR PARCIALMENTE LA RESOLUCIÓN RECURRIDA**; en el siguiente sentido:

1.-Debemos condenar y condenamos a D^a. Violeta , a indemnizar a D. Luis Antonio en la cantidad de 500 euros, en concepto de daño moral, con los intereses previstos en el art. 575 de la LEC desde la presente sentencia.

2.- Se confirman el resto de los pronunciamientos contenidos en la sentencia de instancia.

Se declaran de oficio de las costas procesales de la presente alzada.

Notifíquese la presente Sentencia a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme y que, con arreglo al artículo 847.b) de la LECRIM, contra ella cabe recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, (por infracción de ley del motivo previsto en el número 1º del artículo 849 del mismo Texto Legal), debiendo ser preparado previamente ante esta Audiencia Provincial dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación, (artículo 856 de la LECRIM).

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.