

Documento TOL4.109.305

Jurisprudencia

Jurisdicción: Penal

Ponente: [Rosa María Quintana San Martín](#)

Origen: Audiencia Provincial de Madrid

Fecha: 24/01/2014

Tipo Resolución: Sentencia

Sección: Trigésima

Número Sentencia: 26/2014

Número Recurso: 475/2013

ENCABEZAMIENTO:

AUDIENCIA PROVINCIAL Rollo P 475/2013

SECCIÓN TREINTA J. Oral 307/2011

Jdo. Penal 2 GETAFE

SENTENCIA Nº 26/2014

Magistrados:

Mª del Pilar OLIVAN LACASTA

Rosa Mª QUINTANA SAN MARTÍN (ponente)

Ignacio José FERNÁNDEZ SOTO

En Madrid, a veinticuatro de enero de dos mil catorce.

Este Tribunal ha deliberado sobre el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Jesús Carlos contra la sentencia dictada por el Magistrado-Juez del Juzgado de lo Penal nº 2 de Getafe, el 06-07-2013 , en la causa arriba referenciada.

El apelante estuvo asistido de Letrado en la persona de D. Antonio Mateo Sedeño Martín.

ANTECEDENTES DE HECHO:

I . El relato de hechos probados de la sentencia apelada dice así: "Ha quedado probado y así se declara que sobre las 14:00 horas del día 26 de febrero de 2009 Jesús Carlos ,

actuando con la intención de menoscabar la dignidad y la estima de Amelia , publicó en la página de internet www.youtube.com, en la que previamente se había registrado el día 26 febrero 2009 a las 04:46 (horario Pacific time), a través de la IP NUM000 , asociada al número de teléfono NUM001 , de su titularidad, con el nombre de usuario Alonso y el e-mail DIRECCION000 , un video, manipulado previamente, con el título " Amelia LA PUTA MAS CARA DE PARLA", que se iniciaba con la aparición de la frase "UNA PUTA MUY CARA", tras la cual se podía observar a Amelia consumiendo cocaína, apareciendo después una estrella con el nombre de Amelia y su número de teléfono móvil NUM002 , y otras frases como "ESTA DISPONIBLE A TODAS HORAS", "VETE CON Amelia CON UN GRAMITO Y TE HARÁ UN FAVORCITO", figurando también la dirección del domicilio de Amelia .

En fechas posteriores el acusado difundió el video remitiendo un e-mail a través de la dirección, de correo DIRECCION000 utilizado en vida por Iván , quien era familiar del acusado, y que fue novio de Amelia durante tres años hasta unos días antes de fallecer en fecha 20 de febrero de 2009. En dicho mensaje se incluía el texto siguiente "OS MANDO ESTO PARA QUE NO LO HAGAIS" y en el que se incluía el link <http://www.youtube.com/watch?v=opHYfN1rZOE> desde el que se accedía a la página de internet donde estaba colgado el vídeo, el cual fue visto, al menos, por 201 personas.

Las imágenes del video en las que aparece Amelia fueron grabadas en la intimidad por Iván en fechas previas. El acusado, debido a su relación familiar con Iván , y en concreto, con la madre de éste, María Rosario , tenía acceso al correo personal y a los archivos informáticos del mismo.

Desde la dirección de IP NUM000 , asociada al número de teléfono NUM001 de titularidad del acusado, y desde la que se creó la cuenta de Youtube antes referida, también se consultó dicha cuenta los siguientes días y a las siguientes horas (siempre en horario Pacific Time): a las 10:23, 11:02, 11:59 horas del día 26 de febrero de 2009, y a las 02:16, 02:17, 02:21 del día 10 de marzo de 2009.

Amelia ha sufrido daños morales por estos hechos".

