



Roj: SAP BU 423/2016 - ECLI:ES:APBU:2016:423
Id Cendoj: 09059370012016100176

Órgano: Audiencia Provincial

Sede: Burgos

Sección: 1

Nº de Recurso: 78/2016

Nº de Resolución: 189/2016

Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Ponente: LUIS ANTONIO CARBALLERA SIMON

Tipo de Resolución: Sentencia

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

BURGOS

ROLLO DE APELACION NUM. 78/2016

PROCEDIMIENTO PENAL NUM. 275/2014

JUZGADO DE LO PENAL NUM. 1 DE BURGOS

S E N T E N C I A N U M . 0 0 1 8 9 / 2 0 1 6

=====

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. LUIS ANTONIO CARBALLERA SIMÓN

D. ROGER REDONDO ARGÜELLES

Dª MARÍA TERESA MUÑOZ QUINTANA

=====

Burgos, a trece de Mayo de dos mil dieciséis.

La Sección Primera de esta Audiencia Provincial, compuesta por los Magistrados expresados, ha visto en segunda instancia la causa procedente del Juzgado de lo Penal nº 1 de Burgos, seguida por un *delito de Revelación de Secretos*, contra **D. Demetrio y Dª Elisa**, cuyas circunstancias y datos requeridos constan ya en la sentencia impugnada, en virtud de recurso de apelación interpuesto por **Dª Sabina**, en el ejercicio de la Acusación Particular, bajo la representación y defensa respectiva de la Procuradora de los Tribunales Dª Diana Romero Villacian y del letrado D. Francisco Javier Martínez Arranz, al que se **ADHIRIÓ EL MINISTERIO FISCAL**, y siendo partes apeladas, por vía de impugnación del recurso, ambos inculpados, el primero representado por la Procuradora de los Tribunales Dª Ana Marta Ruiz Navazo y asistido por el Letrado D. Carlos Gutiérrez Santos, y la segunda representada por el Procurador Juan Carlos Yela Ruiz y asistida por la Letrada Dª Yolanda Candelas Arnaiz, habiendo sido designado Ponente el Magistrado ilmo. Sr. Don LUIS ANTONIO CARBALLERA SIMÓN, quien expresa el parecer de la Sala.

I.-ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En las diligencias del Procedimiento Abreviado de referencia, por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Burgos, se dictó sentencia de fecha 19 de Enero de 2016, cuya declaración de Hechos Probados es del tenor literal siguiente:

-HECHOS PROBADOS-

"ÚNICO.- Probado y así se declara expresamente que Demetrio tenía en su poder una fotografía de su ex pareja, Sabina, en la que esta aparecía sin la parte superior del bañador, cubriendo con sus manos los pechos.

No ha quedado acreditada la manera en la que Demetrio obtuvo dicha fotografía.

El acusado procedió a modificar la fotografía colocando sobre la cara de Sabina una viñeta con la frase WOW y se la envió por whatsapp a Elisa .

Una vez recibida, Elisa colocó dicha fotografía en su perfil de whatsapp ".

SEGUNDO .- La parte dispositiva de la referida sentencia recaída en la primera instancia, dice literalmente lo que sigue:

"FALLO: QUE DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO A Demetrio del delito de Revelación de Secretos por el que venía siendo acusado, con declaración de las costas de oficio.

QUE DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO A Elisa del delito de Revelación de Secretos por el que venía siendo acusada, con declaración de las costas de oficio ".

TERCERO .- Por la Acusación particular, con la representación y defensa aludidas, frente a dicha Sentencia, se interpuso recurso de apelación en el que se alegaron los fundamentos que se estimaron convenientes, contra lo estimado por la Juzgadora de instancia y, admitido en virtud de providencia en la que se dispuso el traslado del escrito de recurso al Ministerio Fiscal y demás partes personadas, por término de diez días, para que alegara lo que estimaran oportuno, remitiéndose seguidamente lo actuado a esta Sección Primera; dándose por recibidos, y turnándose al Ilmo. Sr. Ponente, señalándose para Examen los autos, y quedando pendientes para resolución.

II.- HECHOS PROBADOS

Se aceptan los hechos probados de la sentencia recurrida y, en consecuencia, se dan por reproducidos en esta resolución.

III.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

No se aceptan los fundamentos de derecho y el fallo de la sentencia de Instancia, en cuanto se opongán a los que siguen.

PRIMERO .- Por la Acusación Particular se impugna la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Burgos, de fecha 19 de Enero de 2016 , que absolvía a ambos acusados del delito de revelación de secretos objeto de acusación; recurso al que se adhirió el Ministerio Fiscal.

Alega, en primer lugar, la parte recurrente, que se ha producido *infracción de normas del ordenamiento jurídico* por parte de la juzgadora de instancia, por la **no aplicación del tipo penal del art. 197.2 del CP** , en cuanto al delito de descubrimiento y revelación de secretos, al entender que de las pruebas practicadas en el plenario, han quedado acreditados los requisitos y elementos que exige la doctrina y jurisprudencia para la aplicación de dicho delito.

De otro modo, subsidiariamente considera que se ha producido *infracción del principio "Iura Novit Curia"* por parte de la juzgadora de instancia, por la **no aplicación del tipo penal del art. 197.1 del CP** ,

En base a ello, solicita que, con revocación de la sentencia recurrida, se condene a los acusados en los términos interesados en el acto del juicio oral, y/o, alternativamente, por el tipo penal del art. 197.1 del CP , a la pena de un año de prisión y dieciocho meses de multa, indemnizando conjunta y solidariamente a D^a Sabina en la cantidad de 5.000 € por los daños y perjuicios causados, y ello con la expresa condena de las costas de la acusación particular.

SEGUNDO.- Sentadas de esta manera las bases en las que se fundamenta el primer motivo del recurso de apelación interpuesto, debemos entrar en el análisis de la supuesta *infracción de normas del ordenamiento jurídico* por parte de la juzgadora de instancia, por la **no aplicación del tipo penal del art. 197.2 del CP** , íntimamente relacionado con error en la valoración de la prueba , considerando la recurrente que no está conforme con el contenido de la sentencia recurrida ya que la conducta de ambos denunciados tiene relevancia penal.

Esta Sala de Apelación tiene manifestado que la doctrina jurisprudencial sobre el error en la apreciación de la prueba puede ser sintetizada indicando que en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo se establece que para enervar la presunción de inocencia es preciso, no solo la existencia de una mínima actividad probatoria legalmente obtenida, sino que su contenido tenga entidad suficiente para construir enlace racional y ajustado a las reglas de la lógica deductiva entre el contenido del elemento probatorio seleccionado para sustentar el Fallo condenatorio y la convicción a la que llega el órgano sentenciador. La convicción de éste debe asentarse sobre una firme y sólida base fáctica y un lógico proceso argumental para

obtener, aun por las vías indirectas de la deducción valorativa de los hechos, un juicio fundado que no rompa con la necesaria armonía que debe presidir todo proceso deductivo (sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Septiembre de 2.010).

Pues bien, una vez producida la actividad probatoria de cargo ante el Tribunal Juzgador en términos de corrección procesal, su valoración corresponde al mismo, conforme al artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ; dar más credibilidad a un testigo que a otro o decidir sobre la radical oposición entre denunciante y denunciado, es tarea del Juzgador de instancia que puede ver y oír a quiénes ante él declaran (sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Marzo de 1.986), si bien la estimación en conciencia no ha de entenderse o hacerse equivalente a cerrado e inabordable criterio personal e íntimo del juez, sino a una apreciación lógica de la prueba, no exenta de pautas y directrices de rango objetivo.

