

## Correo electrónico y valor probatorio

Sentencia Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1), (JUR 2006\191733), de 22 junio 2006 .....	1
Sentencia Juzgado de lo Penal Extremadura, Badajoz, núm. 42/2006 (Núm. 2) ( ARP 2006\193), de 15 febrero .....	12
Sentencia Juzgado de lo Penal Badajoz, Badajoz, núm. 42/2006 (Núm. 2) (ARP 2006\46), de 15 febrero .....	24
Sentencia Audiencia Provincial Madrid núm. 118/2005 (Sección 7ª) (ARP 2006\70), de 7 diciembre .....	36
Sentencia Tribunal Superior de Justicia Comunidad Valenciana núm. 2508/2005 (Sala de lo Social, Sección 1ª)( AS 2005\3205), de 19 julio.....	49
Sentencia Tribunal Supremo núm. 1219/2004 (Sala de lo Penal) (RJ 2004\7917) , de 10 diciembre .....	57
Sentencia Tribunal Supremo núm. 694/2003 (Sala de lo Penal)(RJ 2003\4359),.....	119
de 20 junio .....	119
Sentencia Tribunal Superior de Justicia Madrid núm. 856/2001 (Sala de lo Social, Sección 2ª)( AS 2002\789), de 4 diciembre .....	146
Sentencia Audiencia Provincial Valencia núm. 127/2001 (Sección 5ª)( ARP 2001\589), de 24 mayo .....	152

## **Sentencia Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1), (JUR 2006\191733), de 22 junio 2006**

Jurisdicción: Contencioso-Administrativa

Recurso contencioso-administrativo núm. 556/2004.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Arturo Fernández García.

PROTECCION DE DATOS DE CARACTER PERSONAL: Régimen sancionador: infracciones: graves: vulneración del deber de guardar secreto sobre los datos de carácter personal incorporados a ficheros que contengan datos de carácter personal: existencia: envío de un correo electrónico conteniendo los datos personales y movimientos bancarios de los denunciados que particulares, que habían sido remitidos por el infractor a una dirección errónea: prueba de cargo suficiente: sanción procedente.

La AN desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón contra una Resolución del Director de la Agencia Española de Protección de Datos de 07-09-2004, por la que se le impone sanción por infracción en materia de protección de datos de carácter personal.

Texto:

Madrid, a veintidós de junio de dos mil seis.

La Sala constituida por los Sres. Magistrados relacionados al margen ha visto el recurso contencioso-administrativo número 556/04 interpuesto por la Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón, representada por el Procurador de los Tribunales don Pedro Alarcón Rosales, contra la resolución del Director de la Agencia Española de Protección de Datos(en adelante AEPD), de 7 de septiembre de 2004, por la que se le impone a dicha entidad, por una infracción del artículo 10 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre ( RCL 1999, 3058) , de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante LOPD), calificada como grave en el artículo 44.3.g) de esa misma Ley, una infracción de 60.101,21 euros, de conformidad con lo establecido en el artículo 45.2 de la citada Ley Orgánica. Es parte la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO Admitido el presente recurso, y previos los oportunos trámites, se confirió traslado a la parte actora para que formalizase la demanda, lo que llevó a efecto mediante escrito presentado el 28 de diciembre de 2004, en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que consideró oportunos, termina solicitando, en esencia, que se dicte sentencia estimando la demanda, se declare la disconformidad a Derecho de la actuación administrativa impugnada, y, en consecuencia, sea anulada y se decrete la devolución del importe ingresado por la sanción, que asciende a 60.101,20 euros, más los intereses legales de demora.

SEGUNDO El Abogado del Estado contestó la demanda mediante escrito presentado en el que, tras formular las alegaciones que estimó procedentes, solicita el dictado de sentencia desestimando el recurso y confirmando la resolución impugnada por ser ajustada a derecho.

TERCERO Seguidamente, se fijó la cuantía del procedimiento en 60.101,21 euros. Al no solicitarlo las partes, no se recibió el juicio a prueba.

CUARTO Sustanciado el trámite de conclusiones por escrito por ambas partes, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento, fijándose finalmente al efecto el día 21 de junio de 2006, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

Ha sido Ponente el Ilmo. Magistrado D. José arturo Fernández García

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO El presente recurso contencioso-administrativo tiene como objeto la resolución del Director de la Agencia de Protección de Datos, de 2 de abril de 2004, por la que declara que la entidad recurrente ha cometido una infracción del artículo 10 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre ( RCL 1999, 3058) , de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), calificada como grave en el artículo 44.3.g) de esa misma Ley, y se le impone una multa de 60.101,21 euros.

La mencionada resolución administrativa impugnada se sustenta en los siguientes hechos referidos a la actora, la Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón (en adelante CAI):

I.-CAI ofrece a sus clientes el servicio denominado «CAI Online», que permite la realización de operaciones a través de Internet, para lo cual es necesario que el cliente firme un contrato. Asimismo presta a sus clientes el «servicio de correspondencia electrónica CAI» que se instrumenta a través del documento denominado «Modificación Domicilio de Notificaciones» (folios 39 a 42).

II.-Eurosystem Consulting es cliente de CAI y titular de la cuenta núm. 2086 00 17 11 71 000369 62 (folios 39 a 42).

III.-Eurosystem Consulting, SL suscribió con fecha 03/02/2003 un contrato para la prestación del servicio «CAI Online» y solicitó telefónicamente, según ha manifestado CAI, el servicio de correspondencia electrónica CAI, sin que hubiera firmado el documento de «Modificación Domicilio de Notificaciones» (folios 65 y 146).

IV.-La dirección de correo de Eurosystem Consulting SL es DIRECCION001 (folio 50)

V.-CAI remitió tres correos electrónicos a la dirección errónea de correo DIRECCION000. en fechas 28/02/2003, 03/03/2003 y 31/03/2003. Los dos primeros hacían referencia a movimientos de la cuenta bancaria de Eurosystem Consulting SL y el resultado del envío fue «NOK».

El tercer envío remitido a la dirección DIRECCION000 en fecha 31/03/2003 con el resultado OK, contenía también información sobre los movimientos de la cuenta bancaria de Eurosystem Consulting SL. Tres de dichos movimientos se referían a transferencias de nómina realizadas a D. Julián, D. Juan Carlos y D. Ildfonso por importe de 1.687,12 €, 420,71 € y 1.492,12 € (folios 148 a 154).

VI.-Ese tercer correo se recibió en el servidor de correo «grupo.com» y fue reenviado de DIRECCION002 a DIRECCION001 (folio 4)

VII.-En el sistema de información de CAI consta que se corrigió con fecha 01/04/2003 la cuenta de correo de Eurosystem Consulting, SL, sustituyéndose la dirección de correo DIRECCION000 por la de DIRECCION001, enviándose los posteriores correos dirigidos a la sociedad Eurosystem a la dirección correo DIRECCION000 (folios 64 a 148).

VIII.-CAI en su escrito de fecha de entrada en esta Agencia de 05/11/2003 reconoce que el procedimiento que tiene establecido para la comunicación de los correos electrónicos de sus clientes no es suficiente para impedir cualquier tipo de envío erróneo y que se va a proceder a implantar un procedimiento más riguroso (folio 147).

Asimismo consta en el Acta de inspección E/352/2003-I/2003 que CAI no realiza ninguna actuación tendente a confirmar la validez de la dirección de correo registrada y que se ha solicitado a la entidad responsable de la gestión del servicio «servicio de correspondencia electrónica CAI» que incluya un proceso de validación de las

direcciones de correo proporcionada, con el fin de evitar errores en las mismas (folios 39 a 42).

SEGUNDO Para la resolución originaria impugnada, esos hechos declarados probados acreditan que CAI remitió por error un correo electrónico a una dirección distinta a la del destinatario, su cliente la empresa Eurosystem Consulting SL, conteniendo los movimientos de la cuenta, datos de nombres y apellidos e importe de salarios por nóminas de tres trabajadores de ésta última, siendo recibido ese correo por un tercero ajeno a dicha empresa destinataria, por lo que entiende que se ha vulnerado el deber de secreto que impone el artículo 10 de la LOPD ( RCL 1999, 3058) . Igualmente, dicho acto administrativo razona que en este caso CAI no ha probado que el mensaje erróneamente remitido exigiera una identificación del usuario y una clave de acceso distintas a las establecidas para el nombre del dominio del servidor grupox.com, que fue quien recibió el citado mensaje, ni tampoco ha probado que la persona que lo recibió se hubiera identificado con un nombre de usuario y clave de acceso que no fueran los suyos para tener acceso al citado mensaje. También señala que se ha acreditado que ese tercero que recibió el mensaje erróneamente, efectivamente tuvo acceso al mismo, pues en el correo que se reenvía a la dirección correcta de la empresa afectada contenía, aparte del extracto bancario de una cuenta, el nombre y dirección de su titular, lo que evidencia el acceso de este tercero a los datos contenidos en el extracto bancario de la empresa titular de la cuenta, Eurosystem Consulting SL, entre ellos de tres transferencias de nóminas de tres trabajadores. En consecuencia, existe constancia de vulneración del deber de secreto imputable a CAI.

Respecto a la culpabilidad, considera la resolución recurrida que no se ha apreciado en CAI una conducta diligente tendente a salvaguardar el deber de secreto, reconociendo la misma que el procedimiento que tiene establecido para la comunicación de los correos electrónicos a sus clientes no es suficiente para impedir cualquier tipo de correo erróneo, y que no realiza actuación tendente a confirmar la validez de la dirección de correo registrada; bastando esa mera falta de diligencia para consumir la infracción.

Encuadra el acto recurrido los hechos declarados probados en el mismo en una infracción grave del artículo 44.3, g de la LOPD, puesto que se ha vulnerado el deber de secreto relativo a servicios financieros, que puede servir para obtener una evaluación de la personalidad del individuo, pues se conocen los nombres y apellidos de los afectados, la empresa en la que trabajan y el salario que perciben. No se aplica la atenuante cualificada del artículo 45.5 de la LOPD, pues CAI ha reconocido que el procedimiento establecido para la comunicación de los correos electrónicos no era suficiente para impedir el envío erróneo de correos electrónicos; no obstante, se impone la sanción en el grado mínimo.

TERCERO La entidad pública recurrente articula como primer motivo de su recurso la impugnación del documento aportado en su momento por los denunciante, los cuales denunciaban que una persona del grupox.com ha remitido un correo para DIRECCION001 en el cual manifiesta haber tenido acceso a un extracto de operaciones de la cuenta de la sociedad Eurosystem Consulting SL, sólo apareciendo como única información de este remitente la dirección de su correo electrónico DIRECCION002 y el nombre escrito: «Ivan». Por lo tanto, no consta todavía la identidad de la persona que aparentemente tuvo acceso a esos datos de los denunciante y no se sabe cómo se

produjo el mismo. Todo ello lleva a deducir que ante la falta de prueba de cargo ha de prevalecer el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 de la CE [ RCL 1978, 2836] y el 137 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre [ RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246] ).

En cualquier caso, continua dicha parte, en autos existen unas deficiencias probatorias que constituyen una vulneración del mencionado derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues no se sabe cómo un tercero ha podido acceder a los mismos, constituyendo tal conducta una vulneración de un derecho fundamental, por lo que esta prueba habrá de invalidarse (art. 11.1 LOPJ [ RCL 1985, 1578 y 2635] ). Además, en ningún caso se ha producido una vulneración del deber de secreto, porque el envío erróneo de un correo sólo puede acarrear la devolución del mismo, pero ello no origina que la información remitida se haya puesto a disposición de un tercero, puesto que, en primer lugar, ese correo no es accesible para cualquier persona distinta al destinatario, siendo necesario que quien lo reciba en su buzón proceda a su apertura tras haberse identificado mediante su nombre de usuario y contraseña. Un correo remitido a dirección incorrecta no puede llegar a su destinatario, llegará al servidor pero éste no podrá remitirlo a ningún destinatario concreto. En cualquier caso, quien acceda a ese correo sin ser su destinatario, estará incurriendo en la vulneración del artículo 18.3 de la CE. Finalmente, señala que el servidor que recibe ese correo erróneo deberá tramitar la incidencia y sólo procederá a su devolución, ya que aquel destinatario no existe.

Entiende, igualmente, la citada parte demandante que el envío de correspondencia no puede ser imputado como revelación de secreto, salvo que se pretenda exigir una responsabilidad puramente objetiva, lo cual no tiene cabida en el derecho administrativo sancionador. Reitera lo expuesto por ella en vía administrativa de que se ha producido una vulneración del derecho a la presunción de inocencia, puesto que no se identifica a la persona que se supone recibió el correo, y la recepción del correo no significa que recibiera los datos.

Por último, muestra su disconformidad con lo mantenido en la resolución recurrida de que esa parte no ha acreditado que el mensaje remitido erróneamente se enviara de forma que fuera necesario la identificación del usuario y clave de acceso distintas a las establecidas para el nombre de dominio @grupox.com. Y ello porque existe un informe técnico en autos que indica que en el correo electrónico cada mensaje no debe incorporar un nombre de usuario y una clave de acceso, sino que el mensaje electrónico llega al buzón del destinatario, al que sólo puede acceder su titular mediante el nombre del usuario y su clave de acceso, como requisito previo para poder conocer al contenido del mismo. En cualquier caso, el que una persona abra, sin estar autorizada, el correo de otra, supone una vulneración de un derecho fundamental de la persona, sin que puedan valer argumentos justificadores.

La Abogacía del Estado, en defensa de la Administración demandada, contesta, en primer lugar, que la conducta imputada a la demandante constituye una vulneración del deber de secreto sobre los datos personales que ella trata, dado que comunica datos personales y movimientos bancarios a una persona distinta de los titulares de esa información. Habiendo reconocido la existencia de un error en el envío del e-mail en cuestión, y que el procedimiento que tiene establecido para la comunicación de correos electrónicos de sus clientes no es suficiente para impedir errores (folio 17 del

expediente), no puede pretender dicha parte liberarse de responsabilidad con los argumentos aducidos. Así, señala la defensa del Estado que el correo electrónico enviado por un tercero conteniendo los datos personales y movimientos bancarios de los denunciados que previamente habían sido remitidos por la recurrente a una dirección errónea, en ningún caso puede considerarse anónimo, pues en él ya figura la dirección electrónica y la empresa para la que presta sus servicios ese destinatario. En segundo lugar, indica que las alegaciones de contrario, de involucrar a un tercero en lo que se refiere al acceso de los datos, de modo que lo hizo ilegalmente, son a criterio de esa representación meras conjeturas que pretenden desviar la atención de la infracción imputada, pues no existe un solo indicio que permita considerar que el tercero accedió ilegalmente a los datos bancarios de los que no era titular.

Lo cierto, continúa esta parte, es que en autos se ha acreditado que la demandante remitió tres correos electrónicos a la dirección incorrecta, resultando en los dos primeros «NOK», mientras que el tercero se recibió en un servidor, accediendo al mismo un tercero identificado como «Ivan», sin que exista indicio de que ese acceso no se produjera de forma legal a través de su propia clave y nombre de usuario; acceso que era necesario para poder conocer el nombre de la empresa a la que iba dirigido, encontrar el servidor de ésta última y remitir el correo a la dirección correcta. La propia actora reconoce que el procedimiento que tiene establecido no es suficiente para impedir los errores en el envío de correos electrónicos, comprometiéndose a implantar un sistema más riguroso; y los inspectores de la Agencia comprobaron que dicha entidad no realiza actividad alguna tendente a confirmar la validez de la dirección de correo registrada en su archivo. Por ello, esa conducta imputada a la demandante supone una vulneración del deber de secreto, no habiéndose vulnerado en ningún caso el principio de presunción de inocencia, dado el amplio material de prueba existente en autos

Tampoco, concluye la demandada, se ha vulnerado el principio de culpabilidad, ya que la entidad recurrente no ha adoptado en el caso de autos la debida diligencia que hubiera evitado esa remisión de datos personales y movimientos bancarios a una persona distinta de los titulares de esa información, más cuando el artículo 9 de la LOPD ( RCL 1999, 3058) hace recaer sobre el titular del fichero la obligación de la adopción de medidas de seguridad necesarias para garantizar la privacidad de los datos de carácter personal.

CUARTO Para una adecuada resolución del presente recurso, es necesario recordar el contenido de los preceptos de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre ( RCL 1999, 3058) , de Protección de Datos de Carácter Personal, aplicados por la resolución recurrida, y sobre cuya interpretación recae el objeto del debate protagonizado por las partes.

Así, en primer lugar se ha de resaltar que esa propia Ley, en su artículo 2.1, circunscribe su ámbito de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico, que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado.

En su artículo 9.1 es rotunda la citada LOPD con respecto a las obligaciones del responsable del fichero en materia de adopción de medidas de seguridad:

El responsable del fichero, y, en su caso, el encargado del tratamiento deberán adoptar las medidas de índole técnica y organizativas necesarias que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal y eviten su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, habida cuenta del estado de la tecnología, la naturaleza de los datos almacenados y los riesgos a que están expuestos, ya provengan de la acción humana o del medio físico o natural.

En el artículo 10 se establece el deber de secreto de esos datos de carácter personal:

El responsable del fichero y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aun después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con el responsable del mismo.

El artículo 44, 3, g) prevé como infracción grave:

La vulneración del deber de guardar secreto sobre los datos de carácter personal incorporados a ficheros que contengan datos relativos a la comisión de infracciones administrativas o penales, Hacienda Pública, servicios financieros, prestación de servicios de solvencia patrimonial y crédito, así como aquellos otros ficheros que contengan un conjunto de datos de carácter personal suficientes para obtener una evaluación de la personalidad del individuo.

El artículo 45.2 prescribe: Las infracciones graves serán sancionadas con multa de 60.101,21 a 300.506,05 euros.

Por último, el apartado 5 de este artículo 45 establece: Si, en razón de las circunstancias concurrentes, se apreciara una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho, el órgano sancionador establecerá la cuantía de la sanción aplicando la escala relativa a la clase de infracciones que preceda inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate.

QUINTO A la vista de la prueba practicada en autos, los hechos que se han declarados probados en la resolución recurrida lo han sido con base al resultado de una práctica de prueba de cargo suficiente, que ha desvirtuado de forma clara el derecho a la presunción de inocencia que inicial e interinamente amparaba a la entidad mercantil expedientada.

Se ha de coincidir con la resolución recurrida en que ha quedado acreditado en autos el hecho trascendental y concluyente de que la entidad bancaria recurrente remitió un correo electrónico conteniendo los datos bancarios de tres empleados de una empresa cliente, en vez de a ésta última, a un tercero que pudo perfectamente abrirlo y tener conocimiento de su contenido; tercero que después reenvió el correo a la dirección exacta de aquella empresa a la que inicialmente iba dirigido.

A los folios 146 y 147 del expediente obra una comunicación de la entidad financiera hoy demandante dirigida a la AEPD, de fecha 30 de octubre de 2003, en la que se reconoce que de los tres correos a que se refieren los hechos declarados probados en el acto recurrido y dirigidos a la DIRECCION000, los dos primeros tuvieron resultado «NOK» y el

tercero resultado «OK», informando que los comunicados con resultado negativo se distribuyen por correo ordinario a la dirección postal del cliente. Igualmente, en esa comunicación, la mencionada recurrente indica que tras estos tres comunicados se vuelve a remitir uno nuevo, pero esta vez a una nueva dirección, correo DIRECCION000, remitiéndose los siguientes a ésta última. En ese propio comunicado de la mencionada entidad bancaria se reconoce textualmente que Habida cuenta que el procedimiento que tenemos establecido, tanto para la comunicación inicial como para las posteriores modificaciones de correo electrónico, no es suficiente para impedir cualquier tipo de envío erróneo, se va a proceder a implantar un procedimiento más riguroso consistente en lo siguiente

En el acta de inspección levantada por inspectores de la AEPD a la entidad recurrente el 20 de octubre de 2003 (fs. 39 a 42), se comprueba que cuando la misma remite un correo electrónico a sus clientes, en el marco del servicio «CAI Online», lo hace enviando un primer correo de bienvenida, no realizando hasta la fecha ninguna actuación tendente a confirmar la validez de la dirección de correo registrada. No obstante se ha solicitado a la entidad responsable de la gestión del servicio «servicio de correspondencia electrónica CAI» que incluya un proceso de validación de las direcciones de correo proporcionadas, con el fin de evitar posibles errores en las mismas... En cumplimiento de lo establecido en esa acta de inspección la entidad recurrente (CAI), en esa comunicación expuesta de fecha 30 de octubre de 2003, le informa a la AEPD, tras concretar las medidas que va adoptar para impedir cualquier tipo de envío erróneo, que mientras el correo confirmatorio del cliente no se reciba en la Caja, no se producirán envíos a la dirección electrónica...

A estos claros y contundentes elementos probatorios se ha de añadir el hecho de que los denunciante, dos de los trabajadores de Eurosystems Consulting SL, cliente de la actora, aportaron con sus respectivas denuncias los correos electrónicos que a una dirección errónea remitió dicha entidad bancaria, los cuales contenían los movimientos de sus cuentas bancarias personales, que fueron conocidos por el tercero a quien se le envió ese correo erróneamente, el cual reenvía el correo a la correcta dirección de Eurosystems Consulting SL, indicando textualmente: Hola, me ha llegado este email de su banco por error, se ve que su banco ha omitido el «lu» de «grupolux» en su correo electrónico y lo ha mandado a DIRECCION003 siendo de nuestra empresa el dominio grupos.com. Comuníquelo lo antes posible a su banco ya que esto es información privada y deberían tener más cuidado sobre a quien se lo envían. Saludos. Ivan (fs. 1 a 13)

Este material probatorio es más que suficiente y determinante para destruir la presunción de inocencia que ampara a la empresa expedientada, la hoy actora. Elementos éstos de convicción que no pueden ser contradichos por las alegaciones efectuadas por esa parte respecto a la no validez de la prueba documental aportada en su momento por los denunciante porque a su entender constituye una denuncia anónima el correo electrónico reenviado a la empresa cliente de la entidad bancaria actora, porque lo cierto es que el autor de ese correo electrónico, como todos los correos de esa naturaleza, es perfectamente identificable, e incluso su mensaje va firmado con un nombre propio, lo que unido a los demás datos de identificación de la procedencia del correo sólo cabe concluir que no es una denuncia anónima en los términos expuestos por dicha parte. En cualquier caso, no hay que olvidar que quien denuncia ante la AEPD, con sus nombres y

apellidos son esos trabajadores de Eurosystem Consulting SL. que han tenido conocimiento de que los movimientos de sus cuentas bancarias han sido remitidos por correo electrónico a un tercero, que los ha conocido.

Por otro lado, se ha de rechazar, igualmente, el argumento de la recurrente de que no se ha podido acreditar que un tercero haya podido acceder y conocer el contenido de ese correo electrónico, dado que no disponía del nombre del usuario ni de la clave del destinatario, y que de ser así éste tercero habría cometido una infracción contra la privacidad de las personas, derecho fundamental garantizado por el artículo 18 de la CE ( RCL 1978, 2836) , por lo que la citada prueba conseguida ilegalmente no se puede utilizar contra dicha parte. Obviamente, estas afirmaciones son meras alegaciones sin base probatoria alguna, porque lo cierto es que la actora remite ese correo a una dirección que no corresponde con el sujeto a quien se dirige, habiéndolo efectuado previamente en dos ocasiones, y es a la tercera vez cuando llega a un tercero que al abrirlo usando su propio nombre de usuario y su clave de acceso, ve su contenido y entonces lo reenvía al destinatario correcto, advirtiéndole de la gravedad de lo que ha sucedido. Esa apertura del correo, en principio no se puede tildar de ilegal, porque no se acredita que se supiera de antemano que su contenido no correspondiera a ese destinatario, por lo que se puede dar el caso, como ha sucedido, de que se haya abierto de forma involuntaria. También se ha de precisar que esta apertura se produce a la tercera vez, pues en las dos primeras veces se devuelven los correos, y dado que se reitera en el error de un servidor que no correspondía, es cuando una empresa de este servidor finalmente lo recibe, lo abre, ve su contenido y comprueba que no es ese destinatario, reenviándosele a éste y advirtiéndole del error en una materia tan delicada como es la de los movimientos de una cuenta bancaria de una persona. Ello demuestra, como correctamente se indica en la resolución recurrida, que ese destinatario que recibió incorrectamente el correo no necesitó utilizar nombre de identificación y otra clave distintos a la suya, en cuanto empresa del nombre de dominio @grupox.com, y es evidente que este tercero accedió al contenido del mensaje de esta forma, la única por la que pudo conocer el nombre de la empresa a la que iba dirigido realmente, y así poder encontrar su servidor y remitir el correo a la dirección correcta.

En consecuencia, se ha destruido en legal forma el derecho a la presunción de inocencia que ampara legalmente a la demandante, de la que no hay que olvidar que ha reconocido que no tenía un sistema adecuado para conseguir validar los mensajes que remitía por correo electrónico, a fin de comprobar que efectivamente los recibe y abre el destinatario correcto, confirmando, del mismo modo, que tras estos hechos ya ha adoptado medidas en tal sentido.

SEXTO El principio de culpabilidad previsto en el artículo 130.1 de la Ley 30/1992 ( RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) dispone que solo pueden ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa los responsables de los mismos, aún a título de simple inobservancia. Esta simple inobservancia no puede ser entendida como la admisión en el derecho administrativo sancionador de la responsabilidad objetiva, pues la jurisprudencia mayoritaria de nuestro Tribunal Supremo (a partir de sus sentencias de 24 [ RJ 1983, 364] y 25 de enero [ RJ 1983, 306] y 9 de mayo de 1983 [ RJ 1983, 2898] ) y la doctrina del Tribunal Constitucional (después de su STC 76/1990 [ RTC 1990, 76] ), destacan que el principio de culpabilidad, aún sin reconocimiento explícito en la Constitución ( RCL 1978, 2836) , se infiere de los principios de legalidad y prohibición de

exceso (artículo 25.1 CE), o de la exigencias inherentes a un Estado de Derecho, y requieren la existencia de dolo o culpa ( Sentencia de esta Sala de 14 de septiembre de 2001, rec. 196/2000).

El tipo arriba expuesto definido en el artículo 43.3.g) de la Ley Orgánica 15/1999 ( RCL 1999, 3058) , que es el que el acto recurrido aplica a la conducta de la demandante, contiene un elemento culpabilístico, concretado en el caso que se está enjuiciando en el incumplimiento del deber de guardar secreto, que se vulnera desde el mismo momento en que la entidad bancaria recurrente facilita información a terceros de los movimientos de cuentas de empleados de una clienta suya por medio de un correo electrónico que contiene esos datos y que, por no adoptar las medidas de seguridad necesarias y de comprobación, se remitió a un destinatario distinto, el cual, además, con su propia identificación y claves de acceso, abrió el correo, accedió a su contenido y se percató que no era el destinatario, reenviándolo al destinatario correcto.

Además, y que como arriba ya se ha expuesto, la propia empresa recurrente ha reconocido que no había adoptado las medidas necesarias a fin de comprobar que los correos electrónicos que remite llegaran a su exacto destinatario, adoptando con posterioridad a la comisión de estos hechos las medidas tendentes a tal validación, lo que evidencia de forma clara que su conducta hoy sancionada era poco diligente y configuraba el elemento de la culpa de la referida infracción administrativa imputable a la recurrente.

Por lo tanto, se ha acreditado en esa conducta de la recurrente definida en los hechos probados de la resolución recurrida todos los elementos del tipo definido en el artículo 10 de la LOPD, en relación con el 44.3.g) de esta misma norma, pues vulnera el deber de guardar secreto y el acto voluntario reviste forma de culpa, por lo que se ha de rechazar, de igual forma, el segundo motivo del recurso.

SÉPTIMO Por las razones expuestas, debemos desestimar el recurso presentado, por ser ajustada a derecho la resolución originaria recurrida, sin que se aprecie temeridad o mala fe en ninguno de los litigantes a los efectos previstos en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción ( RCL 1998, 1741) en materia de costas procesales.

VISTOS los preceptos citados y demás normas de procedente aplicación.

FALLAMOS

DESESTIMANDO el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón, representada por el Procurador de los Tribunales don Pedro Alarcón Rosales, contra la resolución del Director de la Agencia de Protección de Datos, de 7 de septiembre de 2004, por la que se le impone a dicha entidad, por una infracción del artículo 10 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre ( RCL 1999, 3058) , de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), calificada como grave en el artículo 44.3.g) de esa misma Ley, una infracción de 60.101,21 euros, de conformidad con lo establecido en el artículo 45.2 de la citada Ley Orgánica, DECLARAMOS conforme a derecho la resolución recurrida; sin hacer expresa imposición de las costas de este proceso.

Así, por esta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio a los autos de su razón, lo pronunciamos mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el mismo día de su fecha. Doy fe. Madrid a ...

**Sentencia Juzgado de lo Penal Extremadura, Badajoz, núm. 42/2006 (Núm. 2) (ARP 2006\193), de 15 febrero**

Jurisdicción: Penal

Procedimiento abreviado núm. 332/2005.

Ponente: Emilio Francisco Serrano Molera.

**DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL:** libertad informática. **DESCUBRIMIENTO Y REVELACION DE SECRETOS:** Apoderarse de papeles, cartas, mensajes de correo electrónico, interceptar sus telecomunicaciones o utilizar artificios técnicos de escucha para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro: elementos; existencia: acceder a la red interna de administración de un juego informático de pago vía internet, utilizando sin consentimiento de sus titulares una cuenta interna con permisos de administrador para los empleados de la empresa «Wanadoo», obteniendo los códigos binarios y la disposición sobre el acceso al juego; Apoderarse, utilizar o modificar, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos o en cualquier otro tipo de archivo o registro: concepto de datos de carácter personal; inexistencia: ausencia de intención de atentar contra la intimidad de los usuarios del videojuego: típica conducta del «hacker» informático; Difundir, revelar o ceder a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas: inexistencia: no consta el traspaso de información; Presunción de inocencia: Vulneración inexistente: existencia de prueba: acusado de profesión administrador de sistemas y programador informático que posee un complejo equipo informático con acceso a internet: ocupación de CDS con los códigos binarios y archivos informáticos en el disco duro de su ordenador propiedad de «Wanadoo». **ANOMALIA O ALTERACION PSIQUICA:** ludopatía; Atenuante por analogía: apreciable: diagnóstico de adicción a vídeo-juegos: actuación delictiva compleja y planeada, con un modo de operar premeditado y reflexivo.

El Juzgado de lo Penal núm. 2 de Badajoz mediante Sentencia de fecha 15-02-2006 condena al acusado como autor de un delito de descubrimiento y revelación de secretos por intrusión informática, a la pena de 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 y multa de doce meses con una cuota diaria de seis euros.

Texto:

En Badajoz, a quince de febrero de dos mil seis.-

El Ilmo. Sr. D/ña, Emilio Francisco Serrano Molerá, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Penal Núm. 2 de BADAJOZ y su Partido Judicial, HA VISTO Y OÍDO, en Juicio Oral y Público, el Procedimiento abreviado núm. 332 /2005, seguido por delito de REVELACIÓN DE SECRETOS, contra Carlos Alberto, natural de Badajoz, nacido el día 31 de diciembre de 1978, hijo de José y de M<sup>a</sup> Ascensión, con domicilio en Madrid, C/ DIRECCION000NUM000, Esc. Pral. NUM001. NUM002-NUM003 y con DNI núm. NUM004.

Habiendo sido partes, el Ministerio Fiscal, representado por D/D<sup>a</sup> Antonio Luengo Nieto, y dicho/s acusado/s, representado/s por el/los Procurador/es D/D<sup>ña</sup>. Juan Carlos Almeida Lorences y defendido/s por el/los Letrado/s D/D<sup>ña</sup>. Javier A. Maestre Rodríguez y como Acusación Particular la Entidad «Wanadoo España S.L.», representada por la Procuradora D<sup>a</sup> Paula Tovar Sánchez y defendida por el Letrado D. Roberto Sainz-Trapaga García.-

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO Las presentes diligencias se iniciaron en el Juzgado de Instrucción n<sup>o</sup> 2 de Badajoz, en virtud de denuncia, siguiéndose por sus peculiares trámites hasta la celebración del oportuno Juicio Oral en este Juzgado de lo Penal.-

SEGUNDO El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos como constitutivos de dos delitos de descubrimiento y revelación de secretos, previstos en los arts. 197. 1 y 197.2 del CP ( RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) , considerando responsable/s en concepto de autor/es al/los imputado/s Carlos Alberto, interesando se le/s impusiera por cada delito, la pena 1 año de prisión y 20 meses de multa a razón de 10 euros de cuota diaria, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, con Inhabilitación especial para la profesión de programador según el art. 56 del CP, comiso del material intervenido (art. 127 del CP), costas y como responsabilidad civil, indemnice el acusado a la empresa Wanadoo en 104.876,80 euros por los perjuicios ocasionados como consecuencia de los costes originados por la reparación del sistema en relación con la conducta del acusado y en aquellos daños y perjuicios morales y que por lucro cesante sean convenientemente acreditados en el Juicio Oral y en ejecución de sentencia por los hechos de esta causa, cantidades que devengarán los intereses legales del art. 576 de la LECiv ( RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) .-

La Acusación Particular añade que el acusado ha comunicado a terceros los datos y hechos descubiertos por la intrusión. En cuanto al resto se adhiere al Ministerio Fiscal, salvo que acusa por tres delitos, arts. 197.1.2 y 3 del CP y solicita pena de 2 años y 6 meses de prisión por los delitos del art. 197.1. 2; y 3 años y 6 meses por el delito del apartado 3<sup>o</sup>.-

TERCERO ,Por la/s defensa/s del/los acusado/s se interesó elevar a definitivas sus conclusiones provisionales formuladas en su día y alternativamente art. 21-6<sup>a</sup> del CP ( RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) atenuante analógica en relación a las eximentes y la pena, en su caso conforme arts 87 y 88 del CP, trabajos en beneficios de la Comunidad.-

## HECHOS PROBADOS

ÚNICO Probado y así se declara que durante la segunda quincena de agosto y hasta el 20 de noviembre del año 2003, Carlos Alberto, mayor de edad, con antecedentes penales cancelables, de profesión Administrador de sistemas y Programador Informático, procedió desde su ordenador personal en su domicilio en la C/ Alicante de Badajoz, y valiéndose de sus habilidades informáticas a acceder a la red interna de administración del juego informático de pago vía Internet denominado «Dark Age of Camelot» utilizando para ello ilegítimamente y sin consentimiento de sus titulares legales una cuenta interna con permisos de administrador para los empleados de la empresa Wanadoo, obteniendo

así los Códigos Binarios y la disposición absoluta sobre el acceso del citado juego con posibilidades de utilización y modificación de cuentas, vulnerando inconsentidamente las reglas y normas de seguridad en el funcionamiento y explotación del mencionado juego. Ordenado legalmente el correspondiente Registro Judicial en el domicilio del inculpado, se le ha incautado diverso material informático con 2 CDS que contienen códigos, permisos de administración del juego, diversas cuentas y datos de cuentas, así como correos personales de los empleados de Wanadoo, Los perjuicios ocasionados a la empresa Wanadoo por los costes externos de reparación del sistema ascienden a 24.876,80 euros.

No ha quedado acreditado el ocasionamiento de otros daños y perjuicios de orden material por costes internos o moral y por lucre cesante.-

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO Se imputa al acusado la comisión de tres delitos de descubrimiento y revelación de secretos, respectivamente previstos en los apartados 1.2. y 3. del art. 197 del CP ( RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) .

Dispone el art. 18.4 de la Constitución Española ( RCL 1978, 2836) 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 este modo la Constitución española incorpora una garantía constitucional, como forma es respuesta a una nueva amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona. Ello quiere decir que nos hallamos ante un instituto básicamente de garantía del derecho al honor y a la intimidad, pero también de un instituto que es, en sí mismo, un derecho a libertad fundamental, cual es el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes del uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos informáticos». La garantía de la intimidad adopta hoy un contenido positivo en forma de derecho de control sobre los casos relativos a la propia persona. Así pues, la llamada libertad informática es, también, el derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (vid en este sentido las SSTC 101/91 [ RTC 1991, 101] , 254/93 [ RTC 1993, 254] o 143/94 [ RTC 1994, 143] ).

Si artículo 197 del Código Penal, contempla el tipo básico del delito de descubrimiento y revelación de secretos, que tutela el derecho fundamental a la intimidad personal -es el bien jurídico protegido-, garantizado por el artículo 18-1 de la Constitución Española -derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen-, superando la idea, tradicional del concepto de libertad negativa, materializado en el concepto de secreto que imperaba en el Código Penal derogado ( RCL 1973, 2255) , artículo 497.

Los elementos objetivos del artículo 197.1, se integra en primer término por la conducta típica, en la que se pueden distinguir dos modalidades:

a) Apoderamiento de papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, y

b) La interceptación de telecomunicaciones o la utilización de artificios técnicos de escuchas, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o cualquier

otra señal de comunicación. Esta última cláusula general, trata de subsanar las posibles lagunas de punibilidad que se pueden derivar de los avances de la tecnología moderna.

Sujeto activo del tipo básico podrá ser cualquiera, «el que», dice el texto legal; y sujeto pasivo, ha de ser el titular del bien jurídico protegido y se corresponderá con el de objeto material del delito, pues el concepto que se examina utiliza el posesivo «sus» referido a papeles, y también al otro supuesto, intercepta «sus telecomunicaciones».

Respecto al «iter crimínis», es una figura delictiva que es integra en la categoría de los delitos de intención, y en la modalidad de delito mutilado de dos actos, uno de apoderamiento, interceptación o utilización de artificios técnicos, unido a un elemento subjetivo adicional al dolo, consistente en el ánimo de realizar un acto posterior, descubrir el secreto, o vulnerar la intimidad de otro, sin necesidad de que éste llegue a producirse. Por ello, la conducta típica del artículo 197.1, se consume con el apoderamiento, interceptación, etc., sin necesidad que se produzca el efectivo descubrimiento de los secretos, o vulneración de la intimidad, siendo posibles las formas imperfectas de ejecución, tentativa acabada o inacabada.

El elemento subjetivo del delito, constituido por la conducta típica que ha de ser dolosa, pues no se recoge expresamente la incriminación imprudente, exigida conforme al artículo 12 del texto legal, que ha de llevarse a cabo con la finalidad de descubrir secretos o vulnerar la intimidad, ya que la dicción literal del precepto emplea la preposición «para».

Por demás como establece la STS 23-10-2000 ( RJ 2000, 8791) , para la comisión del delito del art. 197 CP es necesario no sólo el dolo genérico de saber lo que se hace y la voluntad de hacerlo, sino también el dolo específico requerido por esta figura delictiva, caracterizado por el ánimo tendencial de invadir la esfera de privacidad e intimidad, significando que, si bien el tipo penal aplicado se ubica en, el capítulo I del Título X del Libro Segundo del Código Penal, bajo la rúbrica de «Del descubrimiento y revelación de secretos», lo cierto es que el art. 197.1, tutela dos distintos bienes que son objeto de la protección jurídico penal: la salvaguarda de los secretos propiamente dichos y, aparte, la intimidad de las personas, viniendo a representar este tipo penal una especie de desarrollo sancionador a las conductas que vulneren el derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones consagrado en el art. 18 CE ( RCL 1978, 2836) como parte integrante del derecho a la intimidad personal del individuo.