La resolución impugnada contiene el siguiente fallo:

1.- QUE DEBO CONDENAR Y CONDENO a Jesús Carlos , como responsable criminalmente en concepto de autor de un DELITO DE INJURIAS CON PUBLICIDAD, previsto y penado en los artículos 208 y 209 del Código Penal , a la pena de MULTA DE DIEZ MESES, a razón de una cuota diaria de SEIS EUROS, con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago o insolvencia prevista en el art. 53.1 del Código Penal ; así como a indemnizar, en concepto de responsable civil directo, a Amelia por los daños morales sufridos y los perjuicios causados en su honor, en la cantidad de 7.000 EUROS; e igualmente a la publicación o divulgación de la presente Sentencia, y en su caso de la Sentencia dictada en apelación que la confirme, en el tiempo y forma que se determine en fase de ejecución de Sentencia, tras oír ambas partes; e igualmente al pago de las costas procesales incluidas las derivadas del ejercicio de la acusación particular.

Firme que sea la presente resolución, comuníquese al Registro Central de Penados y Rebeldes".

II. La parte apelante interesó que se revocara la sentencia apelada y se dictara otra absolutoria.

III. La representación procesal de Amelia instó la confirmación de la resolución recurrida.

Se aceptan los que constan relatados en la sentencia apelada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO .- Se alega por el recurrente Jesús Carlos , la existencia de error en la apreciación de la prueba para, a continuación, invocar infracción del artículo 24 de la Constitución Española , es decir infracción del principio de presunción de inocencia.

Como ya hemos dicho en otras resoluciones, siguiendo la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en sentencias, entre otras, de 16/2/1989 , 3/10/1989 , 28/11 de 1989 y 4 de julio de 1989 , por regla general son conceptualmente incompatibles la alegación conjunta de error de hecho y vulneración del principio de presunción de inocencia, por cuanto denunciar un error es partir de la existencia de pruebas de cargo y lo que realmente constituye la esencia del derecho a la presunción de inocencia es la constatación de una prueba de cargo en la causa que pueda ser reputada suficiente y obtenida en forma regular en la acepción procesal sometida a los principios de oralidad, inmediación y contradicción.

En síntesis, si se denuncia inexistencia de mínima actividad probatoria constitucional y directamente relacionada con el objeto realmente investigado, mal puede después hablarse de equivocación en la valoración de una prueba que se dice inexistente.

No obstante, la lectura del recurso que se resuelve evidencia que lo que el recurrente cuestiona es que pueda dictarse sentencia condenatoria cuando, como en el caso, no se cuenta con prueba directa sino que se llega a su condena en base a prueba indiciaria; para, a continuación, sostener que dicha prueba indiciaria podría conducir a concluir que la publicación en la página de Internet www.youtube.com del vídeo con el título " Amelia LA PUTA MÁS CARA DE PARLA", que se iniciaba con la frase "UNA PUTA MUY CARA", se observaba a Amelia consumiendo cocaína, a continuación una estrella con su nombre y número de móvil, dirección de su domicilio y frases tales como "ESTÁ DISPONIBLE A TODAS HORAS", "VETE CON Amelia CON UN GRAMITO Y TE HARÁ UN FAVORCITO", podía haber sido realizada por la propia Amelia guiada por un ánimo de venganza hacia la familia de quien fue su pareja, el fallecido Iván , por la mala relación de esta con su madre María Rosario y por un móvil económico consistente en la indemnización que recibirá en esta causa.

SEGUNDO .- La sentencia del tribunal Supremo 732/2013, de 16 de octubre , remitiéndose a su sentencia 391/2010 de 6 de mayo , establece que a falta de prueba directa, *la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento de condena sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que:*

1) El hecho o los hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados.

2) Los hechos constitutivos del delito o la participación del acusado en el mismo, deben deducirse precisamente de estos hechos bases completamente probados.

3) Para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia.