Por todo ello, la credibilidad de cuantos se manifiestan en el Juicio Oral, incluso con un contenido distinto a lo que se expuso durante la instrucción, es función jurisdiccional que solo compete al órgano juzgador (sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Noviembre y de 27 de Octubre de 2.005). Y como se ha expuesto de forma constante constituye doctrina jurisprudencial reiterada la que señala que, cuando la cuestión debatida por la vía del recurso de apelación como en el presente caso es la valoración de la prueba llevada a cabo por el juez a quo en uso de las facultades que le confieren los artículos 741 y 973 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y sobre la base de la actividad desarrollada en el juicio, debe partirse, como principio y por regla general, de la singular autoridad de la que goza la apreciación probatoria realizada por el juez ante el que se ha celebrado el juicio, núcleo del proceso penal, y en el que adquieren plena efectividad los principios de inmediación, contradicción y oralidad, a través de los cuales se satisface la exigencia constitucional de que el acusado sea sometido a un proceso público con todas las garantías (artículo 24.2 de la Constitución Española), pudiendo el juzgador de instancia, desde su privilegiada y exclusiva posición, intervenir de modo directo en la actividad probatoria y apreciar personalmente sus resultados, así como la forma de expresarse y conducirse las personas que en él declaran en su narración de los hechos y la razón del conocimiento de éstos, ventajas de las que, en cambio, carece el Tribunal llamado a revisar dicha valoración en segunda instancia. De ahí que el uso que haya hecho el juez de su facultad de libre apreciación o apreciación en conciencia de las pruebas practicadas en el juicio (reconocida en los artículos 741 y 973 citados) y plenamente compatible con el derecho a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva, siempre que tal proceso valorativo se motive o razone adecuadamente en la sentencia (sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de Diciembre de 1.985 , 23 de Junio de 1.986 , 13 de Mayo de 1.987 , y 2 de Julio de 1.990 , entre otras), únicamente debe ser rectificado, bien cuando en realidad sea ficticio por no existir el correspondiente soporte probatorio, vulnerándose entonces incluso la presunción de inocencia, o bien cuando un ponderado y detenido examen de las actuaciones ponga de relieve un manifiesto y claro error del juzgador a quo de tal magnitud y diafanidad que haga necesaria, con criterios objetivos y sin el riesgo de incurrir en discutibles y subjetivas interpretaciones del componente probatorio existente en los autos, una modificación de la realidad fáctica establecida en la resolución apelada.

En definitiva, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido exigiendo, a fin de acoger el error en la apreciación de las pruebas, que exista en la narración descriptiva supuestos inexactos, que el error sea evidente, notorio y de importancia (sentencia de 11 de Febrero de 2004), que haya existido en la prueba un error de significación suficiente para modificar el sentido del fallo (sentencia de 5 de Febrero de 2009).

Es decir, que, rige en nuestro derecho procesal penal el sistema de libre valoración de la prueba, así consagrado por el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , que autoriza al Juez o Tribunal a formar su íntima convicción, sin otro límite que el de los hechos probados en el juicio oral, a los que ha de hacer aplicación de las normas pertinentes, siguiendo sus mandatos, así como con el empleo de las normas de la lógica y de la experiencia. Este principio de la libre valoración de la prueba ha sido reconocido y complementado por la doctrina del Tribunal Constitucional, al socaire sobre todo de la interpretación y aplicación de la presunción de inocencia, integrada en el artículo 24 de la Constitución , como derecho fundamental, en relación con el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . Pueden considerarse como requisitos esenciales de aquella doctrina que: a) la prueba que haya de apreciarse ha de ser practicada en el juicio oral (principio de inmediación), salvo los supuestos admitidos de prueba anticipada; b) la carga probatoria incumbe a las partes acusadoras y no a la defensa, por corresponder al acusado el beneficio de la presunción de inocencia; y c) dicha prueba ha de ser de cargo, suficiente para desvirtuar aquella presunción (STC. de 23 de Mayo de 2010).

Para que pueda ser acogido el error en la apreciación de las pruebas es necesario que aparezca de modo palmario y evidente que los hechos en que se haya fundamentado la condena carezcan de todo soporte probatorio, o que en manera alguna pueden derivarse lógicamente del resultado de tales pruebas, no pudiendo

equipararse a tal error la mera discrepancia en cuanto a la valoración de tales pruebas que ha hecho el juzgador de instancia en aplicación de lo prevenido en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

TERCERO.- En nuestro caso, la Juzgadora de Instancia, tras valorar la prueba en la forma que determina el art. 741 de la LECr ., **llega a la conclusión de que la conducta de los acusados no es incardinable en el tipo penal del artículo 197.2 CP .**

Por su parte, el Ministerio Fiscal -por vía de adhesión al recurso- y la parte apelante, partiendo siempre de la certeza de los hechos declarados probados, sostienen la tesis de que nos hallamos ante un delito de revelación de secretos, al considerar que, en el caso concreto, concurren todos los elementos objetivos y subjetivos que la jurisprudencia viene exigiendo para subsumir la conducta de los acusados en el tipo penal invocado por las acusaciones en el acto del juicio oral.

Para dirimir la cuestión jurídica suscitada se considera imprescindible plasmar los hechos declarados probados en la resolución recurrida relativos a la conducta verificada por ambos acusados en relación con el delito tipificado en el art. 197.2 del CP imputado, habida cuenta que su contenido resulta inamovible, dada la vía procesal elegida por la parte recurrente, y constituye por tanto la premisa de que ha de partirse para dirimir la tipicidad de la conducta que postularon en la instancia la acusación pública y particular.

Por tanto, ha de partirse del "factum" de la sentencia recurrida, en el que se declaran probados los siguientes hechos:

1º Que el acusado Demetrio -que tenía en su poder una fotografía de su ex pareja, Sabina , en la que esta aparecía sin la parte superior del bañador, cubriendo con sus manos los pechos, desconociéndose la manera en la que obtuvo dicha fotografía-, procedió a modificar la fotografía colocando sobre la cara de Sabina una viñeta con la frase WOW y se la envió por whatsapp a Elisa .

2º Una vez recibida, Elisa colocó dicha fotografía en su perfil de whatsapp .

Teniendo en cuenta dicha portada básica, es ya el momento de exponer los requisitos que integran el tipo penal del **delito de revelación de secretos del art. 197.2 CP** reformado por LO 5/2.010 -aplicable por razón de comisión de los hechos-, para pasar después a examinar si concurren los requisitos objetivos y subjetivos en el relato histórico referido, momento en el que se analizarán las argumentaciones ofrecidas por la juzgadora de instancia para la absolución de los acusados y las objeciones planteadas por las acusaciones personadas para solicitar la revocación de la sentencia de instancia y la condena de los acusados en esta alzada.

Para ello, cabe partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Diciembre de 2009 , en la que textualmente se recoge que "el art. 197.2 se encuentra ubicado en el capítulo primero " Del descubrimiento y revelación de secretos, del Título X del Libro II del Código Penal que se rotula como "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio".

En este sentido los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen garantizados por el art. 18.1 CE , forman parte de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada. Salvaguardan estos derechos un espacio de intimidad personal y familiar que queda sustraído a intromisiones extrañas, destacando la necesaria protección frente al creciente desarrollo de los medios y procedimiento de captación, divulgación y difusión de la misma y de datos y circunstancias que pertenecen a la intimidad.

