

## Atenuante de ludopatía: se desestima recurso de las acusaciones

27-04-2006

Recurso Penal núm. 162/2006  
Procedimiento Abreviado núm. 332/05  
Juzgado de lo Penal-2 de Badajoz

AUDIENCIA PROVINCIAL  
SECCIÓN PRIMERA  
BADAJOZ

SENTENCIA núm. 65/2006

Ilmos. Sres. Magistrados

D.Enrique Martínez Montero de Espinosa  
D. Jesús Plata García  
D. Matías Madrigal Martínez-Pereda

En la población de Badajoz, a 27 de abril de dos mil seis.

La Sección Primera de esta Audiencia Provincial, formada por los Ilmos. Sres. Magistrados, al margen reseñados, ha visto, en grado de apelación, la precedente causa, (Procedimiento Abreviado núm. 332/05 -; Recurso Penal núm 162/2006 ; Juzgado de lo Penal-2 de Badajoz), seguida contra el acusado ..... representado por el Procurador de los Tribunales D. ....; y defendido por el Letrado D. ....; por el delito de “DESCUBRIMIENTO Y REVELACION DE SECRETOS”

### - ANTECEDENTES DE HECHO -

PRIMERO. — En mencionados autos por el Ilmo. Sr. Magistrado -Juez de lo Penal—2 de Badajoz, se dicta sentencia de fecha 15/02/2006, la que contiene el siguiente:

“FALLO: Que debo condenar y condeno a ....., en quien concurre como simple la circunstancia atenuante analógica de ludopatía, como autor/es responsable/s de un delito de descubrimiento y revelación de secretos por intrusión informática, ya definido, a las penas de 1 año de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y para el ejercicio de la profesión de administrador de sistemas y programador informático durante el tiempo de la condena.

Le condeno igualmente al pago de una multa de 12 meses, a razón de 6 euros de cuota, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de arresto por cada dos cuotas impagadas y comiso de los efectos e instrumentos del delito.

En concepto de responsabilidad civil indemnice el acusado a Wanadoo (France Telecom.) en la cantidad de 24.876,80 euros, más el interés previsto en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Absuelvo al acusado de la imputación del resto de posdelitos de descubrimiento de datos de carácter personal y familiar y de difusión de tales datos de que venia siendo objeto a lo largo de la causa.

Las costas procesales se imponen al acusado.....,

SEGUNDO.— Contra la anterior sentencia, en tiempo y forma, se interpuso, para ante esta Audiencia Provincial, RECURSO DE APELACIÓN por el Ministerio Fiscal; y par WANADDO ESPA&A S.L; representada por la Procuradora de los Tribunales .....; y defendida por el Letrado .....; admitido en ambos efectos; dándose traslado de los recursos interpuestos a las demás partes por un plazo de diez días; pare que pudiesen presentar a su vez recurso impugnando los contrarios o adherirse a los mismos; compareciendo en la alzada, a efectos de impugnación, como apelado .....; representado por el Procurador de los Tribunales ....., y defendido por el Letrado .....; todo lo que fue verificado y, llegados los autos a expresado Tribunal, se forma el rollo de Sala, al que le ha sido asignado el núm. 162/2005 de Registro, dándole a la apelación el trámite oportuno; no habiéndose celebrado vista pública; y conforme al art 792 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se pasaron los autos al lltmo Sr Magistrado Ponente para su resolución.

Observadas las prescripciones legales de trámite.

VISTOS, siendo ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Enrique Martínez Montero de Espinosa; Presidente del Tribunal..

#### - FUNDAMENTOS DE DERECHO -

PRIMERO. El Ministerio Fiscal solicitó en su escrito de interposición del presente recurso de apelación la revocación de la sentencia de instancia y que en su lugar se dictase otra por la que se condenase también al denunciado come autor de un delito del artículo 197.2 del Código Penal y que se revocase el pronunciamiento relativo a la circunstancia atenuante analógica de ludopatía apreciada por la sentencia de instancia, igualmente la representación procesal de la acusación particular se adhirió a dichas aspectos del recurso y los amplio aduciendo incongruencia en los razonamientos jurídicos, que se condenase también al inculpado come autor de un delito del artículo 197.3 del CP y que se revisasen las indemnizaciones fijadas en sentencia en concepto de responsabilidad civil, mientras que por el denunciado se alegó en primer lugar que no se tuviese por interpuesto el recurso de apelación presentado por la acusación particular por extemporáneo y en segundo lugar se solicitó la confirmación integra do la resolución impugnada por estimar que la misma se encontraba ajustada a derecho.