4) Y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, en palabras de la Sentencia del Tribunal Constitucional 169/1989, de 16 de octubre, (FJ. 2) "en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes" (SSTC 220/1998, 124/2001, 300/2005, y 111/2008). El control de constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o coherencia (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él), como desde su suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa), si bien en este último caso se debe ser especialmente prudente, puesto que son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio. Por ello se afirma que sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada' (STC 229/2003 de 18.12, FJ. 24).

En este sentido las sentencias del Tribunal Constitucional 189/1998 y 204/2007, partiendo en que además de los supuestos de inferencias ilógicas o inconsecuentes, deben considerarse asimismo insuficientes las inferencias no concluyentes, incapaces también de convencer objetivamente de la razonabilidad de la plena convicción judicial, ha señalado que un mayor riesgo de una debilidad de este tipo en el razonamiento judicial se produce en el ámbito de la denominada prueba de indicios que es la caracterizada por el hecho de que su objeto no es directamente el objeto final de la prueba, sino otro intermedio que permite llegar a éste a través de una regla de experiencia fundada en que usualmente la realización del hecho base comporta la de la consecuencia.

En el análisis de la razonabilidad de esa regla que relaciona los indicios y el hecho probados hemos de precisar ahora que solo podemos considerarla insuficiente desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia, si a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado o desde una perspectiva externa y objetiva que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos... no cabrá estimar como razonable bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente ("más allá de toda duda razonable"), bien la convicción en si (SSTC. 145/2003 de 6.6, 70/2007 de 16.4).

En el caso analizado, la sentencia recurrida basa la autoría del hoy recurrente en los siguientes indicios:

1º) Que la cuenta youtube a través de la cual se publicó el vídeo se creó a través de la IP NUM000 , asociada al número de teléfono NUM001 , cuyo titular es el acusado Jesús Carlos con el nombre de usuario Alonso (consta en el atestado ratificado en el acto del juicio y mediante el oficio remitido por la compañía ORANGE, incorporado al folio 79; al folio 56 de la causa constan los datos relativos a fechas, horas y las IP desde las que se creó dicha cuenta, desde las que se publicó el vídeo y posteriormente se consultó el mismo.)

2º) La creación de esa cuenta en youtube se efectuó asociando a la misma el e-mail DIRECCION000 cuyo titular era Iván . Iván fue novio de Amelia durante 3 años y hasta 8 días antes de su fallecimiento (tuvo lugar en la madrugada del 20-02-09 y en circunstancias desconocidas) y además es primo del acusado, con una estrecha relación tanto con su tía María Rosario como con Iván y los hermanos de este. Conocía a Amelia y la relación que había mantenido con su primo. Así pues, tuvo acceso, en vida del primo e incluso tras su muerte, a través de sus otros primos, a sus claves, entre otras la necesaria para acceder al correo electrónico de Iván .

3º) El vídeo publicado pocos días después del fallecimiento de Iván , había sido grabado en su día por Iván en la intimidad con Amelia y Iván la había comunicado que lo había almacenado en su ordenador y en un pendrive; esa relación de parentesco permitía a Jesús Carlos acceder a su ordenador y por ende al vídeo.

4º) La mayor parte de las consultas realizadas a la cuenta de youtube, una vez publicado el vídeo referente a Amelia , se llevaron a cabo desde la IP asociada al número de teléfono del acusado (así consta al folio 56 de la causa).

5º) Existe una clara enemistad entre Amelia y María Rosario , madre del finado Iván , admitida por ambas.

6º) Pascual (novio de la hermana de Amelia en aquella fecha), declaró como testigo en el acto del juicio oral y relató que tuvo conocimiento de la existencia del vídeo a través de María Rosario con quien se encontró en un bar, se le acercó y le dijo que había un vídeo de Amelia colgado en youtube, que lo viera para que supiera el tipo de persona que era, encuentro que fue admitido por María Rosario , no que le hubiera dicho nada sobre el vídeo por ella visto a Pascual .