Por intimidad, por tanto, se pueden entender diversos conceptos, siendo significativo a estos efectos que la terminología usada para referirse a dicho concepto varía en los distintos países, así en Italia se habla de "riservatezza", en Francia de "vie privée", en los países anglosajones de "privacy", y en Alemania de "privatsphäre", pero que vienen a coincidir en la existencia de una esfera de privacidad que cabe considerar secreto en el sentido de ser facultad de la persona su exclusión del conocimiento de terceros. El Código actual ha hecho además especial referencia a la llamada "libertad informática, ante la necesidad de conceder a la persona facultades de control sobre sus datos en una sociedad informatizada, siguiendo las pautas de la Ley Orgánica de Regulación del tratamiento Automatizado de Datos personas (LORTAD) 5/92 de 29.10, relacionada con el Convenio del Consejo de Europa de 28.1.81, y la Directiva 95/46 del Parlamento de la Unión Europea relativos a la protección de tales datos y a su libre circulación.

*Esta segunda dimensión de la intimidad conocida como libertad informática o **habeas data**, encuentra su apoyo en el art. 18.4 CE , en donde taxativamente se dispone que "la Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos".*

De esta proclamación se deriva su poder de acción del titular para exigir que determinados datos personales no sean conocidos, lo que supone reconocer un derecho a la autodeterminación informativa, entendido como libertad de decidir qué datos personales pueden ser obtenidos y tratados por otros. La llamada libertad informática significa, pues, el derecho a controlar el uso de los datos de carácter personal y familiar que pueden recogerse y tratarse informáticamente (habeas data); en particular -como señala la doctrina- entre otros aspectos, la capacidad del ciudadano para oponerse a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquél legítimo que justificó su obtención (SSTC. 11/98 de 13.1 , 45/99 de 22.3).

Esta evolución del concepto de intimidad puede apreciarse en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional así en un primer momento la intimidad se configura como el derecho del titular a exigir la no injerencia de terceros en la esfera privada, concibiéndola pues, como un derecho de corte garantista o de defensa. En un segundo momento a partir de la STC. 134/99 de 15.7 , la intimidad pasa a ser concebida como un bien jurídico que se relaciona con la libertad de acción del sujeto, con las facultades positivas de actuación para controlar la información relativa a su persona y su familia en el ámbito público: "el derecho a la intimidad garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a una persona o a su familia, pudiendo imponer a terceros (sean estos simples particulares o poderes públicos, su voluntad de no dar a conocer dicha información, prohibiendo su difusión no consentida"(SSTC. 134/99 de 15.7 y 144/99 de 22.7).

En esta dirección la STS 358/2007 de 30.4 destacó analizando el art. 197 CP . que dicho precepto contiene varias conductas en una compleja redacción y sanciona en primer lugar al que se apodere de los papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales de otra persona, al quien interceptare las comunicaciones de otro y al que utilizare artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o la imagen o de cualquier otra señal de comunicación, en todos los casos sin su consentimiento y con la finalidad de descubrir sus secretos o vulnerar su intimidad. Se trata de conductas distintas que no precisan que el autor llegue a alcanzar la finalidad perseguida. En los dos primeros casos requiere sin embargo un acto de apoderamiento o de interceptación efectivos, mientras que en el supuesto de utilización de artificios basta con la creación del peligro que supone su empleo con las finalidades expresadas para la consumación de la infracción penal.

También sanciona a quien, sin estar autorizado, se apodere, en perjuicio de tercero, de datos reservados de carácter personal o familiar de otro, que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Así como a quien simplemente acceda a ellos por cualquier medio sin estar autorizado y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

El bien jurídico protegido es la intimidad individual. Aunque la idea de secreto puede ser más amplia, como conocimientos solo al alcance de unos pocos, en realidad deben estar vinculados precisamente a la intimidad pues esa es la finalidad protectora del tipo. En este sentido, la STS nº 666/2006, de 19 de junio , en la que se dice que "la idea de secreto en el art. 197, 1º CP resulta conceptualmente indisoluble de la de intimidad: ese «ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás»(SSTC 73/1982 y 57/1994 entre muchas)". Así se desprende de la ubicación del precepto en el Título dedicado a los delitos contra la intimidad, y es coherente con su propia redacción, pues en el primer apartado relaciona los papeles, cartas o mensajes de correo electrónico con otros documentos o efectos personales. Y en el segundo apartado se refiere a datos reservados de carácter personal o familiar.

En relación a la conducta enjuiciada, interesa resaltar que el tipo objetivo requiere solamente un acto de apoderamiento, sin necesidad de que el autor llegue a descubrir los secretos o vulnerar la intimidad en el primer caso, y en el mero acceso de los datos protegidos en el segundo. El tipo subjetivo exige, sin embargo, aquella finalidad, junto con el dolo en el acto de apoderamiento o de acceso.

Centrándonos en el análisis de los delitos recogidos en el segundo apartado del art. 197, éstos tienen un sentido claramente distinto a los recogidos en el apartado primero: ya que las conductas afectan a datos que no están en la esfera de custodia del titular, sino en bancos de datos y pueden causar perjuicios a terceros distintos del propio sujeto al que se refiere la información concernida.

Un sector doctrinal considera que en el art. 197.2 se protegen, en realidad, dos bienes jurídicos. Por una parte, la intimidad del sujeto pasivo, en relación con las conductas de apoderarse, acceder y utilizar los datos. Por otra parte, la integridad de los datos, en relación con los comportamientos de modificar o alterar. Distinción, no obstante, relativa por el hecho de quien pretende modificar o alterar, primero debe acceder, con lo que se habría lesionado también la intimidad en estas modalidades de conducta.

Consecuentemente, como ya hemos indicado, lo que se protege en este apartado segundo es la **libertad informática** entendida como derecho del ciudadano a controlar la información personal y familiar que se encuentra recogida en ficheros de datos, lo que constituye una dimensión positiva de la intimidad que constituye el bien jurídico protegido.

Según el art. 3 a) de la Ley Orgánica 15/99 de 13.12, de Protección de Datos de Carácter Personal (LPDP) **dato de carácter personal** es "cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables. No se define, sin embargo, qué datos son reservados, ni siquiera se utiliza la denominación de datos de carácter familiar.

Advierte la doctrina que el calificativo de **reservado** carece en absoluto de sentido, debiendo descartarse -como después se analizará más extensamente- la tesis de que la protección penal haya de limitarse a solo cierto tipo de datos personales de mayor relevancia, con exclusión de otros, cuya protección quedaría reservada al ámbito administrativo. Prueba de que ello no es así lo proporciona el apartado 5º que agrava la pena que corresponde a las conductas realizadas sobre esos datos de especial relieve, lo que evidencia que los demás están incluidos dentro del apartado 2. Por ello en el sentido del tipo el entendimiento más adecuado del carácter reservado de los datos es considerar que son tales los que no son susceptibles de ser conocidos por cualquiera. El precepto insiste en ello al aclarar por partida doble que el delito lo comete el que accede a los datos o los utiliza "sin estar autorizado", evidencia de que no son datos al alcance de cualquiera.

Los datos, además, ha de estar "**recogidos (registrados) en ficheros o soportes** informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. **Fichero** es todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso (art. 3 b. LPDP). En el sentido del art. 197.2 debe exigirse que se trate de un conjunto organizado de información relativa a una generalidad de personas. Dado el carácter reservado de los datos, los ficheros o registros han de ser de acceso y utilización limitada a personas concretas y con finalidades específicas, siendo indiferente, su naturaleza: personal, académica o laboral, medica, económica, etc... Se trata, en realidad de informaciones de carácter personal relacionadas más con la privacidad que con la intimidad. No tienen por qué ser informativos, porque se acoge también a **cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado**.