En lo que se refiere al segundo tipo penal objeto de acusación el artículo 197.2 del CP sanciona al que sin estar autorizado se apodere, utilice o modifique en perjuicio de tercero, 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. No calma por tanto la exigencia del tipo el apoderamiento, entendido en sentido amplio, de datos, ha de tratarse de datos reservados de carácter personal o familiar, extendiéndose la sanción penal en el último inciso del párrafo al que, sin estar autorizado, accediere por cualquier medio a tales datos y a quienes los altere o utilice en perjuicio de su titular o de un tercero.

La sentencia del TS 2ª de 18 de febrero de 1999 ( RJ 1999, 510) , expone «que no todos los datos reservados de carácter personal pueden ser objeto del delito contra la libertad

informática tipificado en el artículo 197.2 del CP ( RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) . Precisamente porque el delito se consuma tan pronto el sujeto active accede a los datos, esto es, tan pronto los conoce y tiene a su disposición, pues solo con eso se ha quebrantado la reserva que los cubre, es por lo que debe entenderse que la norma requiere la existencia de un perjuicio añadido para que la violación de a reserva integre el tipo, un perjuicio que puede afectar al titular de los datos o a un tercero. No es fácil, a priori y en abstracto, cuando el desvelamiento de un dato personal o familiar produce ese perjuicio. Baste decir que lo produce siempre que se trata de un dato que un hombre medio de nuestra cultura considera «sensible» por ser inherente al ámbito de su intimidad más estricta, dicho de otro modo, un dato perteneciente al reducto de los que, normalmente, se pretende no trasciendan fuera de la esfera en que se desenvuelve la privacidad de las personas y de su núcleo familiar.

Por su parte, el último tipo penal o subtipo agravado previsto en el apartado 3 del artículo 197 del CP sanciona la difusión, revelación o cesión (hemos de entender onerosa o gratuita) a terceros de los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores.-

SEGUNDO Debe en primer término destacarse que los tipos penales anteriormente expuestos describen un abanico o elenco de conductas que implican abusos informáticos (o de otra índole) sobre datos personales informatizados (extensible a los demás datos, obrantes en otro tipo de ordenes públicos o privados, como por ejemplo ficheros manuales no automatizados), tal y como se infiere de las conductas descritas en el apartado 2, que cabe completar con la difusión, cesión, etc. de los datos descubiertos (apartado 3); y con le interceptación de las comunicaciones telemáticas (o de cualquier otro signo) para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, apoderándose de mensajes de correo electrónico etc.

Viene ello a colación porque uno de los principales problemas que se plantean en la presente causa es el relativo al incardinamiento de la conducta o conductas desarrolladas por el acusado en alguno o algunos de los supuestos de hecho de las normas penales a que se ha hecho anterior referencia.

No sería aventurado adelantar (como con posterioridad se concretará a la luz del resultado que arrojan las pruebas practicadas) que desde el punto de vista sociológico y en terminología anglosajona utilizada en, el ámbito informático las conductas que han sido descritas en el «factum» son las propias de un «Hacker» o persona que utiliza determinadas técnicas para acceder sin la debida autorización a sistemas informáticos Buenos, o dicho en castellano, nos encontraríamos ante un intruso, figura diferente a la del «cracker» o pirata virtual que de manera intencionada se dedica a eliminar o borrar ficheros, a romper los sistemas informáticos y a introducir virus.

La conducta del hacker está guiada por un deseo de vencer el reto intelectual de saltar las barreras del sistema. Tratan de vencer a las claves informáticas de los accesos, de descubrir, en suma las lagunas de la protección. Por ello no es de extrañar que muchas compañías los contraten para que, antes de instalar sus sistemas informáticos, analicen si estos presentan grietas por las que se pude alguien colar en ellas.

Como señala González Rus, su éxito presupone que se hayan burlado los medios de seguridad (contraseñas, claves de acceso, passwords), que están ahí colocados para impedirlo y que ponen de manifiesto la voluntad del titular de que la información que se contiene en los mismos no sea conocida más que por quienes están autorizados a ello.

Vaya por delante la afirmación de que en nuestro CP ( RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) no existe tipificado como delito de manera expresa y autónoma la conducta del «hacker». Ello no obstante tal conclusión no implica que no puedan encontrar acomodo los concretos actos desarrollados por el intruso dentro de algunos de las conductas encuadradas en el art. 197 del mentado Código.

Si el «hacker» más allá de navegar por los circuitos de la red, llega a averiguar las claves de acceso al sitio, las quebranta y entra al lugar en que se alojan los circuitos protegidos por la clave averiguada descubre «los secretos» de otro -

Las conductas desarrolladas por el intruso al lograr el quebrantamiento de las claves de acceso a los passwords ponen de manifiesto no sólo el dolo genérico de saber lo que se hace y la voluntad de hacerlo sino también el dolo y ánimo específico requerido por esta figura delictiva, caracterizado por el ánimo tendencial de invadir la esfera de la privacidad que representa precisamente la existencia y colocación de una contraseña de acceso impeditiva del pago al contenido que hay detrás de la misma.

Bastará por ende para la consumación del delito la interceptación, encendiendo por tal el descubrimiento del password, independientemente del descubrimiento efectivo de la intrusión o secretos ajenos que se esconden detrás de la clave de acceso (que pertenecen a la fase del agotamiento delictual).-

TERCERO Si examinamos al amparo de las anteriores consideraciones las conductas descritas en el «facturo» propias del «hackerirg» (figura que no tiene relevancia penal autónoma) resulta meridiano que al acceder el acusado a la red interna de administración del juego informático de pago vía internet denominado «Dark Age of Camelot», utilizando para ello ilegítimamente y sin consentimiento de sus titulares legales una cuenta interna con permisos de administrador para los empleados de la empresa Wanadoo, obteniendo así los Códigos Binarios y la disposición absoluta sobre el acceso al citado juego; se accedió a información secreta preservada a los titulares o administradores del juego informático en cuestión, habida cuenta de que los Códigos Binarios, tenían como finalidad le de impedir el acceso a terceros, de suerte que al acceder a tales Códigos obtuvo la disposición absoluta sobre el juego, con posibilidad de utilización y modificación de cuentas, vulnerando inconscientemente las reglas y normas de seguridad en el funcionamiento y explotación del mencionado juego, conducta esta incardinable en el tipo penal previsto en el artículo 197 apartado 1 del CP ( RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) y ello porque concurren tanto los el enerve es objetivos (apoderamiento de una clave o código binario que tiene por finalidad impedir el acceso al sistema; con acceso inconsciente al mismo y alteración de su contenido), con afectación del «know how» de la empresa y subjetivos (intención de acceder a los secretos de otros! del delirio en cuestión.-

CUARTO Por contra, no es posible extender la respuesta punida a los otros delitos por los que viene siendo acusado Carlos Alberto. En lo que se refiere al tipo penal previsto

en el apartado 2 del art. 197, eabe señalar que dicho precepto sanciona conductas que implican abusos informáticos contra la denominada «privacy» o libertad informática o dicho siguiendo el tenor literal de la Norma; conductas que tienen por objeto «datos reservados de carácter personal c familiar de otros».

En el supuesto sometido a enjuiciamiento, si bien es cierto que el acusado ha tenido acceso a los correos personales de los empleados de Wanadoo y a los archivos de los usuarios del juego; también lo es que no ha quedado acreditado que la acción se desarrollara «en perjuicio de tercero»; ni por ende, que la intención del acusado fuera la de atentar contra la intimidad de les empleados de Wanadoo, o de los usuarios del videojuego.

Por contra, más bien parece que la intención perseguida por el agente o intruso no ha sido otra que la de acceder sin más a las entrañas del sistema, franqueando cuantas barreras le fueron instaladas, conducta esta típica del «hacker».

Es igualmente descartable la comisión del delito previsto en el art. 197 apartado 3 del CP ( RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) .

Aunque se alza la sospecha de que el acusado haya podido difundir, revelar o ceder a terceros los datos descubiertos (códigos binarios o disponer directamente del juego instalándolo en otro servidor y dar acceso a un número ilimitado de usuarios); no ha quedado acreditado que se hayan desarrollado tales conductas, ni en definitiva el traspaso a terceros de la información, incisamente obtenida, con intercambio de «logins», contraseñas o códigos binarios.-

QUINTO Las hechos anteriores resultan de la ponderada valoración de las pruebas practicadas en la vista oral, a los efectos previstos en el art. 741 de la LECrim ( LEG 1882, 16) .

Como primera premisa debe señalarse que no cabe analizar el presente supuesto desde el habitual prisma de la prueba directa de los hechos; prueba de imposible obtención o diabólica exigencia, puesto que la actividad de intrusión informática se desarrolla en la más absoluta clandestinidad, buscando la impunidad de los hechos y utilizando equipos de alquiler en ciber-cafés o entornos similares, ajenos a la dirección del autor del delito.

A mayor abundamiento, si bien es posible rastrear la actividad delictiva cometida, nadie se identifica por sus datos de filiación, al hacer uso de los servicios informáticos; registrándose normalmente en las cuentas con nombres supuestos; practica esta que dificulta aún más la labor de averiguación de la verdad material acaecida.

Salvando los anteriores escollos es posible, no obstante acudir a determinadas pruebas directas, amén de las indiciarias, y a establecer las consecuentes presunciones, en enlace directo y racional con los correspondientes hechos base.

En tal sentido cabe destacar: 1/ que el acusado Carlos Alberto, según el mismo ha reconocido, es un experto informático (de profesión administrador de sistemas y programador informático), gozando de los conocimientos precisos para realizar los actos ilícitos que se le imputan, 2/ dicho acusado posea igualmente las herramientas

adecuadas y los procedimientos necesarios para conseguir el ilegal propósito (es titular de un complejo equipo informático y tiene acceso a Internet a través de ADSL con IP dinámica, 3/ en el registro practicado en la vivienda en que habita al acusado (diligencia obrante al folio 23 de la causa), se encuentran CDS con los códigos binarias [clave que permite el acceso al «alma» del juego] y en el disco duro del ordenador (USB, Hi Computer, sin núm. de serie por ser clónico); se hallaron convenientemente analizado ficheros y archivos informáticos propiedad de Waneooo. Así resulta de la testifical, practicada en la vista oral, de los agentes del Cuerpo Nacional de Policía que intervinieron en la diligencia de entrada y registre con núm. NUM005 y NUM006 y ratificaron lo actuado en la misma, 4/ el propio acusado reconoce que el ordenador intervenido es de su propiedad. En definitiva el acusado tiene las herramientas (instrumentos) del delito y se le ocupa el fruto (objeto) del mismo, 5/ sometido a análisis el ordenador de Carlos Alberto por parte de funcionarios adscritos al Grupo de Seguridad Lógica de la Brigada de Investigación Tecnológica dependiente de la Comisaría General de Policía Judicial, los mismos emitieron el informe obrante a los folios 133 a 137 de la causa; en el que se concluye que «en primer lugar se encuentran en el disco duro, tres correos electrónicos con archivos adjuntos posiblemente donde se encuentran los códigos y permisos de administración del juego DACC), así como una tabla con datos de cuentas de clientes del juego, dichos correos fueron enviados por el intruso (en este caso el ordenador de Carlos Alberto), desde el propio servidor de Wanadoo hacia sus propias cuentas de correo.

En segundo lugar se encuentran varios correos electrónicos de personal de la sección GOA de Wanadoo que no tendrían que estar en el ordenador de Carlos Alberto, ya que estos correos son comunicaciones internas de trabajo entre dicho personal que administra la plataforma de los juegos.

Igualmente en el ordenador de Carlos Alberto, se encuentra una tabla de datos «mailboxes.sql» la cual contiene información sobre la configuración de los correos electrónicos del personal de la sección GOA.

En tercer lugar se encuentran conversaciones de Carlos Alberto mantenidas con otros usuarios a través de Chat en las que claramente dice que es conocedor de cómo atacar las máquinas que contienen el juego «Dark Age Of Camelot» para hacerse con el control, describiendo a sus interlocutores como hacerlo, intercambiando login?s y password?s de accesos a distintos servidores que alojaban el juego.

Por todo lo anteriormente expuesto se puede afirmar que Carlos Alberto, tuvo acceso a los servidores donde se alojaba el juego «Dark Age Of Camelot» y de la sección GOA de Wanadoo, consiguiendo información interna de la empresa que le permitió el control del juego y la obtención de datos personales de empleados y clientes»; 6/ en «proceso-verbal de constat», seguido a solicitud de Wanadoo France, en las dependencias de dicha entidad sitas en la localidad de Issy Les Moulineaux y ante los fedatarios públicos franceses, que aparecen identificados en el documento obrante a los folios 116 y ss. de la causa (traducida al castellano en documental incorporada a los folios 122 y ss. de las actuaciones), se entabló un «chat», con un usuario denominado «Gamba», estando asociado ese seudónimo en IRC a la dirección de correo electrónico DIRECCION001. El interlocutor (Sr. Serafin) utilizó el nombre de usuario «Chato» y entabló conversación con «Gamba» que quedó guardada en su archivo del tipo «log» (diario de conexiones cuya

impresión original y traducida al castellano aparece incorporada respectivamente a los folios 119-121 y 125-127), Cabe destacar que a las 17:22 «Gamba», facilita los datos de Carlos Alberto y su domicilio; C/ DIRECCION002NUM007, NUM008 de Badajoz España; así como la dirección de correo DIRECCION003. En dicha conversación «Gamba» (o Carlos Alberto) reconoce estar en posesión de los códigos binarios del juego «Dark Age Of Camelot»; 7/ los testigos Rodrigo y Jesús María manifestaron en la vista oral que solo pueden ser «games masters» o administradores del juego y concedores de los códigos binarios loa empleados de Wanadoo y que detectaron la presencia de un intruso que se hizo con los código binarios monitorizando hasta la administración del programa. Manifestaron que el intruso amenazó con comunicar a otros los fallos de seguridad del sistema si no le volvían a abrir su cuenta. Indicaron que en los «logs» (archivos en los que queda registrado el histórico de una actividad informática) quedó constancia de la intrusión.

Por demás descartaron que un navegador cualquiera pudiera acceder a les códigos; 8/ el perito ingeniero en Informática Cosme ratificó el informe emitido que consta en pieza separada y manifestó haber llagado a la conclusión de que un intruso accedió al sistema de juego. Por demás el disco duro del ordenador de Carlos Alberto que analizó tenía datos y «passsswords» o contraseñas de Wanadoo y material reservado de dicha empresa; siendo los Códigos binarios la clave de todo juego de ordenador. Además el 80% del material que se sustrajo a Wanadoo lo encontró en el disco duro analizado.

Del conjunto del material probatorio expuesto y aún cuando nadie ha comprobado «de visu» si fisgoneo informático es posible concluir en proceso lógico y racional que el acto de intrusión lo cometió el acusado Carlos Alberto o «mutatis mutandi», la respuesta a la pregunta relativa a la posibilidad de que c»ras personas hubieran sido los autores del descubrimiento de los códigos binarios; siendo estos facilitados al imputado; necesariamente ha de ser negativa, toda vez que la defensa no aportó en ningún momento la supuesta dirección de correo electrónico residiada en Alemania de la que hipotéticamente se hablan descargado los códigos binarios, lo que debe operar a modo de conraindicio, de suerte que no cabe sino concluir que el acusado es autor de delito tipificado en el art. 197.1 del CP ( RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) .-

SEXTO Concorre en el acusado, como simple, la circunstancia atenuante analógica de ludopatía, de conformidad a lo que establece el artículo 21. apartado 6 del CP ( RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) ; en relación con lo establecido en el apartado 1º del mismo precepto y en los apartados 1º y 3º del art. 20 del meritado CP.

Respecto a la situación de ludopatía ha declarado el Tribunal Supremo ( S. de 19 de noviembre de 2002 [ RJ 2002, 10582] , que cita las de 15 de noviembre de 1999 [ RJ 1999, 8939] , 27 de julio de 1998 [ RJ 1998, 6988] , 11 de marzo de 2002 [ RJ 2002, 3399] ; «que la característica nosológica de la manifestación neurótica de los ludopata o juzgadores patológicos radica, como declaró la Sentencia de 18 de mayo de 1993 ( RJ 1993, 4171) en su compulsión al juego, en el que participar, de forma ansiosa, sin poder cortar con el hábito que ha creado en ellos una dependencia psicológica.

Por eso y sin entrar en si constituye o no una enfermedad, (lo que niega la Sentencia de 3 de enero de 1990 [ RJ 1990, 263] ) o es una forma de neurosis, lo trascendente en estos casos es determinar la forma en que esa tendencia patológica a jugar se manifiesta

en cada caso concreto y las repercusiones que tiene en la capacidad de raciocinio o volición del agente. Dado que la compulsión del ludópata actúa en el momento en que la oportunidad del juego se presenta y domina la voluntad en terne al acto concreto de jugar, su relevancia afectará a la valoración de las acciones temporal e inmediatamente dirigidas a satisfacer tal compulsión en el ámbito lúdico, mientras que en otros actos más lejanos obrará solo como impulso organizado para lograr el futuro placer del juego, impulso que es en esos momentos racional y dominable; y será por completo intrascendente respecto a acciones no determinadas por el impulso patológico de la ludopatía y ejecutadas por motivos o fines distintos del juego ansiado».

Partiendo de ello, es claro el informe emitido por el Medico Forense D. Luis Antonio a los folios 370 y ss. de la causa, ratificado y aclarado en la vista oral en el sentido de que Carlos Alberto cumple los criterios establecidos en el DSM IV para el diagnóstico de adicción a video-juegos; prediciendo dicha adicción una merina importante de su capacidad volitiva. El facultativo forense aclaró que el imputado cumple 8 criterios de los tenidos en cuenta para apreciar tal patología, siendo suficiente con que concurren cuatro para establecer un diagnóstico.

Aun cuando el informe ha sido elaborado en fechas recientes y los hechos ocurrieron a finales del año 2003, de la propia dinámica de estos últimos y de lo manifestado por el acusado (quien reconoce dedicar unas 12 horas diarias a su adicción) debe deducirse que la adicción a los video-juegos ha sido sostenida y persistente en el tiempo, de larga duración, extensiva a la fecha en que la ilícita actividad tuvo lugar.

No obstante, como la manera de actuar del acusado, fue sumamente compleja, cometiendo un delito muy bien planeado, con un modo de operar premeditado y reflexivo, solo es posible apreciar la circunstancia analógica como simple, puesto que la influencia que sufría le disminuía siquiera sea levemente su libertad y capacidad volitiva.-

SÉPTIMO Procede imponer al acusado, teniendo en cuenta la regla 1ª del art. 66 y lo establecido en el art. 197.1 del CP ( RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) , la pena de 1 año de prisión y 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.

Se fija el importe de la cuota en atención a los ingresos mensuales que el propio acusado ha reconocido percibir, en la vista oral en cuantía de 1500 euros.

De conformidad a lo dispuesto en el art. 56 del CP se impone al acusado las penas accesorias de inhabilitación especial para el Derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena a la pena privativa de libertad y la de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de administrador de sistemas y programador informático por tiempo de 1 año, con comiso de los efectos e instrumentos del delito intervenidos.-

OCTAVO Todo aquél criminalmente responsable de un delito falta, le es también civilmente y da las costas, de conformidad con lo establecido en los arts. 116, 123 y 124 del Código Penal ( RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) .

En concepto de responsabilidad civil el acusado indemnizará a France Telecom (actual titular de Wanadoo) en la cantidad de 24.876,80 euros, importe de los costes externos de

reparación del sistema dañado a consecuencia de la actividad delictiva desarrollada por el acusado.

No es posible extender el pronunciamiento indicatorio al resto de los capítulos interesados por el Ministerio Fiscal.

Téngase en cuenta que la propia Acusación Particular obvia la petición de Responsabilidad Civil en su escrito de calificación provisional.

El Ministerio Fiscal interesó indemnización por varios conceptos.

El referido a los costes externos da reparación del sistema aparece suficientemente acreditado según factura emitida por SETIB que obra en fotocopia al folio 219 de la causa; estimada como correcta o ajustada a las actuaciones que se desarrollaron, según, concluye el perito Sr. Cosme, al folio 57 de su informe.

Por el contrario no se ha acreditado la realidad de los daños y perjuicios consistentes en costes internos de reparación del sistema y daños morales y lucro cesante por pérdida de imagen y usuarios. Ni Wanadoo ha acompañado al escrito que figura a los folios 210 y ss. documentación alguna de la que quepa inferir que han existido costes internos a fin de detectar e identificar la intrusión y reparar los fallos del sistema; ni prueba alguna que justifique el cuantificación que verifica de esos hipotéticos «costes internos», ni menos aún de un supuesto lucro cesante o daños morales, que, a la fecha presente, transcurridos más de dos años desde que tuviera lugar los hechos no se han materializado, de suerte que el daño o perjuicio que se alega no es real y efectivo y si meramente hipotético, como se infiere por demás del análisis que hace a los folios 56 y 63 de su informe al perito Sr. Cosme.-

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

**FALLAMOS**

Que debo condenar y condeno a Carlos Alberto, 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 afectos 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 LECiv ( RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) .

Absuelvo al acusado de la imputación del resto de los delitos de descubrimiento de cates de carácter personal o 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.

Notifíquese la presente sentencia a las distintas partes personadas en el procedimiento, instruyéndoles que contra la misma cabe recurso de apelación, en el plazo de DIEZ DÍAS, ante la Audiencia Provincial de esta ciudad y a contar desde la fecha de la última notificación.-

Así por esta mí sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.-

PUBLICACIÓN.-Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez que la ha dictado, constituido en audiencia pública en el día de su fecha, de lo que yo, el Secretario, doy fe.-

**Sentencia Juzgado de lo Penal Badajoz, Badajoz, núm. 42/2006 (Núm. 2) (ARP 2006\46), de 15 febrero**

Jurisdicción: Penal

Procedimiento abreviado núm. 332/2005.

Ponente: Emilio Francisco Serrano Molera.

**DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL:** libertad informática. **DESCUBRIMIENTO Y REVELACION DE SECRETOS:** Apoderarse de papeles, cartas, mensajes de correo electrónico, interceptar sus telecomunicaciones o utilizar artificios técnicos de escucha para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro: conducta típica: modalidades; sujeto activo; requisitos; existencia: programador informático que accede a la red interna de administración de un juego informático de pago vía internet, utilizando ilegítimamente una cuenta interna con permiso de administrador para los empleados de la empresa perjudicada, obteniendo los códigos binarios y disposición absoluta sobre el acceso al citado juego; Apoderarse, utilizar o modificar, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos o en cualquier otro tipo de archivo o registro: requisitos; inexistencia: no consta la intención de atentar contra la intimidad de los empleados de la empresa perjudicada o de los usuarios del videojuego a cuya red interna de administración accede; Difundir, revelar o ceder a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas: inexistencia: no consta el traspaso a terceros de la información ilícitamente obtenida. **ANOMALIA O ALTERACION PSIQUICA:** ludopatía; Atenuante por analogía: apreciable: cumplimiento por el acusado de ocho criterios de los necesarios para apreciar la patología: adicción a los vídeo-juegos sostenida y persistente en el tiempo. El Juzgado de lo Penal núm. 2 de Badajoz mediante Sentencia de fecha 15-02-2006 condena al acusado como autor de un delito de descubrimiento y revelación de secretos por intrusión informática, a la pena de un 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 y multa de doce meses a razón de 6 euros de cuota debiendo indemnizar a la perjudicada en la cantidad de 24.876,80 euros.

Texto:

En Badajoz, a quince de febrero de dos mil seis.

El Ilmo. Sr. D. Emilio Francisco Serrano Molera, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Badajoz y su Partido Judicial, HA VISTO Y OÍDO, en Juicio Oral y Público, el Procedimiento Abreviado núm. 332 /2005, seguido por delito de REVELACIÓN DE SECRETOS, contra R. J. B., natural de Badajoz, nacido el día ..., hijo de ... y de ..., con domicilio en ... y con DNI...

Habiendo sido partes, el Ministerio Fiscal, representado por D./D. ..., y dicho/s acusado/s, representado/s por el/los Procurador/es D./Dña. ... y defendido/s por el/los Letrado/s D./Dña. ... y como Acusación Particular la Entidad «Wanadoo España SL», representada por la Procuradora y defendida por el Letrado

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO Las presentes diligencias se iniciaron en el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Badajoz, en virtud de denuncia, siguiéndose por sus peculiares trámites hasta la celebración del oportuno Juicio Oral en este Juzgado de lo Penal.

SEGUNDO El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos como constitutivos de dos delitos de descubrimiento y revelación de secretos, previstos en los arts. 197.1 y 197.2 del CP ( RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) , considerando responsable/s en concepto de autor/es al/los imputado/s R. J. B., interesando se le/s impusiera por cada delito, la pena 1 año de prisión y 20 meses de multa a razón de 10 euros de cuota diaria, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, con inhabilitación especial para la profesión de programador, según el art. 56 del CP, comiso del material intervenido (art. 127 del CP) costas y como responsabilidad civil, indemnice el acusado a la empresa Wanadoo en 104.876,80 euros por los perjuicios ocasionados como consecuencia de los costes originados por la reparación del sistema en relación con la conducta del acusado y en aquellos daños y perjuicios morales y que por lucro cesante sean convenientemente acreditados en el Juicio Oral y en ejecución de sentencia por los hechos de esta causa, cantidades que devengarán los intereses legales de art. 576 de la LECiv ( RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) .

La Acusación Particular añade que el acusado ha comunicado a terceros los datos y hechos descubiertos por la intrusión. En cuanto al resto se adhiere al Ministerio Fiscal, salvo que acusa por tres delitos, arts. 197.1, 2 y 3 del CP y solicita pena de 2 años y 6 meses de prisión por los delitos del art. 197.1 y 2; y 3 años y 6 meses por el delito del apartado 3º.

TERCERO Por la/s defensa/s del/los acusado/s se interesó elevar a definitivas sus conclusiones provisionales formuladas en su día y alternativamente art. 21, 6ª del CP ( RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) atenuante analógica en relación a las eximentes y la pena, en su caso conforme arts. 87 y 88 del CP, trabajos en beneficios de la Comunidad.-

## HECHOS PROBADOS

ÚNICO Probado y así se declara que durante la segunda quincena de agosto y hasta el 20 de noviembre del año 2003, R. J. B., mayor de edad, con antecedentes penales cancelables, de profesión Administrador de sistemas y Programador Informático, procedió desde su ordenador personal en su domicilio en la calle ... de Badajoz, y valiéndose de sus habilidades informáticas a acceder a la red interna de administración del juego informático de pago vía Internet denominado «Dark Age of Camelot» utilizando para ello ilegítimamente y sin consentimiento de sus titulares legales una cuenta interna con permisos de administrador para los empleados de la empresa Wanadoo, obteniendo así, los Códigos Binarios y la disposición absoluta sobre el acceso del citado juego con posibilidades de utilización y modificación de cuentas, vulnerando inconsentidamente las reglas y normas de seguridad en el funcionamiento y explotación del mencionado juego. Ordenado legalmente el correspondiente registro Judicial en el domicilio del inculpado, se le ha incautado diverso material informático con 2 CDS que contienen códigos, permisos de administración del juego, diversas cuentas y datos de clientes, así como correos

personales de los empleados de Wanadoo. Los perjuicios ocasionados a la empresa Wanadoo por los costes externos de reparación del sistema ascienden a 24.876,80 euros.

No ha quedado acreditado el ocasionamiento de otros daños y perjuicios de orden material por costes internos o moral y por lucro cesante.-

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO Se imputa al acusado la comisión de tres delitos de descubrimiento y revelación de secretos, respectivamente previstos en los apartados 1, 2 y 3 del art. 197 del CP ( RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) .

Dispone el art. 184 de la Constitución Española ( RCL 1978, 2836) 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 este modo la Constitución incorpora una garantía constitucional, como forma de respuesta a una nueva amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona. Ello quiere decir que nos hallamos ante un instituto básicamente de garantía del derecho al honor y a la intimidad, pero también de un instituto que es, en sí mismo, un derecho a libertad fundamental, cual es el «derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes del uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos informáticos». La garantía de la intimidad adopta hoy un contenido positivo en forma de derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. Así pues, la llamada libertad informática es, también, el derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (vid. en este sentido las SSTC 101/91 [ RTC 1991, 101] , 254/93 [ RTC 1993, 254] o 143/94 [ RTC 1994, 143] ).

El artículo 197 del Código Penal, contempla el tipo básico del delito de descubrimiento y revelación de secretos, que tutela el derecho fundamental a la intimidad personal -es el bien jurídico protegido-, garantizado por el artículo 18.1 de la Constitución Española -derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen-, superando la idea tradicional del concepto de libertad negativa, materializado en el concepto de secreto que imperaba en el Código Penal derogado ( RCL 1973, 2255) , artículo 497.

Los elementos objetivos del artículo 197.1, se integra en primer término por la conducta típica, en la que se pueden distinguir dos modalidades:

- a) Apoderamiento de papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, y
- b) La interceptación de telecomunicaciones o la utilización de artificios técnicos de escuchas, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o cualquier otra señal de comunicación. Esta última cláusula general, trata de subsanar las posibles lagunas de punibilidad que se pueden derivar de los avances de la tecnología moderna.

Sujeto activo del tipo básico podrá ser cualquiera, «el que», dice el texto legal; y sujeto pasivo, ha de ser el titular del bien jurídico protegido y se corresponderá con el de objeto

material del delito, pues el concepto que se examina utiliza el posesivo «sus» referido a papeles, y también al otro supuesto, intercepta «sus telecomunicaciones».

Respecto al «iter criminis» es una figura delictiva que se integra en la categoría de los delitos de intención, y en la modalidad de delito mutilado de dos actos, uno de apoderamiento, interceptación o utilización de artificios técnicos, unido a un elemento subjetivo adicional al dolo, consistente en el ánimo de realizar un acto posterior, descubrir el secreto, o vulnerar la intimidad de otro, sin necesidad de que éste llegue a producirse. Por ello, la conducta típica del artículo 197.1, se consume con el apoderamiento, interceptación etc., sin necesidad que se produzca el efectivo descubrimiento de los secretos, o vulneración de la intimidad, siendo posibles las formas imperfectas de ejecución, tentativa acabada o inacabada.

El elemento subjetivo del delito, constituido por la conducta típica que ha de ser dolosa, pues no se recoge expresamente la incriminación imprudente, exigida conforme al artículo 12 del texto legal, que ha de llevarse a cabo con la finalidad de descubrir secretos o vulnerar la intimidad, ya que la dicción literal del precepto emplea la preposición «para».

Por demás como establece la STS 23-10-2000 ( RJ 2000, 8791) , para la comisión del delito del art. 197 CP ( RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) es necesario no sólo el dolo genérico de saber lo que se hace y la voluntad de hacerlo, sino también el dolo específico requerido por esta figura delictiva, caracterizado por el ánimo tendencial de invadir la esfera de privacidad e intimidad, significando que, si bien el tipo penal aplicado se ubica en el capítulo 1 del Título X del Libro Segundo del Código Penal, bajo la rúbrica de «Del descubrimiento y revelación de secretos», lo cierto es que el art. 197.1, tutela dos distintos bienes que son objeto de la protección jurídico penal: la salvaguarda de los secretos propiamente dichos y aparte, la intimidad de las personas, viniendo a representar este tipo penal una especie de desarrollo sancionador a las conductas que vulneren el derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones consagrado en el art. 18 CE ( RCL 1978, 2836) : como parte integrante del derecho a la intimidad personal del individuo.

En lo que se refiere al segundo tipo penal objeto de acusación el artículo 197.2 de CP sanciona al que sin estar autorizado se apodere, utilice o modifique en perjuicio de tercero, 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. No calma por tanto la exigencia del tipo el apoderamiento, entendido en sentido amplio, de datos, ha de tratarse de datos reservados de carácter personal o familiar, extendiéndose la sanción penal en el último inciso de párrafo al que, sin estar autorizado, accediere por cualquier medio a tales datos y a quienes los altere o utilizare en perjuicio de su titular o de un tercero.

La sentencia del TS 2ª de 18 de febrero de 1999 ( RJ 1999, 510) , expone que no todos los datos reservados de carácter personal pueden ser objeto del delito contra la libertad informática tipificado en el artículo 197.2 del CP. 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, pues sólo con eso se ha quebrantado la reserva que los cubre, 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 al titular de los datos o a un tercero. No es fácil, a priori y en abstracto, cuando el desvelamiento de un dato personal o familiar produce ese perjuicio. Baste decir que lo produce siempre que se trata de un dato que un hombre medio de nuestra cultura considera «sensible» por ser inherente al ámbito de su intimidad más estricta, dicho de otro modo, un dato perteneciente al reducto de los que, normalmente, se pretende no trasciendan fuera de la esfera en que se desenvuelve la privacidad de las personas y de su núcleo familiar.

Por su parte, el último tipo penal o subtipo agravado previsto en el apartado 3 del artículo 197 del CP sanciona la difusión, revelación o cesión (hemos de entender onerosa o gratuita) a terceros de los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores.

SEGUNDO Debe en primer término destacarse que los tipos penales anteriormente expuestos describen un abanico o elenco de conductas que implican abusos informáticos (o de otra índole) sobre datos personales informatizados (extensible a los demás datos obrantes en otro tipo de órdenes públicos o privados, como por ejemplo ficheros manuales no automatizados), tal y como se infiere de las conductas descritas en el apartado 2, que cabe completar con la difusión, cesión, etc., de los datos descubiertos (apartado 3); y con la interceptación de las comunicaciones telemáticas (o de cualquier otro signo) para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad u otro, apoderándose de mensajes de correo electrónico etc.

Viene ello a colación porque uno de los principales problemas que se plantean en la presente causa es el relativo al incardinamiento de la conducta o conductas desarrolladas por el acusado en alguno o algunos de los supuestos de hecho de las normas penales a que se ha hecho anterior referencia.

No sería aventurado adelantar (como con posterioridad se concretará a la luz del resultado que arrojan las pruebas practicadas) que desde el punto de vista sociológico y en terminología anglosajona utilizada en el ámbito informático; las conductas que han sido descritas en el «factum» son las propias de un «Hacker» o persona que utiliza determinadas técnicas para acceder sin la debida autorización a sistemas informáticos ajenos, o dicho en castellano, nos encontraríamos ante un intruso, figura diferente a la del «cracker» o pirata virtual que de manera intencionada se dedica a eliminar o borrar ficheros, a romper los sistemas informáticos y a introducir Virus.

La conducta del hacker está guiada por un deseo de vencer el reto intelectual de saltar las barreras del sistema. Tratan de vencer a las claves informáticas de los accesos, de descubrir en suma las lagunas de la protección. Por ello no es de extrañar que muchas compañías los contraten para que, antes de instalar sus sistemas informáticos, analicen si éstos presentan grietas por las que se puede alguien colar en ellas.

Como señala González Rus, su éxito presupone que se hayan burlado los medios de seguridad (contraseñas, claves de acceso, passwords), que están ahí colocados para impedirlo y que ponen de manifiesto la voluntad del titular de que la información que se contiene en los mismos no sea conocida más que por quienes están autorizados a ello.

Vaya por delante la afirmación de que en nuestro CP no existe tipificado como delito de manera expresa y autónoma la conducta del «hacker». Ello no obstante tal conclusión no implica que no puedan encontrar acomodo los concretos actos desarrollados por el intruso dentro de algunas de las conductas encuadradas en el art. 197 del mentado Código ( RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) .

Si el «hacker» más allá de navegar por los circuitos de la red, llega a averiguar las claves de acceso al sitio, las quebranta y entra al lugar en que se alojan los circuitos protegidos por la clave averiguada descubre «los secretos» de otro.

Las conductas desarrolladas por el intruso al lograr el quebrantamiento de las claves de acceso a los passwords ponen de manifiesto no sólo el dolo genérico de saber lo que se hace y la voluntad de hacerlo sino también el dolo y ánimo específico requerido por esta figura delictiva, caracterizado por el ánimo tendencial de invadir la esfera de la privacidad que representa precisamente la existencia y colocación de una contraseña de acceso impeditiva del paso al contenido que hay detrás de la misma.

Bastará por ende para la consumación del delito la interceptación, entendiendo por tal el descubrimiento del password, independientemente del descubrimiento efectivo de la intrusión o secretos ajenos que se esconden detrás de la clave de acceso (que pertenecen a la fase del agotamiento delictual).

TERCERO Si examinamos al amparo de las anteriores consideraciones las conductas descritas en el «factum» propias del «hacking» (figura que no tiene relevancia penal autónoma) resulta meridiano que al acceder el acusado a la red interna de administración del juego informático de pago vía Internet denominado «Dark Age of Camelot», utilizando para ello ilegítimamente y sin consentimiento de sus titulares legales una cuenta interna con permisos de administrador para los empleados de la empresa Wanadoo, obteniendo así los Códigos Binarios y la disposición absoluta sobre el acceso al citado juego; se accedió a información secreta preservada a los titulares o administradores del juego informático en cuestión, habida cuenta de que los Códigos Binarios, tenían como finalidad lo de impedir el acceso a terceros, de suerte que al acceder a tales Códigos obtuvo la disposición absoluta sobre el juego, con posibilidad de utilización y modificación de cuentas, vulnerando inconscientemente las reglas y normas de seguridad en el funcionamiento y explotación del mencionado juego, conducta ésta incardinable en el tipo penal previsto en el artículo 197 apartado 1 del CP ( RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) y ello porque concurren tanto los elementos objetivos (apoderamiento de una clave o código binario que tiene por finalidad impedir el acceso al sistema; con acceso inconsciente al mismo y alteración de su contenido), con afectación del «know how» de la empresa y subjetivos (intención de acceder a los secretos de otros) del delito en cuestión.

CUARTO Por contra, no es posible extender la respuesta punitiva a los otros delitos por los que viene siendo acusado R. J. B. En lo que se refiere al tipo penal previsto en el apartado 2 del art. 197, cabe señalar que dicho precepto sanciona conductas que implican abusos informáticos contra la denominada «privacy» o libertad informática o dicho siguiendo el tenor literal de la Norma; conductas que tienen por objeto «datos reservados de carácter personal o familiar de otros».

En el supuesto sometido a enjuiciamiento, si bien es cierto que el acusado ha tenido acceso a los correos personales de los empleados de Wanadoo y a los archivos de los usuarios del juego; también lo es que no ha quedado acreditado que la acción se desarrollara «en perjuicio de tercero»; ni por ende, que la intención del acusado fuera la de atentar contra la intimidad de los empleados de Wanadoo, o de los usuarios del videojuego.

Por contra, más bien parece que la intención perseguida por el agente o intruso no ha sido otra que la de acceder sin más a las entrañas del sistema, franqueando cuantas barreras le fueron instaladas, conducta ésta típica del «hacker».