Jesús Carlos define la relación que mantiene con su tía María Rosario como de "hermanos"; conocía a Amelia , la relación que había mantenido con su primo durante 3 años, que había sido ella quien la había finalizado, que 8 días más tarde había fallecido Iván , que su tía María Rosario sentía hacia Amelia una gran animadversión (dijo en el juicio oral que la relación con ella era "nula").

Así pues, inferir de estos datos y de los indicios analizados que fue Jesús Carlos -sin duda con la ayuda de otros cuya ausencia como imputados en el proceso sorprende- quien, a través de la IP NUM000 , asociada al número de teléfono de su titularidad, publicó y divulgó el vídeo de referencia, se entiende lógico y razonable pues tenía medios a su alcance para hacerse con la grabación de un momento íntimo de dos personas que habían tenido una relación sentimental y razones de animadversión y resentimiento contra Amelia para, una vez manipulado y para desacreditarla, dar al mismo la publicidad y difusión que se consigue a través de un medio como Internet.

Además, no solo se llega a esa conclusión, sólidamente fundada, desde el canon de la lógica, porque tales indicios naturalmente llevan a esa conclusión; también son suficientes, porque la conclusión no es débil o abierta pues no caben otras soluciones.

Y es que es inasumible, por absurdo, irracional, por ser un insulto a la inteligencia, pretender que se acoja la posibilidad de que hubiera sido la propia Amelia quien ejecutara los hechos. El perjuicio que el mismo le ha podido irrogar al publicitarla como la puta más cara de Parla, que se vende por un gramo de cocaína, que está disponible a todas las horas, facilitando además imágenes explícitas junto a su número de teléfono y dirección, frente a la ganancia derivada de una indemnización por daños y perjuicios que se ha fijado en la sentencia de instancia en 7.000 euros, no admite la menor comparación.

TERCERO .- Por último, es cierto que el acusado no viene obligado a acreditar, mediante una prueba diabólica de hechos negativos, su inocencia, que en todo caso se presume, al amparo de lo previsto en el artículo 24.2 del Texto Constitucional. Pero no es menos cierto que deberá soportar las consecuencias negativas derivadas de su inactividad probatoria o de la falsedad de sus coartadas cuando, como ocurre en el presente caso, suficiente prueba existe en su contra.

Dice la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 30 de diciembre de 1.999 : "cabe recordar también la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación al derecho a la presunción de inocencia (sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1.997), que señala cómo tal derecho no es un derecho activo, sino de carácter reaccional; es decir, no precisado de comportamiento activo por parte del titular del mismo. No precisa éste solicitar o practicar prueba alguna para acreditar su inocencia si quiere evitar la condena, pues la carga de la prueba de su culpabilidad está atribuida al que la afirme existente, que es el que tiene que acreditar la existencia no sólo del hecho punible, sino la intervención que en él tuvo el acusado -entre varias, sentencias del Tribunal Constitucional 141/86 , 150/89 , 134/91 y 76/94 -. En tal sentido, como recientemente recuerda la sentencia del Tribunal Supremo 721/94 , no difiere esencialmente de lo que es general a la teoría general del proceso conforme a los artículos 1.251 y 1.214 del CC . Consecuentemente con ello, continúa exponiendo, que lo que dispensa o "libera" de carga probatoria es la simple y mera negación de la intervención en el hecho; pero acreditada la misma se produce una nivelación procesal de las partes, y así, la parte acusada, si introduce en la causa un hecho impeditivo, tiene la carga de justificar probatoriamente la existencia del mismo pues la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional -sentencias 31/81 , 107/83 , 17/84 y 303/93 - ha limitado la carga de la prueba de la acusación a la de los hechos constitutivos de la pretensión penal. Y entender lo contrario -que bastaría la alegación de un impeditivo- privaría de sentido al derecho fundamental a producir prueba de descargo reconocido en los Tratados Internacionales y dirigido, si se priva de él, a evitar la indefensión"