SEGUNDO.— Centrado pues en estos términos el debate y para una mejor sistematización del mismo comenzaremos su análisis por determinar si el recurso presentado por la acusación particular resulta o no extemporáneo, con respecto a ello diremos que la sentencia se notificó a la representación procesal de la acusación particular con fecha 21-2-06 tal y como se acredita en el folio 476 de las actuaciones y el recurso fue presentado el día 9-3-06 según consta en la diligencia de presentación obrante al folio 489 vuelto, por lo que el mismo se encuentra presentado dentro del plazo legalmente establecido por el artículo 790 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues no podemos olvidar que se trata de días hábiles, y que procesalmente hablando no resultan hábiles ni los Sábados ni los Domingos y tampoco lo fue el día 28 de Febrero pues fue fiesta local en esta Ciudad de Badajoz, lo que nos lleva a desestimar dicha petición, debiéndose entrar a conocer por tanto de todos y cada uno de los motivos de ambos recursos.

TERCERO. — Como quiera que se aducen por ambos recurrentes motivos iguales, tal y como son la pretendida condena por el artículo 197.2 del CP y ampliada por el acusador particular dicha pretensión al artículo 197.3 del CP, las vamos a analizar en su conjunto por series de aplicación las mismas tesis y como quiera que lo pretendido tanto por el recurrente como por el Ministerio Fiscal no es otra cosa que obtener la condena en esta alzada del denunciado cuando el mismo fue absuelto en primera instancia, sin que por las partes recurrentes se haya solicitado ni la repetición de la prueba practicada en primera instancia, ni propuesto nuevas pruebas o se haya solicitado la celebración de vista (principio de inmediación), consideramos que resulta de aplicación al presente supuesto la doctrina sentada por nuestro Tribunal Constitucional en Sentencias entre otras 197/2.002, 200/2.002 y 212/2.002, en las cuales mantiene las exigencias de los principios de inmediación y contradicción en la segunda instancia penal, al objeto de adaptar más estrictamente la interpretación constitucional del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (artículo 24 de la Constitución Española), a las exigencias del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas, de 4 de Noviembre de 1.950, y más concretamente a las del artículo 6.1 del mismo, según ha sido interpretado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ateniéndonos así al criterio interpretativo establecido en el artículo 10.2 de la CE.

La doctrina Constitucional reflejada en las resoluciones anteriormente reseñadas concluye afirmando que “el recurso de apelación en el procedimiento penal, tal y como aparece configurado en nuestro ordenamiento, otorga plenas facultades o plena jurisdicción al Tribunal ad quem para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hechos o de derecho. Su carácter, reiteradamente proclamado por dicho Tribunal, de novum iudicium, con el llamado efecto devolutivo, conlleva que el Juzgador ad quem asuma la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el Juzgador a quo, no solo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba, pudiendo revisar y corregir la ponderación llevada a efecto por el Juzgador a quo (Sentencias del Tribunal Constitucional 172/1.997, 120/1.999 y Auto de fecha 20-9-1.999). Pero en el ejercicio de las facultades que otorga el artículo 795 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al Tribunal ad quem “deben respetarse en todo caso las garantías constitucionales establecidas en el artículo 24.2 de la CE.

Establecida la anterior doctrina y que ha sido recogida ampliamente por la sentencia de esta misma Sala de fecha 25-11- 2003 (Ponente Sr. Plata García) y cuya fundamentación jurídica se de aquí íntegramente por reproducida en aras de la brevedad, y no reclamada por ninguna de las partes personadas la repetición en esta alzada de la prueba practicada, este Juzgador tiene coartada gravemente su libertad de criterio en orden a un conocimiento racional e integral de los hechos acaecidos, limitación que gana singular relevancia cuando lo pretendido por los recurrentes habría de significar la modificación del criterio sustentado por el Juzgador de primera instancia, quien si estuvo presente en el acto del juicio oral, a lo que por demás otorgó singular relevancia para adoptar su decisión, a todas las pruebas practicadas a su presencia (principio de inmediación) y sobre las que este Juzgador solo podría ejercer una apreciación trascendida (documentada) e inservible para fundamentar una resolución condenatoria por mor de la doctrina constitucional ya mencionada, pues no podemos olvidar que en esta fase procesal a este Juzgador le es imposible contrastar la prueba testifical y declaraciones de las partes, pues exigirían necesariamente de la inmediación, pues las mismas requerirían de ratificación y del tamiz de la contradicción, o lo que es lo mismo, la prueba documentada en la causa, tendría validez y eficacia a los efectos pretendidos en esta alzada, solo si es ratificada y sometida a contradicción bajo el principio de la inmediación, y esto y por las razones expuestas ya no es posible conseguirlo en esta alzada, toda vez que en ningún caso podría de oficio y contra el reo, establecer la repetición de la practica de la prueba en la alzada, lo que nos lleva definitivamente a establecer que no disponemos de elementos de juicio alguno de cargo para fundamentar la condena que reclaman las acusaciones, por todo lo cual procede la desestimación de dichos aspectos del recurso.