Es igualmente descartable la comisión del delito previsto en el art. 197 apartado 3 del CP ( RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) .

Aunque se alza la sospecha de que el acusado haya podido difundir, revelar o ceder a terceros los datos descubiertos (códigos binarios o disponer directamente del juego instalándolo en otro servidor y dar acceso a un número ilimitado de usuarios); no ha quedado acreditado que se hayan desarrollado tales conductas, ni en definitiva el traspaso a terceros de la información, ilícitamente obtenida, con intercambio de «logins», contraseñas o códigos binarios.

QUINTO Los hechos anteriores resultan de la ponderada valoración de las pruebas practicadas en la vista oral, a los efectos previstos en el art. 741 de LECrim ( LEG 1882, 16) .

Como primera premisa debe señalarse que no cabe analizar el presente supuesto desde el habitual prisma de la prueba directa de los hechos; prueba de imposible obtención o diabólica exigencia, puesto que la actividad de intrusión informática se desarrolla en la más absoluta clandestinidad, buscando la impunidad de los hechos y utilizando equipos de alquiler en ciber-cafés o entornos similares, ajenos a la dirección del autor del delito.

A mayor abundamiento, si bien es posible rastrear la actividad delictiva cometida, nadie se identifica por sus datos de filiación, al hacer uso de los servicios informáticos; registrándose normalmente en las cuentas con nombres supuestos; practica ésta que dificulta aún más la tarea de averiguación de la verdad material acaecida.

Salvando los anteriores escollos es posible, no obstante acudir a determinadas pruebas directas, amén de las indiciarias, y a establecer las consecuentes presunciones, en enlace directo y racional con los correspondientes hechos base.

En tal sentido cabe destacar: 1/ que el acusado R. J., según él mismo ha reconocido, es un experto informático (de profesión administrador de sistemas y programador informático), gozando de los conocimientos precisos para realizar los actos ilícitos que se le imputan, 2/ dicho acusado posee igualmente las herramientas adecuadas y los procedimientos necesarios para conseguir el ilegal propósito (es titular de un complejo equipo informático y tiene acceso a Internet a través de ADSL con IP dinámica), 3/ en el registro practicado en la vivienda en que habita el acusado (diligencia obrante al folio 33 de la causa), se encuentran CDS con los códigos binarios (clave que permite el acceso al «alma» del juego) y en el disco duro del ordenador (USB, Hi Computer, sin núm. de serie

por ser clónico); se hallaron convenientemente analizado ficheros y archivos informáticos propiedad de Wanadoo. Así resulta de la testifical, practicada en la vista oral, de los agentes del Cuerpo Nacional de Policía que intervinieron en la diligencia de entrada y registro con núms. ... y ... y ratificaron lo actuado en la misma, 4/ el propio acusado reconoce que el ordenador intervenido es de su propiedad. En definitiva el acusado tiene las herramientas (instrumentos) del delito y se le ocupa el fruto (objeto) del mismo, 5/ sometido a análisis el ordenador de R. J. por parte de funcionarios adscritos al Grupo de Seguridad Lógica de la Brigada de Investigación Tecnológica dependiente de la Comisaría General de Policía Judicial, los mismos emitieron el informe obrante a los folios 133 a 137 de la causa; en el que se concluye que: «en primer lugar se encuentran en el disco duro, tres correos electrónicos con archivos adjuntos (posiblemente donde se encuentran los códigos y permisos de administración del juego DAOC), así como una tabla con datos de cuentas de clientes del juego, dichos correos fueron enviados por el intruso (en este caso el ordenador de R. J.), desde el propio servidor de Wanadoo hacia sus propias cuentas de correo».

En segundo lugar se encuentran varios correos electrónicos de personal de la sección GOA de Wanadoo que no tendrían que estar en el ordenador de R. J., ya que estos correos son comunicaciones internas de trabajo entre dicho personal que administra la plataforma de los juegos.

Igualmente en el ordenador de R. J., se encuentra una tabla de datos «mailboxes.sql» la cual contiene información sobre la configuración de los correos electrónicos del personal de la sección GOA.

En tercer lugar se encuentran conversaciones de R. J. mantenidas con otros usuarios a través de Chat en las que claramente dice que es conocedor de cómo atacar las máquinas que contienen el juego «Dark Age Of Camelot» para hacerse con el control, describiendo a sus interlocutores cómo hacerlo, intercambiando login's y password's de accesos a distintos servidores que alojaban el juego.

Por todo lo anteriormente expuesto se puede afirmar que R. J. B., tuvo acceso a los servidores donde se alojaba el juego «Dark Age Of Camelot» y de la sección GOA de Wanadoo, consiguiendo información interna de la empresa que le permitió el control juego y la obtención de datos personales de empleados y clientes»; 6/ en «proces-verbal de constat», seguido a solicitud de Wanadoo France, en las dependencias de dicha entidad sitas en la localidad de Issy Les Moulineaux y ante los fedatarios públicos franceses, que aparecen identificados en el documento obrante a los folios 116 y SS. de la causa (traducido al castellano en documental incorporada a los folios 122 y ss. de las actuaciones); se entabló un «chat», con un usuario denominado «vadrek», estando asociado ese seudónimo en IRC a la dirección de correo electrónico ???..r@... ?..--??-?? ??-.- El interlocutor (Sr. C. S) utilizó el nombre de usuario «Zargar» y entabló conversación con «vadrek» que quedó guardada en su archivo del tipo «log» (diario de conexiones cuya impresión original y traducida al castellano aparece incorporada respectivamente a los folios 119-121 y 125-127). Cabe destacar que a las 17.22 «vadrek», facilita los datos de R. J. B. y su domicilio; C/?????., de Badajoz España; así como la dirección de correo ???com "mailto:???com". En dicha conversación «vadrek» (o R. J.) reconoce estar en posesión de los códigos binarios del juego «Dark Age Of Cainelet»; 7/ los testigos J. E. y C. V. manifestaron en la vista oral que sólo pueden ser

«game masters» o administradores del juego y concedores de los códigos binarios los empleados de Wanadoo y que detectaron la presencia de un intruso que se hizo con los códigos binarios monitorizando hasta la administración del programa. Manifestaron que el intruso amenazó con comunicar a otros los fallos de seguridad del sistema si no le volvían a abrir su cuenta. Indicaron que en los «logs» (archivos en los que queda registrado el histórico de una actividad informática) quedó constancia de la intrusión.

Por demás descartaron que un navegador cualquiera pudiera acceder a los códigos; 8/ el perito ingeniero en Informática J.B.S. ratificó el informe emitido que consta en pieza separada y manifestó haber llegado a la conclusión de que un intruso accedió al sistema de juego. Por demás el disco duro del ordenador de R. J. que analizó tenía datos y «passwords» o contraseñas de Wanadoo y material reservado de dicha empresa; siendo los códigos binarios la clave de todo juego de ordenador. Además el 80% del material que se sustrajo a Wanadoo lo encontró en el disco duro analizado.

Del conjunto del material probatorio expuesto y aun cuando nadie ha comprobado «de visu» el fisgoneo informático es posible concluir en proceso lógico y racional que el acto de intrusión lo cometió el acusado R. J. B. o «mutatis mutandi», la respuesta a la pregunta relativa a la posibilidad de que otras personas hubieran sido los autores del descubrimiento de los códigos binarios; siendo éstos facilitados al imputado; necesariamente ha de ser negativa, toda vez que la defensa no aportó en ningún momento la supuesta dirección de correo electrónico domiciliada en Alemania de la que hipotéticamente se habían descargado los códigos binarios, lo que debe operar a modo de contraindicio, de suerte que no cabe sino concluir que el acusado es autor del delito tipificado en el art. 197.1 del CP ( RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) -

SEXTO Concorre en el acusado, como simple, la circunstancia atenuante analógica de ludopatía, de conformidad a lo que establece el artículo 21. apartado 6 del CP ( RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) , en relación con lo establecido en el apartado 1 del mismo precepto y en los apartados 1 y 3 del art. 20 del mentado CP.

Respecto a la situación de ludopatía ha declarado el Tribunal Supremo ( S. de 19 de noviembre de 2002 [ RJ 2002, 10582] , que cita las de 15 de noviembre de 1999 [ RJ 1999, 8939] , 27 de julio de 1998 [ RJ 1998, 6988] , 11 de marzo de 2002 [ RJ 2002, 3399] ) «que la característica nosológica de la manifestación neurótica de los ludópatas o jugadores patológicos radica, como declaró la Sentencia de 18 de mayo de 1993 ( RJ 1993, 4171) en su compulsión al juego, en el que participan de forma ansiosa, sin poder cortar con el hábito que ha creado en ellos una dependencia psicológica.

Por eso y sin entrar en si constituye o no una enfermedad (lo que niega la Sentencia de 3 de enero de 1990 [ RJ 1990, 263] ) o es una forma de neurosis, lo trascendente en estos casos es determinar la forma en que esa tendencia patológica a jugar se manifiesta en cada caso concreto y las repercusiones que tiene en la capacidad de raciocinio o volición del agente. Dado que la compulsión del ludópata actúa en el momento en que la oportunidad del juego se presenta y domina la voluntad en torno al acto concreto de jugar, su relevancia afectará a la valoración de las acciones temporal e inmediatamente dirigidas a satisfacer tal compulsión en el ámbito lúdico, mientras que en otros actos más lejanos obrará sólo como impulso organizado para lograr el futuro placer del juego, impulso que es en esos momentos racional y dominable; y será por completo

intrascendente respecto a acciones no determinadas por el impulso patológico de la ludopatía y ejecutadas por motivos o fines distintos del juego ansiado».

Partiendo de ello, es claro el informe emitido por el Médico Forense D. F. T. de la P. a los folios 370 y ss. de la causa, ratificado y aclarado en la vista oral en el sentido de que R. J. B. cumple los criterios establecidos en DSM IV para el diagnóstico de adicción a videojuegos; produciendo dicha adicción una merma importante de su capacidad volitiva. El facultativo forense aclaró que el imputado cumple 8 criterios de los tenidos en cuenta para apreciar tal patología, siendo suficiente con que concurran cuatro para establecer un diagnóstico.

Aun cuando el informe ha sido elaborado en fechas recientes y los hechos ocurrieron a finales del año 2003 de la propia dinámica de estos últimos y de lo manifestado por el acusado (quien reconoce dedicar unas 12 horas diarias a su adicción) debe deducirse que la adicción a los videojuegos ha sido sostenida y persistente en el tiempo, de larga duración, extensiva a la fecha en que la ilícita actividad tuvo lugar.

No obstante, como la manera de actuar del acusado, fue sumamente compleja, cometiendo un delito muy bien planeado, con un modo de operar premeditado y reflexivo, sólo es posible apreciar la circunstancia analógica como simple, puesto que la influencia que sufría le disminuía siquiera sea levemente su libertad y capacidad volitiva.

SÉPTIMO Procede imponer al acusado, teniendo en cuenta la regla 1 del art. 66 y lo establecido en el art. 197.1 del CP ( RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) , la pena de 1 año de prisión y 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.

Se fija el importe de la cuota en atención a los ingresos mensuales que el propio acusado ha reconocido percibir, en la vista oral en cuantía de 1.500 euros.

De conformidad a lo dispuesto en el art. 56 del CP se impone al acusado las penas accesorias de inhabilitación especial para el Derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena a la pena privativa de libertad y la de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de administrador de sistemas y programador informático por tiempo de 1 año, con comiso de los efectos e instrumentos del delito intervenidos.

OCTAVO Todo aquel criminalmente responsable de un delito o falta, lo es también civilmente y de las costas, de conformidad con lo establecido en los arts. 116, 123 y 124 del Código Penal ( RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) .

En concepto de responsabilidad civil el acusado indemnizará a France Telecom (actual titular de Wanadoo) en la cantidad de 24.876,80 euros, importe de los costes externos de reparación del sistema dañado a consecuencia de la actividad delictiva desarrollada por el acusado.

No es posible extender el pronunciamiento indicatorio al resto de los capítulos interesados por el Ministerio Fiscal.

Téngase en cuenta que la propia Acusación Particular obvió la petición de Responsabilidad Civil en su escrito de calificación provisional.

El Ministerio Fiscal interesó indemnización por varios conceptos.

El referido a los costes externos de reparación del sistema aparece suficientemente acreditado según factura emitida por SETIB que obra en fotocopia al folio 218 de la causa; estimada como correcta o ajustada a las actuaciones que se desarrollaron, según concluye el perito Sr. B. S., al folio 57 de su informe.

Por el contrario no se ha acreditado la realidad de los daños y perjuicios consistentes en costes internos de reparación del sistema y daños morales y lucro cesante por pérdida de imagen y usuarios. Ni Wanadoo ha acompañado al escrito que figura a los folios 210 y ss. documentación alguna de la que quepa inferir que han existido costes internos a fin de detectar e identificar la intrusión y reparar los fallos del sistema; ni prueba alguna que justifique la cuantificación que verifica de esos hipotéticos «costes internos», ni menos aún de un supuesto lucro cesante o daños morales, que, a la fecha presente, transcurridos más de dos años desde que tuviera lugar los hechos no se han materializado, de suerte que el daño o perjuicio que se alega no es real y efectivo y sí meramente hipotético, como se infiere por demás del análisis que hace a los folios 56 y 63 de su informe el perito Sr. B.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLO

Que debo condenar y condeno a R. J. B., 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 LECiv ( RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) .

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

Las costas procesales se imponen al acusado.

Notifíquese la presente sentencia a las distintas partes personadas en el procedimiento, instruyéndoles que contra la misma cabe recurso de apelación, en el plazo de DIEZ

DÍAS, ante la Audiencia Provincial de esta ciudad y a contar desde la fecha de la última notificación.-

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.-Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez que la ha dictado, constituido en audiencia pública en el día de su fecha, de lo que yo, el Secretario, doy fe.

**Sentencia Audiencia Provincial Madrid núm. 118/2005 (Sección 7ª) (ARP 2006\70), de 7 diciembre**

Jurisdicción: Penal

Procedimiento abreviado núm. 18/2005.

Ponente: Ilma. Sra. Dª. Juan Francisco Martel Rivero.

**DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL:** Alcance: garantiza la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás. **DESCUBRIMIENTO Y REVELACION DE SECRETOS:** Apoderarse de papeles, cartas, mensajes de correo electrónico, interceptar sus telecomunicaciones o utilizar artificios técnicos de escucha para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro: modalidades comisivas; inexistencia: no consta que la acusada entrara con sus llaves en dependencias de la empresa de su ex-esposo para llevarse documentación relativa al devenir económico de la entidad y vida privada; Apoderarse, utilizar o modificar, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos o en cualquier otro tipo de archivo o registro: concepto de datos de carácter personal; inexistencia: no consta que la acusada aportara en un procedimiento civil información sobre la vida privada de su esposo: reserva que impide su difusión fuera del marco procedimental correspondiente; Difundir, revelar o ceder a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas: acción de divulgación que supone incrementar la vulneración de la intimidad del sujeto pasivo; inexistencia: aportar datos a través de su dirección procesal en distintos procedimientos entablados contra su ex-esposo: falta de trascendencia de los concretos contornos de los procesos judiciales; Hechos que afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen social o vida sexual o la víctima fuere un menor o un incapaz: protección del núcleo duro del derecho a la intimidad; Hechos realizados con fines lucrativos: apoderamiento de secretos de otro con el fin de utilizarlos en el propio beneficio del agente; Dolo: inexistencia: hallazgo en su propio domicilio a través de su ordenador, de información de carácter privado afectante a las relaciones fuera del matrimonio que mantiene su esposo, utilizándola en varios procedimientos judiciales. **PRESUNCION DE INOCENCIA:** Declaraciones de la víctima: Inexistencia de prueba: falta de credibilidad de la testifical del ex-esposo de la acusada dada su notable enemistad.

La Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Madrid mediante Sentencia de fecha 07-12-2005 absuelve a la acusada de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos de los que venía siendo acusada.

Texto:

En Madrid, a siete de diciembre de dos mil cinco.

Vista en juicio oral y público, ante la Sección 7ª de esta Audiencia Provincial, la causa instruida con el número 3026/2003, procedente del Juzgado de Instrucción núm. 30 de Madrid, seguida por los trámites del Procedimiento Abreviado ante la posible comisión del DELITO DE DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS, en la que aparecen:

A) Como acusada: Dolores, mayor de edad, nacida en Santaella (Córdoba) el 24-8-1970, hija de José y de Valle, con DNI núm. NUM000, sin antecedentes penales y en libertad provisional por esta causa, representada por la Procuradora Dña. Blanca Murillo de la Cuadra y defendida por el Abogado D. Luis Rodríguez Ramos.

B) Como acusación particular: Franco, Jose Enrique y Muserma, SL, representados por el Procurador D. Antonio García Martínez y defendidos por el Abogado D. Manuel Guerrero Pedrosa.

C) El Ministerio Fiscal estuvo representado por el Ilmo. Sr. D. Juan Ignacio García Arias.

Ha actuado como ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Juan Francisco Martel Rivero.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO Por el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, se calificaron los hechos como constitutivos de un delito de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197.1 y 3 del CP ( RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) , del que es autora la acusada, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y solicitó se impusiera a la acusada la pena de 2 años de prisión, accesoria de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y costas, debiendo indemnizar a Franco en la cantidad de 3.000 euros por el perjuicio moral causado.

SEGUNDO La acusación particular, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos como constitutivos de: un delito continuado de apoderamiento indebido de documentos, previsto en el art. 197.1 del CP ( RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) ; otro delito continuado de apoderamiento de fichero informático, previsto en el art. 197.2 del CP, y otro delito continuado de revelación de secretos, previsto en el art. 197.3 del CP, en relación con los apartados 5 y 6 del citado art. 197 del CP, por afectar a datos de carácter personal que revelan creencias y vida sexual y por realizarse con fines lucrativos, y en relación con el art. 74.1 del CP. De los expresados delitos es responsable en concepto de autora la acusada, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, para quien solicita la imposición de la pena de 7 años de prisión y multa de 24 meses, más las accesorias legales y las costas procesales, incluidas las de la acusación particular, debiendo asimismo indemnizar a Franco en la cantidad de 30.000 euros.

TERCERO La defensa de la acusada, en sus conclusiones también definitivas, solicitó la libre absolución de su patrocinada.

CUARTO El preceptivo juicio se celebró durante la audiencia del día 29-11-2005.

## HECHOS PROBADOS

El día 12 de mayo del 2003, José Enrique, en su calidad de administrador solidario de la entidad Muserma SL, presentó denuncia por supuesta sustracción de documentos sobre la actividad económica de la empresa, el día 15 de marzo del 2003 y en su sede de la

Avenida de la Reina Victoria núm. 5-1º de Madrid, por la esposa de su socio y también administrador solidario, llamada Dolores, mayor de edad y sin antecedentes penales, quien poseía llaves del inmueble, pues en el mismo tenía domiciliado su despacho profesional. Dicha denuncia fue seguida por otra, formulada el 11 de junio del 2003 por el esposo de la mencionada, socio del primer denunciante y también administrador solidario de la nombrada empresa, Franco, quien incluye genéricamente entre los efectos sustraídos, además de los aludidos en la anterior denuncia, la documentación personal y privada que se encontraba en una caja de archivo de su despacho. Denuncia que fue ampliada el 10 de julio del 2003, donde especifica que entre los objetos sustraídos se hallaban los movimientos de una cuenta bancaria privativa y de otra cuenta bancaria que estaba bajo su custodia, un contrato de servicios de telefonía, unas fotografías privadas, correspondencia privada y conversaciones privadas de él con su psicóloga y amigos, que fueron aportadas por su esposa en disco compacto en el procedimiento de la separación de ambos, junto con transcripciones parciales de las mismas.

Antes de la denuncia de Franco, la representación procesal de Dolores, en las Diligencias Previas núm. 1204/03 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de San Lorenzo de El Escorial, con ocasión de la impugnación de un recurso de reforma interpuesto por la representación procesal de su entonces esposo contra el auto dictado el 30 de abril del 2003, que prohibía a éste salir del territorio nacional y portar armas de fuego, requiriéndole la entrega de las que tuviera, alegó que el recurrente mantenía una relación extramatrimonial con una mujer de nacionalidad colombiana al menos desde después del verano del año 2002, a través de cuya relación conoce a los sicarios con que dice es intimidada la recurrida, cuya representación indica que tiene pruebas fehacientes de tal relación, como fotografías, informes de detective, cuentas corrientes secretas del esposo y de la aludida mujer y correspondencia entre ambos, aportando las fotocopias de dos fotografías de la pareja, de la primera hoja de las libretas de ahorros de ambos y de la solicitud de permiso de residencia y trabajo de la mujer. Con posterioridad, en el Juicio de Separación núm. 420/03 que se tramitaba en el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de San Lorenzo de El Escorial, con ocasión de la formulación del escrito de contestación a la demanda fechado el 9 de junio del 2003, en cuyo procedimiento el demandante Franco solicitaba la guarda y custodia del menor hijo común de la pareja litigante, de un año y diez meses de edad por entonces, con asignación al esposo y al niño del uso del domicilio familiar en Villanueva del Pardillo, con establecimiento de un régimen de visitas para la madre y fijación de una pensión alimenticia a satisfacer por ésta, a quien se atribuye desatenciones para con el menor y el esposo, la parte demandada aporta abundante documentación sobre aquella relación extramatrimonial y sobre aspectos privados de la vida del esposo y padre demandante; en dichos documentos se incluye un informe de detective sobre seguimientos al esposo durante los días 5 y 10 de marzo del 2003, acompañado de cuatro fotografías del informado y dos más facilitadas por su esposa donde él aparece con otra mujer; la solicitud de permiso de residencia y de trabajo de esa otra mujer de nacionalidad colombiana, presentada en la Delegación del Gobierno en Madrid el 5 de noviembre del 2002, donde Muserma, SL la propone como fotógrafa; los movimientos de sendas libretas de ahorro, abierta la del esposo en Madrid el 14 de enero del 2003 y la de la mujer colombiana en Logroño el 2 de mayo del 2002; dos ingresos en efectivo del esposo a favor aquella mujer, y un ingreso de ella en una entidad de cambio de moneda; varios resguardos de envío de regalos y juguetes a Medellín (Colombia); cuatro contratos de telefonía fechados el 14 de enero del 2003; 52 fotografías donde aparece la mujer colombiana, casi siempre acompañada de Franco;

dos cartas al parecer de la mujer aludida y correspondencia por internet con Franco, y un disco compacto con diversas conversaciones grabadas, especialmente entre Franco y un tal Juan Manuel, relacionadas con aspectos de la vida sexual.

No ha quedado acreditado en autos que Dolores haya sustraído el 15 de marzo del 2003, de las dependencias de la empresa Muserma, SL, documentación alguna relativa a la situación económica de la entidad ni a la situación económica y vida privada de su esposo Franco, quien al marcharse del domicilio conyugal dejó en el inmueble documentación de la empresa y dejó, en el ordenador que utilizaba tanto Dolores como Franco, información sobre la relación extramatrimonial que mantenía, no habiéndose acreditado que para acceder a la misma fuera preciso la introducción de alguna clave o dispositivo especial.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO Los hechos relatados en los apartados precedentes se deducen de la abundante prueba practicada en el acto del juicio oral, consistente en declaraciones de la acusada y de los testigos propuestos por las partes, así como en la diversa prueba documental puesta de relieve y aportada a lo largo de la tramitación procesal, que no ha sido impugnada.

A) La acusada Dolores declara en el juicio que no ha sustraído ningún documento de las dependencias de la empresa de su ex marido, lugar donde ella misma tenía domiciliado su despacho como Procuradora de los Tribunales, por lo que el sábado 15-3-2003 tenía normal acceso al local, puesto que tenía llave de entrada, aunque no se llevó documento alguno. Dice la acusada que la documentación que aportó su Letrado en el procedimiento de separación que se tramitó en el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de San Lorenzo de El Escorial fue facilitada por ella, ya que se hallaba en el domicilio conyugal de Villanueva del Pardillo, donde ella y su esposo Franco usaban un mismo ordenador que les servía para prolongar los respectivos trabajos que desempeñaban en Madrid; ordenador que no tenía ninguna clave de acceso. Añade la acusada que las fotos y las grabaciones aportadas al procedimiento matrimonial estaban en dicho ordenador, en tanto que el resto de los documentos estaban en el sótano de la casa, dentro de unos archivadores agrupados en cajas, siendo la razón de tal aportación documental los reproches que vertió su marido en el juicio separatorio acerca de la supuesta desatención por ella de sus deberes materno-filiales, pues su esposo se atribuía el estar con el hijo común menor de edad todas las tardes. Declara la acusada que las fotografías de su esposo con otra mujer las descubrió en los primeros días del mes de marzo del año 2003, cuando iba a imprimir una foto del hijo común de los litigantes y en el mismo fichero donde se encontraban tales fotos del hijo común y de su familia, no creyendo que tuviera que pedir permiso a nadie para coger dichas fotos. Que para averiguar la identidad de aquella mujer contrató los servicios de un detective, entregando las fotos de su marido y de la mujer sólo al detective, para facilitar la investigación. Termina la acusada manifestando que cuando dijo a su suegra que su marido se había marchado del domicilio conyugal con otra mujer, aquélla le dijo que ya sabía desde hacía tiempo de la relación extramatrimonial que mantenía su hijo, porque se lo habían comentado sus otros hijos; como también le dijeron que lo sabían sus hermanas Mónica y Rosario y su cuñado Daniel, porque estuvieron viendo unas fotos facilitadas por Franco.

Precisamente el cuñado de la acusada, llamado Daniel, declara en el juicio que en el mes de noviembre del 2002 el marido de la acusada le llamó para quedar con él y contarle la relación que mantenía con una mujer distinta de la esposa, hoy acusada, enseñando Franco en el ordenador del testigo un disco compacto con fotos de dicha mujer, cuyo CD dejó Franco en el ordenador de la casa del testigo, habiendo contado todo ello el testigo a su esposa, hermana de la acusada, y no habiendo mostrado el testigo las fotos a la otra hermana de la acusada; que cuando en marzo del 2003 llamó la acusada diciendo que su marido se había marchado de la casa común, ya dijeron a Dolores que sabían lo que estaba pasando, lo que no le habían comunicado con anterioridad porque Franco manifestó en su momento que iba a intentar dejar a aquella mujer, aparte de que veían a su cuñada Dolores enamorada de su esposo. Por otro lado, la hermana de la acusada, llamada Rosario, declara en el juicio que en el puente de noviembre del 2002 se desplazó desde su lugar de residencia en Sax (Alicante) hasta Santaella (Córdoba) a ver a su familia, y allí una hermana le contó que el marido de ésta y cuñado de la testigo, llamado Daniel, había puesto al corriente de su esposa de la conversación que con él había mantenido su común cuñado Franco, sobre la relación de éste con una mujer distinta de su esposa, habiendo visto la testigo en el ordenador de la casa de su hermana el CD con las fotos que se había dejado allí Franco; que el 15-3-2003 su hermana Dolores la llamó por teléfono llorando para comunicarle que su marido se había marchado de casa, y le dijo que había encontrado casualmente en el ordenador unas fotos y unas grabaciones de Franco con otra mujer, contestándole Rosario que ya lo sabía, disculpándose por su silencio porque pensaba que se trataba de algo pasajero; que entonces se vino a Madrid, donde en el ordenador de la casa de Dolores vio las fotos y oyó las grabaciones, tratándose de las mismas fotografías que había visto ella meses antes en Santaella. La testigo María declara en el juicio que el sábado 15-3-2003 llamó su compañera de profesión Dolores a su casa, también situada en Villanueva del Pardillo, para decirle, muy nerviosa, que su marido se había marchado del domicilio común, quedándose la acusada en su casa hasta que tuvo noticia de que su familia llegó a Madrid para acompañarla, siendo entonces cuando la testigo la trasladó al domicilio conyugal, pues seguía nerviosa. Y el detective de la empresa que gira bajo el nombre de Monopol, llamado Fernando, después de ratificar el informe fechado el 12-3-2003, obrante en los folios 93 a 103 del rollo de Sala, añade que el día 5 de aquel mes hizo el primer seguimiento al esposo de la acusada, habiéndole encargado ésta su trabajo uno o dos días antes, facilitándole un CD con fotos que le sirvieran para identificar al marido de su cliente, no advirtiéndole el testigo ninguna ilicitud, ya que Dolores le dijo que tales fotos las había sacado del ordenador de su casa, imprimiendo el testigo las fotografías que acompañó a su informe.

B) El denunciante y ex esposo de la acusada, Franco, declara en el juicio que fue Dolores quien el día 15-3-2003 sustrajo del local sito en la Avenida de la Reina Victoria núm. 5-1º de Madrid diversa documentación de la empresa Muserma, SL, de la que él es administrador solidario y condueño, lo que fue reconocido telefónicamente por ella el 17-3-2003, quien mostró arrepentimiento y prometió que iba a devolver la documentación de la empresa y personal del testigo que se llevó, teniendo ella llave de la entrada a las dependencias de la empresa debido a que allí radicaba su domicilio profesional como Procuradora de los Tribunales de Madrid, justificando la tardanza en formular la correspondiente denuncia porque ella le fue dando largas. Añade que la documentación de la empresa que se llevó la acusada estaba dispersa en la distintas mesas de los

empleados, siendo de contenido económico, en tanto que la documentación personal del declarante, consistente en fotografías, dos libretas de La Caixa y varios resguardos de ingresos bancarios, la tenía en una caja situada en el suelo, debajo de la mesa de su despacho. Le son exhibidas las fotos cuyas copias aparecen en los folios 111 a 124 del Ramo Separado de Documentación, y manifiesta que todas son personales suyas y todas tenían un soporte material en la aludida caja de su despacho, aparte de tenerlas en un fichero oculto de su ordenador, excepto la última, que sólo la tenía en papel. Que posiblemente el correo electrónico lo tuviera configurado tanto en el ordenador de su despacho como en el ordenador personal del domicilio conyugal, en el cual tenía ficheros suyos con algunas fotografías, admitiendo que no tenía ninguna clave de acceso, ni el ordenador de su oficina ni el ordenador de su casa, para más adelante decir que en este último ordenador sus directorios personales estaban ocultos. Sostiene el testigo que la documentación sustraída fue utilizada por la acusada en los procedimientos de orden matrimonial entablados y si en la denuncia formulada por su socio en Muserma, SL no figura mención alguna a esta documentación personal, ello se debió a que tendría que ser él quien la reclamara. Niega el testigo, por último, que la relación que mantenía con otra mujer la hubiera comunicado a sus hermanos o a sus cuñados.

El también denunciante y socio del Sr. Franco, llamado Jose Enrique, declara en el juicio que de las oficinas de Muserma, SL sustrajeron documentación económica de la empresa, como nóminas de los operarios y facturas por trabajos efectuados, y documentación personal de su socio, no pudiendo asegurar que fuera la acusada quien sustrajo las fotos de Franco con otra mujer, aunque éste le comentó que la Sra. Dolores se había llevado la documentación, lo que denunciaron pasado un tiempo, porque antes pensaban que iba a ser devuelta voluntariamente por Dolores, lo que hasta ahora no ha sucedido; explica el testigo que si en la denuncia que interpuso en nombre de Muserma, SL, que gozó de la aprobación de su socio, no incluyó la documentación personal de Franco, ello se debió a que no reclamaba nada particular de una persona sino los documentos de la empresa, no queriéndose inmiscuir en los problemas matrimoniales de su socio. Finalmente, la empleada de Muserma, SL, llamada Edurne, manifiesta que el lunes 17-3-2003 llegó a las oficinas donde ejerce de administrativa y observó que faltaba documentación afectante a los movimientos económicos de la empresa, así como una caja de cartón situada debajo de la mesa del despacho de Franco, justo al lado de los cajones y del ordenador, donde él le había dicho que guardaba documentación personal, enseñándole Franco una vez extractos de banco, habiéndole dicho en su momento Franco que no guardara la caja en el archivo.

C) En los folios 169 a 172 del tomo 1 de la causa obra la denuncia original presentada el 12-5-2003, aunque fechada tres días antes, por Jose Enrique contra la acusada, por supuesta sustracción por la misma, el 15-3-2003, de determinada documentación relativa a la actividad de Muserma, SL, de la que el mencionado es administrador solidario junto con Franco, comprendida en los siguientes trece apartados: originales de todos los poderes y escrituras de la sociedad; originales de las cuentas de operarios autónomos de la empresa desde sus inicios; originales de presupuestos y copias de facturas desde sus inicios; originales y copias de facturas de gastos desde sus inicios; originales de documentación de cuentas bancarias de la empresa; originales de pólizas de seguros de la empresa; documentación relativa a los empleados en nómina de la empresa; listados de facturas pagadas por los clientes de la empresa (compañías aseguradoras) desde el inicio de la actividad; listado de operarios activos; originales de facturas devueltas por los

clientes para su reemisión; documentación personal de los empleados de oficina; sello de la empresa, y documentación varia que estaba pendiente de archivo en el momento de los hechos. En los folios 117 a 120 del mismo tomo 1 consta la denuncia, interpuesta esta vez por el Sr. Franco contra la Sra. Dolores, presentada el 11-6-2003 aunque fechada un día después, donde, además de los trece conceptos incluidos en la anterior denuncia de su socio, adiciona «mi documentación personal y privada que se encontraba en una caja de archivo de mi despacho»; ampliando esta denuncia en escrito fechado y presentado el día 10-7-2003 (folios 139 y 140), donde especifica que en aquella caja de archivo de su despacho se encontraban, entre otros documentos, todos los movimientos de una cuenta bancaria privativa del denunciante y todos los movimientos de otra cuenta bancaria que tenía en su custodia; contrato de servicios de telefonía; fotografías privadas; correspondencia privada del denunciante, así como de su correo electrónico, y grabaciones de conversaciones privadas del denunciante con su psicóloga y amigos, aportadas mediante CD y realizadas transcripciones parciales por su esposa en el procedimiento de separación.

Asimismo, obra en los folios 62 a 64 del tomo 1 de la causa el burofax depositado en Correos por el Sr. Jose Enrique el 9-4-2003, dirigido a la acusada, quien lo recibió el 15-4-2003, reclamando en nombre de Muserma, SL la devolución de los documentos que se reseñan (los trece conceptos incluidos en la denuncia aludida), alegando el remitente que Dolores se los llevó el 15-3-2003. La acusada contesta con otro burofax fechado y depositado en Correos el 19-4-2003 (folios 65 a 67), donde manifiesta que no se ha llevado nada y que posee varias cajas y archivadores con documentación que su esposo dejó en el domicilio conyugal.

Por otro lado, en los folios 91 a 94 del mismo tomo 1 consta el escrito de la representación procesal de la acusada, fechado el 21-5-2003, de impugnación al recurso de reforma interpuesto por la representación procesal de su marido contra el auto dictado el 30-4-2003 por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de San Lorenzo de El Escorial, donde se prohíbe a Franco su salida del territorio nacional y portar armas de fuego, requiriéndole la entrega de las que posea; en el motivo segundo de dicho escrito se nombra la relación extramatrimonial de él y que ella tiene pruebas fehacientes de tal circunstancia, como fotografías, informes de detectives, cuentas corrientes secretas del denunciado con otra mujer y correspondencia entre ambos, que aportará en su momento, acompañando las fotocopias de dos fotos, de las primeras hojas de la libreta de ahorros en La Caixa a nombre de Bárbara y de Franco abiertas el 14-1-2003 y de la solicitud de permiso de residencia y de trabajo de Bárbara presentada el 5-11-2002 para trabajar como fotógrafa en Muserma, SL (folios 100 a 102).

En los folios 33 a 45 del rollo de Sala figura la demanda de separación interpuesta por la representación procesal de Franco, fechada el 10-4-2003, donde se alega que era él quien realmente se ocupaba del hijo común. Y en los 387 folios que componen el Ramo Separado de Documentación obra el escrito de la representación procesal de la Sra. Rosario, fechado el 9-6-2003, contestando a la demanda de separación de contrario planteada en el Juicio de Separación núm. 420/03 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de San Lorenzo de El Escorial, acompañado de un índice con 37 documentos, muchos de los cuales son integrantes del grupo documental que, según las acusaciones personadas, se llevó la acusada el 15-3-2003 de la empresa de su entonces esposo, así como que se apropió del ordenador que éste tenía en su domicilio.

SEGUNDO De tales pruebas mencionadas no se extrae la efectiva participación criminal de la ahora acusada en los hechos enjuiciados, puesto que en el supuesto de autos la conducta de Dolores no puede considerarse como penalmente reprochable, por cuanto de la prueba practicada en autos no se deduce que haya realizado todos o alguno de los hechos punibles que se le atribuyen.

A) Antes de proceder al análisis de la supuesta subsunción de los hechos enjuiciados en los tipos penales imputados, debe resaltarse que resulta evidente que la materia objeto de enjuiciamiento entronca en el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, reconocido en el art. 18.1 de la Constitución ( RCL 1978, 2836) . Como establece la STC núm. 134/1999, de 15-7 ( RTC 1999, 134) , lo que tal precepto constitucional garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio y pudiendo imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibir su difusión no consentida, lo que ha de encontrar sus límites en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. Indican las SSTC núm. 186/2000, de 10-7 ( RTC 2000, 186) , y núm. 119/2001, de 29-5 ( RTC 2001, 119) , que el derecho a la intimidad garantiza la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de vida. Este derecho fundamental, como dicen las SSTC núm. 156/2001, de 2-7 ( RTC 2001, 156) , y núm. 121/2002, de 20-5 ( RTC 2002, 121) , se halla estrechamente vinculado a la propia personalidad y deriva de la dignidad de la persona que el art. 10.1 de la Constitución reconoce, de tal suerte que atribuye a su titular el poder de resguardar dicho ámbito frente a la divulgación del mismo por terceros y frente a una publicidad no querida.

Las acusaciones personadas coinciden en atribuir a la acusada la comisión de un delito de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197, apartados 1 y 3 del CP ( RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) . Como establecen las SSTS de 10-12-2004 ( RJ 2004, 7917) , 20-6-2003 ( RJ 2003, 4359) , 14-5-2001 ( RJ 2001, 2719) y 14-9-2000 ( RJ 2000, 7942) , el apartado 1 contempla el tipo básico, aunque en realidad contiene dos tipos básicos definidos por modalidades comisivas distintas, como son el apoderamiento de papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, y la interceptación de las telecomunicaciones o utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación; el apoderamiento de papeles no exige la aprehensión física de los mismos, pues basta su aprehensión virtual, de manera que el sujeto activo del delito se haga con el contenido de cualquier forma técnica que permita su reproducción posterior, por lo que el delito se consuma tan pronto se acceda a los datos; se trata de un delito que no precisa para su consumación el efectivo descubrimiento del secreto o de la intimidad del sujeto pasivo, pues basta la apropiación del documento o la utilización del sistema de grabación o reproducción del sonido o de la imagen (elemento objetivo) junto con la finalidad señalada en el precepto de descubrir los secretos o vulnerar la intimidad (elemento subjetivo), debiendo ser dolosa la conducta típica, pues no se recoge expresamente la conducta imprudente, exigida conforme al art. 12 del CP, y ha de llevarse a cabo con la finalidad de descubrir secretos o vulnerar la

intimidad, ya que la dicción literal del precepto emplea la preposición «para»; la acción del agente ha de estar encaminada a conocer secretos de la persona espiada sin el consentimiento de ésta, invadiendo y violentando el ámbito de su intimidad personal como medio de acceso a dichos secretos, entendiendo por éstos lo desconocido u oculto, es decir, todo conocimiento reservado que el sujeto activo no conozca o no esté seguro de conocer y que el sujeto pasivo no desea que se conozca. Si se difunden, revelan o ceden a un tercero los papeles aprehendidos o las comunicaciones interceptadas, se está en el tipo agravado del apartado 3, lo que lógicamente conlleva la realización previa del tipo básico; tiene su fundamento este subtipo agravado en que las acciones de divulgación que comprende suponen incrementar la vulneración de la intimidad del sujeto pasivo.