La Audiencia Provincial de Gerona en sentencia de 3 de septiembre de 2.004 nos dice que "debe recordarse que, como establece el Tribunal Supremo, Sala 2ª, en Auto de 6 de mayo de 2.002 , "la doctrina procesal sobre la carga de la prueba obliga a cada parte a probar aquello que expresamente alegue, por lo que, así como sobre la acusación recae el "onus" de probar el hecho ilícito imputado y la participación en él del acusado, éste viene obligado, una vez admitida o se estime como probada la alegación de la acusación, a probar aquellos hechos impeditivos de la responsabilidad que para él se

deriven de lo imputado y probado, hechos impeditivos que es insuficiente invocar sino que debe acreditar probatoriamente el que los alegue, pues no están cubiertos por la presunción de inocencia, ya que de otro modo se impondría a las acusaciones la carga indebida, y hasta imposible, de tener que probar además de los hechos positivos integrantes del tipo penal imputado y de la participación del acusado, los hechos negativos de la no concurrencia de las distintas causas de extinción de responsabilidad incluidas en el catálogo legal de las mismas.

Una cosa es el hecho negativo, y otra distinta el impeditivo, pues no es lo mismo la negación de los hechos que debe probar la acusación que la introducción de un hecho que, aún acreditados aquéllos, impida sus efectos punitivos, pues esto debe probarlo quien lo alega ya que el equilibrio procesal de las partes impone a cada una el "onus probandi" de aquello que pretende aportar al proceso, de modo que probados el hecho y la participación en él del acusado que es la carga probatoria que recae sobre la acusación, dicha carga se traslada a aquél cuando sea él quien alegue hechos o extremos que eliminen la antijuricidad, la culpabilidad o cualquier otro elemento excluyente de la responsabilidad por los hechos típicos que se probaren como por él cometidos (sentencias del Tribunal Supremo de 9 y 15 de febrero de 1.995).

En otras palabras, la defensa no debe limitarse a adoptar un posicionamiento meramente pasivo o de mero rechazo de la acusación, sino que debe intervenir activamente en relación a la acreditación de aquéllos hechos que pueden favorecer sus pretensiones.

En el presente caso, alega el apelante en el recurso y en su descargo, que una IP puede ser utilizada por persona ajena al titular sin que este tenga conocimiento de ello; que "el IP SPOOFING es hoy por hoy una de las más conocidas y fáciles ataques que consiste básicamente en sustituir la dirección IP origen de un paquete TCP/IP por otra dirección IP a la cual se desea suplantar. Esto se consigue generalmente gracias a programas destinados a ello y puede ser usado para cualquier protocolo dentro del TCP/IP como ICMP, UDP ó TCP"; que no se ha estudiado el disco duro del ordenador del acusado a tales efectos. Pues hemos de decir que siendo conocedor desde el inicio de las actuaciones el acusado de que la publicación en Internet del vídeo se había efectuado el 26 de febrero de 2009 desde la IP NUM003 , asociada al número de teléfono NUM004 , del que es titular Jesús Carlos , no ha articulado esta prueba alguna tendente a acreditar su alegato, ni siquiera ha aludido el causado en sus declaraciones a tal posibilidad.

Por tanto, debe rechazarse el recurso y confirmarse íntegramente la sentencia de instancia.

CUARTO .- Y no apreciándose temeridad ni mala fe se declaran de oficio las costas de la segunda instancia.

FALLO:

Se **DESESTIMA** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de **Jesús Carlos** contra la sentencia dictada en el procedimiento referenciado con fecha 6 de julio de 2013, la cual se confirma íntegramente, sin hacer condena en costas en esta segunda instancia.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso ordinario alguno.

Devuélvase los autos con certificación de lo resuelto al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de Sala y se anotará en los registros correspondientes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Sra. Magistrada que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, por ante mí el Secretario, de lo que doy fe.

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.

Comentario de esta Sentencia en www.eprivacidad.es