Las conductas van dirigidas a **datos que se hallen registrados**, es decir a bancos de datos preexistentes, entendiéndose por la doctrina que no es típica la creación clandestina de bancos de datos, que queda en el ámbito administrativo sancionador.

Se apodere se ha interpretado por un sector doctrinal en sentido estricto como el apoderamiento que precisan los delitos contra el patrimonio. Otro sector se inclina por una interpretación más amplia, comprendiendo los supuestos en que se copian los datos, dejando intactos los originales o simplemente se capta, se aprehende, el contenido de la información, acepción en la que "apoderarse" resultaría **equivalente a acceder** al dato que se castiga también en el inciso final. **Utilizar** es usar sin apoderarse de ellos. **Modificar** es alterar los mismos, tanto si se trata de mejorar como de perjudicar la situación del sujeto al que afectan.

Las conductas tienen que producirse **sin estar autorizado** para acceder, manipular o modificar el banco de datos y realizarse **en perjuicio de tercero**, tercero que puede ser distinto al titular de los datos produciéndose una triple implicación de sujetos (sujeto activo, titular de los datos y eventual perjudicado) que responde, a la idea de que el titular de los datos no puede ser sujeto activo del delito porque él es el sujeto pasivo, dado que lo tutelado es su intimidad."

Al descender al caso concreto y aplicarle las referidas pautas jurisprudenciales, se advierte que la resolución recurrida congloba unos hechos probados y unos razonamientos jurídicos que vienen a constatar que se dan en el supuesto enjuiciado los requisitos del delito imputado con carácter principal por las acusaciones -aun cuando la juzgadora de instancia incurra en un claro error en la integración del tipo penal inaplicado, al considerar la atipicidad penal de la conducta imputada-, para lo cual acude a razones que esta Sala no puede compartir.

En efecto, la juzgadora de instancia, al valorar la prueba, en la forma que determina el art. 741 de la LECr., asienta su convicción cognoscitiva en los siguientes elementos probatorios:

1. La declaración del acusado al manifestar que "la fotografía se la había enviado Sabina por whatsapp y correo electrónico y que, además, estaban publicadas en otras redes sociales. Reconoce que puso una viñeta encima de la cara de Sabina y se la reenvió por whatsapp a Elisa".

2. La declaración de la acusada, Elisa , quien declaró que " Sabina ponía fotos de su hijo con comentarios hirientes en el perfil de wasap y ella quiso poner esa foto para que supiese lo que dolían que pusieran fotos en las redes sociales. Manifiesta la acusada que fue un mensaje directo para Sabina porque bloqueó sus contactos para que solo la viera ella y la tuvo puesta desde el domingo hasta el lunes o martes y la retiró cuando vio que Sabina había quitado la foto de su hijo. Según la acusada, la foto se la envió Demetrio diciendo que la había obtenido de las redes sociales".

3. También la declaración de la denunciante Sabina quien afirmó "*que vio la foto de whatsapp y la avisaron otros vecinos de que salía esa foto. Indica que se trata de una fotografía hecha con el teléfono móvil en agosto de 2012 y que se encontraba en su teléfono móvil. Niega haber pasado esa fotografía a su ex pareja, Demetrio y haber colgado esa foto en otras redes sociales, no reconociendo la documental aportada por el Letrado del acusado sobre otras redes sociales en las que aparece la fotografía. Señala, igualmente, que el acusado no ha tenido acceso físico a su teléfono móvil, desconociendo cómo puedo acceder a la misma*".

Desde dicha portada básica, la cuestión ahora debatida queda residenciada en valorar si ha existido una incorrecta aplicación del derecho positivo aplicable por parte de la juzgadora de instancia, derivado de un error en la valoración de la prueba con trascendencia en la conclusión absolutoria contenida en la sentencia recurrida, sobre la base de tener en cuenta que en el factum de la sentencia recurrida se viene a reconocer, y así se declara expresamente probado, no solo que el acusado procedió a modificar la fotografía colocando sobre la cara de Sabina una viñeta con la frase WOW y se la envió por WhatsApp a Elisa , sino también que, una vez recibida, ésta colocó dicha fotografía en su perfil de WhatsApp .

Pese a tal declaración de hechos probados, la juzgadora de instancia concluye en la atipicidad de la conducta imputada, en base a los siguientes argumentos:

1º/ Que los acusados no han accedido, alterado o utilizado datos de carácter personal o familiar de Sabina que se encuentren recogidos en un fichero de datos, si no que ha utilizado una fotografía de carácter íntimo de la misma que ella guardaba en su teléfono móvil y se desconoce la forma en la que el acusado Demetrio ha accedido a dicha fotografía.

2º/ Que esa fotografía no constituye un dato de carácter personal, médico, académico o económico que se encuentre en un fichero de datos ya sea público o privado, por lo que la conducta de los acusados no configura la dinámica comisiva que el tipo penal por el que se les acusa exige y no tiene encaje en el precepto mencionado.

Sin embargo, en contra del criterio de la juzgadora de instancia, esta Sala, a la vista del factum de la sentencia recurrida, entiende que resulta evidente que nos encontramos ante un supuesto en el que está justificada la actuación del derecho penal, con sustrato material en la figura típica contemplada en el art. 197.2 del CP reformado por la LO 5/2010 -aplicable por razón de la fecha de comisión de los hechos-, y ello por las siguientes razones :

1ª/ El tipo penal sanciona la conducta del que "*sin estar autorizado, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos*", y no cabe duda alguna de que, en el caso ahora examinado, tal conducta la realizó, en primer lugar el acusado, al utilizar y luego modificar una fotografía de su expareja -en la que aparece sin la parte superior del bañador, tapándose los pechos con las manos, pero con la cara tapada con una especie de viñeta con las letras "WOW"-, para, a continuación divulgarla sin su autorización, enviándosela a la acusada, que procedió a publicarla en su perfil de Wassapp, con el siguiente texto "*Quien juega con fuego...arde!!! (y todavía hay 100 más)*".

2ª/ De acuerdo con la mencionada doctrina del Tribunal Supremo, la conducta de los acusados se incardinaría en el *apoderamiento o acceso* , por cuanto la posesión por su parte de la fotografía de su expareja era una posesión ilícita ya que -como manifestó ésta en el juicio- "*la fotografía había sido hecha con el teléfono móvil en agosto de 2012 y que se encontraba en su teléfono móvil, negando haber pasado esa fotografía a su ex pareja*".

3ª/ En todo caso, la antijuricidad objetiva del reproche jurídico penal descansa en la acción de *utilización* de los datos reservados de carácter personal de la denunciante, sin estar autorizados para ellos, con una clara finalidad de divulgar la fotografía en las redes sociales, dado que, al insertarla en su perfil de WassApp, goza de aptitud plena como para que terceras personas pudieran visualizarla, y observar que había sido claramente manipulada con una preclara voluntad de atentar a su intimidad y dignidad personal, puesto que, aunque pusiera WOW -guau- en castellano-, tiene un evidente tinte vejatorio.