Por la acusación particular se atribuye, además, a la acusada la perpetración de los tipos previstos en los apartados 2, 5 y 6 del art. 197 del CP. Respecto al apoderamiento, utilización o modificación de datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos (apartado 2), establecen las SSTS de 11-6-2004 ( RJ 2004, 5625) y 18-2-1999 ( RJ 1999, 510) que el tipo se refiere a datos que, normalmente, se pretende que no trasciendan fuera de la esfera de la privacidad, pues ésta no es sólo, como derecho fundamental, un derecho al ocultamiento de circunstancias personales, sino un derecho a la no divulgación ilegal de los datos, ya que configura una forma del derecho a la libre realización de la personalidad; la acción atentatoria contra la intimidad de las personas desvelando o haciendo un uso ilegítimo de un programa informático, consiste bien en apoderarse, utilizar o modificar, o bien en acceder, utilizar o modificar aquellos datos informáticos, apreciándose una diferencia de matiz en la intensidad de la acción entre apoderarse y acceder por cualquier medio. Respecto al apartado 5, según las SSTS de 10-12-2004 y 11-7-2001 ( RJ 2003, 1056) dicho supuesto agravado tiene como fundamento la especial protección de lo que se denomina el núcleo duro del derecho a la intimidad (salud, ideología, vida sexual, creencias, etc.), además de los casos en que la víctima fuere un menor de edad o un incapaz. Y en cuanto al supuesto agravatorio de realización de los hechos con fines lucrativos (apartado 6 del art. 197 del CP), la STS de 9-10-2000 ( RJ 2000, 8755) indica que supone el apoderamiento de secretos de otro con el fin de utilizar éstos en el propio beneficio del agente, cuya finalidad lucrativa constituye un incremento del injusto.

B) Ninguna de las conductas atribuidas a la acusada merece el reproche penal.

a) En primer lugar, no se ha acreditado que la Sra. Rosario el día 15-3-2003 entrara con las llaves que poseía en las dependencias de la empresa de su ex esposo Sr. Franco y del socio de éste Sr. Jose Enrique para llevarse diversa documentación, relativa al devenir económico de la entidad y relativa a la vida privada de Franco. Ningún testigo lo ha aseverado, pues los de referencia hablan de la ausencia de genérica documentación cuando llegaron al puesto de trabajo (caso de Edurne) y de la información que recibieron del esposo de la acusada relativa a que ésta fue quien se llevó la documentación (caso de Jose Enrique), sin que esta Sala pueda conceder plena credibilidad a la declaración testifical del Sr. Franco debido al manifiesto interés del mismo en la resolución de este caso, que evidentemente no le es ajeno, aparte de que le une a su ex esposa una notable enemistad. Lo anterior ha de relacionarse con la tardanza en interponer la denuncia de la supuesta sustracción y con la progresiva comunicación de datos sobre los

objetos supuestamente sustraídos. Así, el 12-5-2003 (casi dos meses después de los supuestos hechos), se presenta denuncia por Jose Enrique, por la sustracción de hasta trece documentos relacionados con la actividad económica de Muserma, SL; el 11-6-2003 (casi tres meses después de los hechos), se formula denuncia por Franco, donde añade que se llevaron de la empresa documentación personal y privada que tenía en su despacho, sin mayores especificaciones, y el 10-7-2003 (transcurridos casi cuatro meses desde el acaecimiento de los hechos), Franco amplía la denuncia, para incluir entre lo sustraído movimientos de cuentas bancarias, contrato de servicios telefónicos, fotografías personales, correspondencia privada y grabaciones de conversaciones privadas. Esta vez sí que se concretan los objetos supuestamente sustraídos, lo que necesariamente ha de relacionarse con la aportación de dicha documentación por la esposa del denunciante en varios procedimientos judiciales incoados por los avatares de la contenciosa separación de los litigantes. En contraposición, por la acusada se ha aportado (folio 68 del tomo 1 de la causa) un ticket de compra con el que intenta acreditar que a las 12 del mediodía del 15-3-2003 se encontraba en el centro comercial Carrefour de Majadahonda; asimismo, propuso la testifical de María, con quien estuvo el día de los hechos, aunque sin delimitar las horas, y la testifical del detective Fernando, quien recibió el encargo de realizar el seguimiento del Sr. Franco, con entrega del CD donde se incluían fotos personales del mismo con otra mujer, días antes de la supuesta sustracción en la empresa del informado.

b) En segundo lugar, esta Sala estima que la aportación de datos que efectúa Dolores, a través de su dirección procesal, en distintos procedimientos entablados con su entonces esposo Sr. Franco, no puede ser considerada como pública difusión, en la medida de que nunca trascienden de los concretos contornos de tales procedimientos judiciales, encaminados a regular la aguda crisis familiar que se prolonga desde aquella época. En este procedimiento penal existen dos referencias a tal aportación documental. Por un lado, el 21-5-2003, en las Diligencias Previas núm. 1204/03 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de San Lorenzo de El Escorial, la representación procesal de Dolores presentó un escrito de impugnación al recurso de reforma interpuesto por la representación procesal de su esposo contra el auto de 30-4-2003, que le prohibía salir de España y portar armas de fuego, ordenándole el depósito de las que tuviera; en dicha impugnación del recurso, la parte recurrida alude a la relación extramatrimonial que el recurrente mantiene con una mujer de nacionalidad colombiana, expresando sus temores de que el esposo pueda cumplir las supuestas amenazas de enviar a la esposa sicarios colombianos y de marcharse de España con el hijo común, llamado Lorenzo, nacido el 23-8-2001 y por tanto de dos años menos tres meses de edad en aquella época; añadía la representación de la esposa que tenía pruebas fehacientes y determinantes de sus alegaciones y temores, como fotografías recientes de su esposo con aquella mujer, informes de detective, cuentas corrientes del esposo y de la mujer con quien se le relaciona y correspondencia entre ambos, aportando copias de dos fotos, de la primera hoja de las dos cartillas de ahorros y de la solicitud de residencia y trabajo de la ciudadana colombiana. Por otro lado, en el escrito de contestación a la demanda de separación de contrario formulada, fechado aquél el 9-6-2003, dimanante del Juicio de Separación núm. 420/03 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de San Lorenzo de El Escorial, después de contradecir las argumentaciones del esposo demandante acerca de la conveniencia de que se le conceda la guarda y custodia del menor hijo común, con atribución del uso del domicilio conyugal, con establecimiento de un sistema de relación materno-filial y con fijación de la pensión alimenticia con que la esposa debería contribuir a los gastos del

hijo, adjunta la parte demandada hasta 37 documentos, de los cuales no todos hacen referencia a aspectos de orden personal y económico de la vida del esposo, pues 26 (documentos 1 al 12, 22 al 28, 30, 31, y 33 al 37) aluden a acreditación de hechos que aparecen en registros públicos, en procedimientos judiciales o han podido ser recabados por la esposa sin afectar a la esfera íntima del esposo; sin embargo, los restantes 11 documentos sí aluden a tal esfera personal, pero sobre los cuales no existe acreditación alguna acerca de su utilización en el ámbito extraprocésal, ya sea frente a clientes del esposo, ya sea frente a amistades, ya sea frente a cualquier otra persona física o jurídica. En estos últimos documentos no aparecen las conversaciones privadas de Franco, aunque sí sus transcripciones, debiendo significarse que de las 52 fotografías que componen el documento núm. 19, todas reflejan lugares públicos, excepto dos donde aparece una persona de espaldas en una cama con el torso descubierto. Finalmente, al contrario de lo que alegó en el juicio la acusación particular, de la escasa documentación que sobre el procedimiento de Medidas Provisionales Previas a la demanda de separación núm. 360/03 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de San Lorenzo de El Escorial, obra en estas actuaciones penales (folios 163 a 169 del ramo separado de documentos) no se infiere que por la acusada se aportara en aquel procedimiento civil información sobre la vida privada del esposo.

Conviene traer a colación en este momento que, conforme previenen los arts. 232.2 de la LOPJ ( RCL 1985, 1578 y 2635) y 138 y 784 de la LECiv ( RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) , la materia de que tratan los procedimientos judiciales en los que se aportaron los documentos sensibles afectantes a la esfera personal e íntima de Franco, era susceptible de la pertinente reserva que impide su difusión fuera del marco procedimental correspondiente, como así ha ocurrido, con la lógica excepción de este procedimiento criminal, instado por la acusación particular personada.

c) En tercer lugar, debe significarse la propia conducta del supuestamente agraviado Sr. Franco con anterioridad al día 15-3-2003, puesto que se ha acreditado que en los específicos círculos familiares, de amistad y profesionales permitió y facilitó la divulgación de aspectos de su vida personal y privada que luego intenta achacar a la acusada. Por un lado, Franco difundió la noticia de su relación extramatrimonial entre sus hermanos y entre sus cuñados, quienes posteriormente la propagaron a otras personas del círculo familiar, tanto del esposo como de la esposa, hasta el punto de exhibir el supuesto perjudicado, cuatro meses antes de la definitiva ruptura matrimonial, un CD con fotos de la mujer con la que mantenía relaciones, que dejó en casa de un cuñado. Además, el socio de Franco declara que conocía tales relaciones, al igual que tenía cierto conocimiento de aspectos de su vida privada la empleada Eburne, pues dice que sabía que en una caja de cartón situada debajo de la mesa del despacho de Franco éste guardaba documentación personal.

d) Y en cuarto lugar, no existe motivo alguno para desechar la versión de la acusada sobre utilización en los procedimientos entablados de datos de su entonces esposo que éste tenía en el domicilio familiar, sea en cajas allí depositadas sea en el ordenador personal que ambos manejaban, no habiéndose probado por la acusación particular que la información relativa a la vida personal de Franco incorporada a un fichero informático, estuviera oculta y precisara para su exteriorización de una especial clave de acceso no disponible para cualquier usuario.

TERCERO Como corolario de todo lo anterior, esta Sala concluye que de la conducta de la acusada no se infiere el primordial y necesario ánimo tendencial requerido para la consumación de los tipos básicos que se le atribuyen, lo que impide la subsiguiente perpetración de los tipos agravados que también se le imputan. Debe recordarse que los tipos del art. 197 del CP ( RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) requieren el dolo de apoderamiento y el dolo de divulgación; o lo que es lo mismo: el propósito de descubrir secretos y de vulnerar la intimidad de su entonces esposo. Ningún ánimo de conocer o de descubrir secretos se aprecia en la conducta de la acusada cuando, en su propio domicilio y a través de su propio ordenador, encuentra la información de carácter privado, afectante a las relaciones fuera del matrimonio que mantenía su esposo, que él mismo ha introducido en la casa común y en el ordenador común, dejando tal información a la libre disposición de la esposa, quien la utiliza en varios procedimientos judiciales en los que se dilucidan las supuestas intimidaciones proferidas por el esposo y la separación matrimonial de ambos cónyuges, donde el esposo solicita la guarda y custodia del menor hijo común, de casi dos años de edad. Ella no ha quebrantado la reserva que cubría los datos personales de él, ya que él previamente los había exteriorizado o puesto a disposición de terceros. Dolores no ha invadido ni violentado el ámbito de la intimidad personal de Franco, puesto que este último lo había abierto a un amplio círculo de familiares y de amigos. Ella no instala mecanismo alguno de grabación de imágenes y de sonido, sino que él incorpora las fotos y las conversaciones al ordenador del matrimonio, donde son detectadas por ella, quien en defensa de intereses legítimos las aporta a la estrecha, restringida y reservada esfera de determinados procedimientos judiciales que pretendían esclarecer la crisis matrimonial.

Es evidente que la documentación sensible aportada por la esposa acusada trasciende de los contornos de la normalidad. No obstante lo cual, no aprecia este Tribunal en el proceder de la acusada conducta dolosa alguna, teniendo en cuenta las circunstancias concomitantes de índole presuntamente criminal y de regulación de la crisis matrimonial de los procedimientos en los que se aporta. En cualquier caso, como quiera que en los delitos que se atribuyen a la acusada queda excluida la modalidad imprudente, que es en la que pudiera incardinarse la actuación de la acusada, procede la libre absolución de la misma, en aplicación de la regla de tipicidad contenida en el art. 12 del CP.

Por último, debe manifestarse que es doctrina jurisprudencial reiterada (valga de ejemplos, entre otras, las SSTS de 8-5-2002 [ RJ 2002, 7343] y de 6-6-2002 [ RJ 2002, 6462] ), que la presunción de inocencia garantiza el derecho a no sufrir pena o sanción que no tenga fundamento en una previa actividad probatoria sobre la cual el órgano judicial sentenciador pueda asentar un juicio razonable de culpabilidad; es una presunción «iuris tantum», cuya verdad interina corresponde desmontar a la acusación; su desvirtuación exige una actividad probatoria de cargo producida con todas las garantías procesales (oralidad, publicidad, intermediación, contradicción, igualdad de partes) y pleno respeto a los derechos fundamentales; dicha prueba de cargo debe ser existente, lícita y suficiente para justificar la condena a recaer, después de calibrarse el alcance, la importancia y la capacidad de convicción del conjunto probatorio resultante.

Precisamente por la laguna probatoria de cargo concurrente, procede dictar sentencia absolutoria a favor de la acusada.

CUARTO En cuanto a las costas procesales, conforme prevén los arts. 240.2º último inciso de la LECrim ( LEG 1882, 16) y 123 del CP ( RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) a sensu contrario, serán declaradas de oficio.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y común aplicación,

FALLAMOS

Que debemos absolver y absolvemos a Dolores de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos de los que venía siendo acusada, con declaración de oficio de las costas procesales devengadas.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer Recurso de Casación, ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por infracción de Ley o quebramiento de forma, que deberá anunciarse en el plazo de cinco días, a contar desde la última notificación.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Magistrado Ilmo. Sr. D. Juan Francisco Martel Rivero, estando celebrando audiencia pública. Doy fe.

PUBLICACIÓN.- En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr./a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.

**Sentencia Tribunal Superior de Justicia Comunidad Valenciana núm. 2508/2005 (Sala de lo Social, Sección 1ª)( AS 2005\3205), de 19 julio**

Jurisdicción: Social

Recurso de Suplicación núm. 1343/2005.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Lluch Corell.

**DERECHOS FUNDAMENTALES:** vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones y del derecho a la intimidad personal: acceso al contenido del correo electrónico mediante la utilización de un programa espía: falta de justificación de la medida e inexistencia de garantías durante el procedimiento.

El TSJ estima el recurso de suplicación interpuesto por la parte actora contra Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Alicante, de fecha 30-12-2004, en autos promovidos sobre despido, que queda revocada en el sentido que se indica en la fundamentación jurídica.

Texto:

En Valencia, a diecinueve de julio de dos mil cinco.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados citados al margen, ha dictado la siguiente,

**SENTENCIA NÚM. 2508/2005**

En el Recurso de Suplicación núm. 1343/2005, interpuesto contra la sentencia de fecha 30 de diciembre de 2004, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Alicante, en los autos núm. 588/04, seguidos sobre despido, a instancia de D<sup>a</sup> Montserrat, asistida del Letrado Victoria Villanueva, contra Nordquist Productions España SL, asistido del Letrado Gonzalo Andrés, Ministerio Fiscal y Fondo de Garantía Salarial y en los que es recurrente el demandante, habiendo actuado como Ponente el/a Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Lluch Corell.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** La sentencia recurrida de fecha 30 de diciembre de 2004, dice en su parte dispositiva: « FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por Montserrat, frente a la empresa Nordquist Productions España, SL y Fondo de Garantía Salarial y Ministerio Fiscal debo declarar y declaro procedente el despido de la actor producido por la empresa demandada en su comunicación escrita de fecha 29 de junio de 2004, convalidando la extinción del contrato de trabajo que con aquel se produjo sin derecho indemnización ni a salarios de tramitación».

**SEGUNDO** Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes:

«I.-La demandante, Montserrat, mayor de edad, con DNI nº NUM000 y vecina de Alicante, ha venido prestando sus servicios por cuenta y orden de la empresa Nordquist Productions España, SL, con categoría profesional de editora y productora de material educativo, antigüedad desde 18-6-2002, y salario mensual de 2.208,57 euros con inclusión de prorratas de pagas extras.

II.-Por carta y efectos de fecha 29 de junio de 2004, la empresa demandada procedió al despido disciplinario de la actor alegando incumplimiento grave de sus obligaciones, una transgresión de al buena fe contractual de acuerdo con lo establecido en el artículo 54, 2 del vigente Estatuto de los Trabajadores ( RCL 1995, 997) al haber tenido conocimiento de los siguientes hechos: Usted ha hecho un uso abusivo en horario laboral del chat vía Windows Messenger en el ordenador propio de la empresa, utilizándolos para asuntos de carácter personal. En dicho chat ha vertido afirmaciones injuriosas e irrespetuosas hacia la empresa, su gerente y distintos compañeros de trabajo. Todo ello, entre otras, en las siguientes fechas, 19/20/21 y 26 de abril, 13/17/20/21/24 y 26 de mayo, 17 de junio del año en curso. Ha transmitido a otros empleados de la empresa e-mails y comunicaciones privadas entre sus superiores y usted, en las fechas siguientes 13 de mayo, 24 de mayo y 17 de junio del año en curso; y cuya carta de despido incorporada a autos se da por reproducida.

III.-La demandante utiliza como instrumento esencial de trabajo un ordenador personal que tiene asignado por la empresa y propiedad de esta. A través de dicho ordenador y además de otras funciones se realiza la comunicación entre compañeros de otras delegaciones o empresas filiales a través del Messenger o sistema de mensajería instantánea, que actúa como si se tratase de una conversación telefónica. Dicho sistema se utiliza a través de una dirección de correo electrónico, para lo que la empresa proporciona a todos los trabajadores además del número privado a cada uno, de una dirección para todos ellos.

IV.-la empresa demandada y mediante un denominado-programa espía, accedió al ordenador de la actora, recogiendo conversaciones de la misma a través del Messenger, con expresiones tales como: en 19/4/04 "tengo que grabar con el inútil del boliviano que me hace vomitar"; "tengo unas ganas locas de que se vaya el chemita"; el 20/4/04 "habitación con una mierda de mesa y con una mierda de conexión sin cable no ahora el bogoñil esta grabando en el estudio"; el 21/4/04, "tenía aquí al lado al punto bogoñil que cada día me da mas asco"; has revisado los KTS del 26 cacho perra"; "este tío no es mas gilipollas porque no se entrena"; "lo que no sabe es que es un imbécil redomado", y otras expresiones semejantes en los días que constan en la carta de despido, y que incorporadas al documento núm. 2 de la parte demandada se dan por reproducidas.

V.-La demandante no ostentaba la condición de representante legal o sindical de los trabajadores.

VI.-Instado el preceptivo acto de conciliación, tuvo lugar el pasado día 27-7-04 ante el SMAC con el resultado de celebrado sin avenencia».

TERCERO Que contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandada (Norquist) que fue impugnado por la representación contraria, que fue

impugnada por la. Recibidos los autos en esta Sala, se acordó la formación del rollo correspondiente y su pase al Ponente.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO Se recurre por la representación letrada de la parte actora, la sentencia de instancia que, desestimando su demanda, declaró la procedencia del despido disciplinario de la trabajadora. En el motivo primero del recurso y al amparo de lo que autoriza la letra b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral ( RCL 1995, 1144, 1563) -en adelante, LPL-, se solicita la revisión del hecho probado cuarto de la sentencia, para el que se propone la siguiente redacción alternativa: «La empresa demandada y mediante un determinado programa espía, accedió al ordenador de la actora» Lo que se pretende, en definitiva, es que desaparezcan del relato de hechos probados, toda la serie de frases y expresiones que se atribuyen a la demandante y que son las que fueron valoradas para declarar la procedencia de su despido por considerarlas afrentosas o injuriosas. Ahora bien, esta petición se asienta sobre la discrepancia de la recurrente con la valoración que realizó el Magistrado de instancia, del documento aportado por la demandada con el número 2 de su prueba documental, en relación con las pruebas de interrogatorio de la parte actora, testifical y con la pericial practicada en el acto del juicio. En definitiva, pues, se trata de una legítima discrepancia en la valoración del material probatorio practicado en la instancia, pero que no es instrumento eficaz para producir la modificación fáctica solicitada, dada la naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación, en el que sólo se permite la revisión de los hechos, cuando la petición efectuada a tal fin se asiente sobre una prueba documental o pericial que, por sí sola y sin tener que formular hipótesis o realizar conjeturas, acrediten el error del juez de instancia, pero sin que pueda pretender el recurrente, de nuevo, la valoración total de las pruebas practicadas o una valoración distinta de una prueba que el Juzgador «a quo» ya tuvo presente e interpretó de una determinada manera, evitando todo subjetivismo parcial e interesado en detrimento del criterio judicial, más objetivo, imparcial y desinteresado.

SEGUNDO 1. Se desarrollan a continuación en el recurso, otros tres motivos redactados al amparo de la letra c) del artículo 191 LPL ( RCL 1995, 1144, 1563) , en el que se vienen a denunciar la infracción por la sentencia recurrida de determinadas normas sustantivas -algunas de ellas de rango constitucional-, así como de una específica doctrina jurisprudencial. Razones sistemáticas, aconsejan comenzar por el estudio del motivo tercero del recurso, pues lo que se denuncia en él, es la ilicitud de los medios empleados por la empresa demandada para llegar al conocimiento de los hechos que fueron objeto de la sanción de despido. Se alega en el citado motivo, la infracción del artículo 18 de la Constitución Española ( RCL 1978, 2836) -CE, en lo sucesivo-, en cuanto se reconoce en él el derecho a la intimidad personal y al secreto de las comunicaciones, en relación con el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores ( RCL 1995, 997) -en adelante, ET-. Se desarrolla en el motivo toda una argumentación sobre la ilicitud de la actuación empresarial que tuvo que acudir a un programa espía para conocer el contenido de las comunicaciones privadas de la actora, y además se defiende en el motivo, la necesidad de equiparar el contenido del ordenador personal con el registro de la taquilla o efectos personales del trabajador, en los términos regulados en el artículo 18 ET.

2. Planteada la cuestión en los términos indicados, hay que partir de la doctrina que ha ido elaborando el Tribunal Constitucional sobre la materia. En este sentido resultan particularmente significativas, las SSTC 114/1984, de 29 de noviembre ( RTC 1984, 114 ) , 34/1996, de 11 de marzo ( RTC 1996, 34 ) , 98/2000 de 10 de abril ( RTC 2000, 98 ) y 186/2000, de 10 de julio ( RTC 2000, 186 ) , así como alguna otra, dictada en ámbito distinto del laboral, como la 70/2002, de 13 de marzo ( RTC 2002, 70 ) . La doctrina que emana de las referidas sentencias se puede resumir del modo que seguidamente se expone y se asienta sobre una idea básica, cual es el reconocimiento de «la plena efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el marco de la relación laboral, ya que ésta no puede implicar en modo alguno la privación de tales derechos para quienes prestan servicio en las organizaciones productivas, que no son ajenas a los principios y derechos constitucionales que informan el sistema de relaciones de trabajo ( STC 88/1985 [ RTC 1985, 88 ] , fundamento jurídico 2, cuya doctrina se reitera posteriormente, entre otras, en las SSTC 6/1988 [ RTC 1988, 6 ] , 129/1989 [ RTC 1989, 129 ] , 126/1990 [ RTC 1990, 126 ] , 99/1994 [ RTC 1994, 99 ] , 106/1996 [ RTC 1996, 106 ] , 186/1996 [ RTC 1996, 186 ] y 90/1997 [ RTC 1997, 90 ] ). Pues bien, partiendo de esta premisa, las líneas esenciales de esta doctrina constitucional son las siguientes:

a) El artículo 18 CE garantiza la impenetrabilidad de la comunicación para terceros, y ello, "Sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de comunicación, la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia erga omnes) ajenos a la comunicación misma" ( STC 114/1984, de 29 de noviembre [ RTC 1984, 114 ] , F. 7). Por lo que desde este punto vista, está fuera de toda duda que el empresario, a quien no va dirigida la comunicación, tiene la condición de tercero respecto de las conversaciones mantenidas por el trabajador con compañeros de trabajo o con personas ajenas a la empresa.

b) El concepto de secreto en el art. 18.3 tiene un carácter formal, en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado (SSTC 114/1984, de 29 de noviembre, F. 7; 34/1996, de 11 de marzo [ RTC 1996, 34 ] , F. 4).

c) Los avances tecnológicos que en los últimos tiempos se han producido en el ámbito de las telecomunicaciones, especialmente en conexión con el uso de la informática, hacen necesario un nuevo entendimiento del concepto de comunicación y del objeto de protección del derecho fundamental, que extienda la protección a esos nuevos ámbitos, como se deriva necesariamente del tenor literal del art. 18.3 CE ( STC 70/2002, de 13 de marzo [ RTC 2002, 70 ] ).

d) El derecho a la intimidad, en cuanto derivación de la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 CE implica "la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana" ( SSTC 209/1988 [ RTC 1988, 209 ] , 231/1988 [ RTC 1988, 231 ] , 197/1991 [ RTC 1991, 197 ] , 99/1994 [ RTC 1994, 99 ] , 143/1994 [ RTC 1994, 143 ] y 207/1996 [ RTC 1996, 207 ] , entre otras).

e) El derecho a la intimidad no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el

fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho ( SSTC 57/1994 [ RTC 1994, 57] y 143/1994 [ RTC 1994, 143] , por todas).

f) El poder de dirección del empresario, imprescindible para la buena marcha de la organización productiva y reconocido expresamente en el art. 20 LET atribuye al empresario, entre otras facultades, la de adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento del trabajador de sus obligaciones laborales (art. 20.3 LET). Mas esa facultad ha de producirse en todo caso, como es lógico, dentro del debido respeto a la dignidad del trabajador, como expresamente nos lo recuerda la normativa laboral (arts. 4.2 e y 20.3 LET) ( STC 98/2000, de 10 de abril [ RTC 2000, 98] ).

g) Sobre los límites impuestos por la dignidad humana al empleo de medidas de vigilancia y control, debe tenerse en cuenta, en cuanto a la cuestión que aquí interesa, que el art. 7 de la Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo ( RCL 1982, 1197) , de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a Ja propia imagen, en relación con el art. 2 de la misma Ley, considera intromisiones ilegítimas en el derecho a la intimidad, entre otras (sin perjuicio de los supuestos de consentimiento expreso del titular del derecho y de actuaciones autorizadas por una Ley) "el emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas" y "la utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción" ( STC 98/2000, de 10 de abril [ RTC 2000, 98] ).

h) No puede descartarse que también en aquéllos lugares de la empresa en los que se desarrolla la actividad laboral puedan producirse intromisiones ilegítimas por parte del empresario en el derecho a la intimidad de los trabajadores, como podría serlo la grabación de conversaciones entre un trabajador y un cliente, o entre los propios trabajadores, en las que se aborden cuestiones ajenas a la relación laboral que se integran en lo que hemos denominado propia esfera de desenvolvimiento del individuo ( SSTC 231/1988 [ RTC 1988, 231] , fundamento jurídico 4 y 197/1991 [ RTC 1991, 197] , fundamento jurídico 3, por todas). En suma, habrá que atender no solo al lugar del centro del trabajo en que se instalan por la empresa sistemas audiovisuales de control, sino también a otros elementos de juicio (sí la instalación se hace o no indiscriminada y masivamente, si los sistemas son visibles o han sido instalados subrepticamente, la finalidad real perseguida con la instalación de tales sistemas, si existen razones de seguridad, por el tipo de actividad que se desarrolla en el centro de trabajo de que se trate, que justifique la implantación de tales medios de control, etc.) para dilucidar en cada caso concreto si esos medios de vigilancia y control respetan el derecho a la intimidad de los trabajadores.

i) Y, en definitiva, como se razona en la STS 5-12-2003 ( RJ 2004, 313) (recurso 52/2003), los controles empresariales que puedan establecer los empleadores en uso de su derecho a controlar la actividad de los trabajadores serán lícitos mientras no produzcan resultados inconstitucionales, y que para poder afirmar si ese respeto se entiende producido o no habrá que establecer en cada caso si la medida empresarial

adoptada se acomoda a las exigencias de proporcionalidad entre el fin pretendido con ella y la posible restricción de aquel derecho fundamental de los trabajadores, para lo cual es necesario constatar si dicha medida "cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)" (fundamento jurídico sexto STC 186/2000 [ RTC 2000, 186] )».

TERCERO 1. Expuesta, sintéticamente, la doctrina constitucional sobre la materia, no queda sino aplicar sus principios al supuesto enjuiciado. Para ello se hace necesario partir del relato fáctico de la sentencia recurrida, que si bien no es muy extenso, sí que ofrece las claves necesarias para la resolución del recurso. Así, en su hecho probado tercero se expresan los siguientes datos de interés: a) la demandante utilizaba en su trabajo un ordenador propiedad de la empresa, b) La comunicación con sus compañeros o con empresas filiales, se realizaba a través del «Messenger o sistema de mensajería inmediata que actúa como si se tratase de una conversación telefónica. Dicho sistema se utiliza a través de una dirección de correo electrónico, para lo que la empresa proporciona a todos los trabajadores además del número privado a cada uno, de una dirección para todos ellos», c) «La empresa demandada y mediante un denominado programa espía, accedió al ordenador de la actora, recogiendo las conversaciones de la misma a través del Messenger», lo que le permitió conocer las frases y expresiones que motivaron su despido disciplinario.

2.-Pues bien, como se ha señalado en el fundamento jurídico anterior, es cierto que el artículo 20.3 ET ( RCL 1995, 997) faculta al empresario para la adopción de las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, pero también lo que es que la instauración de tales sistema de control, se debe realizar con respeto escrupuloso de las normas legales o convencionales que, en su caso, pudieran regular la materia, y, desde luego, salvaguardando los derechos constitucionales de los trabajadores afectados, en los términos señalados en el fundamento anterior. Ciertamente, en el ámbito de nuestra legislación nacional, no existe normativa específica que regule la instalación y utilización de estos mecanismos de control y vigilancia consistentes en sistemas de captación de imágenes o grabación de sonidos dentro de los centros de trabajo, y nada se nos dice en el recurso acerca de que tal materia cuente con regulación específica en el convenio colectivo de aplicación, por lo que «deberán ser los órganos jurisdiccionales los encargados de ponderar, en qué circunstancias puede considerarse legítimo su uso por parte del empresario, al amparo del poder de dirección que fe reconoce el art. 20 LET, atendiendo siempre al respeto de los derechos fundamentales del trabajador, y muy especialmente al derecho a la intimidad personal que protege el art. 18.1 CE ( RCL 1978, 2836) , teniendo siempre presente el principio de proporcionalidad» ( STC 98/2000 [ RTC 2000, 98] ).

3.-Como se ha señalado por la doctrina más autorizada, las medidas empresariales encaminadas a realizar una actuación inspectora o controladora de la actividad laboral de sus trabajadores, deben ir precedidas, en todo caso, de la necesaria información a los

destinatarios de los sistemas de control establecidos. Así, se ha venido considerando, que sería contrario a la buena fe contractual que debe presidir las relaciones laborales en la empresa el establecimiento subrepticio de mecanismos de supervisión del uso que hacen los trabajadores de los medios informáticos puestos a su disposición por la empresa para el ejercicio de su quehacer laboral, sobre todo si la implantación de tales mecanismos no obedece a una sospecha previa de actuación fraudulenta por parte del trabajador investigado. En esta misma línea, se debe advertir, que entre las competencias que el artículo 64 ET reconoce al comité de empresa, se encuentra la de emitir informe previo a la «implantación o revisión de sistemas de organización y control de trabajo» [art. 64.4.d) ET]. Pues bien, en el presente caso, ni consta que se hubiera solicitado del comité de empresa de la demandada la emisión del referido informe, ni que se hubiera comunicado a los trabajadores que la empresa se proponía instalar y utilizar sistemas para controlar el correcto uso de las aplicaciones informáticas. Por el contrario, lo que se dice en la sentencia, es que la empresa utilizó lo que denomina como un «programa espía» para acceder al ordenador de la demandante, lo que da idea del carácter subrepticio y reservado del método empleado, que deslegitima la actuación empresarial. En definitiva, no se pone en duda la legítima facultad empresarial de efectuar un control de la actividad laboral de sus empleados, lo que se cuestiona es la manera que en el presente caso fue puesta en práctica tal facultad, pues ni los trabajadores estaban advertidos, siquiera que con carácter general, del establecimiento de mecanismos de control, ni tampoco consta que el empresario procediera en virtud del principio de intervención indiciaria, según el cual cabría una justificación de las medidas adoptadas cuando se acreditara la existencia de indicios reveladores de una actuación irregular por parte del trabajador. En definitiva, pues, la actuación empresarial no puede calificarse de justificada, en los términos analizados en la STC 186/2000 ( RTC 2000, 186) , toda vez que, como se ha dicho, no consta que existieran razonables sospechas de la comisión por parte de la recurrente de graves irregularidades en su puesto de trabajo. Por lo que debe entenderse que la medida adoptada obedeció al propósito de vigilar y controlar genéricamente el cumplimiento por los trabajadores de las obligaciones que les incumben, lo que la STC 98/2000 ( RTC 2000, 98) rechazó como razón suficiente justificativa del establecimiento de medidas de control empresarial que, como las empleadas en el presente caso, pudieran afectar a la intimidad de los trabajadores.

4.-Por tanto, dado que todas las conductas que se imputan a la trabajadora recurrente en la carta de despido, fueron conocidas por la empresa por medios ilícitos atentatorios a su derecho fundamental a la intimidad, el despido se debe calificar como nulo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55.5 ET. Ciertamente esta calificación no se ajusta a lo solicitado en el suplico del escrito de recurso, en el que tan solo se pide la declaración de improcedencia del despido, pero como ha señalado la jurisprudencia de forma reiterada, pudiendo citarse por todas la reciente STS 23-3-2005 ( RJ 2005, 3576) (recurso 25/2004), la calificación del despido corresponde al órgano judicial que no queda vinculado por la petición de la parte. Por último señalar que la estimación de este motivo, hace innecesario el examen y resolución del resto de los motivos desarrollados en el escrito de recurso.

## FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por Doña Montserrat contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Alicante y su provincia de fecha 30 de

diciembre de 2004; y en consecuencia, declaramos la nulidad del despido de la demandante y condenamos a la empresa demandada «Nordquist Productions España, SA» a que readmita a la trabajadora en su puesto de trabajo y le abone los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente resolución, calculados sobre una cuantía mensual de 2.208,57 euros.

La presente Sentencia, que se notificará a las partes y al Ministerio Fiscal, no es firme; póngase certificación literal de la misma en el rollo que se archivará en este Tribunal y también en los autos, que se devolverán al Juzgado de procedencia tan pronto adquiera firmeza para su ejecución.

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

PUBLICACIÓN.-La anterior Sentencia ha sido leída en audiencia pública por el/a Ilmo./a. Sr./a. Magistrado/a Ponente que en ella consta en el día de su fecha, de lo que yo, el Secretario, doy fe.

**Sentencia Tribunal Supremo núm. 1219/2004 (Sala de lo Penal) (RJ 20047917) , de 10 diciembre**

Jurisdicción: Penal

Recurso de Casación núm. 116/2003.

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz.

**DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL:** Intervención telefónica: la simple petición de listados de llamadas telefónicas efectuados desde un determinado número de teléfono, no afecta al contenido propio del derecho fundamental. **DERECHO FUNDAMENTAL AL JUEZ ORDINARIO PREDETERMINADO POR LA LEY:** Vulneración inexistente: magistrada que mantiene relación asimilable al vínculo matrimonial con periodista que trabaja en el diario que dirige el perjudicado en la causa y acusador particular. **JUICIO ORAL:** Publicidad: visionado a puerta cerrada de vídeo con imágenes de contenido sexual: fundamentación en el derecho a la intimidad. **PROCEDIMIENTO ABREVIADO:** Medidas cautelares: interceptación de envíos postales que contienen cintas obtenidas con violación del derecho a la intimidad. **DERECHO DE DEFENSA Y A LA ASISTENCIA DE LETRADO:** vulneración inexistente: no suspensión del juicio ante supuesta enfermedad: examen del médico forense que descarta que le impida la participación del acusado. **PRESUNCION DE INOCENCIA:** Piezas de convicción: ausencia en el juicio oral: no crea indefensión. **DESCUBRIMIENTO Y REVELACION DE SECRETOS:** Apoderarse de papeles, cartas, mensajes de correo electrónico, interceptar sus telecomunicaciones o utilizar artificios técnicos de escucha para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro: elementos; naturaleza: delito intencional de resultado cortado: se consuma por el solo hecho de la captación de las imágenes del denunciante con la finalidad de vulnerar su intimidad; existencia: instalación de cámara oculta para grabar la relación sexual de conocido periodista con prostituta: existe vulneración del derecho a la intimidad aun en los casos de intimidad compartida; Hechos que afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen social o vida sexual o la víctima fuere un menor o un incapaz: existencia: venta de vídeo que contiene relación sexual con prostituta; Hechos realizados con fines lucrativos que afecten a datos de carácter personal: existencia: no se refiere sólo a los profesionales de la información; Realizar la conducta con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento: existencia: publicación en periódico de fotogramas extraídos de vídeo obtenido con vulneración del derecho a la intimidad; Cooperador: existencia: poner en conocimiento de los poseedores de la grabación ilegítima con los compradores, actuando como intermediario a comisión; Aspectos procesales: denuncia: solicitud de nulidad de actuaciones anteriores a la ratificación: improcedencia: la mera puesta en conocimiento de la Policía Judicial autoriza a ésta a realizar diligencias de investigación; Hechos realizados con fines lucrativos: inexistencia: existencia de precio, pero finalidad principal de menosprecio de la víctima: imposibilidad de usar el concepto amplio de ánimo de lucro propio de los delitos contra el patrimonio. **LIBERTAD DE EXPRESION:** vulneración inexistente: prohibición a periódico de publicación de fotogramas extraídos de vídeo ilícitamente obtenido con vulneración del derecho a la intimidad **ATENTADOS CONTRA LA AUTORIDAD, SUS AGENTES Y LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS Y RESISTENCIA Y DESOBEDIENCIA:** Desobediencia grave a la autoridad o a sus agentes: existencia: publicación de fotogramas pese al

requerimiento judicial contrario, obrando con contumacia, dado que se coloca al lado la copia de tal requerimiento judicial.

La Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Madrid, con fecha 31-07-2002, dictó Sentencia en la que condenó a los acusados como autores responsables de un delito contra la intimidad, a la pena de cuatro años de prisión, para los primeros y de dos años de prisión, para los últimos, con accesorias y asimismo al último como autor responsable de un delito de desobediencia a la pena de seis meses de prisión. Contra la anterior Resolución los condenados interpusieron recurso de casación. El Tribunal Supremo declara no haber lugar a los recursos.

Texto:

En la Villa de Madrid, a diez de diciembre de dos mil cuatro.

En los recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y de precepto constitucional, que ante Nos penden, interpuestos por las representaciones de Octavio (acusación particular), Mari Trini, Juan Antonio, Óscar, Gaspar, Bruno y Miguel Ángel, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Primera, que condenó a los acusados por delito contra la intimidad y delito de desobediencia a Oscar; los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la Vista bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. Don Juan Saavedra Ruiz, siendo parte el Ministerio Fiscal y estando representados los recurrentes Octavio por el Procurador Don José Luis Ferrer Recuero y asistido del Letrado Don Luis Jordana de Pozas Gonzálbez; Mari Trini representada por la Procuradora Doña Gema de Luis Sánchez y asistida de la Letrada Doña Beatriz García de Viedma Corral; Juan Antonio representado por la Procuradora Doña Gema de Luis Sánchez y asistido de la Letrada Doña Alicia Moreno Pérez; Óscar representado por el Procurador Don Gabriel de Diego Quevedo y asistido del Letrado Don Juan Parejo Pablos; Gaspar representado por el Procurador Don Evencio Conde de Gregorio y asistido del Letrado Don Javier Moreno Nuñez; Bruno representado por el Procurador Don Emilio Alvarez Zancada y asistido del Letrado Don Luis Javier Carmona Hermoso; Miguel Ángel representado por la Procuradora Doña María Pilar Vived de la Vega y asistido del Letrado Don Juan Moreno Redondo; siendo parte recurrida Mariano representado por el Procurador Don Tomás Alonso Ballesteros y asistido de la Letrado Doña Esther Arabaolaza Poncela.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO El Juzgado de Instrucción núm. 28 de los de Madrid, incoó Procedimiento Abreviado núm. 5860/97 contra Mari Trini y otros, por delitos contra la intimidad y desobediencia y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Primera, que con fecha treinta y uno de julio de dos mil dos (ARP 2002, 475), dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: «A principios del año 1995 la acusada Mari Trini conoció al también acusado Miguel Ángel, iniciándose entre ambos una relación íntima en el curso de la cual ella le manifestó que conocía al periodista Octavio, personaje público por su condición de director del diario El Mundo, y que mantenía con él una relación de íntima amistad y cuya compañía compartía esporádicamente. A la vista de ello Miguel Ángel propuso a Mari Trini un negocio consistente en grabar subrepticamente una relación sexual entre ella y el Sr. Octavio

para venderla a quien pudiera interesarle su difusión y así obtener un importante beneficio económico. Ella aceptó y a primeros de 1997 comenzaron a efectuar los preparativos de la grabación; en la pared medianera de la habitación con un armario situado en el pasillo del domicilio de Mari Trini, sito en la CALLE000 núm. NUM000 de Madrid, hicieron un agujero con un taladro y para que no se viera desde el dormitorio, colocaron una máscara, haciendo coincidir la boca con el orificio que habían hecho en la pared, de modo que a través del mismo se podía grabar sin ser visto; estas operaciones previas fueron grabadas por ambos acusados; también hicieron pruebas para comprobar como debían efectuar correctamente la grabación. El día 6 de marzo de 1997 la acusada y el Sr. Octavio concertaron una cita para las 21:30 horas en el domicilio antes citado; los dos acusados decidieron que era el momento de actuar y sí lo hicieron: esa noche Miguel Ángel se introdujo en el armario y con la cámara grabó el encuentro sexual entre la Sra. Mari Trini y el Sr. Octavio, sin que éste lo supiera y sin su anuencia; por ello, la grabación hubo de hacerse de forma subrepticia; en un momento de la misma, Miguel Ángel se asustó y temió ser descubierto cuando el Sr. Octavio se situó de frente a la pared, por lo que soltó la cámara, que a partir de ese momento y hasta el final de la grabación, sólo captó sonido. De esta manera, los dos acusados se hicieron con un vídeo que contenía 12 minutos de imagen y sonido y otros doce minutos con sólo sonido. Para conseguir la finalidad que perseguían con la grabación, Miguel Ángel acudió el 18 de marzo de 1997 al despacho de un antiguo conocido que a la sazón era director de la revista Dinero, Raúl, ofreciéndole la compra del vídeo; tras su visionado, el Sr. Raúl se negó en rotundo a aceptar la proposición. No obstante, Miguel Ángel pidió a su interlocutor si podía ir contándole las vicisitudes de la venta del vídeo, a lo que éste accedió. El acusado Miguel Ángel localizó a otro antiguo amigo, el también acusado Gaspar a quien mostró el vídeo en el domicilio de Mari Trini; el Sr. Gaspar había trabajado en Presidencia del Gobierno y conocía al director de Entreviú Valentín que, por su parte había tenido un cargo de responsabilidad en el Ministerio del Interior. Gaspar, que ya sabía el carácter subrepticio de la grabación, puso en contacto a Miguel Ángel con Valentín; mantuvieron los tres diversas reuniones en las que se negoció la compraventa del vídeo; las mismas tenían lugar en establecimientos públicos, bares y restaurantes, como el Portobello el 31 de marzo o el Zacarías una semana después; las cifras iniciales que se barajaron eran de quinientos millones de pesetas; como quiera que Valentín pidió ver el vídeo, el 2 de abril se reunió con los dos acusados Miguel Ángel y Gaspar en el VIPS de la Calle Orense y de allí fueron los tres al domicilio de Mari Trini; se produjo el visionado, Valentín dijo que le interesaba y a partir de entonces se produjeron entre los tres nuevas reuniones para fijar el precio y la forma de pago, concretamente los días 9, 15, 17 y 22 de abril, en estas fechas junto a Valentín aparece Matías, directivo de Antena 3 que dice intervenir en nombre del grupo Z; Miguel Ángel tenía puntualmente informada a Mari Trini de todas las citas y del curso de las negociaciones y participaba en las decisiones que iban adoptando. En esta fase el pacto entre ellos era que Gaspar se llevaría el 10% del dinero que obtuvieran y Mari Trini y Miguel Ángel el resto al 50%. A fin de determinar que la cinta no estuviera manipulada, Matías y Valentín quedaron con Miguel Ángel y Gaspar en que acudirían a la sede de Antena 3 para visionar la cinta en presencia de un técnico que pudiera certificar su autenticidad. Así lo hicieron el 22 de abril de 1997; un técnico de Antena 3 llamado Luis Antonio participó en el visionado junto con los cuatro antes citados, pero no pudo determinar la autenticidad del vídeo, lo que determinó el enfado de Miguel Ángel quien manifestó que el vídeo era real y que él mismo lo había grabado. Matías entregó en aquella reunión a Miguel Ángel los cinco millones de pesetas que habían fijado como precio por el visionado. Para comprobar que efectivamente la Sra.

Mari Trini conocía al Sr. Octavio, Matías acudió al domicilio de CALLE000 a fin de que en su presencia ella llamara al director de El Mundo; sin embargo sólo logró hablar con su Secretaria pues únicamente tenía como teléfono de contacto el de la centralita del periódico, de modo que acordaron colocar un dispositivo de grabación en móvil de Mari Trini y después de varios intentos, el día 27 de mayo él se puso al teléfono, ella grabó la conversación en una cinta que entregó al Sr. Matías. Para evitar que el Sr. Octavio pudiera localizar a la Sra. Mari Trini, el Sr. Gaspar le indicó la conveniencia de que cambiara de domicilio; el día 28 de mayo de 1997 Gaspar alquiló a Fundación Alfonso Martín Escudero la vivienda sita en la CALLE001 núm. NUM001. NUM002 NUM003 a la que se trasladó a vivir Mari Trini; el alquiler de 120.000 pesetas era abonado a través de una cuenta de Gaspar en Argentaria. El día 12 de junio de 1997 el acusado Miguel Ángel alquiló una caja de seguridad a su nombre, y al de su esposa ajena a estos hechos, en la sucursal del Banco Central Hispano de la Calle Capitán Haya núm. 37. Las conversaciones con Valentín y Matías llegaron a punto muerto en el mes de junio. Tras diversos contactos durante julio y agosto, Valentín comunicó a Miguel Ángel en el mes de septiembre que su grupo no estaba interesado en comprar el vídeo, pero que conocía a otras personas que sí lo estaban; le preguntó si podía darles su teléfono para que se pusieran en contacto con él; Miguel Ángel accedió y Valentín le comentó que tuviera mucho cuidado porque eran peligrosos, eran los del GAL y que recibiría la llamada de alguien que se identificaría como "Juan Antonio". Efectivamente, la persona que se hacía llamar "Juan Antonio" y que realmente era Bruno, ex-gobernador civil de Guipúzcoa, junto con un grupo de personas entre las que se hallaba Juan Antonio, al tener conocimiento de la existencia del vídeo decidieron iniciar las negociaciones para su adquisición, con la idea de distribuirlo y así desprestigiar al Sr. Octavio, por la línea editorial e informativa que mantenía el periódico que dirigía. Para llevar a cabo ese plan Bruno se puso en contacto telefónico con Miguel Ángel el 22 de septiembre; mantuvieron entrevistas ese mismo día, el 23 y el 25 en diversos establecimientos públicos y acordaron efectuar un visionado del vídeo el día 27 de septiembre; a tal fin, Miguel Ángel alquiló una habitación en el Hotel Aitana de Madrid a nombre de la empresa Autom, SL; el Sr. Bruno acudió con el acusado Juan Antonio, quien ofreció doscientos millones en efectivo y otros cien aplazados; no llegaron a visionar el vídeo y quedaron en hacerlo el lunes siguiente, al igual que el pago. La reunión del lunes se aplazó hasta el martes y nuevamente el acusado Miguel Ángel alquiló una habitación a nombre de Autom, SL esta vez en el Hotel Alameda. Ese lunes Miguel Ángel llamó por teléfono a Raúl para decirle que el vídeo estaba vendido a Juan Antonio. Ante esa noticia, a la mañana siguiente, Navas acudió al despacho del Sr. Octavio y le comunicó todo lo que sabía y le aportó los números de teléfono de Miguel Ángel. Cuando éste se encontraba en el Hotel Alameda junto a Gaspar esperando la llegada de los Sres. Bruno y Juan Antonio con el dinero, recibió una llamada de un periodista de El Mundo que le dijo estar al corriente de lo que tramaban; ello determinó que salieran del Hotel precipitadamente. Después de diversos contactos telefónicos entre los acusados, el día 1 de octubre hacia las 22:30 acudieron Bruno y Gaspar al domicilio de la Sra. Mari Trini que estaba con Miguel Ángel; Bruno les entregó cincuenta millones y ellos le entregaron el vídeo con una carta manuscrita de Mari Trini en la que explicaba el contenido del vídeo, las personas que intervenían y que era auténtico. El Sr. Bruno indicó a la Sra. Mari Trini por dos veces que no sabía el bien que estaba haciendo al país. Bruno y Gaspar les aconsejaron que se fueran de España cuanto antes. Una vez que Bruno hubo abandonado la casa con la cinta, Miguel Ángel entregó a Gaspar una cantidad de dinero que no ha quedado determinada. Los acusados Miguel Ángel y Mari Trini abandonaron España iniciando un viaje desde Tenerife a

Venezuela, Isla Margarita y Tobago. Entretanto, las personas que compraron el vídeo, entre las que se hallaban Bruno y Juan Antonio, quienes sabían que se había grabado furtivamente sin autorización del Sr. Octavio, procedieron a su difusión a través de copias que fueron remitidas desde Correos a distintas personalidades de la política, de Instituciones del Estado, de la banca, de medios de comunicación, así como a familiares y personas del entorno privado del Sr. Octavio. Presentada la correspondiente denuncia en el Juzgado de Guardia, se ordenó por auto de 16 de octubre la incautación de las cintas de vídeo que hubiera en la Delegación Territorial de Correos de Chamartín. Se incautaron 18 sobres que contenían las cintas, con remitente falso; en días posteriores se remitieron al Juzgado cintas que habían sido enviadas a instituciones como el Defensor del Pueblo, el Tribunal Constitucional y la Fiscalía General del Estado. El día 26 de octubre de 1997 se publicaron en el diario YA por indicación de su director, el acusado Óscar, una serie de fotogramas extraídos del vídeo; el día 10 de noviembre se volvieron a publicar fotogramas también por indicación de Óscar; ese mismo día la titular del Juzgado de Instrucción núm. 28 de Madrid emitió un requerimiento al director del diario a fin de que en el futuro se abstuviera de publicar cualquier otro fotograma o imagen referida al vídeo objeto de las diligencias previas; sin embargo, el día 17 y por orden de Óscar se volvió a publicar en el diario YA un fotograma ampliado del vídeo y la copia del requerimiento judicial. No ha quedado probada la participación en estos hechos del acusado Mariano».

SEGUNDO La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

«FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a: Mari Trini como autora responsable de un delito contra la intimidad, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de CUATRO AÑOS DE PRISION con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al pago de una octava parte de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular. Miguel Ángel como autor responsable de un delito contra la intimidad sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de CUATRO AÑOS DE PRISION con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al pago de una octava parte de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular. Gaspar como autor responsable de un delito contra la intimidad, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de CUATRO AÑOS DE PRISION con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, así como al pago de una octava parte de las costas procesales incluidas las de la acusación particular. Bruno como autor responsable de un delito contra la intimidad, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a las penas de DOS AÑOS DE PRISION con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y MULTA DE DIECINUEVE MESES con una cuota diaria de seis euros, así como al pago de una octava parte de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular. Juan Antonio como autor responsable de un delito contra la intimidad, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a las penas de DOS AÑOS DE PRISION con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y MULTA DE DIECINUEVE MESES con una cuota diaria de seis euros, así como al pago de una octava parte de las costas procesales incluidas las de la acusación particular. Óscar

como autor responsable de un delito contra la intimidad, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a las penas de DOS AÑOS DE PRISION con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y MULTA DE DIECINUEVE MESES a razón de una cuota diaria de seis euros, así como al pago de una octava parte de las costas procesales incluidas las de la acusación particular; y como autor responsable de un delito de desobediencia a la pena de SEIS MESES DE PRISION y al pago de una octava parte de las costas procesales incluidas las de la acusación particular. Debemos absolver y absolvemos libremente de los hechos enjuiciados a Mariano, con declaración de oficio de una octava parte de las costas procesales. Acordamos deducir testimonio de las declaraciones prestadas en el juicio oral por Valentín y por Matías, y su remisión al Juzgado de Guardia, por si las mismas fueran constitutivas de delito de falso testimonio. Acordamos deducir copia testimoniada de la declaración del letrado Sr. Jacobo Teijelo para su remisión al Ilmo. Colegio de Abogados de Madrid a los efectos deontológicos que procedan. Se acuerda el comiso de las cintas de vídeo intervenidas, a las que se dará el destino legal correspondiente» (sic).

TERCERO Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y de precepto constitucional, por las representaciones de Octavio (acusación particular), Mari Trini, Juan Antonio, Óscar, Gaspar, Bruno y Miguel Ángel, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, las representaciones de los recurrentes, formalizaron sus recursos, alegando los motivos siguientes:

I. Recurso De Octavio:

I. Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16), por inaplicación del apartado 6 del artículo 197 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) a los acusados Juan Antonio y Bruno.

II. Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida inaplicación del artículo 22.3 del Código Penal que tipifica la circunstancia agravante de actuar el acusado por medio de precio. Este motivo se articula con carácter subsidiario y para el improbable supuesto de que no fuera acogido el anterior.

II. Recurso de Mari Trini:

I. Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) por vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia (artículo 24.2).

II. Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ, por vulneración del principio de legalidad (artículo 25 en relación con el artículo 9.3).

III. Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ, por vulneración del derecho a un proceso público con todas las garantías (artículo 24.2)

relacionado con el artículo 238.3 de la LOPJ con relación a los artículos 265 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

IV. Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836), por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2) relacionado con los artículos 11.1 y 238.3 de la LOPJ con relación a los artículos 579 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

V. Por infracción de precepto constitucional, por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2) relacionado con los artículos 11.1, 238.3 de la LOPJ y en relación con los artículos 546 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

VI. Por vulneración del derecho constitucional a utilizar los medios pertinentes para su defensa (artículo 24.2).

VII. Por infracción del derecho constitucional por vulneración del derecho a la defensa con proscripción de toda indefensión, artículo 24.1 y 24.2 al impedir a la acusada manifestar cuando tenga por conveniente para su exculpación o para la explicación de los hechos.

VIII. Por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2) en relación con el artículo 712 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

IX. Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías en relación con el artículo 680 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

X. Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, artículo 24.2, relacionado con los artículos 238.3 y 11.1 de la LOPJ con relación al artículo 489 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

XI. Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, por aplicación indebida del artículo 197.1.3 y 5 del Código Penal.

XII. Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del núm. 6 del artículo 197 en relación con los números 1, 3 y 5, del Código Penal.

XIII. Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849 por inaplicación del artículo 14 del Código Penal.

XIV. Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción del artículo 201.1 del Código Penal.

XV. Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 850.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por denegación de diligencia de prueba propuesta en tiempo y

forma y que se considera pertinente: aportación de documental fonográfica consistente en cuatro cintas casetes conteniendo conversaciones telefónicas así como solicitud de oficio a Telefónica Móviles recabando listado de llamadas recibidas en el teléfono NUM004 siendo su usuaria Mari Trini. Protesta ante su denegación.

XVI. Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 850.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por denegación de diligencia de prueba propuesta en tiempo y forma y que se considera pertinente: exhibición de vídeo al testigo D. Octavio.

XVII. Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 850.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por desestimarse preguntas por impertinentes no siéndolo en realidad teniendo verdadera importancia para el resultado del juicio, formulada la oportuna protesta.

XVIII. Renunciado.

IXX. Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 851.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por no resolver todos los puntos de la defensa en la sentencia.

III. Recurso de Juan Antonio:

I. Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 197.3 inciso 2 en relación con los apartados 1 y 5 del Código Penal.

II. Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de los artículos 17 y 18 del Código Penal que limitan el castigo de los actos preparatorios (conspiración, proposición, y provocación para delinquir) a los casos expresamente previstos en la Ley y que son los artículos 141, 151, 168, 269, 304, 373, 477, 488, 519, 553, 578, 585 y 615 del Código Penal, delitos entre los que no se encuentra comprendido el tipificado en el artículo 197 del Código Penal.

III. Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción del artículo 201.1 del Código Penal.

IV. Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por haber existido error en la valoración de la prueba basada en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del Juzgador.

V. Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 850.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por haberse denegado diligencia de prueba pertinente propuesta en tiempo y forma por esta parte a saber: testifical de D. Carlos Daniel estableciéndose la finalidad de dicha prueba. Se formuló la oportuna protesta por la denegación de dicha prueba.

VI. Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 850.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por haberse denegado diligencia de prueba pertinente propuesta

en tiempo y forma por esta parte, a saber: testifical de D. Juan María haciéndose constar la oportuna protesta así como las preguntas a verificar al referido testigo.

VII. Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 850.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por haberse denegado diligencia de prueba pertinente propuesta en tiempo y forma por esta parte, a saber: testifical de D. Juan Ignacio haciéndose constar el objeto de su testimonio. Consta la oportuna protesta así como constancia de las preguntas que se hubieran realizado.

VIII. Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 850.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por haberse denegado diligencia de prueba pertinente propuesta en tiempo y forma por esta parte, a saber: declaración de D. Pedro Jesús, Jefe de Prensa del Sr. Juan Ignacio. Se formula la oportuna protesta.

IX. Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 850.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por haberse denegado diligencia de prueba pertinente propuesta en tiempo y forma por ésta parte; a saber: declaración del maitre del restaurante La Fragata haciéndose constar el objeto del testimonio. Se formula protesta.

X. Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 850.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por haberse denegado diligencia de prueba pertinente propuesta en tiempo y forma por esta parte, a saber: declaración del camarero del restaurante La Fragata D. Agustín, con el mismo objeto y finalidad que el anterior. Se formuló protesta.

XI. Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 850.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por haberse denegado diligencia de prueba pertinente propuesta en tiempo y forma por esta parte, a saber: documental consistente en librar oficio a la Fiscalía del TSJ. de Madrid a fin de que se certificara si existe un acuerdo de dicha Fiscalía de 7 de abril de 2000 acerca de no realizar acusación en relación con este asunto. Consta también la oportuna protesta.

XII. Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 850.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por haberse denegado diligencia de prueba pertinente propuesta en tiempo y forma por esta parte, a saber: documental consistente en oficio a la Fiscalía General del Estado a fin de que se diga si el 9 de abril de 2000 se ordenó por escrito al Fiscal Jefe de Madrid que ejercitara la acusación. Se formula protesta.

XIII. Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 850.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por haberse denegado diligencia de prueba pertinente propuesta en tiempo y forma por esta parte, a saber: testifical del Fiscal General del Estado, Excmo. Sr. D. Jesús Cardenal a fin de acreditar el hecho del anterior motivo. Se hizo protesta así como consignación de las preguntas a realizar.

XIV. Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 850.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por haberse denegado diligencia de prueba pertinente propuesta en tiempo y forma por esta parte, a saber: testifical del profesor D. Jesús, catedrático de Cirugía Cardíaca y responsable del servicio de Cardiología del Hospital Universitario Clínico de San Carlos de Madrid siendo su objeto el que el Sr. Juan Antonio no se

encontraba en condiciones de celebrar el presente juicio. Se hace constar la protesta así como las preguntas a realizar.

XV. Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 850.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al desestimarse pregunta por impertinente. Se formula protesta.

XVI. Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 850.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al desestimarse pregunta por impertinente. Se formula protesta.

XVII. Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 850.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al desestimarse pregunta por impertinente. Se formula protesta.

XVIII. Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 850.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al desestimarse pregunta por impertinente. Se formula protesta.

IXX. Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 850.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al desestimarse pregunta por impertinente. Se formula protesta.

XX. Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 850.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al desestimarse pregunta por impertinente. Se formula protesta.

XXI. Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 850.4 de la LECrim, al desestimar pregunta por impertinente no siéndolo en realidad siempre que tuviese verdadera importancia para el resultado del juicio: pregunta formulada al acusado Óscar: si sabe si en esas publicaciones de la Revista Tiempo se hablaba del vídeo que se está enjuiciamiento o de otro vídeo. Se formula protesta.

XXI. Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 850.4 de la LECrim al desestimarse pregunta por impertinente no siéndolo en realidad siempre que tuviese verdadera importancia para el resultado del juicio: pregunta formulada al acusado Óscar: si es cierto que fue al despacho del Sr. Juan Antonio a chantajearle y a sacarle dinero amenazándole con que si no habría un escándalo.

XXI. Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 850.4 de la LECrim al desestimarse pregunta por impertinente no siéndolo en realidad siempre que tuviese verdadera importancia para el resultado del juicio: pregunta formulada al acusado Óscar: si acudió de la misma forma al despacho del Sr. Evaristo. Se formula protesta.

XXIV. Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 850.4 de la LECrim al desestimarse pregunta por impertinente no siéndolo en realidad siempre que tuviese verdadera importancia para el resultado del juicio: pregunta formulada al acusado Óscar: si posteriormente fue el despacho del Sr. Santiago exigiéndole también y advirtiéndole que le dijera al Sr. Mariano que si no recibía una cantidad de dinero y le colocaban concretamente en algún medio de comunicación Vd., iba a organizar un escándalo contando cosas respecto al G.A.L.. Se formula protesta.

XXI. Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 850.4 de la LECrim al desestimarse pregunta por impertinente no siéndolo en realidad siempre que tuviese verdadera importancia para el resultado del juicio: pregunta formulada al acusado Óscar:

si fue maltratado y humillado en el diario YA, cómo es posible que volviera a trabajar en una revista en la que él dice que el Sr. Juan Antonio era el dueño. Se formula protesta.

XXVI. Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 850.4 de la LECrim al desestimarse pregunta por impertinente no siéndolo en realidad siempre que tuviese verdadera importancia para el resultado del juicio: pregunta realizada a la acusada Mari Trini: si recibió una llamada del Sr. Ildefonso ofreciéndole el perdón del Sr. Octavio. Se formula protesta.

XXVII. Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 850.4 de la LECrim al desestimarse pregunta por impertinente no siéndolo en realidad siempre que tuviese verdadera importancia para el resultado del juicio: pregunta formulada a la acusada Sra. Mari Trini: si es cierto que le dijeron que el visionado del vídeo iba a ser a puerta cerrada porque ya lo tenían todo arreglado con la Sala. Se formula protesta.

XXVIII. Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 850.4 de la LECrim al desestimarse pregunta por impertinente no siéndolo en realidad siempre que tuviese verdadera importancia para el resultado del juicio: pregunta formulada a la acusada Sra. Mari Trini: si es cierto que le dijo Don Ildefonso telefónicamente que si ella no aceptaba, la Sala ya la tenía comprada el señor Octavio para dictar una sentencia a su favor. Se formula protesta.

XXIX. Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 850.4 de la LECrim al desestimarse pregunta por impertinente no siéndolo en realidad siempre que tuviese verdadera importancia para el resultado del juicio: pregunta formulado a la acusada Sra. Mari Trini: si es cierto que Don Ildefonso le pidió que renunciara a su testimonio basándose en que podía acogerse el secreto profesional y que ella no le liberaría de ese secreto. Se formula protesta.

XXX. Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 850.4 de la LECrim al desestimarse pregunta por impertinente no siéndolo en realidad siempre que tuviese verdadera importancia para el resultado del juicio: pregunta formulada a la acusada Sra. Mari Trini: si es cierto que los señores Claudio y Íñigo el otro día la estuvieron presionando hasta el punto de que tuvo que cobijarse en el cuarto donde estaba el letrado del Sr. Mariano y otros letrados. Se formula protesta.

XXXI. Se renuncia a este motivo.

XXXII. Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 850.4 de la LECrim al desestimarse pregunta por impertinente no siéndolo en realidad siempre que tuviese verdadera importancia para el resultado del juicio: pregunta formulada al testigo D. Octavio: si conoce a Esteban. Se formula protesta.

XXXIII. Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 850.4 de la LECrim al desestimarse pregunta por impertinente no siéndolo en realidad siempre que tuviese verdadera importancia para el resultado del juicio: pregunta formulada al testigo D. Octavio: si ha trabajado para él una persona que firmaba con el nombre de Millán. Se formula protesta.

XXXV. Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 850.4 de la LECrim al desestimarse pregunta por impertinente no siéndolo en realidad siempre que tuviese verdadera importancia para el resultado del juicio: pregunta formulada al testigo D. Octavio: si ha cenado en casa del Sr. Juan Antonio. Se formula protesta.

XXXVI. Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 850.1 de la LECrim al haberse denegado diligencia de prueba al amparo del artículo 729.3 de la LECrim.: unión de documental consistente en los números 2, 11 y 12 de la revista "Dígame". Se formula protesta.

XXXVII. Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 850.1 de la LECrim al haberse denegado diligencia de prueba al amparo del artículo 729.3 de la LECrim.: oficio al Registro Mercantil a fin de acreditar que el Sr. Juan Antonio es ajeno a la sociedad Horas Puntas.

XXXVIII. Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 850.1 de la LECrim al haberse denegado diligencia de prueba al amparo del artículo 729.3 de la LECrim.: testifical de Eugenio. Se formula protesta.

XXXIX. Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 851.1 de la LECrim por no expresar la sentencia con claridad cuales son los hechos que se consideran probados.

XXXX. Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 851.1 de la LECrim al resultar manifiesta contradicción entre los hechos probados.

XXXXI. Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 851.6 de la LECrim al haber concurrido a dictar sentencia Magistrado cuya recusación, formulada en tiempo y forma, y fundada en causa legal, se hubiese rechazado, y ello con relación a recusación formulada contra la Ilma. Sra. Presidente y Ponente de la causa Doña Esther por las causas núm. 1 y 8 del artículo 219 de la LOPJ en fecha 26 de abril de 2002 y desestimada el 19 de junio de 2002.

XXXXII. Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 851.6 de la LECrim al haber concurrido a dictar sentencia Magistrados cuya recusación, intentada en tiempo y forma, y fundada en causa legal, se hubiera rechazado. Y ello con relación a recusación formulada contra los tres Magistrados del Tribunal en fecha 25 de junio de 2002 por las causas contempladas en los núm. 4 y 9 del artículo 219 de la LOPJ. Fue desestimada "a limine".

XXXXIII. Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 851.6 de la LECrim al haber concurrido a dictar sentencia Magistrados cuya recusación, intentada en tiempo y forma, y fundada en causa legal, se hubiere rechazado. Y ello con relación a recusación formulada contra los tres Magistrados del Tribunal en fecha 28 de junio de 2002 por las causas contempladas en los núm. 4, 8 y 9 del artículo 219 de la LOPJ.

XXXXIV. Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 851.6 de la LECrim al haber concurrido a dictar sentencia Magistrados cuya recusación, intentada en tiempo y forma, y fundada en causa legal, se hubiere rechazado. Y ello con relación a recusación formulada contra los tres Magistrados del Tribunal en fecha 29 de junio de 2002 por las

causas contempladas en los números 4 y 8 del artículo 219 de la LOPJ y rechazada en la misma fecha.

XXXXV. Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 851.6 de la LECrim al haber concurrido a dictar sentencia Magistrados cuya recusación, intentada en tiempo y forma, y fundada en causa legal, se hubiere rechazado. Y ello con relación a recusación formulada contra los tres Magistrados del Tribunal en fecha 1 de julio de 2002 por las causas contempladas en los números 4 y 9 de la LOPJ y rechazada en la misma fecha.

XXXXVI. Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ por infracción de precepto constitucional: vulneración del artículo 24.2 de la Constitución, derecho a la presunción de inocencia.

XXXXVII. Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ por infracción de precepto constitucional, vulneración del artículo 24.1 de la Constitución en relación con el artículo 120.1 y el artículo 9.3 también de la Carta Magna, derecho a obtener la tutela judicial efectiva con proscripción de indefensión, mandato de motivación de las resoluciones judiciales e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

XXXXVIII. Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ por infracción de precepto constitucional, vulneración del artículo 25 de la Constitución en relación con el artículo 9.3, principio de legalidad.

XXXXXIX. Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ por infracción de precepto constitucional, vulneración del artículo 24.2, derecho al proceso debido con todas las garantías y al Juez imparcial.

L. Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ por infracción de precepto constitucional, vulneración del artículo 24.2 de la Constitución en relación con los artículos 228 y 238.1 y 3 de la LOPJ en cuanto que el derecho al proceso debido con todas las garantías incluye el derecho a formular recusación.

LI. Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ por infracción de precepto constitucional, vulneración del artículo 24.2, derecho a la defensa y al proceso con todas las garantías produciendo real y efectiva indefensión.

LII. Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ por infracción de precepto constitucional, vulneración del artículo 24.2, derecho a utilizar los medios pertinentes para su defensa.

LIII. Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ por infracción de precepto constitucional, vulneración del artículo 24.2, derecho a un proceso con todas las garantías y a la defensa por vulneración del principio acusatorio.

LIV. Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ por infracción de precepto constitucional, vulneración del artículo 24.2, derecho a un proceso público con todas las garantías y derecho a la defensa en relación con el artículo 680 de la LECrim.

LV. Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ por infracción de precepto constitucional, vulneración del artículo 24.2, derecho a la defensa y a un proceso con todas las garantías y en relación con el artículo 746.4 y 5 de la LECrim.

LVI. Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ por infracción de precepto constitucional, vulneración del artículo 24.2, derecho a un proceso con todas las garantías en relación con el artículo 368 y siguientes de la LECrim y 238.3 y 11.1 de la LOPJ.

LVII. Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ por infracción de precepto constitucional, vulneración del artículo 24.2, derecho a un proceso con todas las garantías en relación con el artículo 238.3 de la LOPJ y artículos 265 a 269 de la LECrim.

LVIII. Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ por infracción de precepto constitucional, vulneración del artículo 24.2 de la Constitución, derecho a un proceso con todas las garantías en relación con los artículos 11.1 y 238.3 de la LOPJ y con los artículos 546, 569, 574 de la LECrim.

LIX. Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ por infracción de precepto constitucional, vulneración del artículo 24.2 de la Constitución, derecho a un proceso con todas las garantías y artículo 18.3 de la Constitución en relación con los artículos 11.1 y 238.3 de la LOPJ en relación con el artículo 579, 584 y 586 de la LECrim.

LX. Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ por infracción de precepto constitucional, vulneración del artículo 24.2 de la Constitución, derecho a un proceso con todas las garantías y derecho de defensa en relación con el artículo 685 de la LECrim.

#### IV. Recurso de Óscar:

I. Por infracción de precepto constitucional: artículo 20.1 y 2 en relación con los artículos 5.1, 7.1, 11.1 y 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con sede procesal en el artículo 5.4 de esta última.

II. Por infracción del artículo 24.2 de la Constitución, artículos 14.2 a) del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de Nueva York y 6.3 a) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de Roma (RCL 1999, 1190, 1572), al infringirse el derecho a ser informados correctamente de la acusación, así como el principio de no ser condenados por un hecho del que no hemos sido acusados, con base a lo dispuesto en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

III. Por infracción de Ley del número 2º del artículo 849 LECrim., error en la apreciación de la prueba, basado en documentos obrantes en los autos que infringen lo dispuesto en los artículos 30, 197.3 párrafo 2º, 556 del Código Penal y 24.2 de la Constitución Española, derecho fundamental a la presunción de inocencia.

IV. Por infracción de Ley que previene y autoriza el número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al considerar infringido por la sentencia el artículo 197.3 inciso segundo del Código Penal.

V. Por infracción de Ley que previene y autoriza el número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al considerar infringido por la sentencia el artículo 556 del Código Penal.

#### V. Recurso de Gaspar:

I. Por infracción de precepto constitucional con arreglo a lo dispuesto en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial. Se denuncia como vulnerado el artículo 24.2 de la Constitución Española al haberse conculcado el derecho a la presunción de inocencia del recurrente.

II. Por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ por violación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones reconocido en el artículo 18.3 de la Constitución Española, en relación con el artículo 11.1 de la LOPJ.

III. Al amparo de lo preceptuado en el artículo 5.4 de la LOPJ, por entender vulnerados los artículos 238.3 de la LOPJ, 24.1 de la CE (interdicción de la indefensión) y 24.2 de la CE (derecho a un proceso con todas las garantías).

IV. Por infracción de precepto constitucional con arreglo a lo dispuesto en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al haberse vulnerado el derecho fundamental a la presunción de inocencia del recurrente.

V. Al amparo de lo dispuesto en el artículo 850.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haberse denegado diligencia de prueba que propuesta en tiempo y forma, y, al mismo tiempo, se ampara este motivo en el artículo 5.4 de la LOPJ porque asimismo se considera vulnerado el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, contemplado en el artículo 24.2 de la CE.

VI. Al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 LECrim por considerar indebidamente aplicado el inciso segundo del artículo 197.3 del Código Penal en relación con el apartado 1º, 5º y 6º del artículo 197 del mismo cuerpo legal, así como el artículo 28.b del Código Penal.

#### VI. Recurso de Bruno:

I. Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ, por infracción de precepto constitucional, al resultar vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución Española.

II. Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim., por aplicación indebida del artículo 197.3, inciso segundo, en relación con los apartados 1 y 5 del Código Penal.

#### VII. Recurso De Miguel Ángel:

I. Al amparo del artículo 850.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia denegación de prueba.

II. Al amparo del artículo 851.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y sin la preceptiva mención del o los correspondientes incisos, se denuncia falta de claridad, predeterminación y contradicción en el relato de hechos probados.

III. Al amparo del artículo 851.6 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la intervención en la causa de la Instructora titular del Juzgado de Instrucción núm. 28 de Madrid y de la Sra. Presidente del Tribunal sentenciador, cuya recusación fue intentada al amparo de las causas 1ª y 8ª del artículo 56 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como por tener pleito pendiente con el acusado, y que pese a ser rechazada, la parte considera procedente.

IV. Al amparo del artículo 850.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia denegación de prueba.

V. Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ se denuncia infracción del artículo 24 de la CE al haberse denegado infinidad de pruebas solicitadas por la defensa del recurrente o por otras defensas, como es el caso de no haber declarado otra vez Mari Trini en el careo que se realizó en el juicio oral y tantas otras pruebas ?se dice? que han producido indefensión.

VI. Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ se denuncia infracción del artículo 24.2 de la CE que protege el derecho a un juicio con todas las garantías, en relación con la posibilidad de declaración de nulidad por haberse prescindido totalmente de las normas esenciales del procedimiento, al haberse iniciado éste sin la denuncia del perjudicado correctamente articulada en los términos del artículo 265 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

VII. Por infracción de Ley del artículo 5.4 de la LOPJ, en relación con el 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por haberse infringido el precepto constitucional artículo 24.2 de la Constitución. Presunción de inocencia.

VIII. Por infracción de Ley del artículo 5.4 de la LOPJ, en relación con el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al infringirse el artículo 25 de la Constitución.

IX. Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se denuncia indebida aplicación del artículo 197.1 del CP.

QUINTO Instruidas las partes de los recursos interpuestos, la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento de Vista, cuando por turno correspondiera.

SEXTO Realizado el señalamiento para Vista, se celebró la misma el día 19 de octubre de 2004.

SÉPTIMO Con fecha 3 de noviembre de 2004, se dictó Auto de prórroga para dictar sentencia por treinta días hábiles.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Mari Trini

PRIMERO Por razones de sistemática casacional (artículo 901 bis a) y bis b) LECrim (LEG 1882, 16)) debemos examinar en primer lugar los motivos aducidos por genuinos quebrantamientos de forma del artículo 850.1 LECrim (denegación de diligencias de prueba) y 3 (incongruencia omisiva), que constituyen los ordinales formalizados 15, 16, 17 y 19 (el dieciocho fue renunciado). A ellos debemos añadir el sexto que engloba los tres primeros bajo la perspectiva constitucional del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (artículo 24.2 CE [RCL 1978, 2836]), con el mismo contenido que aquéllos. No obstante, debemos señalar que el diecisiete debió introducirse por la vía del 850.4 LECrim (preguntas impertinentes).

Todos ellos deben ser desestimados.

A. El quince se refiere a la aportación de prueba documental fonográfica consistente en cuatro cintas que contienen otras tantas conversaciones entre la acusada y su antiguo letrado y con su compañero sentimental, cuya finalidad era evidenciar las presiones a las que fue sometida por ambos a la hora de determinar su declaración ante el Juez de Instrucción el 15/11/97. Igualmente solicitaba librar oficio a Telefónica recabando el listado de llamadas de su teléfono para acreditar la realidad de aquéllas.