CUARTO.— Al hilo de lo expuesto en el fundamento jurídico anterior también hemos de significar y en cuanto a la pretendida vulneración del principio de tutela judicial efectiva por motivación irrazonable, simplemente diremos que dicha vulneración no existe a criterio de la Sala, pues el juez motiva su resolución mas que sobradamente tanto en sus aspectos de prueba como de calificación jurídica, dando pleno cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 120.3 de la CE, y dicha motivación no solo no resulta irrazonable, sino que debido a los tipos delictivos que se imputaban al inculpado, el juzgador del primer orden jurisdiccional lo que ha hecho es establecer y razonar que conductas de las que se consideraban como probadas eran constitutivas de delito y cuales no, pues es sabido que una misma conducta bien puede dar lugar a dos tipos delictivos distintos o no, en definitiva si lo que se consideraba es una errónea interpretación de la prueba debió plantearse el recurso en términos distintos.

QUINTO. — Igualmente coinciden ambos recurrentes en solicitar la no aplicación a la conducta del inculpado de la atenuante analógica de ludopatía acogida por la sentencia de instancia, esta cuestión ahora planteada, prima facie podría llevarnos a las mismas consideraciones a los que llegamos en el fundamento jurídico tercero de la presente resolución, en cuanto a que su posible acogimiento implicaría un agravamiento de la pena, no obstante ello la Sala como la base fáctica de dicho pronunciamiento no es otro que un informe medico forense unido a las actuaciones y que no ha sido impugnado expresamente en el recurso, ni tampoco se ha pedido prueba contradictoria en el mismo, considera que no existe obstáculo procesal para su análisis, dicho informe obra a los folios 370, 371 y 372 de la causa, en dicho informe y en concreto en su punto 6º se establecen las conclusiones a que llega el medico forense, y que son las siguientes, a)

que el inculpado presenta una inteligencia dentro de los límites de la normalidad, que no presenta alteraciones en el curso ni en el contenido del pensamiento (no hay ideas delirantes) y en la percepción (no presenta ningún tipo de alucinaciones) b) a su criterio cumple los criterios de diagnóstico establecidos en el DSM IV para el diagnóstico de Adicción a video-juegos y c) que dicha adicción produce una merma importante de su capacidad volitiva, y es precisamente esa merma de la capacidad volitiva lo que justifica la aplicación de dicha circunstancia analógica, y no existe prueba en contrario que nos permita dudar de la veracidad y objetividad del citado informe médico forense, y precisamente el juzgador a quo ha sabido ponderar los efectos de dicha merma y ha considerado la citada atenuante como simple y no como cualificada, en definitiva se ha acreditado la existencia de merma importante de la capacidad volitiva, no intelectual, y ello justifica el acogimiento de la citada circunstancia atenuante, asumiendo la Sala los argumentos vertidos por el juzgador a quo en el fundamento jurídico sexto de la resolución impugnada, todo lo cual nos lleva a la desestimación de dicho aspecto del recurso.