4ª/ De hecho, en el factum de la sentencia recurrida, al analizar e interpretar el hecho del "acceso" que se ubica en la modalidad básica del art. 197.2 CP, declara probado que *"No ha quedado acreditada la manera en la que Demetrio obtuvo dicha fotografía"*, lo cual, con la jurisprudencia aplicable (STS. 123/2009 de 3.2, ya citada, resulta indiferente, ya que ésta modalidad básica incluye, a su vez, tres figuras diversas: 1ª apoderamiento, utilización o modificación de datos; 2ª el mero acceso, y 3ª la alteración o utilización, y no se discute que el referido acusado utilizó y manipuló una fotografía de su exnovia.

5ª/ No cabe duda que también concurre el elemento subjetivo, o intencionalidad de la acción, siendo como es un delito doloso y no de tendencia, que se sustenta en el propósito de perjudicar a un tercero mediante la utilización, modificación de datos personales y su posterior divulgación en las redes sociales.

Sobre la prueba del elemento culpabilístico de la acción, nada mejor que reseñar las palabras de la inculpada en el plenario, al pretender justificar su conducta diciendo que *" Sabina ponía fotos de su hijo con comentarios hirientes en el perfil de wasap y ella quiso poner esa foto para que supiese lo que dolían que pusieran fotos en las redes sociales. Manifiesta la acusada que fue un mensaje directo para Sabina porque bloqueó sus contactos para que solo la viera ella y la tuvo puesta desde el domingo hasta el lunes o martes y la retiró cuando vio que Sabina había quitado la foto de su hijo"*.

Y lo mismo debe decirse respecto de la intencionalidad del exnovio de la perjudicada, pues ninguna explicación lógica se encuentra a su conducta, si no fuera la voluntad de perjudicarla, enviando a la acusada una foto manipulada de su expareja, con las expresiones ya resaltadas.

6ª/ Sobre el perjuicio de tercero o titular de los datos, en el que se materializa el dolo directo exigido por el tipo aplicado, continúa diciendo la mencionada STS que *"Un sector doctrinal considera que "en perjuicio" es un elemento subjetivo del injusto, de manera que el propósito de perjudicar a otro debe presidir el apoderamiento, la utilización o modificación de los datos."*

El inconveniente que tiene esta postura es que aunque anticipa el momento de la intervención penal - pues la consumación ya no tiene que esperar a la efectiva producción de resultado alguno-, a la vez limita el ámbito de lo punible, pues solo los comportamientos que vayan presididos de esa particular intención resultan típicos.

Por ello otro sector de opinión estima que el "en perjuicio de tercero" no debe ser interpretado como un elemento subjetivo del injusto, sino como el resultado de la conducta, causalmente añadido a la simple utilización, modificación o al apoderamiento de los datos.

Esta es la línea que siguió esta Sala en la STS. 234/99 de 18.2, al matizar que parece razonable que no todos los datos reservados de carácter personal o familiar puedan ser objeto del delito contra la libertad informática, puesto que, precisamente porque el delito se consume tan pronto el sujeto activo "accede" a los datos, esto es, tan pronto los conoce y tiene a su disposición (...), es por lo que debe entenderse que la norma requiere la existencia de un perjuicio añadido para que la violación de la reserva integre el tipo, un perjuicio que puede afectar, como hemos visto, al titular de los datos o a un tercero, perjuicio que se produce siempre que se trata de un dato considerado "sensible" por ser inherente al ámbito de su intimidad más estricta.

Es cierto que esta postura ha sido objeto de críticas al limitar los datos que causan un perjuicio apreciable a los datos "sensibles", los de mayor relevancia para la intimidad y ha sido matizada en otras posteriores, como la 1461/2001 de 11.7, que a la pregunta de si la expresión de tercero debe interpretarse como un plus en la lesión del bien jurídico protegido, entendió que existían argumentos para responder negativamente:

a) *Si el ámbito de la intimidad protegida se restringe mucho, se produce el efecto de asimilar el perjuicio a la parte más básica de la intimidad ("núcleo duro de la privacidad"): salud, ideología, vida sexual, creencias, etc. que ya se castiga como subtipo agravado en el art. 197.5, lo que conllevaría la inaplicación del art. 197.2.*

b) *De la sentencia 18.2.99, parece colegirse que ese posible mayor perjuicio proviene y se traduce en el desvelamiento de un dato personal o familiar, exclusivamente.*

c) *La conducta se consume, sin necesidad de que un ulterior perjuicio se produzca como textualmente exprese las tantas veces referida sentencia de esta Sala.*

d) *Derivada de la anterior afirmación hemos de entender que sí el perjuicio se materializa habría que acudir a un concurso medial de infracciones penales.*

e) *El precepto analizado tutela o protege exclusivamente la intimidad y no contempla con tal previsión penal la lesión de otros bienes jurídicos. En realidad se trata de **poner freno a los abusos informáticos***

contra la intimidad, es decir, contra aquellas manifestaciones de la personalidad individual o familiar cuyo conocimiento queda reservado a su titular.

f) En una interpretación sistemática, si quisiéramos establecer una simetría con las descripciones típicas contenidas en el art. 197.1 y referidas al aspecto subjetivo del tipo, advertiríamos que en esta figura delictiva, la acción típica se dirige "a descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro", que en cierto modo estaría sustituida por la frase "en perjuicio de otro", contenida en el tipo penal previsto en el art. 197.2, habida cuenta de que ambas infracciones penales, tratan de proteger idénticos bienes jurídicos.

g) Pues bien, por difícil que resulta comprenderlo, las modalidades 1ª y 2ª exigen que el sujeto actué en perjuicio de tercero, la 3ª que se haga en perjuicio de tercero o del titular del dato, y lo que aquí es relevante, en la 2ª no se exige perjuicio alguno...

Baste advertir que el supuesto típico imputado -mero acceso-, es decir la modalidad 2ª, no exige tal perjuicio de tercero. El perjuicio de tercero es presupuesto de las otras modalidades típicas del apartado 2º del art. 197 CP . constituido por la conducta de " apoderarse , utiliza o modificar" y la de "alterar o utilizar " los datos a los que nos venimos refiriendo. Es decir reservados y de carácter personal o familiar existente en los ficheros o archivos allí indicados.

Pero cuando la conducta típica es la descrita en la primera parte del inciso segundo del mismo apartado 2º del citado art. 197 CP . es decir el acceso a los datos por cualquier medio, no exige el perjuicio del tercero.

Pues bien creemos que es necesario realizar una interpretación integradora en el sentido de que como en el inciso primero, se castigan idénticos comportamientos objetivos que el inciso 2º (apoderarse, utilice, modifique) no tendría sentido de que en el mero acceso no se exija perjuicio alguno y en conductas que precisan ese previo acceso añadiendo otros comportamientos, se exija ese perjuicio, cuando tales conductas ya serían punibles -y con la misma pena- en el inciso segundo.

La solución sería -partiendo de que en el término "tercero" debe incluirse el afectado, en su intimidad, sujeto pasivo, al que esencialmente se refiere el tipo- entender que los apoderamientos, accesos, utilizations o modificaciones de datos de carácter personal, realizadas en perjuicio de tercero se incluirían en el inciso inicial del art. 197.2, y en cambio, en el inciso segundo deberían ser subsumidas las conductas de acceso en perjuicio del titular de los datos".

Aplicando dicha doctrina al caso ahora examinado, no cabe duda de la intencionalidad de la acción, pero también del perjuicio para la denunciante por la afectación de su intimidad al ser divulgada en las redes sociales una fotografía suya, sin su autorización, manipulada y con vocación de perjudicarla, ya que venía insertada con la cara tapada y con una especie de viñeta con las letras "WOW"-, que posteriormente la acusada procedió a publicarla en su perfil de Wassapp, con el siguiente texto "Quién juega con fuego...arde!!! (y todavía hay 100 más)", lo que a no dudar debió implicar necesariamente una situación de zozobra e intranquilidad para la denunciante.