Ante todo es preciso tener en cuenta lo siguiente: a) las llamadas inadmitidas tienen lugar en los meses de mayo y junio de 2002, es decir, son muy posteriores a la declaración prestada bajo las supuestas presiones; b) la prueba denegada no incide directamente en los hechos objeto del juicio sino en el grado de libertad en que fue prestada una prueba y consiguientemente sobre su credibilidad, siendo éste un matiz importante; c) la defensa renunció posteriormente a los testigos que podían ratificar el contenido de las grabaciones aportadas; y d) las denuncias presentadas por la acusada por supuestas coacciones fueron archivadas por el Juzgado de Instrucción correspondiente.

La Audiencia denegó su incorporación y práctica por entender que su contenido era irrelevante y no ser posible comprobar su autenticidad (Auto de 28/06/02). En relación con esto último, es evidente que no se refiere a su falta de autenticidad por falta de intervención de las personas que se dicen sino a su veracidad intrínseca, teniendo en cuenta que se trata de corregir la credibilidad «a posteriori» de una declaración anterior de la acusada prestada ante el Juez de Instrucción con todas las garantías, luego las razones esgrimidas por la Audiencia son interdependientes: el resultado irrelevante para debilitar la credibilidad de la declaración precedente. Por otra parte, la propia defensa renunció a la declaración de testigos que podían advenir el contenido de las cintas. La mera reproducción de las conversaciones no era una prueba suficiente siendo posible la percepción directa por el Tribunal de las versiones de los intervinientes en las mismas (contradicción), por lo que la prueba de audición en su caso, oídos los testigos propuestos, habría sido procedente «a posteriori» «ex» artículo 729.3 LECrim. Los listados solicitados pierden evidentemente cualquier eficacia en atención a lo anterior.

Ello es consecuencia de la doctrina sobre la interdependencia entre la pertinencia y la necesidad o relevancia de la prueba, que además debe ser posible, que debe apreciar el Tribunal de instancia en cada caso. Por otra parte, si el fundamento del quebrantamiento de forma está en la indefensión de la parte que lo denuncia, tampoco se aprecia en el

presente caso, teniendo en cuenta que los testigos fueron renunciados y las denuncias por coacciones archivadas.

B. El motivo dieciséis denuncia la denegación de la diligencia de exhibición del vídeo al testigo-acusador particular. Invoca el artículo 712 LECrim (reconocimiento por los testigos de las piezas de convicción). Sin embargo, la prosperabilidad de este motivo está en función de que exista una duda razonable acerca de la identidad del vídeo, lo que es palmario no sucede en el presente caso, y no sólo porque el testigo lo aporta con la denuncia precisamente porque se reconoce en él, sino porque la acusada admite su existencia. Los argumentos para sostener la necesidad de la prueba son especulativos. No basta con argüir meras hipótesis sino engarzar lógicamente la falta de prueba con su fundamento, que no es otro que la indefensión positiva de la parte.

C. El diecisiete se formaliza también al amparo del número 1 del artículo 850 LECrim, cuando debió serlo al del número 4º (cuando se desestime cualquier pregunta por capciosa, sugestiva o impertinente, no siéndolo en realidad, siempre que tuviese verdadera importancia para el resultado del juicio). La defensa sostiene que las tres preguntas referidas en el desarrollo del motivo eran pertinentes y debieron ser admitidas. La primera, formulada al testigo Octavio, tenía por objeto saber «cual de las acepciones conviene a la palabra trucado para referirse al vídeo en las páginas 1 a 5 del número correspondiente al 02/10/97» del diario El Mundo. Sin embargo, no se refiere a un hecho sino a una valoración semántica, lo que determina su falta de verdadera importancia para el resultado del juicio, pues es evidente que ello puede dar lugar a un debate conceptual pero no a la fijación de un hecho como acreditado. La segunda, también dirigida al mismo testigo se refería a «si el comportamiento sexual que refleja el vídeo se había repetido con anterioridad». Notoriamente es indiferente, periférica y netamente prescindible en relación con lo que constituye el objeto del juicio, porque la vulneración de la intimidad es consecuencia de la falta de consentimiento del ofendido en la grabación concreta que se enjuicia por muchas o pocas que hubiesen sido sus relaciones anteriores, luego su impertinencia fue correctamente valorada por la Audiencia. La tercera fue dirigida al antiguo letrado de la acusada a propósito de si era conveniente o necesaria «desde el punto de vista de la defensa esa segunda declaración que pidió y propuso a Mari Trini». Las razones del letrado, o su estrategia si se prefiere, son irrelevantes si la prueba se ha desarrollado conforme a la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Además, como aduce la acusación particular, dicha pregunta fue respondida por el testigo a instancia de otra defensa, según consta en el folio 19 del acta de 03/07/03. Conforme al número 4º del artículo 850 LECrim no basta la calificación como pertinente de una pregunta para su admisión, sino que es además necesario que su contenido tenga verdadera importancia para el resultado del juicio, lo que equivale a ponderar el resultado probatorio en su conjunto, no aisladamente, criterio de la relevancia que el Tribunal de instancia ha de enjuiciar con razonabilidad, lo que en el presente caso debemos admitir que así sucedió.

D. El motivo diecinueve denuncia «ex» artículo 850.3 LECrim incongruencia omisiva por no resolver el Tribunal todos los puntos suscitados por la defensa en la sentencia, concretamente, no hacerlo adecuadamente sobre la invocación del error de prohibición. Este motivo carece totalmente de fundamento si tenemos en cuenta que en el fundamento de derecho tercero, apartado correspondiente a la participación de la acusada en los hechos, se ocupa de esta cuestión con extensión razonable (páginas 32

y 34 de la misma). Cuestión distinta es que las razones del Tribunal no sean compartidas por la defensa, pero ello no constituye el quebrantamiento alegado, con independencia de que se suscita como cuestión de fondo en otros motivos del recurso.

SEGUNDO A continuación debemos ocuparnos de los motivos que tienen su amparo en el artículo 5.4 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) por vulneración de derechos constitucionales, comenzando por el primero que denuncia la presunción de inocencia.

Tiene razón el recurrente cuando aduce que para enervar este derecho fundamental no basta la existencia de un medio probatorio sino que debe tener aptitud incriminatoria obtenida mediante un juicio lógico, conforme a las reglas de la experiencia y los conocimientos científicos. También que los actos de prueba deben desarrollarse en el Plenario donde rigen los principios de inmediación, contradicción y publicidad. Igualmente el alcance del control casacional de la presunción de inocencia no pasa por un nuevo proceso de valoración del contenido de las pruebas, especialmente cuando se trata de hechos percibidos directamente por los testigos (o acusados) que así lo trasladan al Tribunal (inmediación). No obstante, el principio de concentración de los medios probatorios en el Plenario no es absoluto: existe prueba preconstituida y anticipada. Además, las sucesivas declaraciones de los imputados o testigos ante el Juez de Instrucción, no pueden valorarse si no es así, no se pueden aislar y son susceptibles de valoración conjunta siempre que hayan concurrido las prescripciones legales en la fase sumarial, se introduzcan regularmente en el juicio oral y las contradicciones o retractaciones hayan sido sometidas a los principios de contradicción o inmediación, de forma que también concurren cuando el Tribunal puede percibir directamente las reacciones del declarante cuando se le ponen de manifiesto aquéllas, obteniendo su convicción según la mayor credibilidad que le ofrezcan unas u otras.

En cuanto al alcance del objeto de la presunción de inocencia debemos señalar que es los hechos y la participación del acusado en los mismos con abstracción del grado y clase de culpabilidad. También la presunción de inocencia ampara todos los elementos fácticos que pueden influir en la calificación jurídica.

Dicho lo anterior, señalemos que el motivo se centra, a efectos de la presunción de inocencia, en los hechos tipificados en el artículo 197.3.1 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), es decir, en la agravación por razón de la difusión, revelación o cesión a terceros de los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores, que se aplica por el Tribunal a la acusada. Esta admite su participación en la grabación pero no en la difusión o cesión a terceros. También aduce que no cabe difusión cuando ya las imágenes habían sido ya difundidas, aunque esta cuestión no afecta a la presunción de inocencia sino a la subsunción, debiendo anticiparse que dicho argumento tampoco es concluyente.

El motivo carece de fundamento y debe ser desestimado.

En el fundamento jurídico ya mencionado, tercero, la Audiencia se refiere a los elementos probatorios que ha tenido en cuenta para aplicar el supuesto agravado. En primer lugar, la declaración de la propia acusada «en la que cuenta que la grabación se efectuó para obtener dinero vendiendo imágenes de contenido sexual tras aceptar la propuesta que le había hecho en este sentido el acusado Miguel Ángel», citando también

como fuente de cargo las declaraciones de los testigos Raúl, Valentín, Matías y Luis Antonio. Por otra parte, también admite el cobro efectivo de 50.000.000 de pesetas como parte del precio de la venta del vídeo. Igualmente el contenido de la carta manuscrita que lo acompañaba. Se trata de actos de prueba de sentido incriminatorio, introducidos regularmente en el juicio oral, que la Audiencia ha valorado y explicitado suficientemente.

TERCERO El segundo motivo formalizado acusa la vulneración del principio de legalidad citando el artículo 25 en relación con el 9.3, ambos CE (RCL 1978, 2836). En su desarrollo también se invoca el artículo 120.3 del Texto constitucional. Se arguye que la motivación de la sentencia es caprichosa o arbitraria y sus razonamientos no guardan relación con la prueba practicada. También se refiere a la atipicidad de los hechos por tratarse de un supuesto de intimidad compartida y prestar su consentimiento el perjudicado.

El motivo debe desestimarse porque una cosa es la infracción del principio de legalidad y otra distinta denunciar error en la subsunción de los hechos, por una parte, y, por otra, porque no existe falta de motivación sino discrepancia de la recurrente con los razonamientos de la Sala de instancia, como es patente al examinar el contenido del recurso en relación con los fundamentos de la sentencia impugnada pues aquél tiene por finalidad la impugnación de éstos partiendo de su palmaria existencia.

Debemos señalar en relación con el principio de legalidad, como afirma la STC 137/97 (RTC 1997, 137), que «no toda interpretación y aplicación incorrecta, inoportuna o inadecuada de un tipo sancionador comporta una vulneración del principio de legalidad ni la del derecho fundamental que «ex» artículo 25.1 CE lo tiene por contenido». Se vulnera el principio de legalidad penal cuando la aplicación de la norma carezca de tal modo de racionalidad que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de pautas interpretativas y valorativas extravagantes en relación al ordenamiento constitucional vigente. Nada de esto sucede en la operación subsuntiva desarrollada por la Audiencia, remitiéndonos a los motivos formalizados por ordinaria infracción de Ley.

CUARTO El siguiente motivo, tercero, denuncia también al amparo del artículo 5.4 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) la vulneración del derecho a un proceso público con todas las garantías (artículo 24.2 CE [RCL 1978, 2836]) en relación con los artículos 238.3 LOPJ y 265 y siguientes LECrim (LEG 1882, 16). Se suscita en este motivo una cuestión reproducida por todas las defensas cual es la relativa a la tardía ratificación del denunciante en su denuncia que fue suscrita por procurador con poder general, de forma que se infringió lo dispuesto en el artículo 265 LECrim en relación con el 201.1 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777). Siendo ello así, las diligencias practicadas en el espacio temporal comprendido entre la denuncia y la ratificación deben ser declaradas nulas.

La Jurisprudencia de esta Sala (STS 1341/00 [RJ 2000, 9744] y la de 25/10/94 [RJ 1994, 8353] citada en la anterior) se ha pronunciado afirmando que la previa denuncia es un requisito de procedibilidad para la persecución de determinados delitos (como efectivamente sucede en este caso), cuya inexistencia es convalidable. Es decir, no se trata ya de convalidar la previa denuncia formulada en nombre del ofendido por el procurador con poder general mediante el acto de ratificación posterior, sino de admitir la subsanación de la omisión de denuncia cuando constituye un requisito de procedibilidad

para proceder por determinados delitos. La falta de denuncia es un vicio de simple anulabilidad susceptible de convalidación mediante la posterior actuación de la parte o partes perjudicadas y esta convalidación se admite incluso cuando aquéllas comparecen en el curso del procedimiento ya iniciado, colaborando en la investigación judicial al ofrecer datos precisos para el esclarecimiento de los hechos sin mostrar reparo alguno a la continuación del proceso en respuesta al ofrecimiento de acciones que se le hace en la causa. Más recientemente, la STS 1689/03 (RJ 2003, 9409) ha ratificado la doctrina anterior cuando expone que dicha falta puede subsanarse cuando la persona agraviada manifiesta su voluntad de denunciar los hechos ante la autoridad correspondiente, incluso iniciado ya el procedimiento. Por último, en el presente caso, según consta en las diligencias previas, que hemos examinado «ex» artículo 899.2 LECrim, el perjudicado puso en conocimiento de la Comisaría General de Información los hechos manifestando su propósito de ponerlos en conocimiento de la autoridad judicial correspondiente (folio 65 y siguientes) dando lugar a que el Comisario Jefe de la Unidad Central de Apoyo Operativo se pusiera en contacto con el responsable del Área de Seguridad de Correos participándole la posible existencia de los paquetes que contenían los vídeos. Pues bien, los artículos 282.2 y 284 LECrim., en el Título correspondiente a la Policía Judicial, establecen que «si el delito fuere de los que sólo pueden perseguirse a instancia de parte legítima, tendrá la misma obligación (la Policía Judicial) expresada en el párrafo anterior si se les requiriere al efecto», obligación que consiste, entre otras, en practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobar los hechos delictivos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial, y el artículo 284 citado dispone que los funcionarios de Policía Judicial que tuvieren conocimiento de un delito público o «fueran requeridos para prevenir la instrucción de diligencias por razón de algún delito privado, lo participarán a la Autoridad judicial o al representante del Ministerio fiscal, si pudieran hacerlo sin cesar en la práctica de las diligencias de prevención». Lo anterior significa que la puesta en conocimiento de la Policía Judicial de hechos posiblemente delictivos por parte del perjudicado es suficiente para prevenir la instrucción de diligencias, incluso si se trata de un delito privado, lo que equivale a que la mera denuncia policial justifica ya determinadas diligencias de instrucción.

El motivo se desestima e igualmente el decimocuarto que por las mismas razones denuncia la infracción del artículo 201.1 CP.

QUINTO Los motivos formalizados en cuarto y quinto lugar por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías tienen por objeto impugnar determinadas irregularidades procesales acaecidas con motivo de la intervención de los vídeos que se encontraban pendientes de remitir a sus destinatarios en el Servicio de Correos. En el cuarto, se denuncia la vulneración del secreto de las comunicaciones postales en la medida que se incautaron los envíos tras ser retenidos arbitrariamente sin citación de sus destinatarios, con cita de los artículos 579 y concordantes LECrim (LEG 1882, 16). En el quinto, con cita del 546 y concordantes del mismo Texto, lo que se denuncia es la entrada y registro practicada en dicha oficina el 16/10/97, asistiendo a la misma la letrada y el procurador del denunciante que no se encontraban personados en la causa.

Ambos motivos deben ser igualmente desestimados.

A. Hemos examinado «ex» artículo 899.2 LECrim las actuaciones a las que se refiere la denuncia sin que pueda deducirse de las mismas irregularidad procesal alguna que tenga trascendencia sobre los derechos constitucionales de la recurrente. Con independencia de la cita precedente de los artículos 282 y 284 LECrim y las funciones de la Policía Judicial en estos casos, lo cierto es que la diligencia de intervención de los envíos postales está amparada ex artículos 13, 334 y 816 LECrim por cuanto el vídeo contenido en aquéllos constituye evidentemente la principal prueba del delito. Por Auto de 16/10/97 el Juzgado de Instrucción dispone la adopción de la medida cautelar solicitada consistente en la retención e incautación de todos los sobres que contengan las cintas de vídeos y documentos a los que hace referencia la denuncia, resolución debidamente motivada que habilita plenamente tal diligencia, con independencia de que se trate o no de una genuina medida cautelar. La denuncia del recurso subraya especialmente el hecho de la retención de los envíos a instancia de la Policía con anterioridad a la notificación del Auto judicial (ya en la madrugada del día 15 anterior). Sin embargo, los artículos de LECrim ya citados (artículos 282 y 284) habilitan la medida en cuanto provisional y sujeta desde luego a la inmediata intervención judicial, como así sucedió. Por otra parte, la recurrente carece de legitimación para invocar el derecho al secreto de las comunicaciones de los destinatarios de los sobres intervenidos.

B. Por lo que hace a la diligencia de entrada y registro evidentemente se trata de una imprecisión técnica por cuanto su contenido se refiere, en ejecución del Auto dictado con anterioridad, a la ocupación e intervención de pruebas en la Delegación Territorial de Correos de Chamartín, sin que la concurrencia del letrado y procurador del denunciante afecte a la corrección procesal de la misma o haya podido causar indefensión a la recurrente.

SEXTO El motivo séptimo denuncia vulneración del derecho a la defensa de la acusada por cuanto el Tribunal impidió a la misma «manifestar cuanto tenga por conveniente para su exculpación y para la explicación de los hechos». Se refiere en su desarrollo a la «obstrucción constante de la Sala a que se expresara como tuviera por conveniente», a la consideración como irrelevantes por la Presidencia de las preguntas formuladas por el Ministerio Fiscal relativas «a cómo se conocieron el Sr. Octavio y Mari Trini» La falta de concreción del motivo conlleva necesariamente a su desestimación. Por otra parte, en los motivos por quebrantamiento de forma ya se han planteado estas cuestiones en relación con preguntas concretas que fueron declaradas impertinentes y la respuesta dada en dichos motivos debe darse aquí por reproducida.

SÉPTIMO Los motivos octavo, noveno y décimo vuelven a denunciar la vulneración de un proceso con todas las garantías por haberse infringido determinados artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16) con trascendencia constitucional. Se refiere concretamente a los artículos 712 LECrim, denunciando que las piezas de convicción no estuvieron a disposición del Tribunal e insistiendo nuevamente en la inadmisión del reconocimiento del vídeo por el denunciante; el artículo 680 del mismo Texto, en la medida que el visionado de la cinta del vídeo se celebró a puerta cerrada; y el artículo 489 LECrim por cuanto la detención de la recurrente fue improcedente, con vulneración del artículo 17.1 CE (RCL 1978, 2836), por cuanto además el denunciante no había ratificado la denuncia.

También estos tres motivos deben ser desestimados.

A. El artículo 712 citado dispone que podrán las partes pedir que el testigo reconozca los instrumentos o efectos del delito o cualquiera otra pieza de convicción. En el motivo decimosexto ya hemos examinado esta cuestión suscitada como denegación de diligencia de prueba, remitiéndonos al mismo. Por otra parte, no deja de ser una mera irregularidad procesal que no se encuentren en el local del Tribunal las piezas de convicción si ello no ha causado positiva indefensión o ha impedido cualquier reconocimiento o diligencia en relación con las mismas influyente en el resultado del juicio.

B. El artículo 680 establece como regla general, bajo pena de nulidad, la publicidad de los debates del juicio oral, lo que evidentemente constituye garantía imprescindible, de ahí la sanción de nulidad, de nuestro sistema procesal que establece la oralidad de este período del procedimiento, proclamada en los artículos 24.2 y 120.2 CE y artículo 232 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635). También se reconoce así en los Tratados internacionales, artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (RCL 1999, 1190, 1572) o artículo 14.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (RCL 1977, 893). Sin embargo, ello admite ciertas excepciones siempre que el Tribunal así lo acuerde por resolución motivada y por alguna de las razones contenidas en la Ley, de forma que las sesiones total o parcialmente puedan celebrarse a puerta cerrada, es decir, sin presencia de los extraños al proceso. Pues bien, para que aquello pueda tener lugar es preciso que concurra uno de los supuestos contemplados por las normas procesales o en los expresados en los Tratados internacionales, es decir, razones de moralidad, orden público, intereses de los menores o protección de la vida privada de las partes. En el presente caso la restricción del derecho fundamental estaba justificada teniendo en cuenta esto último y la misma se limitó estrictamente al visionado del vídeo.

C. El motivo décimo aduce la improcedente detención de la recurrente (Auto de 06/11/97), folio 75, con vulneración del artículo 17.1 CE, en la medida que el denunciante no había ratificado la denuncia, faltando el requisito de procedibilidad. Sin embargo, ya hemos dado respuesta desestimatoria a esta cuestión al responder al motivo tercero formalizado precedentemente, luego la detención se acuerda «ex» artículo 487 LECrim por cuanto la acusada no fue encontrada en su domicilio, como consta en el oficio policial precedente al folio 74, informando sobre «la posibilidad de que la filiada abandone su actual domicilio caso de tener conocimiento de las gestiones policiales», es decir, la orden de comparecencia se convierte en orden de detención y por ello el Auto en que se acuerda invoca el artículo 487 LECrim. El mismo día de su puesta a disposición del Juzgado, una vez detenida, se eleva a prisión su situación personal, teniendo lugar todo ello el 07/11/97 (folios 83 y 99 de las diligencias previas, consultados por la Sala «ex» artículo 899.2 LECrim).

OCTAVO Nos restan por examinar los motivos undécimo, duodécimo y decimotercero, por ordinaria infracción de Ley del artículo 849.1 LECrim. El primero, denuncia la aplicación indebida del artículo 197.1.3 y 5, mientras que el segundo se ocupa de la infracción por la sentencia del apartado sexto del mismo artículo y el tercero invoca la falta de aplicación del artículo 14, todos ellos CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), error de prohibición invencible.

Los tres motivos deben ser desestimados.

A El motivo undécimo, tras exponer con carácter general el alcance y fundamento del artículo 197 CP, sostiene que no concurren en el caso los requisitos para la consumación del tipo, aduciendo concretamente como razones de ello la aplicabilidad de la teoría de la intimidad compartida, el consentimiento en la grabación de las imágenes del denunciante y la falta de concurrencia del elemento subjetivo del tipo en la acusada.

El artículo 197 CP ha pretendido colmar las lagunas del antiguo 497 bis CP/1973 (RCL 1973, 2255), reformado por la LO 18/94 (RCL 1994, 3494), mediante una tipicidad ciertamente complicada donde se suceden diversos tipos básicos y supuestos agravatorios. Así, el apartado 1º del mismo contiene en realidad dos tipos básicos definidos por modalidades comisivas distintas, como son el apoderamiento de papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, o la interceptación de las telecomunicaciones o utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, 2º inciso de dicho párrafo que es el aplicado en este caso en su modalidad comisiva de utilización de artificios técnicos para la reproducción de la imagen o del sonido, lo que se denomina control auditivo y visual clandestinos. Lo relevante es que se trata de un delito en cualquiera de sus versiones que no precisa para su consumación el efectivo descubrimiento del secreto o en el presente caso de la intimidad del sujeto pasivo, pues basta la utilización del sistema de grabación o reproducción del sonido o de la imagen (elemento objetivo) junto con la finalidad señalada en el precepto de descubrir los secretos o vulnerar la intimidad (elemento subjetivo), es decir, en el presente caso el tipo básico se consume por el sólo hecho de la captación de las imágenes del denunciante con la finalidad de vulnerar su intimidad. Por ello se le ha calificado como delito intencional de resultado cortado cuyo agotamiento tendría lugar, lo que da lugar a un tipo compuesto, si dichas imágenes se difunden, revelan o ceden a terceros, supuesto agravado previsto en el apartado 3º.1 del mismo precepto, lo que conlleva la realización previa del tipo básico. Esta conducta reviste una especial gravedad si tenemos en cuenta el carácter permanente que conlleva la utilización de los medios descritos mediante la plasmación de la imagen o reproducción del sonido, y la obtención de copias posteriores. La intervención del derecho penal está justificada por la especial insidiosidad del medio empleado que penetra en los espacios reservados de la persona, de ahí la intensa ofensividad para el bien jurídico tutelado, que se atenúa cuando se produce en lugares públicos, aún sin consentimiento del titular del derecho, que en línea de principio debe generar una respuesta extrapenal. En relación con el subtipo agravado del 1º inciso del apartado 3º (revelación, difusión o cesión a terceros), que es aplicable a todos los tipos básicos anteriores, debemos señalar que tiene su fundamento en que dichas acciones suponen incrementar la vulneración de la intimidad del sujeto pasivo. También debemos subrayar que el legislador equipara difusión, revelación y cesión a terceros, aún cuando la primera suponga una mayor publicidad. El apartado 5º del precepto incluye otro supuesto agravado cuyo fundamento tiene por objeto la especial protección de lo que se denomina el núcleo duro del derecho a la intimidad, además de los casos en que la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, que exaspera la pena que resulte de la aplicación de los preceptos anteriores, imponiéndola en su mitad superior. Las SSTS 872/01 (RJ 2001, 2719) y 694/03 (RJ 2003, 4359) se han ocupado también de definir el alcance de este precepto. Así, expone la segunda que el artículo 197.1 contempla el tipo básico del delito de descubrimiento y revelación de secretos, que tutela el derecho fundamental a la

intimidad personal ¿que es el bien jurídico protegido?, garantizado por el artículo 18.1 de la Constitución Española ¿derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen?, superando la idea tradicional del concepto de libertad negativa, materializado en el concepto de secreto que imperaba en el Código Penal derogado, artículo 497. Los elementos objetivos del artículo 197.1, se integran en primer término por la conducta típica, en la que se pueden distinguir dos modalidades: a) apoderamiento de papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, y b) la interceptación de telecomunicaciones o la utilización de artificios técnicos de escuchas, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o cualquier otra señal de comunicación. Ésta última cláusula general, trata de subsanar las posibles lagunas de punibilidad que se pueden derivar de los avances de la tecnología moderna. Sujeto activo del tipo básico podrá ser cualquiera, «el que», dice el texto legal; y sujeto pasivo, ha de ser el titular del bien jurídico protegido y se corresponderá con el de objeto material del delito, pues el concepto que se examina utiliza el posesivo «sus» referido a papeles, y también al otro supuesto, intercepta «sus telecomunicaciones». Respecto al «iter criminis», es una figura delictiva que se integra en la categoría de los delitos de intención, y en la modalidad de delito mutilado de dos actos, uno de apoderamiento, interceptación o utilización de artificios técnicos, unido a un elemento subjetivo adicional al dolo, consistente en el ánimo de realizar un acto posterior, descubrir el secreto, o vulnerar la intimidad de otro, sin necesidad de que éste llegue a producirse. Por ello, la conducta típica del artículo 197.1, se consuma con el apoderamiento, interceptación, etc., sin necesidad que se produzca el efectivo descubrimiento de los secretos, o vulneración de la intimidad, siendo posibles las formas imperfectas de ejecución, tentativa acabada o inacabada. El elemento subjetivo del delito, constituido por la conducta típica que ha de ser dolosa, pues no se recoge expresamente la incriminación imprudente, exigida conforme al artículo 12 del texto legal, que ha de llevarse a cabo con la finalidad de descubrir secretos o vulnerar la intimidad, ya que la dicción literal del precepto emplea la preposición «para».

El primer argumento de la recurrente consiste en sostener que en los casos de intimidad compartida no existe vulneración del derecho a la intimidad por cuanto una de las partes puede disponer libremente de ella y la otra está sujeta a esa decisión en la medida que acepta compartir su intimidad con la primera. Este argumento es erróneo, como también han señalado las SS citadas en casos referidos a la intimidad familiar, por cuanto lo que se comparte es una actividad personal desarrollada reservadamente, en el presente caso de carácter sexual, pero no propiamente la intimidad de la otra parte puesto que ésta corresponde exclusivamente a cada uno de los partícipes y no es susceptible de ser compartida porque es un derecho personalísimo. Como señala la STC 70/02 (RTC 2002, 70) es doctrina constitucional reiterada que el derecho a la intimidad personal garantizado por el artículo 18.1 CE, en cuanto derivación de la dignidad de la persona reconocida en el artículo 10.1 CE, implica «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de la vida humana», con cita de las SSTC precedentes, y ello así sucede cuando se trata de actos, por mucho que se compartan, comprendidos en la protección constitucional de la intimidad, como es el caso. Se arguye que la grabación de las conversaciones telefónicas por uno de los interlocutores no constituye vulneración del derecho a la intimidad. Sin embargo, dicho argumento parte de una confusión entre lo que dispone el artículo 18 en sus apartados 3º y 1º, CE, puesto que el objeto de la protección en el primero de los señalados es

precisamente el secreto de las comunicaciones, y es evidente que no puede considerarse secreto lo que ya se ha comunicado a un interlocutor, mientras el apartado 1º lo que garantiza es la intimidad personal «per se». La STC 114/1984 (RTC 1984, 114) ya se ocupó de esta cuestión distinguiendo el alcance de estas vulneraciones constitucionales, exponiendo que «quien entrega a otro la carta recibida o quien emplea en su conversación telefónica un aparato amplificador de la voz que permite captar aquella conversación a otras personas presentes no está violando el secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de que estas mismas conductas, en el caso de que lo así transmitido a otros entrase en la esfera íntima del interlocutor, pudiesen constituir atentados al derecho garantizado en el artículo 18.1 CE. Otro tanto cabe decir respecto de la grabación por uno de los interlocutores de la conversación telefónica. Este acto no conculca secreto alguno impuesto por el artículo 18.3 y tan sólo, acaso, podría concebirse como conducta preparatoria para la ulterior difusión de lo grabado. Por lo que a esta última dimensión del comportamiento se refiere, es también claro que la contravención constitucional sólo podría entenderse materializada por el hecho mismo de la difusión (artículo 18.1 CE)». Pero en el presente caso de lo que se trata es de vulnerar directamente el artículo 18.1 CE, con el alcance penal tipificado en el artículo 197 CP, en su dimensión relativa a la intimidad, que es lo que se protege, y no el secreto de la misma como sucede con las comunicaciones.

La existencia o no del consentimiento del denunciante en la grabación puede considerarse un elemento subjetivo y como tal sujeto al juicio de valor de la Audiencia mediante las inferencias correspondientes. Lo que sucede es que la conclusión negativa sobre la existencia de dicho consentimiento es totalmente adecuada teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el hecho, de naturaleza objetiva y externa, tal como se reflejan en el «factum», con independencia de la propia declaración del perjudicado.

De la misma forma debemos negar la falta del elemento subjetivo del tipo que exige el conocimiento y voluntad del empleo del modo comisivo desplegado con la finalidad descrita en el precepto, vulnerar la intimidad del sujeto pasivo, que no es dependiente de un ulterior comportamiento. Al tratar el motivo referente al error volveremos sobre esta cuestión.

Tampoco es posible cuestionar error de subsunción alguno cuando la Audiencia aplica los supuestos agravatorios de los apartados 3º y 5º del artículo 197 CP, pues el sustrato fáctico de los mismos se encuentran en el hecho probado que es intangible en un motivo como el presente. Evidentemente existe cesión a terceros, mediante precio, y las imágenes contienen o revelan datos o aspectos de la vida sexual del denunciante, es decir, afectan al núcleo duro del derecho a la intimidad.

B. El duodécimo denuncia la aplicación indebida del supuesto agravatorio contenido en el apartado sexto del artículo 197 mencionado. Se refiere a la realización de los hechos con fines lucrativos, estableciéndose en este caso en su mitad superior las penas previstas conforme a los apartados 1 al 4º del precepto. Si además concurre la agravación del apartado 5º (cuando los hechos afecten al núcleo duro de la intimidad), la pena sufre una exasperación al fijarse entre los cuatro y siete años.

Sostiene la recurrente que dicho apartado no es aplicable «porque no es posible acreditar que los hechos realizados por Mari Trini estaban conducidos por el ánimo de

lucro Más bien al contrario se realiza con la intención de causarle una sorpresa agradable al Sr. Octavio, sin intención alguna de comercializarla». Estas alegaciones se dan de bruces con los hechos probados que comienzan por sentar precisamente que el coacusado Miguel Ángel propuso a la ahora recurrente «un negocio consistente para venderla a quien pudiera interesarle su difusión y así obtener un importante beneficio económico». Más adelante se afirma que los coacusados Bruno y Gaspar acudieron «al domicilio de la Sra. Mari Trini que estaba con Miguel Ángel les entregó 50 millones y ellos le entregaron el vídeo con una carta manuscrita de Mari Trini». A la vista de lo anterior no existe el error de subsunción que se denuncia, es más, ni siquiera la Audiencia ha debido acudir a la inferencia cuando los hechos así descritos han sido obtenidos mediante prueba directa (declaración de la propia acusada).

Esta figura agravada, con independencia de que pueda aludir o referirse principalmente al «mundo de la información ilegal», es también aplicable a los no profesionales cuando su conducta esté guiada por una finalidad lucrativa, es decir, obtener un beneficio, ganancia o utilidad evaluable económicamente. Su fundamento está en la mayor reprochabilidad de la acción en estos casos. Se trata, en síntesis, de una especial cualificación agravatoria del móvil del sujeto activo.

C.El motivo decimotercero denuncia la inaplicación del artículo 14 CP. Aduce que el Tribunal no ha tenido en cuenta el error de prohibición que concurre en la acusada y que la sentencia ha resuelto esta cuestión de modo defectuoso. Más adelante se refiere a la existencia de un claro error sobre la norma prohibitiva, error que califica de invencible. Por último se refiere a la posible existencia de consentimiento tácito del perjudicado.

El artículo 14 CP distingue entre el error de tipo (o de hecho), que afecta al supuesto de hecho previsto por la norma, y el error de prohibición (de derecho, según la terminología anterior), que atañe a la propia existencia de la norma que prohíbe la realización del hecho. No basta con conocer el hecho típico sino que además el sujeto activo debe conocer su significado antijurídico. Teniendo en cuenta lo anterior el error sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal puede ser invencible o vencible. En el primer caso se excluye la responsabilidad criminal, impunidad de la conducta, y en el segundo se impone una pena inferior. El error de prohibición ha sido explicado mediante la teoría clásica denominada del dolo o la teoría de la culpabilidad, propia del finalismo. Para la primera es preciso que el agente conozca el hecho y su significado antijurídico, mientras que para la segunda lo importante no es que el autor conozca o no conozca la prohibición, sino si podía o no conocerla, de forma que quien no puede conocer la prohibición de un hecho no puede actuar de otro modo. Con independencia de que el artículo 14 CP pueda ser adscrito a una u otra concepción del error de prohibición, lo cierto es que la Jurisprudencia participa de ambas concepciones cuando establece que no basta con alegar la existencia del error sino que éste ha de quedar suficientemente acreditado, empleándose para ello criterios que se refieren básicamente a la posibilidad del autor de informarse sobre el derecho (STS 755/03 [RJ 2003, 4279]), de forma que cuando dicha información en todo caso se presenta como de fácil acceso no se trata ya en rigor de que el error sea vencible o invencible sino de cuestionar su propia existencia. Es lo que sucede en el caso de autos, pues se trata de una grabación subrepticia, tal como se constata en el «factum», que forma parte del plan para llevar a cabo un negocio ilícito. La aceptación del mismo es incompatible con la concurrencia en la acusada de un error sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción, es decir, que no esté

prohibido por la norma vulnerar la intimidad de la persona como se hizo. La STS 1287/03 (RJ 2003, 7426) expone que constituye doctrina reiterada de esta Sala que para sancionar un acto delictivo el conocimiento de la ilicitud del hecho no tiene que ser preciso, en el sentido de conocer concretamente la gravedad con la que el comportamiento realizado es sancionado por la Ley. Los ciudadanos no son ordinariamente expertos en las normas jurídicas sino legos en esta materia por lo que lo que se requiere para la punición de una conducta antijurídica es lo que se ha denominado doctrinalmente el conocimiento paralelo en la esfera del profano sobre la ilicitud de la conducta que se realiza.

El motivo se refiere también a la creencia de la acusada de un consentimiento tácito del perjudicado. La cuestión aquí se refiere a la concurrencia de una posible causa de justificación que puede ser considerada como error de prohibición indirecto o bien como un error de tipo sobre los presupuestos de una causa de justificación (puesto que ello es independiente del error sobre la licitud o ilicitud de la acción), es decir, el sujeto activo cree erróneamente que concurre la misma, el consentimiento tácito del perjudicado. Ahora bien, sólo es posible sustituir la falta de un consentimiento real cuando sea imposible obtener el mismo, lo cual evidentemente no sucede tampoco en el caso de autos. La acusada no puede pretender la existencia de un consentimiento tácito cuando ninguna circunstancia impedía la obtención directa del consentimiento real del sujeto pasivo.

#### Recurso De Miguel Ángel

NOVENO Vamos a examinar en primer lugar los motivos que se enuncian por quebrantamiento de forma, que son los cuatro primeros, formalizados al amparo de los artículos 850.1 y 851.1 y 6 LECrim (LEG 1882, 16). Todos ellos deben ser desestimados por cuanto los defectos que se denuncian ya han sido resueltos al examinar los motivos del recurso de la anterior coacusada, carecen manifiestamente de desarrollo o su contenido nada tiene que ver con el enunciado formalizado.

A. En el primero, por denegación de diligencia de prueba, se suscita la relativa a las cintas de la Sra. Mari Trini o la exhibición al perjudicado del vídeo, el oficio a la compañía Telefónica o las preguntas impertinentes formuladas al denunciante. La respuesta a todo ello está dada en el fundamento de derecho primero apartados A), B) y C), y a los mismos nos remitimos.

B. El segundo se ampara en el artículo 851.1 LECrim porque la sentencia no expresa claramente los hechos probados «en relación con la autoría de mi representado», concurriendo varias contradicciones, «se relatan sencillamente hechos que de por sí no dan lugar a infracción penal alguna», acusando igualmente incompreensión, existencia de omisiones, falta de prueba de los hechos de la acusación e incongruencia omisiva, además de predeterminación del fallo «con anterioridad al acto del juicio oral». A más se solicita la nulidad de actuaciones teniendo en cuenta la ratificación tardía del denunciante, la obtención ilícita de la prueba de los vídeos en Correos, la existencia de registros indiscriminados (haciendo sin más relación de los practicados) y la reproducción del vídeo a puerta cerrada. Esta multiplicidad de denuncias no sólo adolece de falta de rigor casacional sino que yuxtapone cuestiones de distinta naturaleza. En cualquier caso, basta leer la sentencia para advertir que no incurre en los motivos formales aducidos

«ex» artículo 851.1 LECrim, con independencia de que es preciso para la prosperabilidad del motivo que el recurrente haga las citas correspondientes a las faltas de claridad, contradicción o predeterminación del fallo. En segundo lugar, porque una cosa son los errores de subsunción y otra distinta los quebrantamientos de forma denunciados. En tercer lugar, tampoco pueden confundirse estos últimos con la presunción de inocencia. En cuanto a las irregularidades procesales con trascendencia constitucional a las que se alude, forzoso es remitirnos a lo ya dicho con anterioridad al resolver el recurso precedente. Igualmente debemos dar por reproducidos los fundamentos anteriores cuarto y quinto relativos a la denuncia como requisito de procedibilidad y a la intervención de los vídeos en la Oficina de Correos de Chamartín por parte del Juzgado de Instrucción, así como a lo dicho en el fundamento séptimo B) a propósito del alcance de la infracción del artículo 680 LECrim. Por último, en cuanto a los calificados «registros indiscriminados de oficinas y empresas sin relación con los hechos», con falta de toda concreción y consistencia, no deja de ser una mera alegación defensiva.