SEXTO.— Por último y en la que respecta a la alegación efectuada por la representación procesal de la acusación particular con respecto a las responsabilidades civiles, diremos en primer lugar que solamente el Ministerio Fiscal solicitó que se condenase al inculpado por dicho concepto, baste comprobar los escritos de calificaciones provisionales, y en el acta del juicio oral solo se hace constar que el Ministerio Fiscal modificó parcialmente sus conclusiones provisionales pero sin que modificase los pedimentos relativos a la responsabilidad civil, constando igualmente que el acusador particular modificó también parcialmente sus conclusiones provisionales, en un caso en sentido distinto al Ministerio Fiscal y en otro adhiriéndose a dicha modificación, pero en ningún momento consta que efectuase petición relativa a responsabilidad civil, ella conlleva, que aunque efectivamente no exista por parte del acusador particular una renuncia expresa a las responsabilidades civiles, la Sala se encuentre muy limitada a la hora de pronunciarse con respecto a la petición que dicha acusación particular ahora efectúa, pues en primer lugar tenemos la limitación que supone el principio acusatorio, es decir el límite lo encontramos en la petición efectuada por el Ministerio Fiscal por dicho concepto, no podemos ir más allá de lo que fue objeto del contradictorio, no cabe en esta alzada efectuar peticiones no verificadas en primera instancia, y en Segundo lugar para poder accederse a una indemnización por daños y perjuicios estos no solo deben ser expresamente solicitados y especificados sus conceptos sino que también deben ser cuantificados a efectos de que todos esos conceptos puedan ser sometidos a contradicción, y en el presente supuesto tenemos que solo el Ministerio Fiscal solicitó expresamente la reparación de los daños y perjuicios por conceptos y cantidades determinadas y que el Juzgador a quo ya se pronunció con respecto a las mismas en el fundamento jurídico octavo, donde expone que partidas de las solicitadas por el Ministerio Fiscal considera probadas y cuales no y ello con fundamento tanto en la prueba pericial practicada como en la falta de acreditación de los restantes conceptos, no habiendo recurrido el Ministerio Fiscal el pronunciamiento efectuado por la sentencia de instancia en dicha materia, criterios que esta Sala igualmente asume, máxime cuando tampoco en esta alzada se hayan practicado nuevas pruebas que nos permitieran llegar a conclusiones distintas a las que llegó el juzgador de instancia, por todo ello procede la desestimación de ambos recursos y la confirmación íntegra de la resolución impugnada por estimar que la misma se encuentra ajustada tanto a la realidad de lo verdaderamente acreditado en las actuaciones como a derecho.

SEPTIMO. — No obstante la naturaleza de la presente resolución la Sala estima procedente no hacer expreso pronunciamiento con respecto a las costas originadas en esta alzada y ello conforme a lo dispuesto en el artículo 240 de las Ley de Enjuiciamiento Criminal, al no apreciarse ni temeridad ni mala fe en el recurrente.

Vistos los preceptos legales citados, los alegados por las partes, y demás de general y pertinente aplicación.

F A L L A M O S: Que desestimando tanto el recurso de apelación interpuesto por el MINISTERIO FISCAL como la adhesión efectuada al mismo por la representación procesal de la acusación particular ejercitada por la entidad WANADD0 ESPAÑA S.L. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de lo Penal N° 2 de Badajoz en los autos de Procedimiento Abreviado seguidos en dicho Juzgado bajo el n° 332/2.005 y a los que la presente resolución se contrae, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución, dando aquí su parte dispositiva por reproducida y todo ello con declaración de oficio de las costas originadas en esta alzada.

Contra la presente Sentencia no cabe ulterior recurso, salvo el de Aclaración para corregir algún concepto oscuro o suplir cualquier omisión que contenga o corregir errores materiales manifiestos o aritméticos, recurso a formular para ante este Tribunal, dentro de los dos días siguientes al de notificación de la presente resolución. [Art. 267 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial]; todo ello referido a la parte dispositiva o fallo de la resolución. Asimismo podrá instar la parte, si a su derecho conviniere y hubiere motivo para ello, se declare la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular, conforme a lo dispuesto en el art. 240.2 de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de Julio, DEL PODER JUDICIAL, según modificación operada por Ley Orgánica 5/1997, de 4 de noviembre, derecho a ejercitar en el plazo de veinte días contados desde la notificación de la sentencia o resolución.

Notifíquese la anterior Sentencia a las partes personadas y con certificación literal a expedir por el Sr. Secretario de esta Audiencia Provincial y del oportuno despacho, devuélvase los autos originales al Juzgado de procedencia, para cumplimiento y ejecución de lo acordado. Archívese el original en el Libro-Registro de Sentencias de esta Sección.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando en esta segunda instancia, lo acordamos, mandamos y firmamos los Ilmos. Sres. al margen relacionados. \*D. Enrique Martínez Montero de Espinosa; D. Jesús Plata García; y D. Matías Madrigal Martínez-Pereda . Rubricados.

PUBLICACIÓN: Dada, leída y publicada fue la anterior Sentencia, en el día de la fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado a Enrique Martínez Montero de Espinosa, ponente en estos autos, celebrando audiencia pública la Sección Primera de esta Audiencia Provincial, ante mi que como Secretario, certifico. Badajoz, a 5 de mayo de dos mil seis.