7ª/ No cabe duda de que el teléfono móvil personal es un soporte informático donde consta un registro de archivos de carácter personal, que está protegido por la LO 15/1.999 de Protección de los Datos de carácter Personal, y por el art. 197.2 introducido por la LO 15/2.003 , que reformó el CP introducido por la LO 10/1.995, y ha mantenido la reforma operada por la LO 5/2.010, y ampliado por la LO 1/ 2.015, que en su párrafo 3º ya regula de forma específica "la difusión, revelación o cesión a terceros de datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los dos párrafos anteriores" -que aunque no es aplicable al caso, al ser los hechos posteriores a la entrada en vigor de dicho texto, no obsta a que la conducta quede enmarcada en el art. 197.2 CP , dado que, el teléfono móvil es susceptible de guardar los ficheros de carácter personal, cualquiera que sea la forma o modalidad de creación, almacenamiento y acceso, y al incorporar la fotografía manipulada en el perfil personal del WhatsApp, y al ser esta aplicación un programa de archivos susceptible de ser compartidos (para lo cual basta abrir el perfil incorporado al mismo); de suerte que cuanto más personas accedan al mismo, más posibilidades tiene de acceder a otros archivos, porque la esencia del programa es precisamente el intercambio, en cuanto el usuario pone ese archivo a disposición de otros usuarios, y ello le permite, a su vez, obtener otros, y así sucesivamente, por lo que se trata de un programa caracterizado por ser apto para la comunicación y la transferencia de archivos a través de Internet incorporándose, así, sus usuarios a una red informática creada para compartir todo tipo de archivos digitales, en este caso, a través del teléfono móvil, que es el que incorpora el programa de WhatsApp.

En consecuencia, y al colegirse una indebida aplicación de la figura típica contemplada en el art. 197.2 del Código Penal , dimanante de una errónea valoración de la prueba por parte de la juzgadora de instancia

y de una preclara incongruencia entre lo declarado probado y la conclusión alcanzada, procede estimar dicho motivo de recurso y considerar los hechos como constitutivos de un delito de revelación de secretos de carácter informático, siendo autores responsables penales ambos acusados.

Sin que para ello sea obstáculo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que se cita en las últimas sentencias de esta Sala cuando se trata de anular una sentencia *absolutoria* sin oír previamente al acusado y sin practicar nueva prueba en esta instancia (ver también las sentencias del Tribunal Supremo 1223/201, de 18.1; 1423/2011, de 29-12 ; y 32/2012, de 25-12 , y la jurisprudencia que en ellas se cita).

Y decimos que la jurisprudencia sobre la anulación de sentencias absolutorias y su sustitución por otras de condena no constituye un obstáculo en el presente caso porque aquí, según ha podido comprobarse, no se han modificado los hechos probados, sino que se han acogido incluso los fundamentos jurídicos nucleares de la resolución recurrida, sobre la base de tener en cuenta las declaraciones de las partes.

Y es que la condena *ex novo* por el delito señalado, se ha fundamentado en desvirtuar los errores de derecho de la resolución recurrida, centrados principalmente en valorar de forma errónea la integración del precepto penal no aplicado, algo que se contradice con las manifestaciones de los acusados y de la jurisprudencia aplicable en interpretación del delito tipificado en el art. 197.2 del CP .

CUARTO. - En cuanto a la PENALIDAD intrínseca a la infracción cometida, teniendo en cuenta el límite acusatorio formulado por la Acusación Pública y Particular, procede imponer a cada uno de los acusado la *pena de un año de prisión* , con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena , y *multa de doce meses con una cuota diaria de seis euros*, con arresto sustitutorio a los efectos del Art. 53 C.P . de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas.

QUINTO. - Todo responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente, a tenor de lo dispuesto en los Arts. 109 , 116 y concordantes del Código Penal , siendo la finalidad del resarcimiento el buscar la plena indemnización de los daños y perjuicios sufridos por la víctima del hecho delictivo.

A este respecto hay que tener en cuenta, que la obligación de motivar las sentencias se extiende también a la determinación de las consecuencias civiles del delito, de forma que debe ser posible reconocer en la resolución judicial los criterios utilizados en ese concreto aspecto. En este sentido, el artículo 115 del Código Penal dispone que los Jueces y Tribunales, al declarar la existencia de responsabilidad civil, establecerán razonadamente en sus resoluciones las bases en las que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones. Así lo han recordado, con unas u otras palabras, numerosas sentencias de esta Sala, entre ellas las STS núm. 1139/2000, de 27 de junio ; STS núm. 2092/2001, de 12 de noviembre , y STS núm. 1541/2002, de 24 de septiembre .

Respecto a la fijación de la indemnización, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Junio de 2000 declara que la cuantificación concreta de la indemnización es competencia ponderadamente discrecional del Tribunal de instancia dentro de los parámetros máximos determinados por las peticiones acusatorias y del principio de razonabilidad (Sentencias de 23 de marzo de 1987 , 27 de mayo de 1994 , 28 de noviembre y 20 de diciembre de 1996 , 16 de mayo de 1998 y 23 de marzo de 1999 , entre otras).

Según la doctrina del Alto Tribunal, aunque el montante de las indemnizaciones es cuestión reservada al prudente arbitrio de los Tribunales sin que su decisión pueda someterse a recurso de casación, sí pueden ser revisadas las bases determinantes de la cuantía, siempre que quede patente una evidente discordancia entre esas bases y la cantidad señalada para la indemnización (STS de 25 de febrero y 5 de marzo de 1992).

Por otro lado, hay que tener en cuenta que, respecto a la aplicación de las indemnizaciones previstas en el Baremo de la Ley 30/95, han de aducirse las Sentencias de la Sala de 15 de febrero y 15 de marzo de 2001 , donde se acoge la doctrina establecida en la STC 181/2000, de 29 de junio , que declara que "el sistema tasado o de baremo introducido por la cuestionada Ley 30/1995, vincula, como es lo propio en una disposición con ese rango normativo, a los jueces y tribunales, en todo lo que atañe a la apreciación determinación, tanto en sede del proceso civil como en los procesos penales, de las indemnizaciones que, en concepto de responsabilidad civil, en el ámbito de la circulación de vehículos a motor".

No obstante, procede significar que no resulta de aplicación la legislación establecida en al Ley 30/1995, ni el Baremo incluido en su Anexo, pues esta normativa tiene su ámbito específico de aplicación en la materia de siniestros de la circulación, como se desprende de la D.A. 8ª de la Ley 30/1995 y que cuyo carácter vinculante se circunscribe a la circulación viaria, según se desprende de la S.T.C 181/2001 . En materia de responsabilidad civil derivada del ilícito penal (art 1091 CC) es de aplicación el principio de la «restitutio

in integrum» derivado del art. 110 C.P . y por tanto será el Tribunal en la valoración de las circunstancias concurrentes quien determine la cuantía del «pretium doloris». Aunque las sentencias de 22 de diciembre de 2001 , 20 de febrero de 2002 y 23 de enero y 9 de junio de 2003 reconocen su carácter orientador.

Por otro lado, en relación con el **daño moral** solicitado por las acusaciones, al considerar la existencia de lesiones psicológicas en la víctima, debe señalarse que el art. **109 del CP** establece que, "**1.** La ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las Leyes , **los daños y perjuicios por él causados. 2.** El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil"

Así mismo, el **art 110 del CP** , establece que, " La responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende : **1º.** La restitución. **2º** . La reparación del daño 283 . **3º. La indemnización de perjuicios materiales y morales"**.