C. El motivo tercero cita el artículo 851.6 LECrim «al haber sido recusada tanto la Instructora del Juzgado de Instrucción núm. 28 de Madrid al igual que la Presidente de la Sala que dictó la sentencia objeto del recurso y que también fue recusada en su día al amparo del artículo 238.1 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) por las causas 1ª y 8ª del artículo 56 LECrim así como tener pleito pendiente con el recusado». Como todo desarrollo del motivo se hace constar que esto se alegó en su momento y no prosperó. La falta de rigor casacional del motivo es patente pues no permite revisar infracción alguna, con independencia de lo que se dirá de esta cuestión al responder al recurso del coacusado Juan Antonio.

D. El motivo cuarto, también por la vía del artículo 850.1 LECrim., reitera las preguntas declaradas impertinentes dirigidas al denunciante.

DÉCIMO El quinto motivo formalizado, se ampara en el artículo 5.4 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) para denunciar la infracción del artículo 24.1 CE (RCL 1978, 2836) «al no haberse practicado infinidad de pruebas solicitadas o bien por la defensa de mi mandante o bien por otras defensas», refiriéndose concretamente al careo que se llevó a cabo en el acto del juicio oral. Con independencia que la diligencia de careo es potestativa del Tribunal, la falta de cualquier concreción y desarrollo del motivo, que debió dar lugar también a su inadmisión, nos obliga a su desestimación en este trámite procesal.

UNDÉCIMO El siguiente motivo formalizado, sexto, también acusa la vulneración del artículo 24.2 CE (RCL 1978, 2836), en este caso reiterando la denuncia sobre la nulidad de las diligencias practicadas desde que se interpuso la denuncia por medio de procurador hasta que la misma fue ratificada por el denunciante, con cita de los artículos 265 LECrim (LEG 1882, 16) y 238.3 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635), cuestión ya resuelta con anterioridad y que determina la desestimación del motivo.

DUODÉCIMO El motivo séptimo denuncia la vulneración de la presunción de inocencia del recurrente, aduciendo que «en el presente caso existen una serie de pruebas que no acreditan ni demuestran la culpabilidad de mi representado que en momento alguno realizó la grabación pero en cualquier caso los medios de comunicación exhiben temas de la vida privada de los personajes públicos que nunca constituyen infracción penal». El

propio recurrente reconoce que no existe vacío probatorio valorando desde su particular perspectiva el contenido incriminatorio de las pruebas tenidas en cuenta por el Tribunal, que están relacionadas en el fundamento de derecho tercero, participación de los acusados, apartado correspondiente al ahora recurrente, con cita de las testificales de los Sres. Raúl, Luis Antonio y de la coacusada Mari Trini, aludiendo incluso a las fotografías en las que aparece en el interior del armario o a su participación en las negociaciones con los Sres. Valentín y Matías, además de los datos hallados en la documentación que le fue intervenida. Por otra parte, el argumento relativo a la exhibición de la vida privada de determinados personajes en los medios de comunicación nada tiene que ver con la presunción de inocencia. Si lo que se quiere sostener con ello es una suerte de error nos remitimos a lo ya señalado en el fundamento jurídico noveno en relación con la coacusada Mari Trini.

El motivo debe ser desestimado.

DECIMOTERCERO El motivo octavo denuncia la infracción del artículo 25 CE (RCL 1978, 2836). Sin embargo su contenido vuelve a insistir en la vulneración de la presunción de inocencia, por lo que igualmente debe ser desestimado.

DECIMOCUARTO El último motivo formalizado por este recurrente, «ex» artículo 849.1 LECrim (LEG 1882, 16) denuncia la indebida aplicación del artículo 197 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777). Así, alega que la Sra. Mari Trini autorizó la grabación del vídeo y la cesión de imágenes de dos personas en la intimidad, que no existe revelación por cuanto el vídeo fue grabado por otra tercera persona con anterioridad o que se trata de actos preparatorios, haciendo especial hincapié en que la coacusada Mari Trini «está en su pleno derecho de hacer lo que quiera con su vida íntima».

Con independencia de que el motivo no respeta los hechos probados debemos dar por reproducido lo ya dicho en el motivo octavo A) en relación con el mismo motivo aducido por la correcurrente mencionada. Tan sólo debemos señalar que es contrario al «factum» sostener que el vídeo fue grabado con anterioridad por otra tercera persona y que en cualquier caso no puede tratarse de actos preparatorios teniendo en cuenta cuándo se consuma el tipo básico por el que ha sido condenado, aplicándosele la agravante del apartado 3º.1 del artículo 197 por cuanto también se ha acreditado la revelación, difusión o cesión a terceros del vídeo, conceptos que a estos efectos punitivos están asimilados.

El motivo, por ello, también debe ser desestimado.

Recurso de Gaspar

DECIMOQUINTO El primer motivo formalizado por este recurrente al amparo del artículo 5.4 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) denuncia la vulneración de la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE (RCL 1978, 2836), sosteniendo la falta de prueba de cargo válida de la que quepa deducir la culpabilidad del recurrente. El desarrollo del motivo contiene un registro de diversas irregularidades que afectarían a la validez constitucional de la prueba de cargo empleada por la Audiencia, como es haber prescindido de las declaraciones prestadas en el Plenario, tachar de confusa la declaración de la coacusada Mari Trini durante la Instrucción, no haberse observado las prescripciones atinentes a la declaración del coimputado, la falta de contradicción, que debe referirse al momento de

la práctica de la prueba y no al conjunto del proceso, la de intermediación, por introducirse la prueba en el juicio oral mediante su lectura, la influencia del posible perdón del ofendido como elemento que debe ser tenido en cuenta para valorar la declaración inculpatoria o haberse basado en testimonios de referencia que han prevalecido sobre los directos. A continuación el motivo hace un repaso pormenorizado de los medios de prueba, entrando en la valoración de los mismos. Por último, se refiere a la prueba de indicios y dentro de este apartado al título de imputación del recurrente y a la existencia de ánimo de lucro.

Ante todo debemos señalar que en el fundamento de derecho tercero, que se refiere a la participación de los acusados, en el apartado relativo al ahora recurrente, se comienza por afirmar que es responsable en concepto de autor de un delito del artículo 197.3.2, en relación con los apartados 1.5 y 6, CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), y que su conducta consistió en vulnerar la intimidad de un tercero difundiendo las imágenes de contenido sexual grabadas por otros, con conocimiento de su origen ilícito y finalidad lucrativa, señalando a continuación que debe considerarse autor por haber realizado actos calificados como de cooperación necesaria, «porque fue él quien puso en contacto a Miguel Ángel con los responsables del Grupo Zeta a fin de ofrecerles la venta del vídeo participó activamente en las negociaciones estuvo en los visionados del vídeo y fue la persona que acompañó a Bruno al domicilio de la Sra. Mari Trini cuando se hizo la entrega de los 50 millones a cambio del vídeo; percibiendo él una parte de ese dinero». Los hechos anteriores se han acreditado teniendo en cuenta las declaraciones de la coacusada Mari Trini, el contenido de su agenda, las múltiples llamadas telefónicas que aparecen en los listados, la declaración del testigo Raúl, la del Sr. Valentín, y valorando conjuntamente el resultado probatorio anterior la Audiencia razona y justifica su conclusión para condenar a este acusado. Según ello no existe vacío probatorio y las denuncias mencionadas en el párrafo anterior no afectan a la validez constitucional de la prueba de cargo. En relación con la declaración ante el Juez de Instrucción de la coacusada Mari Trini ya nos hemos referido a su eficacia en el fundamento jurídico segundo de la presente resolución, donde hemos tratado el alcance de los principios de intermediación y contradicción y la potestad de la Sala de instancia para acoger la mayor credibilidad de unas declaraciones sobre otras en los casos de contradicción o retractaciones. Tachar de confusa la declaración de la acusada es entrar en el campo de la valoración de la prueba que está fuera del alcance de la revisión casacional de la misma. La cuestión relativa al posible perdón del ofendido y la influencia que ello pueda tener en la credibilidad de un acusado es cuestión que sólo puede reconducirse «ex» artículo 741 LECrim (LEG 1882, 16), es decir, corresponde a la Sala de instancia tenerlo en cuenta como un elemento más que afecte a dicha credibilidad. Tampoco puede afirmarse que la declaración de la coimputada haya sido la única prueba de cargo tenida en cuenta por la Sala y en todo caso existen multitud de elementos corroboradores de lo declarado por la misma. En cuanto a los testimonios de referencia, válidos «ex» artículo 710 LECrim, no es cierto que hayan prevalecido sobre el directo de dicha coacusada sino que complementan el mismo, en la medida que son referenciales, de la misma forma que el contenido de su agenda constituye un medio de corroboración de lo declarado por aquella. Por último, es cierto que el tipo aplicado exige probar la difusión, revelación o cesión a terceros de las imágenes captadas, con conocimiento de su origen ilícito. En relación con ésto la Audiencia ha empleado la prueba indirecta, circunstancial o por indicios, perfectamente legítima, para alcanzar la certeza del hecho presunto (artículo 386.1 LECiv [RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892]). En el presente caso se ha

empleado un medio de prueba directo para alcanzar la certeza de una pluralidad de indicios, cuales son los relativos a la intervención en diversos momentos de la dinámica delictiva del ahora recurrente, como sus relaciones con otros coacusados y testigos, su visionado del vídeo o su participación en el precio pagado por el mismo (finalidad lucrativa), además de otros hechos significativos referidos por la Audiencia; dichos indicios o hechos-base convergen en un mismo sentido desde una perspectiva lógica y racional; por último, no se presentan otras alternativas que puedan hacer dudar razonablemente de su participación en los hechos y su conocimiento de la ilicitud de origen tal como se describen en el «factum», es decir, lo que se revela es su aportación causal decisiva en el tránsito de la grabación ilícita de los autores del tipo básico a los que en definitiva ejecutaron la conducta prevista en el inciso 2º del apartado 3º del artículo 197 CP, pues sirvió de medio o nexo entre unos y otros poniéndolos en relación, teniendo en cuenta sus contactos personales adquiridos con anterioridad.

Por todo ello el motivo debe ser desestimado.

DECIMOSEXTO El segundo motivo se formaliza también al amparo del artículo 5.4 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) por vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones proclamado en el artículo 18.3 CE (RCL 1978, 2836), con cita del artículo 11.1 LOPJ. Se refiere a la providencia dictada por el Juez de Instrucción en fecha 03/12/97 (folio 378 de las Diligencias Previas) en la que se acuerda «visto el estado de las presentes» requerir a la compañía Telefónica para que informe sobre la titularidad de los teléfonos cuyos números se especifican a continuación, así como sobre el listado de las llamadas correspondientes a dichos números telefónicos. Pues bien, el recurrente sostiene que existe la vulneración denunciada por cuanto dicha injerencia fue acordada mediante providencia y sin motivación. Esta vulneración fue suscitada como cuestión previa y desestimada por la Audiencia en el Auto de 28/06/02.

Este motivo también debe ser desestimado.

Es cierto, como señalaba ya la STC 114/84 (RTC 1984, 114), citada más arriba, que el concepto de secreto que aparece en el artículo 18.3 «no cubre sólo el contenido de la comunicación, sino también, en su caso, otros aspectos de la misma, como, por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales», con cita de la S.T.E.D.H. de 02/08/84 (TEDH 1984, 1) (caso Malone), criterio mantenido posteriormente por las SSTC 70 [RTC 2002, 70] y 120/02 [RTC 2002, 120]. Esta última, como señala la STS 1231/03 (RJ 2003, 6376), concluye que «la entrega de los listados por las compañías Telefónicas a la policía sin consentimiento del titular requiere resolución judicial, pues la forma de obtención de datos que figuran en los citados listados supone una interferencia en el proceso de comunicación que está comprendida en el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas del artículo 18.3 CE», pero igualmente admite que la resolución judicial habilitante para solicitar la información a la compañía Telefónica puede, excepcionalmente, revestir forma de providencia en atención a la menor intensidad de la afectación del derecho fundamental. A este respecto las SSTS, entre otras, 2384/01 (RJ 2002, 2070) o 1086/03 (RJ 2003, 5393), entienden que la diligencia sobre el listado de llamadas no supone ninguna intromisión en el derecho a la intimidad, ya que han sido obtenidas en legal forma y sólo sirven para acreditar los usuarios de los teléfonos intercomunicados, sin entrar en el contenido de las conversaciones. El Juez de Instrucción ordena y dirige la instrucción de la causa y teniendo en cuenta las diligencias

ya practicadas, precisamente por ser consecuencia de las mismas, acuerda requerir los datos referidos en la providencia mencionada. Basta seguir el hilo de la instrucción para admitir que en estos casos excepcionalmente no se precisa una mayor motivación que la derivada de lo anterior.

**DECIMOSÉPTIMO** El siguiente motivo emplea la misma vía para denunciar la vulneración de los artículos 238.3 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) y 24.1 (interdicción de la indefensión) y 2 CE (RCL 1978, 2836) (derecho a un proceso con todas las garantías). Se refiere a la nulidad radical de las resoluciones dictadas antes de la ratificación por parte del agraviado de la denuncia presentada en su nombre por un tercero, al ser el delito denunciado privado o semipúblico.

Esta cuestión ya ha sido resuelta en el fundamento jurídico cuarto, al que nos remitimos, lo que conlleva también la desestimación del presente motivo.

**DECIMOCTAVO** El motivo cuarto vuelve a denunciar la vulneración de la presunción de inocencia del recurrente en la medida que se han aplicado los apartados 3º, 5º 6º del artículo 197 en relación con el artículo 28.b), ambos CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777). En el fundamento jurídico primero ya nos hemos ocupado de la prueba de cargo existente en relación con los hechos calificados conforme a los preceptos mencionados, lo que damos por reproducido en el presente. Por otra parte, los errores en la subsunción no son propios de un motivo como el enunciado. Ello se denuncia en el motivo sexto. En cualquier caso, no afecta a la presunción de inocencia el hecho de que en la sociedad actual existan numerosas referencias a la venta por personajes públicos de su intimidad. Tampoco es consistente el argumento relativo a la inexistencia de revelación de secretos por cuanto el contenido del vídeo era ya conocido, pues el bien jurídico protegido en este caso es el derecho a la intimidad, de forma que dicha conculcación tendrá lugar tantas veces cuantas se realice la conducta típica por sujetos sucesivos y distintos, lo que agrava precisamente dicha vulneración.

El motivo se desestima.

**DECIMONOVENO** El motivo quinto denuncia denegación de diligencia de prueba «ex» artículo 850.1 LECrim (LEG 1882, 16). Se refiere a la aportación de la cinta magnetofónica propuesta por la coimputada Sra. Mari Trini a propósito de las conversaciones entre la misma y su anterior abogado defensor relativas a las presiones que se hubiesen podido ejercer sobre ella. Esta cuestión también ha sido tratada y desestimada en el fundamento primero A), a cuyo contenido nos remitimos.

También este motivo debe ser desestimado.

**VIGÉSIMO** El último motivo formalizado por este recurrente utiliza la vía del artículo 849.1 LECrim (LEG 1882, 16) para denunciar la aplicación indebida del artículo 197.3.2 en relación con los apartados 1º, 5º y 6º del mismo precepto y artículo 28.b), todos ellos del CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777).

El recurrente ha sido condenado como cooperador necesario del delito enunciado más arriba, es decir, del delito autónomo de indiscreción, que consiste en difundir, revelar o ceder a terceros las imágenes captadas, con conocimiento de su origen ilícito, y sin

haber tomado parte en su captación. Esta infracción ya fue incorporada por la LO 18/94 (RCL 1994, 3494) al antiguo artículo 497 bis. El tipo exige que el sujeto activo tenga conocimiento del origen ilícito de las imágenes captadas, es decir, debe conocer el acto previo realizado por otros, completando de esta forma el atentado a la intimidad de los mismos. Se califica como autónomo porque el sujeto activo del mismo no ha intervenido en el tipo básico contra la intimidad contemplado en el apartado 1º del artículo 197. Su definición autónoma responde a razones de política criminal, cuales son evitar la impunidad de ciertas conductas ajenas a la vulneración directa del derecho a la intimidad pero que igualmente atentan contra el mismo y son merecedoras de reproche penal. En síntesis, el Legislador establece el límite penal al uso arbitrario e ilegítimo de la libertad de información.

El cooperador necesario es un partícipe en hechos propios de los autores sin cuyo concurso la infracción no se habría realizado, por ello el artículo 28.b) CP considera a este partícipe (cooperador necesario) como autor. Pues bien, el «factum» refleja suficientemente la conducta desplegada por el acusado, a la que ya nos hemos referido anteriormente, sin que exista el error de subsunción que se pretende. La difusión del vídeo tiene lugar porque los autores de la captación de las imágenes son puestos en contacto con los del delito autónomo al que nos hemos referido precisamente por el acusado que contribuye de esta forma a la consumación del tipo de indiscreción. Igualmente le son aplicables los supuestos agravatorios 5º y 6º del artículo 197 (afectar a la vida sexual del perjudicado y concurrir en el mismo un móvil lucrativo) con independencia de que este último no haya sido aplicado a los autores del tipo autónomo de indiscreción, pues el móvil es personal y no tiene porque comunicarse entre los diversos partícipes.

El motivo también debe ser desestimado.

Recurso de Bruno

VIGÉSIMO PRIMERO El primer motivo denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia «ex» artículo 24.2 CE (RCL 1978, 2836). Aduce que siendo su participación en un delito contra la intimidad que consiste en la difusión de los datos obtenidos por otros no existe ni una sola prueba concreta, directa y material, ni un solo indicio respecto del hecho nuclear del tipo delictivo, esto es, de la difusión que se le imputa. También alega que la difusión de los vídeos mediante su remisión al Servicio de Correos no aparece en los hechos objeto de la acusación pública ni de la acusación particular, habiendo modificado el Tribunal los mismos infringiendo el principio acusatorio.

Esta última cuestión carece de cualquier relevancia si tenemos en cuenta que los hechos sustanciales de la acusación han sido respetados por la Audiencia, pues no se vulnera el principio acusatorio cuando aquéllos sólo sufren modificaciones accidentales que en cualquier caso no afectan a la calificación jurídica de los mismos.

En el apartado de la sentencia correspondiente a la participación de este acusado en los hechos es cierto que el Tribunal de instancia razona que «aún cuando no nos conste la forma en que se efectuaron las copias, ni el lugar, etc., lo que sí está acreditado es que el Sr. Bruno recibió materialmente la cinta que fue posteriormente distribuida a terceros,

lo que determina como inferencia lógica y única plausible que la difundió o cedió a terceros».

Como expone la STS 45/03 (RJ 2003, 2524), debemos recordar, en primer lugar, que es Jurisprudencia consolidada del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que el derecho constitucional a la presunción de inocencia puede ser también enervado, a falta de prueba de cargo directa, cuando la convicción judicial se asiente sobre la llamada prueba indiciaria o circunstancial, que precisamente por ello plantea mayores exigencias desde el punto de vista del razonamiento de la conclusión judicial, puesto que tiene por objeto fijar la certeza de unos hechos, los indicios, que por si solos no son constitutivos de delito, de forma que es preciso inferir de aquéllos los constitutivos del hecho penal relevante en su integridad ¿hecho, participación del acusado y circunstancias jurídicamente relevantes?, lo que conlleva la exposición suficiente por el Tribunal de las razones o motivos de su convicción, es decir, el nexo causal y razonable entre los hechos-base acreditados y los constitutivos de la infracción que se trata de probar, constituyendo un proceso lógico similar al previsto hoy para la prueba de presunciones en el artículo 386 LECiv (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) (antes artículos 1249 y 1253 CC [LEG 1889, 27]), siendo la corrección de dicha inferencia revisable en casación como consecuencia necesaria del control sobre la existencia o inexistencia de prueba suficiente de cargo, mediante la denuncia de infracción de precepto constitucional (artículo 5.4 LOPJ [RCL 1985, 1578, 2635] y 852 LECrim vigente). Ello no limita propiamente el alcance del artículo 741 LECrim en relación con la facultad soberana del Tribunal de instancia para apreciar en conciencia las pruebas practicadas, pero sí residencia en la casación la potestad de verificar la existencia de actividad probatoria suficiente, lo que necesariamente determina la revisión del nexo causal cuando aquélla es indiciaria atendiendo a su propia estructura lógica, depurando los verdaderos indicios de las meras conjeturas o sospechas, las diversas consecuencias o alternativas presentes y el número y calidad de los primeros. En síntesis, es preciso tener en cuenta, en primer lugar, la acreditación del hecho-base mediante prueba directa, lo que no es revisable en casación, precisamente «ex» artículo 741 LECrim, que equivale a partir de la declaración fáctica atinente a la existencia de dichos indicios en base a la percepción directa e inmediata de las pruebas tenidas en cuenta por el Tribunal de instancia, ello con independencia de los juicios de valor que se hayan podido introducir por éste y cuya vía de impugnación es la del artículo 849.1 LECrim; en segundo lugar, que la función casacional alcanza la revisión de la razonabilidad del juicio lógico aducido por la Audiencia, lo que equivale a su adecuación a las reglas de la lógica, máximas de experiencia o principios científicos, pero no implica sustituir la inferencia hecha por aquélla por otra distinta (SSTS de 23/2/95 [RJ 1995, 1555], 17/7/96 [RJ 1996, 5916], 24/2/00 [RJ 2000, 1797], 25/1 [RJ 2001, 186] o 22/5/01 [RJ 2001, 5662] y 29/04/02 [RJ 2002, 5123]).

En cuanto a los indicios, en concreto, conforme a la Jurisprudencia de esta Sala, es necesario: a) que estén plenamente acreditados; b) que sean plurales, o excepcionalmente único pero de una singular potencia acreditativa; c) que sean concomitantes al hecho que se trata de probar; y d) que estén interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre si (entre muchas SSTS de 12/7/96 [RJ 1996, 6924], 16/12/96 [RJ 1997, 1123], 14/2/00 [RJ 2000, 481], 11/03/02 [RJ 2002, 3393] y 03/04/02 [RJ 2002, 4346]), no siendo posible su desagregación o consideración

independiente pues la fuerza lógica de la prueba indiciaria descansa sobre su pluralidad convergente en un mismo fin. (STS 575/04).

Pues bien, se ha acreditado por prueba directa que el acusado acudió al domicilio de la coacusada Mari Trini y entregó 50 millones de pesetas a cambio de la cinta; igualmente fue la persona con la que se mantuvieron las conversaciones previas a la venta; participó en la reunión del Hotel Aitana; además de otros indicios de menor intensidad pero que convergen con los anteriores. Una vez vendido el vídeo, los coacusados Mari Trini y Miguel Ángel salieron de España, «y coincidiendo con ésto, comienza a distribuirse el vídeo». Los hechos anteriores, sin forzar las reglas de la lógica y de la experiencia, justifican la conclusión de la Sala de instancia sobre la participación del acusado en la difusión de la cinta (en cualquier caso es un cooperador necesario).

Este motivo debe ser desestimado.

VIGÉSIMO SEGUNDO El segundo motivo denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo 197.3.2 en relación con los apartados 1 y 5 todos ellos CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777). Se alega que los hechos probados no contienen los requisitos objetivos necesarios para su aplicación, es decir, que el acusado fuese autor de la difusión del vídeo. Aduce que las imágenes ya habían abandonado el marco de la privacidad y que lo ya divulgado no puede ser objeto de nueva divulgación a efectos penales, de forma que cometerá el delito sólo la persona que divulgó por vez primera las imágenes.

El motivo debe ser igualmente desestimado.

Ya nos hemos referido a que la tipificación de la difusión, revelación o cesión a terceros de las imágenes captadas ilícitamente protege el derecho a la intimidad y no el secreto, de forma que la vulneración de aquella tiene lugar mediante la realización del acto típico con independencia de que otras personas previamente hayan revelado o difundido el contenido de imágenes que afectan a la intimidad del perjudicado.

Recurso De Juan Antonio

VIGÉSIMO TERCERO Este recurrente ha formalizado 56 motivos (ha renunciado al 31, 37 y 40 y el 33 no figura relacionado). Por razones de sistemática casacional vamos a comenzar el examen de los mismos por los que se amparan en el artículo 850.1 LECrim (LEG 1882, 16) (5 al 14, 36 y 38).

Con carácter general, sintetizando la doctrina del TC y del TS, debemos señalar a propósito de este vicio «in procedendo» que el derecho a la prueba no es absoluto o ilimitado sino que corresponde al Tribunal de instancia valorar la pertinencia o impertinencia de la propuesta, conforme dispone el artículo 659 LECrim. Una prueba es pertinente cuando guarda relación con lo que es el objeto del juicio y con lo que constituye el «thema decidendi», material y funcionalmente, sea desde el punto de vista de la acusación o de la defensa, refiriéndose por ello a la aptitud de la misma para formar la definitiva convicción del Tribunal. Concepto distinto, aunque interdependiente, es el de su necesidad o relevancia, es decir, su capacidad para modificar dicha convicción. La pertinencia por ello es un juicio previo del Tribunal sobre la relación del medio propuesto con el objeto del juicio, mientras que su relevancia es un juicio «a posteriori» sobre su

necesidad o utilidad a la vista del acervo probatorio existente. Por ello no toda prueba objetivamente pertinente es relevante para influir en la convicción del Tribunal cuando ésta ya se ha formado o puede formarse con suficiente seguridad a la vista de las pruebas pertinentes admitidas y practicadas, lo que especialmente incide a propósito de la suspensión del juicio oral (artículo 746.3 LECrim), aunque no exclusivamente (limitación del número de testigos o de diligencias repetitivas cuando el hecho a probar o negar resulte ya confirmado o negado con seguridad según el juicio del Tribunal). Por ello es exigible la razonabilidad de la decisión que tiene que ser expuesta o motivada para que sea posible su revisión ulterior. Desde el punto de vista de las partes ello conlleva también la exigencia de justificar su pertinencia y necesidad y la formulación de la protesta cuando es denegada, todo ello como consecuencia de la proscripción de la indefensión. Perspectiva constitucional de este quebrantamiento de forma que recoge la Constitución (RCL 1978, 2836) en el artículo 24.2 cuando proclama el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa.

Teniendo en cuenta la doctrina anterior los motivos enunciados deben ser desestimados.

A. El quinto se refiere a la testifical del Sr. Carlos Daniel «pues afectaba a la verosimilitud de otros testimonios». Su finalidad era «contribuir a un mejor esclarecimiento si no de los propios hechos sí de las personas que hubieran participado en los mismos, y su testimonio, valorado con el conjunto de testimonios oídos hubiera podido reforzar el contenido o verosimilitud de otros». Se trataba de las conversaciones de este testigo con Don Evaristo «en las que existieron amenazas». Se trata de una diligencia de prueba impertinente porque no guarda relación material directa ni indirecta con los hechos objeto de la acusación, que consisten sintéticamente en imputar al recurrente la compra del vídeo, conociendo su origen ilícito, y la posterior difusión del mismo (conducta típica del artículo 197.3.2 CP [RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777]). Suponer su influencia en la convicción del Tribunal es una mera especulación. Por otra parte tampoco es relevante si tenemos en cuenta que los medios probatorios que ha tenido en cuenta la Audiencia son en cualquier caso ajenos a dicha conversación. Debemos señalar también que la falta de motivación, o su insuficiencia, del Tribunal de instancia sobre la denegación de una diligencia de prueba puede ser subsanada en este trámite de casación por cuanto sería absolutamente desproporcionado declarar la nulidad del juicio cuando las razones para la negativa son evidentes.

B. El sexto motivo también denuncia la denegación de la testifical del Sr. Juan María. Igualmente se refiere a conversaciones del mismo con el Presidente y otros directivos de El Mundo y la conversación que mantuvieron sobre el vídeo. Debemos dar por reproducido lo dicho anteriormente, la falta de relación material directa o indirecta y de relevancia de dicho testimonio. En cualquier caso, las conversaciones aludidas no son incompatibles con los hechos que constituyen el objeto de las acusaciones.

C. Los motivos séptimo y octavo demandan la prueba testifical del Sr. Juan Ignacio, Ministro del Interior a la sazón, y del Sr. Pedro Jesús, su Jefe de Prensa. Se trata de acreditar que el denunciante llamó por teléfono al testigo para que éste ordenase la intervención de los vídeos en la estafeta de correos. Con independencia de lo ya dicho en relación con esta cuestión en el fundamento jurídico quinto A), lo cierto es que de la existencia de la llamada no puede derivarse tampoco la irregularidad procesal que se

pretende, teniendo en cuenta lo ya señalado más arriba. Por ello la impertinencia de estas diligencias es también evidente.

D. Los motivos noveno y décimo denuncian el quebrantamiento por no haberse admitido la declaración testifical del «maitre» del restaurante La Fragata y un camarero del mismo, con la finalidad de justificar si dos periodistas del diario que dirigía el acusador particular comieron dos o tres veces en dicho restaurante con el hoy recurrente. Sin embargo, ello carece también de trascendencia procesal pues no es insólito que partes procesalmente enfrentadas se reúnan para tratar el objeto de la controversia.

E. Los motivos undécimo, duodécimo y decimotercero, en relación con determinados documentos de la Fiscalía y la testifical del Fiscal General del Estado, carecen de cualquier relación material directa o indirecta con los hechos, pues se trata de cuestiones internas de la Fiscalía que comportan juicios sobre la posible calificación de los hechos.

F. El motivo decimocuarto impugna la denegación de la prueba testifical del responsable del Servicio de Cardiología del Hospital Universitario Clínico de San Carlos de Madrid, «siendo su objeto el que el Sr. Juan Antonio no se encontraba en condiciones de celebrar el presente juicio». Este motivo, que más adelante se reproduce desde otra perspectiva casacional, carece desde luego de interés en este momento procesal teniendo en cuenta que no se constata incidencia relevante alguna que hubiese menoscabado la defensa del recurrente en el acto del juicio oral. Si el fundamento último del quebrantamiento de forma es la necesidad de preservar la defensa de la parte, cuando ésta no ha padecido limitación objetiva alguna el motivo no es estimable.

G. El motivo trigesimosexto se queja de la denegación de diligencia de prueba, formulada al amparo del artículo 729.3 LECrim, consistente en documental de los números 2, 11 y 12 de la revista «Dígame». Esta prueba se solicita en relación con el interrogatorio del coimputado Óscar «para acreditar la veracidad o falsedad de lo declarado», en relación con una pregunta cuyo contenido se refería a descalificaciones del perjudicado «divergentes de lo que venía manifestando en el juicio». El coimputado había manifestado que «exactamente no sabe o no recuerda lo que le está diciendo porque escribe todos los días».

El artículo 729.3 LECrim, excepcionalmente (frente a la regla del artículo 728 precedente) autoriza las diligencias de prueba de cualquier clase que en el acto ofrezcan las partes para acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de la declaración de un testigo, si el Tribunal las considera admisibles. Con independencia de la inutilidad del contenido de la prueba interesada en relación con el objeto del juicio, debemos señalar que tampoco sería aplicable dicha excepción procesal en la medida que no se trata de la declaración de un testigo sino de un coimputado y no es posible sin más asimilar a estos efectos una y otra teniendo en cuenta las condiciones procesales en que se prestan y las distintas exigencias a propósito de su valoración y consecuencias de un inveracidad. El fundamento de esta diligencia de prueba excepcional hay que ponerlo en relación con la exclusión en el proceso penal del incidente de tacha de testigos, pues «ex» artículo 741 LECrim es el propio Tribunal, directamente mediando la inmediatez, quien percibe por sí mismo la solvencia del testigo. Sin embargo, ello no puede ser suficiente si concurren hechos objetivos, obstativos de la veracidad de un testimonio. Por ello, en línea de principio no es aplicable dicha facultad excepcional cuando se trata de la

declaración de un coimputado. Por otra parte, difícilmente es recurrible en casación la decisión del Tribunal contraria a la admisibilidad de tal diligencia de prueba como consecuencia de la íntima relación que guarda con el contenido del artículo 741 LECrim.

H. Por último, el motivo trigesimooctavo, denuncia la denegación de otra diligencia de prueba testifical, también con invocación del artículo 729.3 LECrim, la del testigo Eugenio. Igualmente con ello se trata de «acreditar la falta de verosimilitud» de las manifestaciones del coimputado Óscar, aduciendo su «capacidad de fabulación» y «la nula credibilidad por ende de sus manifestaciones». Vale lo dicho anteriormente en relación con el alcance del artículo 729.3 LECrim. Debemos añadir que el juicio sobre la credibilidad de un coimputado corresponde al Tribunal de instancia tras oírle en el Plenario y que en todo caso la verosimilitud de lo declarado por el mismo debe guardar relación con los hechos objeto del juicio y no con otras manifestaciones o declaraciones ajenas al mismo.

VIGÉSIMOCUARTO Ahora corresponde examinar los motivos formalizados «ex» artículo 850.4 LECrim (LEG 1882, 16) (15 al 30 y 32 a 35).

El concepto de impertinencia aplicado a una pregunta no es distinto que cuando se refiere a una diligencia de prueba. Este apartado del artículo 850 LECrim hay que ponerlo en relación con el 709 LECrim, cuyo párrafo 1º establece que el Presidente no permitirá que el testigo conteste a preguntas o repreguntas capciosas, sugestivas o impertinentes. La propia Ley subraya especialmente la interdependencia en este caso entre pertinencia y necesidad o utilidad de la prueba cuando dice que sólo habrá lugar al quebrantamiento cuando la pregunta además de ser pertinente tenga verdadera importancia para el resultado del juicio ver lo ya dicho a este respecto en el fundamento primero C), valoración que corresponde al Tribunal de instancia. La Jurisprudencia se refiere a la congruencia de la pregunta con los puntos debatidos, debiendo rechazarse las que no puedan influir en el fallo definitivo. El objeto de la prueba son las alegaciones de los hechos determinantes de la pretensión o los hechos que sustentan la acusación, debiendo tenerse en cuenta que en el proceso penal todos los hechos son formalmente controvertidos por exigencia de la presunción de inocencia. Una pregunta será impertinente cuando no se enderece directamente a la afirmación o negación de los hechos alegados. Indirectamente sólo será pertinente cuando se dirija a afirmar o negar otro hecho incompatible con los alegados por la acusación. En la medida que además es necesario que pueda influir en el resultado del juicio el juicio de valor del Tribunal no puede prescindir de la fuerza probatoria que le merezcan los distintos medios de prueba practicados. El interrogatorio a un imputado cuyo objeto es debilitar su credibilidad debe tener relación directa o indirecta, como ya hemos señalado, con los hechos, pues de lo contrario el mismo no es trascendente para modificar el resultado del juicio, por tratarse de cuestiones ajenas al mismo.

También estos motivos deben ser desestimados.

A. Los numerados del decimoquinto al vigesimoquinto, se refieren a preguntas tachadas de impertinentes por el Tribunal dirigidas al coimputado Óscar. Y ciertamente lo son teniendo en cuenta lo señalado más arriba. Así, la relativa a la reunión con miembros de la oposición guineana; si a la cena a la que asistieron los Sres. Mariano, Evaristo y Santiago, asistió también el Sr. Juan Antonio; si a la misma asistió el Sr. Eloy y el Sr.

Pablo, hablando en la misma del vídeo; si le ofrecieron al Sr. Óscar en algún momento la devolución del patrimonio de Falange; si puede explicar las razones que le dieron cuando ha dicho «que se le indicó que levantara el pie del acelerador respecto al desprestigio del Sr. Franco»; las relacionadas con la revista «Tiempo»; si fue al despacho del Sr. Juan Antonio a chantajearle; si hizo lo propio acudiendo al despacho Don Evaristo; o al Don Santiago; o «si fue maltratado y humillado en el diario YA cómo es posible que volviera a trabajar en una revista en la que él dice que el Sr. Juan Antonio era el dueño».

Además, la falta de verdadera importancia para el resultado del juicio de esta batería de preguntas es más patente en la medida que la participación en los hechos del Sr. Juan Antonio no la ha basado la Audiencia en la declaración del coimputado Óscar, como se desprende del apartado correspondiente del fundamento jurídico tercero de la sentencia sobre la participación de los acusados.

B) Los motivos vigesimosexto a trigésimo se refieren a preguntas realizadas a la coacusada Mari Trini: si recibió una llamada Don Ildefonso ofreciéndole el perdón del Sr. Octavio; si le dijeron que el visionado del vídeo iba a ser a puerta cerrada «porque ya lo tenían todo arreglado con la Sala»; si Don Ildefonso (su anterior Abogado) «le dijo telefónicamente que si ella no aceptaba, la Sala ya la tenía comprada el Sr. Octavio»; si el Don Ildefonso le pidió que renunciara a su testimonio «basándose en que podía acogerse al secreto profesional y que ella no le liberaría de ese secreto»; o que si Don Claudio e Íñigo la estuvieron presionando. La falta de aptitud de dichas preguntas para modificar el resultado del juicio es consecuencia de la credibilidad que ha otorgado el Tribunal a la declaración de la coimputada ante el Juez de Instrucción realizada con todas las formalidades legales, cuestión de la que ya nos hemos ocupado al examinar el recurso de la misma. Pero es que además existe otra extensa relación de pruebas de cargo que ha tenido en cuenta la Audiencia para corroborar la declaración de dicha coimputada y justificar la participación del recurrente en los hechos, luego dicha denegación no es injustificada.

C. Los motivos 32, 34 y 35 (el 31 fue renunciado y del 32 se pasa al 34) contienen preguntas dirigidas al denunciante atinentes a su conocimiento de Esteban (que también firmaba como Millán) y si ha cenado en casa del Sr. Juan Antonio. Las dos primeras tienen que ver con la falta de imparcialidad de la Presidente del Tribunal, teniendo en cuenta la relación existente entre ella y la persona mencionada, lo que ya dió lugar al correspondiente incidente de recusación resuelto en sentido negativo, luego la pregunta carecía de aptitud para modificar una decisión que ya había sido adoptada por el Órgano competente y que por ello no iba a influir en el resultado del juicio. Cuestión distinta es que vuelva a reproducirse en otros motivos del recurso la cuestión «ex» artículo 851.6 LECrim (motivos 41 y siguientes) y por la vía constitucional del derecho al proceso debido con todas las garantías y al Juez imparcial (motivos 49 y 50). Pero ello no quiere decir que la pregunta fuese denegada indebidamente cuando el hecho del conocimiento forzoso es admitir que era conocido. La pregunta trigesimoquinta resulta igualmente intrascendente desde el punto de vista procesal pues no afecta directa ni indirectamente al contenido de los hechos alegados por la acusación.