Finalmente, el **art 115 CP** , establece una exigencia cual es que "*Los Jueces y Tribunales, al declarar la existencia de responsabilidad civil, establecerán razonadamente en sus resoluciones las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su ejecución.*"

En consecuencia, debe señalarse que para que proceda la indemnización de daños derivados de un delito resulta necesario:

- 1º- Que se condene por la comisión de un hecho delictivo
- 2º- Que se acredite la producción de unos daños
- 3º- Que dichos daños deriven de la actuación delictiva.

A este respecto, en relación con los **daños morales**, el Tribunal Supremo ha venido destacando, en Sentencias como la de 4 de Febrero de 2005 que, "*al respecto, corresponde recordar que la doctrina jurisprudencial mantiene la posición de **que la reparación del daño o sufrimiento moral, que si bien no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado (entre otras, SSTS 31 de mayo de 1983 y 25 junio de 1984)***".

Por su parte, en cuanto a **la acreditación del daño moral y la necesidad de prueba del mismo**, establece la Jurisprudencia una moderación en relación a la prueba que se exige para justificar los daños materiales. Así señala que: (*TS 11-11-2003*) "**La jurisprudencia exige acreditar la realidad y alcance del daño y es aplicable al daño moral, como ha recogido la sentencia de esta Sala de 31 de mayo de 2000 que ha añadido al respecto: "La temática planteada, aunque relacionada con la doctrina general sobre la carga de la prueba del daño, presenta ciertas peculiaridades, sobre todo por la variedad de circunstancias, situaciones o formas (polimorfía) con que puede presentarse el daño moral en la realidad práctica, y de ello es muestra la jurisprudencia, que aparentemente contradictoria, no lo es si se tienen en cuenta las hipótesis a que se refiere. Así se explica que unas veces se indique que la falta de prueba no basta para rechazar de plano el daño moral (S. 21 octubre 1996), o que no es necesaria puntual prueba o exigente demostración (S. 15 febrero 1994), o que la existencia de aquel no depende de pruebas directas (S. 3 junio 1991), en tanto en otras se exija la constatación probatoria (s. 14 diciembre 1993), o no se admita la indemnización -compensación o reparación satisfactoria- por falta de prueba (S. 19 octubre 1996). Lo normal es que no sean precisas pruebas de tipo objetivo (s. 23 julio 1990 , 29 enero 1993 , 9 diciembre 1994 y 21 junio 1996)**, sobre todo en relación con su traducción económica, y que haya de estarse a las circunstancias concurrentes, como destacan las Sentencias de 29 de enero de 1993 y 9 de diciembre de 1994 . Cuando el daño moral emane de un daño material (s. 19 octubre 1996), o resulte de unos datos singulares de carácter fáctico, es preciso acreditar la realidad que le sirve de soporte, pero cuando depende de un juicio de valor consecuencia de la propia realidad litigiosa, que justifica la operatividad de la doctrina de la "in re ipsa loquitur", o cuando se da una situación de notoriedad (Ss. 15 febrero 1994 , 11 marzo 2000), no es exigible una concreta actividad probatoria."

Así, el reconocimiento del daño moral indemnizable -como ha recogido la citada sentencia de 31 de mayo de 2000 - requiere un padecimiento o sufrimiento psíquico - sentencias de 22 de mayo de 1995 , 19 de octubre de 1996 y 27 de septiembre de 1999 y la más reciente doctrina jurisprudencial se ha referido al impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, impotencia, zozobra, angustia, trastorno de ansiedad, impacto emocional, etc. -ver sentencias de 6 y 23 de julio de 1990 , 22 de mayo de 1995 , 19 de octubre de 1996 , 27 de enero de 1998 y 12 de julio y 27 de septiembre de 1999 "-.

Por su parte, la Sentencia del TS de 29-09-2003 señala que, " **también hay que recordar que el hecho de que se reclamen las responsabilidades civiles en un procedimiento penal no les priva de su naturaleza civil con lo que ello significa de necesidad de respetar los principios de rogación y de congruencia (Sentencia de 5 de junio de 1998)** . La restauración del ordenamiento jurídico alterado por el delito en aspectos económicos o susceptibles de valoración económica ha de fundarse sobre realidades probadas por quien pretenda su declaración y nunca sobre perjuicios futuribles o meramente hipotéticos, que no pueden en modo alguno presumirse (Sentencias de 16 de mayo de 1998). **Cierto es que los perjuicios morales por el mero hecho de la afirmación de su existencia en el elemento fáctico de la sentencia pueden con ello tener suficiente fundamento para que se entienda que del relato de hechos que fluyen inequívocamente** " .

Finalmente, en cuanto a su cuantificación, señala el Alto Tribunal que, "Existen dificultades probatorias. Cuando se trata de indemnizar los daños morales los órganos judiciales no puede disponer de una prueba que les permita cuantificar con criterios económicos la indemnización procedente, por tratarse de magnitudes diversas y no homologables, de tal modo que, en tales casos, poco más podrán hacer que destacar la gravedad de los hechos, su entidad real o potencial, la relevancia y repulsa social de los mismos, así como las circunstancias personales de los ofendidos y, por razones de congruencia, las cantidades solicitadas por las acusaciones.

Las bases para fijar el "pretium doloris" por los sufrimientos psicológicos generados por las lesiones sufridas y las secuelas originadas por éstas puede decirse que las constituyen la propia descripción de esas lesiones y su tiempo de curación y sus secuelas, ya que no existe baremo o referencias preestablecidas que puedan objetivar la evaluación económica de un daño de esta naturaleza, razón por la cual, **el Tribunal ejerce, en efecto, una legítima discrecionalidad al decidir el monto de la indemnización por tal concepto**".

En el caso enjuiciado, la Acusación particular, que no así el Ministerio Fiscal, en el trámite de conclusiones definitivas, vino a interesar, en concepto de responsabilidad civil, que los acusados indemnizaran de forma conjunta y solidaria a Sabina en la cantidad de 5.000 euros, en concepto de daños y perjuicios.

En la cuestión suscitada, esta Sala viene reiterando, diferenciando el concepto de la **afección psicológica o daño moral** producido a la víctima por el ataque contra un bien jurídico protegido como es el derecho a la intimidad -y que no requiere de prueba-, frente a las **secuelas traumáticas** producidas por la acción antijurídica, y que si requirieran de prueba, como por ejemplo, una pericial psicológica forense.

En este concreto particular, la sentencia de esta Sala, dictada en el rollo de Sala 113/05, en fecha 13 de Mayo de 2008 , recuerda que la indemnización por el daño moral ocasionado como consecuencia del ataque contra la libertad sexual integrado por el consiguiente trauma psicológico que la violación produjo y resulta evidente que una violación produce sin duda un sufrimiento, un sentimiento de su dignidad lastimada o vejada, susceptible de valoración pecuniaria sin que haya en ello nada que se identifique con pura hipótesis, imposición o conjetura determinante de daños desprovistos de certidumbre o seguridad.

El daño moral, además, -dice la STS. 22.7.2002 -, no deriva de la prueba de lesiones materiales, como parece sostenerlo la Defensa al considerar que no está probado en el proceso, sino de la significación espiritual que el delito tiene con relación a la víctima.

Y en relación al cuestionado trauma psicológico, debemos insistir en que los daños morales no es preciso tengan que concretarse en relación con alteraciones patológicas o psicológicas sufridas por las víctimas, bastando que sean fruto de una evaluación global de la reparación debida a las mismas, de lo que normalmente no podrán los Juzgadores contar con pruebas que faciliten la cuantificación económica para fijarla más allá de la expresión de la gravedad del hecho y las circunstancias personales de los ofendidos, (SSTS. 16.5.98 , 29.5.2000 , 29.6.2001).

Tomando en consideración la Doctrina anteriormente expuesta, se considera que en el supuesto enjuiciado, debido a la entidad de los hechos, y la repercusión que forzosamente tuvieron que tener en la víctima, y la afectación que necesariamente debieron producir en su intimidad, atendida su potencialidad de divulgación por las redes sociales, que le ha tenido que ocasionar, una **afección psicológica o daño moral** , por el ataque contra un bien jurídico protegido, resulta adecuada, al no haber renunciado expresamente la denunciante al derecho reconocido en el art. 109 de la LECR ., la fijación de una indemnización por daño moral en la cuantía de **TRES MIL EUROS (3.000 €)**, y ello teniendo en cuenta también el sentimiento social de reparación ante la ofensa producida, dado que el conocimiento de la publicidad de la fotografía y el texto contenido en la misma necesariamente le tuvieron que generar un sentimiento de zozobra e intranquilidad, susceptible de protección por la norma vulnerada.

Cantidad que devengará el interés legal previsto en el art. 576 de la Ley 1/2000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil .

SÉPTIMO.- Estimándose como se estima el recurso de apelación interpuesto, procede declarar de oficio las costas procesales devengadas en esta apelación, en virtud de lo previsto en los artículos 239 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y a sensu contrario del principio de vencimiento que en este punto rige en la interposición de recursos (artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), imponiendo las costas de primera instancia a ambos inculpados, incluidas las de la Acusación particular, al amparo de lo dispuesto en el art. 123 del Código Penal .

Al efecto, el Tribunal Supremo, en sentencia 18 de Junio de 2009 , señaló que, "*es doctrina jurisprudencial reiterada que las costas de la acusación particular pueden ser incluidas en la respectiva condena salvo en las hipótesis excepcionales derivadas del hecho de que las aportaciones de la parte acusadora hayan sido superfluas, innecesarias o perturbadoras, o bien cuando se observe una absoluta heterogeneidad entre las peticiones de la acusación particular y las formulas por el representante de la acusación pública y a su vez con los pronunciamientos finales de la sentencia.*

En el proceso penal no se establecen pautas específicas que determinen, en un caso concreto, la preceptiva imposición de las costas de la acusación particular. Los preceptos reguladores arts. 109 C.P . y 123 C.P . 1995, establecen que las costas procesales se entienden impuestas por la ley a los criminalmente responsables de todo delito o falta. Ha sido la jurisprudencia la que ha modulado y establecido los cánones con los que debe regularse la imposición de las costas causadas por la acusación particular. Es cierto que pueden darse casos en los que la actuación de la acusación particular, haya sido especialmente querulante e incluso perturbadora de la buena marcha del proceso, con lo que se puede llegar fácilmente a la conclusión de que se estaría ante un supuesto de mala fe o temeridad, pero como se ha dicho por la jurisprudencia, no existe un concepto o definición legal de la temeridad o la mala fe, entre otras cosas por su absoluta relatividad y necesidad de adecuación al caso concreto. No obstante, se dispone de abundante jurisprudencia de la que pueden extraerse las líneas generales que perfilan estos conceptos, debiendo de entenderse que tales circunstancias concurren cuando la pretensión procesal esgrimida carezca totalmente de consistencia y racionalidad, de tal manera que pueda concluirse sin esfuerzo, que quien la formuló no podía de dejar de tener conocimiento de la injusticia de la pretensión deducida. Sólo en estos casos se debe prescindir de señalar o imponer las costas causadas por la acusación particular.

En esta concreta cuestión, sigue diciendo el Tribunal Supremo (entre otras, en sentencias de 7 de junio de 2008 y 20 de Mayo de 2009), en relación a la aplicación del art 123 del CP que: "se ha alegado indebida aplicación del art. 123 C penal . La razón es que la sentencia condena al acusado al pago de las costas, incluyendo las de la acusación particular, a pesar de que -se dice- su intervención ha resultado inútil o superflua. Pero lo cierto es que ese artículo, por la generalidad de los términos en que se expresa, comprende las costas de la acusación particular entre las que deben imponerse ex lege al condenado como responsable de un delito. Y, al respecto, existe abundante jurisprudencia de esta sala según la cual no es causa de exclusión la identidad de los planteamiento de la acusación particular y de la pública; y tampoco que pudiera existir entre ellas discrepancia acerca de la apreciación de alguna circunstancia de agravación, que ha sido el caso (por todas, 348/2004, de 18 de marzo y 1625/2003, de 27 de noviembre y 14 de Marzo de 2005)".

Es por ello que, aplicando dicha doctrina al caso ahora examinado y, desde la referida interpretación jurisprudencialmente fijada en materia de costas, es claro que deben imponerse a los acusados las costas devengadas por la intervención de la Acusación Particular por cuanto ha coadyuvado de manera eficiente a la condena de los mismos, hasta el punto de que ha recurrido en apelación la sentencia absolutoria dictada en la instancia.

Por lo expuesto, esta Audiencia Provincial, decide el siguiente:

FALLO.

Que **DEBEMOS ESTIMAR Y ESTIMAMOS EL RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **D^a Sabina** , en el ejercicio de la Acusación Particular, representada por la Procuradora de los Tribunales **D^a Diana Romero Villacian**, al que se **ADHIRIÓ EL MINISTERIO FISCAL** , contra la sentencia dictada por la ilma. Sra. Magistrado Juez del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Burgos, en la causa núm. 275/14, en fecha de 19 de Enero de 2.016, del que dimana este rollo de apelación y, en consecuencia, procede **REVOCAR** la referida sentencia y **CONDENAR A D. Demetrio** y a **D^a Elisa** , como autores criminalmente responsables de un *delito de revelación de secretos* , ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena, para cada uno de ellos, de **UN AÑO DE PRISIÓN** , inhabilitación especial para el ejercicio



del Derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena privativa de libertad, y **multa de doce meses con una cuota diaria de seis euros**, con arresto sustitutorio a los efectos del Art. 53 C.P . de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas; con imposición de las costas procesales, incluidas las de la Acusación Particular, si las hubiere y fueran debidas.

Además, ambos condenados, de forma conjunta y solidaria, deberán indemnizar, en concepto de *responsabilidad civil*, a D^a Sabina , en la suma de **TRES MIL EUROS (3.000 €)**, por *daños morales* ; cantidad que devengará el interés legal del dinero previsto en el Art. 576 de la L.E. Cv.

Esta sentencia es firme por no caber contra ella más recurso, en su caso, que el extraordinario de revisión.

Líbrese testimonio de la presente el cual se llevará a los autos de su razón, quedando el original en el presente libro y remítase otro al Juzgado de procedencia a los efectos oportunos.

Notifíquese esta sentencia al Ministerio Fiscal y partes personadas en el modo y forma previsto en la ley.

Así por esta sentencia lo mandamos y firmamos.

E/

PUBLICACION .- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado D. LUIS ANTONIO CARBALLERA SIMÓN, Ponente que ha sido de esta causa, habiendo celebrado sesión pública la Sección Primera de la Audiencia Provincial de esta capital, en el día de su fecha. Doy fé.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