VIGÉSIMO QUINTO El motivo trigesimonoveno aduce el amparo del artículo 851.1 LECrim (LEG 1882, 16) para denunciar el quebrantamiento de forma inmanente a la sentencia de falta de claridad en los hechos probados. Alega el recurrente que aquélla

«se limita a describir el resultado de las pruebas sin afirmación del Juzgador y carece de supuestos fácticos de contenido delictivo respecto del mismo», de esta forma existe un vacío fáctico no subsanado tampoco en los fundamentos jurídicos.

Este motivo también debe ser desestimado.

La falta de claridad tiene un alcance gramatical y es consecuencia de una redacción del «factum» incomprensible, ambiguo, impreciso, equívoco o de la omisión de elementos fácticos que provocan alguna de dichas consecuencias, afectando de esta forma a la calificación jurídica que deviene así imposible o extremadamente dificultosa. Ahora bien, la falta de claridad no puede confundirse con los errores en la subsunción jurídica de los hechos, que afectan a la correcta aplicación del derecho, ni tampoco es posible fragmentar el resultado fáctico o trocearlo para alcanzar dialécticamente la conclusión de la falta de claridad, como sucede en el desarrollo del presente motivo.

En el hecho probado se constata, y debemos partir a estos efectos de la descripción de la conducta típica, que « Bruno, junto con un grupo de personas entre las que se hallaba Juan Antonio, al tener conocimiento de la existencia del vídeo decidieron iniciar las negociaciones para su adquisición, con la idea de distribuirlo y así desprestigiar al Sr. Octavio»; más adelante se afirma que «Miguel Ángel (se refiere al coacusado Miguel Ángel) alquiló una habitación en el Hotel Aitana de Madrid; el Sr. Bruno acudió con el acusado Juan Antonio, quien ofreció doscientos millones en efectivo y otros cien aplazados»; más adelante «ese lunes Miguel Ángel llamó por teléfono a Raúl para decirle que el vídeo estaba vendido a Juan Antonio»; luego «las personas que compraron el vídeo, entre las que se hallaban Bruno y Juan Antonio, quienes sabían que se había grabado furtivamente sin autorización del Sr. Octavio, procedieron a su difusión a través de copias que fueron remitidas desde Correos a distintas personalidades de la política, de Instituciones del Estado, de la banca, de medios de comunicación, así como a familiares y personas del entorno privado del Sr. Octavio»; por último, se dice «se incautaron 18 sobres que contenían las cintas, con remitente falso; en días posteriores se remitieron al Juzgado cintas que habían sido enviadas a instituciones como el Defensor del Pueblo, el Tribunal Constitucional y la Fiscalía General del Estado». Pues bien, la falta de claridad que se denuncia es inexistente a la vista de los entrecomillados anteriores que guardan la debida relación con el resto no entrecomillado del «factum», hasta describir la secuencia completa de los hechos probados. Se podrá discutir si los hechos aplicables al recurrente son o no subsumibles en el delito calificado, como hacen los primeros motivos que después examinaremos, pero no que el relato no sea perfectamente entendible.

VIGÉSIMO SEXTO Los siguientes motivos cuadragésimoprimero a cuadragésimoquinto, «ex» artículo 851.6 LECrim (LEG 1882, 16), denuncian haber concurrido a dictar sentencia Magistrado/s cuya recusación, intentada en tiempo y forma, y fundada en causa legal, se hubiese rechazado.

A. El primer motivo mencionado se refiere a la recusación formulada contra la Presidenta y Ponente de la causa por los números 1º y 8º, (aunque en el desarrollo del motivo se comprende igualmente el 9º) del artículo 219 de la LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) (versión anterior a la LO 19/03 [RCL 2003, 3008]) en fecha 26/04/02, desestimada el 19/06 del mismo año. Esta recusación se fundaba en el hecho «de que la Magistrada

mantiene relación asimilable al vínculo matrimonial con periodista que trabaja en el diario que dirige el perjudicado en la causa y acusador particular y posible amistad o enemistad con las partes así como interés directo o indirecto en el pleito». Fue rechazada antes del comienzo de las sesiones del juicio oral, reproducida en el trámite de cuestiones previas, formulando nuevamente la recusación en este acto. En síntesis, el recurrente cuestionaba la imparcialidad de uno de los miembros del Tribunal por su posible contaminación en beneficio de la acusación particular, lo que afectaba al derecho fundamental al Juez imparcial. Sostiene el recurso que «la mera sospecha es suficiente y que cuando menos había un cierto fundamento en esas sospechas de prejuicio, lo que se evidencia del hecho de que el propio Ministerio Público informó a favor de esa recusación y otras dos defensas se adhirieron».

Con carácter general el Tribunal Constitucional (STC 69/01 [RTC 2001, 69], que se remite a multitud de resoluciones precedentes y del T.E.D.H., fundamento jurídico duodécimo) ha señalado que, «para que, en garantía de la imparcialidad, un Juez pueda ser apartado del conocimiento concreto de un asunto, es siempre preciso que existan sospechas objetivamente justificadas, es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos, que permitan afirmar fundadamente que el Juez no es ajeno a la causa, o que permitan temer que, por cualquier relación con el caso concreto, no utilizará como criterio de juicio el previsto por la Ley, sino otras consideraciones ajenas al Ordenamiento jurídico. Por más que hayamos reconocido que en este ámbito las apariencias son importantes, porque lo que está en juego es la confianza que, en una sociedad democrática, los Tribunales deben inspirar al acusado y al resto de los ciudadanos, no basta para apartar a un determinado Juez del conocimiento de un asunto que las sospechas o dudas sobre su imparcialidad surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar, caso a caso, más allá de la simple opinión del acusado, si las mismas alcanzan una consistencia tal que permita afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas». Por otra parte, es preciso partir en esta materia, según doctrina del propio Tribunal Constitucional y del T.E.D.H. (por ejemplo, S. 1996/27 [TEDH 1996, 27], caso Pullar, y con anterioridad caso De Cubber y caso Piersack, SSTEDH, respectivamente, de 26/10/84 [TEDH 1984, 14] y 01/10/82 [TEDH 1982, 6]), del principio según el cual debe presumirse que un Tribunal está exento de prejuicio o de parcialidad y las sospechas sobre la idoneidad del Juez han de ser probadas, lo que refleja un elemento importante de la preeminencia del Derecho, cual es «que el veredicto de un Tribunal es definitivo y con fuerza obligatoria, a no ser que sea revocado por una Jurisdicción superior por vicios de procedimiento o de fondo» (STC 136/99 [RTC 1999, 136], fundamento noveno, citada en la 69/01 (RTC 2001, 69)). Pues bien, el instrumento para asegurar la imparcialidad del órgano judicial son las causas de abstención y recusación que figuran en las Leyes. La Jurisprudencia constitucional distingue, a este respecto, entre las causas que afectan a la imparcialidad subjetiva, que se refieren a las dudas que pueden suscitar las relaciones del Juez con las partes, y las objetivas, donde se comprenden aquellas otras relaciones que evidencian el nexo del Juez con el objeto del proceso.

En relación con la legalidad ordinaria atinente a esta cuestión, el Tribunal Supremo (Auto del Pleno de la Sala de 17/06/04) ha sentado como doctrina que «el instituto de la recusación está llamado a velar por aquella esencial garantía del procedimiento que no es otra que la de la imparcialidad de quien juzga, erigida, como no podía ser menos, en requisito imprescindible de un proceso justo y que forma parte, en ese sentido, no sólo

de las previsiones implícitas en el artículo 24.2 de nuestra Constitución (RCL 1978, 2836) (STC de 9 de mayo de 1994 [RTC 1994, 138], por ejemplo), sino también en otras normas de carácter supranacional, suscritas por nuestro país, tales como el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 (LEG 1948, 1), el 6.1 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 (RCL 1979, 2421) o el 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (RCL 1977, 893)». También tenemos en cuenta la copiosa doctrina, tanto del Tribunal Supremo como del Constitucional y del Europeo de Derechos Humanos, «que alude insistentemente a la necesidad de una interpretación de los supuestos previstos en la Ley positiva acorde con la garantía constitucional de la preservación de una verdadera y sustancial imparcialidad del Juez», distinguiendo también entre la denominada imparcialidad subjetiva y la objetiva. Siguiendo esta línea, el Auto mencionado expone que «en este sentido debemos subrayar que el derecho vigente ha objetivado, en un catálogo extenso, los supuestos en los que el Juez no reúne las condiciones que, en una sociedad democrática de Derecho, permiten considerarlo como Juzgador imparcial. Tal extensa enumeración de las causas de abstención y recusación, referida a los casos en los que la imparcialidad resulta comprometida, no puede ser susceptible, lógicamente, de una interpretación que suponga la creación de causas inexistentes, al tratarse de una materia que afecta a la propia seguridad jurídica, respecto de la composición legalmente preordenada del Tribunal. Esta especial configuración normativa en nuestro Derecho, mediante una enumeración pormenorizada de causas, se diferencia de otros sistemas legales que sólo establecen una cláusula general, a concretar jurisprudencialmente en cada caso (par. 24.2 de la Ley Procesal alemana, por ejemplo), teniendo que considerar el contenido del artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por tanto, como suficiente, en principio, para satisfacer el cumplimiento de las condiciones objetivas de imparcialidad, máxime cuando, a las ventajas que se derivan de una concreción positiva que excluye cualquier sensación de inseguridad, se une la evidente coincidencia entre este desarrollo legal y el que las Jurisprudencias, tanto nacionales como supranacionales, han alcanzado como producto de su elaboración doctrinal. Se puede por tanto, afirmar que, resultando en lo substancial la imparcialidad una actitud subjetiva de quien es llamado a juzgar, pues eso es lo que en verdad interesa a la hora de preservar las condiciones iniciales necesarias para una decisión justa, su ausencia tan sólo puede resultar proclamada, cuando de examinar externamente la procedencia de una recusación se trata, con base en la concurrencia de circunstancias de carácter objetivo, que son, precisamente, las contenidas en la norma positiva que esta materia regula».

La causa 1ª del artículo 219 LOPJ se refiere al vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y al parentesco por consaguinidad o afinidad dentro del cuarto grado con cualquiera de los expresados en el artículo anterior (hoy con las partes o el representante del Ministerio Fiscal). Pues bien, el propio recurrente admite que no se dan las condiciones exigibles para esta causa de recusación en la medida que las relaciones mencionadas no se establecen entre la Magistrada cuya recusación se pretende y las partes mencionadas en el artículo 218 LOPJ sino entre aquélla y una persona que trabajaba para una de las partes. Por ello acude a la causa 8ª que tiene lugar en los casos de amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de los expresados también en el artículo anterior, amistad por extensión que deduce el recurrente de la condición de trabajador al servicio del perjudicado durante años del compañero de la

Magistrada. También alude a su posible enemistad hacia el recusante, subrayando especialmente que éste estuvo muy enfrentado a la Magistrada cuando ella presidía la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Vizcaya en el marco de las apelaciones que resolvía en relación con determinado asunto de su competencia, llegando incluso a recusarla por el mismo motivo que aquí se alega. En relación con esto último, debemos señalar que la recusación así planteada es improsperable por cuanto se refiere a decisiones jurisdiccionales, que ciertamente pueden ser contrarias a los intereses del hoy recurrente, en el ejercicio de sus funciones procesales y no se ha probado que las mismas fuesen injustas o que estuviesen presididas por un interés ajeno a la correcta aplicación de la Ley, lo cual, como ya hemos señalado, debe presumirse. En cuanto a la alegación anterior, amistad por extensión teniendo en cuenta la relación laboral de su pareja, estamos ante su supuesto de imparcialidad subjetiva, es cierto que de muy difícil acreditación, pero en cualquier caso debe basarse en algún elemento objetivo que pueda colorear de cierta consistencia la mera sospecha. Sin embargo, debemos pasar por el hecho que el compañero de la Magistrada, Sr. Esteban, «desde noviembre de 2001 ya no trabajaba en el diario El Mundo que dirige el acusador particular». El recurrente aduce que la causa subsistiría aún en este caso. Sin embargo, debemos volver al principio que proclama la presunción de imparcialidad y si la relación laboral que servía de fundamento a la alegación ha dejado de existir se trata ya de una mera sospecha sin consistencia suficiente para afirmar la certeza de la causa alegada, cuando además tampoco se aduce la causa del cese laboral. Por último, el motivo insiste en que la recusada podía tener interés directo o indirecto en la causa. Conforme al núm. 9 del artículo mencionado (hoy 10) esta causa de recusación tiene un tinte más objetivo en cuanto afecta a la relación previa del Juez con el objeto del proceso. Precisamente por ello su consideración pasa por establecer una conexión entre el mismo y dicho objeto. Podría sostenerse que la relación laboral de su pareja con el denunciante era suficiente a estos efectos. Sin embargo, la extinción de aquélla en la fecha señalada más arriba hace desaparecer dicha conexión y por ello no puede sostenerse objetivamente la existencia del interés a que se refiere el artículo mencionado.

Este motivo, por todo ello, debe ser desestimado.

B. El motivo cuadragésimosegundo se refiere a la recusación formulada contra los tres Magistrados del Tribunal en fecha 25/06/02 por las causas previstas en los números 4º y 9º del artículo 219 LOPJ, siendo desestimada «a limine».

Alega el recurrente que la mañana en que debía comenzar el juicio fue ingresado en un Hospital por dolencias de índole cardíaca; llegado el momento del inicio de las sesiones, en ausencia del acusado, que se defendía así mismo, el Tribunal resolvió no suspender la vista e iniciarla dos días después; el día siguiente el recurrente presentó querrela por entender que la decisión del Tribunal era constitutiva de prevaricación y limitación en el ejercicio de los derechos cívicos, formulando simultáneamente recusación contra los Magistrados, acreditando la interposición de la querrela, inadmitida «a limine»; se reprodujo en el trámite de cuestiones previas.

Sostiene el recurrente que se ha vulnerado el derecho fundamental al Juez imparcial cuando se rechaza «a limine» un incidente de recusación que ha sido formulado en tiempo y forma.

Ha señalado el Tribunal Constitucional (SSTC 47/82 [RTC 1982, 47], 234/94 [RTC 1994, 234] y más recientemente 155/02 [RTC 2002, 155]) que el derecho a formular recusaciones comprende, en línea de principio, la necesidad de que la pretensión formulada se sustancie a través del proceso prevenido en la Ley con este fin y que la cuestión así propuesta no sea enjuiciada por los mismos Jueces objeto de recusación, sino por aquellos otros a que la Ley defiera el examen de la cuestión, siendo la regla general que el órgano recusado ha de dar curso a la recusación para que sea examinada por un órgano distinto. Sin embargo, esta regla general tiene excepciones en casos muy excepcionales en que puede rechazarse de plano la recusación por el propio órgano recusado, lo que resulta constitucionalmente admisible. Así, cuando se propone por quien no es parte en el proceso o falta alguno de los presupuestos de admisibilidad, incumplimiento de requisitos formales que afectan a la esencia del procedimiento, cuando no se alega la causa en que legítimamente puede fundarse o cuando no se establecen los hechos que le sirven de fundamento. De forma que excepcionalmente, además de la causa prevista en el artículo 223 LOPJ, versión anterior a la LO 19/03, (extemporaneidad), el propio recusado puede rechazar «a limine» su propia recusación, cuando es patente que la misma responde a fines espurios y es contraria a la buena fe, por entrañar abuso de derecho y fraude legal, teniendo ello amparo en el artículo 11.2 LOPJ y artículos 124 y 126 CE en cuanto proclaman el derecho al Juez natural predeterminado por la Ley.

Con independencia de lo anterior, la denuncia carecería de objeto en la medida que la querrela fue inadmitida por el Órgano judicial competente, lo que significa que la duda suscitada al recurrente acerca del carácter delictivo de la decisión del Tribunal quedó despejada en el transcurso del proceso judicial, es decir, la cuestión sobre si se había vulnerado o no el derecho a un Juez imparcial fue resuelta en sentido contrario a la pretensión del recurrente, luego el incidente de recusación se hubiese resuelto en el mismo sentido.

El número 4º del artículo 219 LOPJ, después de la reforma llevada a cabo por la LO 19/03, significativamente, establece que no basta estar o haber sido denunciado o acusado por alguna de las partes como responsable de algún delito o falta el Juez o Magistrado, sino que es necesario que la denuncia o acusación hubieran dado lugar a la incoación de procedimiento penal y éste no hubiera terminado por sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento, cuyo fundamento precisamente es erradicar acusaciones o denuncias temerarias o sin base cuya única finalidad es apartar del juicio al Juez o Magistrado.

El motivo se desestima.

C. Los tres motivos que nos restan enunciados en el presente fundamento, 43, 44 y 45, deben ser igualmente desestimados en cuanto tienen el mismo fundamento que el anterior, refiriéndose a recusaciones distintas contra los tres Magistrados del Tribunal por las causas contempladas en los números 4, 8 y 9 LOPJ. Las recusaciones se formulan como consecuencia de la interposición de otras tantas querrelas que denunciaban los hechos consistentes en la inadmisión «a limine» de las recusaciones previamente formuladas. A ello se añadía la enemistad manifiesta al recurrente por parte de la Presidenta del Tribunal (cuestión a la que ya nos hemos referido en el apartado A). En la

medida que el recurrente da por reproducidos sus argumentos debemos ratificar la respuesta ya dada al examinar los motivos anteriores.

VIGÉSIMO SÉPTIMO Los motivos 49, 50 y 52 son complementarios de los precedentes por quebrantamiento de forma (denegación de diligencias de prueba, preguntas impertinentes y haber concurrido a dictar sentencia Magistrado/s cuya recusación hubiese sido rechazada). Se formalizan al amparo del artículo 5.4 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) por vulneración del artículo 24.2 CE (RCL 1978, 2836): del derecho al proceso debido con todas las garantías y al Juez imparcial y a formular recusación y derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa. Promulgada la Constitución las infracciones procesales pueden constituir vulneración de los derechos constitucionales relacionados fundamentalmente en el artículo 24.2 CE, lo que además de abrir una nueva vía casacional (artículo 5.4 LOPJ y 852 LECrim [LEG 1882, 16]) significa una consideración más amplia del quebrantamiento de forma. El desarrollo de estos motivos coincide con el de los precedentes por quebrantamiento de forma, subrayando especialmente su dimensión constitucional. Sin embargo, al dar respuesta a los mismos hemos tenido en cuenta esta perspectiva. Los quebrantamientos de forma del artículo 850.1 y 4 LECrim tiene como fundamento el derecho de defensa de la parte que lo denuncia. Sin embargo, el derecho a utilizar los medios de prueba hemos señalado reiteradamente, y también el Tribunal Constitucional, no es absoluto e ilimitado sino sujeto a las facultades que la Ley de Enjuiciamiento Criminal confiere al Tribunal de instancia, de forma que el criterio de la pertinencia y relevancia de la prueba forma parte del contenido del derecho que por ello debe entenderse como de configuración legal. En este sentido, si la Audiencia no ha decidido arbitrariamente sobre la denegación de la prueba propuesta o de determinadas preguntas formuladas a los acusados o testigos, no es posible entender que el derecho fundamental que ahora se invoca se haya vulnerado, por lo que debemos dar por reproducidos los contenidos de los fundamentos precedentes sobre esta cuestión.

En relación con el derecho al Juez imparcial y a formular recusación debe señalarse otro tanto. Al responder a los motivos cuadragésimoprimeros a cuadragésimoquinto hemos fijado el alcance del derecho al Juez imparcial en la medida que con expresa cita de la doctrina del Tribunal Constitucional hemos dicho cuándo el Juez puede ser apartado del conocimiento del caso y cuándo media una causa legal de recusación. En cuanto al derecho a formular recusación, como integrado en el más amplio del derecho al proceso con todas las garantías, es evidente que no le ha sido cercenado al recurrente que ha promovido los correspondientes incidentes de recusación y precisamente porque el derecho a recusar tiene trascendencia constitucional la decisión de tal incidente en la instancia no impide su ulterior planteamiento al Tribunal de instancia (en este caso en la fase procesal de planteamiento de cuestiones previas) y como motivo de casación, como así ha sucedido.

Por todo ello estos tres motivos también deben ser desestimados.

VIGÉSIMO OCTAVO El motivo formalizado en cuadragésimosexto lugar denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia del acusado «ex» artículo 24.2 CE (RCL 1978, 2836). Sostiene en su desarrollo que los hechos constitutivos de la pretensión penal frente al mismo no han sido probados, vulnerándose el derecho

fundamental invocado. Subraya especialmente que los hechos que constituyen la conducta típica se contraen a «la difusión del vídeo conteniendo la intimidad de dos personas hecha a través de envíos postales», por lo que cualesquiera otros hechos, aún acreditados, serían inanes en relación con las pretensiones acusadoras. A continuación el motivo se extiende en analizar los medios de cargo tenidos en cuenta por la Audiencia para alcanzar su conclusión sobre la participación del acusado. También afirma que incluso la compra del vídeo no forma parte de aquélla. Este planteamiento, los hechos a probar son los relativos a la difusión del vídeo, es correcto. Sin embargo, la prueba de cargo puede ser no sólo directa sino igualmente indirecta o circunstancial. Respecto de las condiciones de esta última debemos dar por reproducidos los argumentos expuestos al responder en el fundamento vigesimoprimeró al primero de los motivos del coacusado Bruno.

Decíamos más arriba que el motivo relaciona y expone individualmente los medios de prueba citados por la Audiencia como de cargo (fundamento de derecho tercero, apartado referido a la participación del acusado). Así, la declaración de la coacusada Mari Trini estima que no acredita su participación en la difusión del vídeo sino que se refiere a su participación en unas negociaciones previas a ello, lo que extiende al contenido de la agenda, que debemos insistir más que de una prueba autónoma complementa la propia declaración de la imputada citada (ya nos hemos referido a su validez como prueba de cargo); la declaración del testigo Raúl afirma que es de referencia; la declaración del empleado del Hotel Aitana sólo justifica que el acusado acudió a dicho establecimiento; el cruce de llamadas entre éste y el coacusado Miguel Ángel de 01/10/97 tampoco es expresiva de la participación en los hechos típicos; de la misma forma que el hecho de que éste coacusado tuviese el teléfono del recurrente; o la declaración del testigo Sr. Blas que se refiere al vídeo recibido en el diario YA; o los demás hechos relacionados por el Tribunal. También se refiere a las declaraciones del coacusado Óscar y del testigo Carlos Francisco en el juicio oral, en principio de cargo, pero que una vez realizadas constituyen prueba a favor de la defensa.

Sin embargo, no es posible desagregar o fragmentar el análisis de los indicios, como hace el recurrente. Aisladamente considerados no son hechos típicos pero precisamente la especial consistencia de la fuerza probatoria de la prueba indiciaria estriba en la convergencia de los mismos en la dirección del hecho presunto. Un testimonio extenso (como el de la coacusada Mari Trini) implica muchas veces percepciones directas y referenciales que no pueden ser aisladas: la valoración debe hacerse conjuntamente cuidando desde luego que las meras referencias estén corroboradas internamente o acudiendo a otros medios probatorios (en este sentido debemos tener en cuenta los razonamientos expresados por la Audiencia en el fundamento de derecho tercero e igualmente en el apartado d) del fundamento de derecho primero, «acerca del tercer intento de venta, negociaciones, venta y posterior difusión»). Lo que sucede es que la exposición del Tribunal de instancia, aunque suficiente, podía evidentemente tener mayor desarrollo. Nos referimos al enlace entre los indicios y el hecho presunto (difusión). A este respecto es preciso poner en relación lo razonado sobre la participación de este acusado ?«todo este conjunto de datos, nos conducen a considerar acreditada su participación en los hechos enjuiciados, concretamente en la compra del vídeo para su posterior difusión, en el grupo del Sr. Bruno, lo que explica que acudieran juntos al visionado y actuaran de consuno en las negociaciones sobre el precio»? , y lo ya expuesto anteriormente respecto de éste último a propósito de la recepción del vídeo y

su distribución a terceros, teniendo en cuenta que forman parte del mismo grupo en el desarrollo de la acción. En cualquier caso, la conclusión sobre el hecho presunto no es arbitraria ni ilógica si tenemos en cuenta los hechos indiciarios, progresivos, sentados por el Tribunal, que acreditan mediante prueba directa la participación del recurrente en las conversaciones y negociaciones precedentes, su ofrecimiento para la compra del vídeo, su presencia en momentos relevantes y el hecho de la difusión nada más recibir los autores del tipo básico el dinero y uno de los coacusados integrantes del grupo del ahora recurrente la cinta. Por ello los argumentos empleados en relación con Bruno son también aplicables al recurrente (la sentencia es una unidad intelectual). Ni siquiera se trata de una conclusión abierta que permita considerar otras alternativas razonables y lógicas, con independencia de que no corresponde al Tribunal de Casación tal cosa sino revisar la estructura lógica que lleva al Tribunal de instancia a admitir su conclusión.

Por todo ello este motivo debe ser desestimado.

VIGÉSIMO NOVENO El siguiente motivo se ampara también en el artículo 5.4 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) para denunciar la vulneración del artículo 24.1 CE (RCL 1978, 2836), en relación con el 120.1 y el 9.3, todos ellos CE, por cuanto se ha infringido el derecho a obtener la tutela judicial efectiva por falta de motivación de la resolución judicial y por ello haber incidido en arbitrariedad (se refiere a la motivación de los hechos sobre la participación del acusado). En realidad este motivo, en su desarrollo, es continuación del anterior. Considerada suficiente la argumentación de la Audiencia sobre la participación del acusado en el hecho de la difusión del vídeo al analizar la presunción de inocencia (prueba indiciaria), el deber de motivación de la sentencia no puede ser objeto de reproche.

Es cierto que la motivación de las resoluciones judiciales, que es una manifestación concreta del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamada en el artículo 24.1 CE, no sólo alcanza la escueta relación de los medios probatorios examinados sino, lo que es más importante, su aptitud o sentido incriminatorio y es en este punto donde el Tribunal de instancia debe resolver las cuestiones atinentes a las contradicciones, hechos o circunstancias incompatibles alegadas por la defensa y valoración que le merece la prueba de descargo, sin que tampoco sea exigible al mismo la contestación puntual a todos y cada uno de los argumentos empleados por la defensa sino sentar el hilo de su discurso lógico sobre el porqué de su desestimación (STS 114/04 [RJ 2004, 1403]), lo que exigirá la extensión suficiente (STS 808/04 [RJ 2004, 5088]). Debemos señalar a este respecto, otra cosa es que el recurrente disienta de los razonamientos de la Sala, que en los fundamentos de derecho tercero, apartado relativo a la participación del recurrente, y apartado d) del primero, se refiere a la parte de los hechos que integran la difusión del vídeo, el Tribunal de instancia analiza y pone en relación los elementos probatorios que ha tenido en cuenta para alcanzar su conclusión.

El motivo se desestima.

TRIGÉSIMO El siguiente motivo formalizado, cuadragésimoctavo, denuncia la vulneración del artículo 25 en relación con el 9.3 CE (RCL 1978, 2836), es decir, el principio de legalidad. Sostiene el recurrente que dicha vulneración es fruto de la condena por un delito contra la intimidad del artículo 197.3.2 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), «cuando su conducta no es subsumible en dicho delito». Como el propio

recurso admite esta cuestión se suscita también en los motivos primero y segundo por ordinaria infracción de Ley. A los mismos debemos remitirnos, pues como ya hemos señalado en el último párrafo del fundamento tercero precedente solo se vulnera el principio de legalidad penal cuando la aplicación de la norma carezca de tal modo de racionalidad que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de pautas interpretativas y valorativas extravagantes en relación al ordenamiento constitucional vigente, lo que tampoco sucede en este caso.

El motivo se desestima.

TRIGÉSIMO PRIMERO El motivo quincuagesimoprimer al amparo del artículo 5.4 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) denuncia la vulneración del artículo 24.2 CE (RCL 1978, 2836), derecho a la defensa y al proceso con todas las garantías produciendo real y efectiva indefensión, concretamente, porque el Tribunal «no suspendió la vista y le obligó a concurrir asistiendo al juicio oral en condiciones que no garantizaban su defensa», siendo doble la indefensión por cuanto el propio acusado asumía ésta. Sostiene el recurrente que ante la enfermedad certificada médicamente de un letrado «el Tribunal no tiene margen ninguno de discrecionalidad, ha de suspender».

Efectivamente el artículo 746 LECrim (LEG 1882, 16), en sus apartados 4º y 5º, contempla la suspensión del juicio oral cuando « el defensor de cualquiera de las partes enfermarse repentinamente hasta el punto de que no pueda continuar tomando parte en el juicio» y «cuando alguno de los procesados se halle en el caso del número anterior». Precisamente porque el Legislador se refiere no sólo a la enfermedad repentina sino a que ésta determine la imposibilidad del defensor o del acusado de poder continuar tomando parte en el juicio, el Tribunal no está vinculado al informe médico que se adjunte sino que en el ejercicio de las facultades que le corresponden, conforme a la regla general sancionada en el artículo 744 LECrim., deberá adoptar las medidas precisas para salvaguardar en todo caso el interés público que concurre en el proceso, de forma que podrá arbitrar sus propios medios de indagación acerca del grado de la misma a través del médico forense, como en el presente caso así sucedió, llegando a la conclusión que se trataba de pruebas médicas prescritas y que las mismas no impedían la participación del acusado/defensor en el acto del juicio oral. Por otra parte, la indefensión vulneradora del precepto constitucional no es potencial sino positiva y material y no se advierte que la omisión de las pruebas médicas prescritas haya incidido realmente en el derecho de defensa del ahora recurrente.

Por todo ello, este motivo también debe ser desestimado.

TRIGÉSIMO SEGUNDO El quincuagesimotercero, también al amparo del artículo 5.4 LOPJ [RCL 1985, 1578, 2635], denuncia la vulneración del artículo 24.2 CE (RCL 1978, 2836), en este caso, en su vertiente relativa al principio acusatorio. Aduce el recurrente que entre acusación y sentencia debe producirse lo que se denomina «identidad de hecho punible», lo que impide al Tribunal «excederse de los términos en los que viene formulada la acusación». Concretamente, sostiene que las acusaciones pública y particular lo que imputan al acusado es que «una vez adquirido el vídeo (en cuya adquisición no participaría según las acusaciones) ordena realizar 700 copias de la citada cinta que «fueron enviadas» (según el Fiscal) u «ordenó distribuir» (según la

acusación particular)». Mientras que el Tribunal «dice en su sentencia que el Sr. Juan Antonio estaba en el grupo de los compradores y que esas personas (el grupo) procedieron a su difusión a través de copias remitidas por correo», lo que constituiría una vulneración del principio acusatorio.

El motivo debe ser desestimado.

Sin necesidad de apartarnos de los entrecomillados anteriores, debemos señalar que los hechos probados referidos a la participación del acusado están comprendidos en la relación fáctica de las acusaciones en la medida que constatan la difusión del vídeo por el acusado, una vez adquirido éste, «a través de copias que fueron remitidas desde Correos a distintas personalidades de la política, de las Instituciones del Estado, de la banca, de medios de comunicación, así como a familiares y personas del entorno privado del Sr. Octavio», luego no se dice nada ajeno a la orden de realizar 700 copias que fueron enviadas o distribuidas (hecho típico). El hecho de que el acusado adquiriese o no previamente el vídeo mencionado es ciertamente ajeno a la tipicidad de la conducta y por ello irrelevante para la calificación, con independencia de que se relate la intervención del imputado en las negociaciones previas, lo que permite al Tribunal concluir, como ya hemos señalado más arriba, que formaba parte del grupo de los compradores. Pero ello no supone que la Audiencia haya vulnerado el principio acusatorio puesto que el hecho típico (difusión o distribución) es recogido en el relato de las acusaciones.

Decíamos en la STS 179/03 (RJ 2003, 1081), recogiendo la doctrina del TC (STC 228/02 [RTC 2002, 228], que cita las precedentes), en relación con el alcance del principio acusatorio, que «la adecuada correlación entre acusación y fallo, como garantía del principio acusatorio, implica que el Juzgador esté sometido constitucionalmente en su pronunciamiento por un doble condicionamiento, fáctico y jurídico. El condicionamiento fáctico queda constituido por los hechos que han sido objeto de acusación; de modo que ningún hecho o acontecimiento que no haya sido delimitado por la acusación como objeto para el ejercicio de la pretensión punitiva podrá ser utilizado para ser subsumido como elemento constitutivo de la responsabilidad penal», es decir, no se podrán incluir en los hechos probados elementos fácticos que sustancialmente varíen la acusación. Añade el TC que «lógicamente, este condicionamiento fáctico no implica que el Juzgador no tenga autonomía suficiente para redactar los hechos conforme a su libre apreciación de la prueba, incluyendo aspectos circunstanciales que no muten la esencia de lo que fue objeto de controversia en el debate procesal», con cita expresa (todo ello en el fundamento jurídico quinto) de las SSTC 14/1999 (RTC 1999, 14) o 302/2000 (RTC 2000, 302). A la vista de lo anterior, que constituye el núcleo esencial de la vinculación que supone el principio acusatorio, la Audiencia no ha ampliado los hechos objeto del delito según la acusación, sino a la vista del desarrollo de la prueba ha modificado el papel desempeñado por el acusado en el curso de aquéllos pero sin que tal mutación suponga un cambio en el título de imputación como autor del delito de robo, es decir, persiste el sustrato fáctico subsumible bajo aquella infracción.

En el presente caso, también los hechos que constituyen el sustrato de la calificación jurídica están expresados por las acusaciones, es decir, la Audiencia no ha modificado el título de imputación que corresponde al papel desempeñado por el acusado conforme a las calificaciones acusatorias, y esto es lo que esencialmente define el alcance del principio que se dice vulnerado.

TRIGÉSIMO TERCERO Los motivos quincuagesimocuarto a sexagésimo, con excepción del quincuagesimosexto, denuncian determinadas irregularidades procesales con pretendida trascendencia constitucional, cuestiones que ya han sido examinadas en relación con motivos formalizados por este recurrente o por otros correcurrentes.

Así, el primero de los citados denuncia la infracción de un proceso público con todas las garantías y derecho a la defensa en relación con el artículo 680 LECrim (LEG 1882, 16) (haberse celebrado a puerta cerrada la prueba consistente en el visionado del vídeo), cuestión a la que se ha dado respuesta en el fundamento séptimo B); el quincuagesimoquinto hace la misma denuncia en relación con el artículo 746.4º y 5º LECrim, cuyo contenido es análogo al del motivo 51 que acabamos de analizar en el fundamento trigesimoprimer; el quincuagesimoséptimo, bajo el mismo amparo, artículo 5.4 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635), y vulneración constitucional, tiene por objeto denunciar la falta de ratificación de la denuncia del ofendido y sus efectos, cuestión que ya ha sido tratada y contestada en el fundamento jurídico cuarto de la presente resolución (también la suscita el ahora recurrente en el motivo tercero por ordinaria infracción de Ley); los motivos quincuagesimooctavo y quincuagesimonoveno tienen que ver con la entrada y registro practicada en la oficina de Correos de Chamartín y la obtención ilícita de los vídeos intervenidos, con cita de los artículos 546, 569, 574, 584 y 586, todos ellos LECrim, además del 18.3 CE (RCL 1978, 2836) en el segundo: en los fundamentos quinto y cuarto, en cuanto aplicable a esta cuestión, nos hemos ocupado de la denuncia de estas irregularidades para negar no ya su trascendencia desde el punto de vista de la legalidad ordinaria sino mucho más constitucional, como se pretende en estos motivos; por último, el motivo sexagésimo denuncia que las piezas de convicción no se encontraban presentes en el local del Tribunal el día señalado para dar principio a las sesiones del juicio oral, con cita del artículo 685 LECrim (debe leerse 688), pero ya hemos señalado en el fundamento séptimo A) que no deja de ser una mera irregularidad procesal que no se encuentren en el local del Tribunal las piezas de convicción si ello no ha causado positiva indefensión o ha impedido cualquier reconocimiento o diligencia en relación con las mismas influyente en el resultado del juicio, lo que no aparece constatado.

Estos motivos deben ser igualmente desestimados.

TRIGÉSIMO CUARTO El motivo formalizado en quincuagesimosexto lugar también se ampara en el artículo 5.4 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) para denunciar la vulneración del artículo 24.2 CE (RCL 1978, 2836) en su manifestación de derecho a un proceso con todas las garantías en relación con el artículo 368 y siguientes LECrim (LEG 1882, 16) y 238.3 y 11.1 LOPJ. Se refiere el motivo al reconocimiento que tuvo lugar en fase sumarial del recurrente por parte del empleado del Hotel Aitana, señalando de entrada que no se trata «de una diligencia esencial para el resultado global de la prueba pero como entendemos que está viciada, así solicitamos, en su caso, la declaración de nulidad de la misma» Alega que el testigo afirmó en el momento del reconocimiento que «le pareció que era el Sr. Juan Antonio al cual conoce por ser un personaje público y haberlo visto en los medios de comunicación», es decir, sostiene el recurrente que no puede admitirse dicha identificación en un proceso penal por cuanto el reconociente no se manifestó con completa seguridad sobre la identidad del reconocido, luego la Audiencia no puede valorar dicha diligencia como prueba de cargo.

Lo que sucede es que dicha diligencia no constituye la única prueba de cargo que ha tenido en cuenta la Audiencia, sino que ha sido valorada como un indicio más para alcanzar la conclusión sobre la participación del acusado en los hechos. Por otra parte, el resultado de una diligencia de reconocimiento está sujeto a la valoración del Tribunal «ex» artículo 741 LECrim, de forma que la convicción alcanzada por éste en línea de principio es ajena al control casacional.

El motivo debe ser desestimado.

TRIGÉSIMO QUINTO Examinados los motivos sobre quebrantamiento de forma y vulneración de derechos constitucionales, nos corresponde en el presente, también por razones lógicas y sistemáticas, el análisis del cuarto de los formalizados en la medida que «ex» artículo 849.2 LECrim (LEG 1882, 16) denuncia error en la valoración de la prueba, designando de partida como documentos casacionales el diario-agenda de Mari Trini; documento de telefónica que acredita la titularidad del teléfono...; los intervenidos al coacusado Miguel Ángel; fax remitido Don Blas; la designación de la Sra. Mari Trini a favor del Sr. Juan Antonio; listado de telefónica sobre constancia de una llamada; documento-oficio de la prisión de Carabanchel de mujeres; y la comparecencia de Mari Trini de fecha 30/03/98; subrayando especialmente la agenda mencionada más arriba.

Para que prospere un motivo como el presente y sea posible la adición, supresión o modificación del «factum» es preciso que exista un documento en sentido estricto, no una prueba personal documentada, «literosuficiente», lo que significa con aptitud demostrativa directa del error de que se trate, que no sea contradicho por otros elementos probatorios, en la medida que en el proceso penal no existe prevalencia de unas pruebas sobre otras, y que su estimación influya en el sentido del fallo. La razón de ello es la interdicción de la arbitrariedad pues no es posible sostener la certeza de un hecho cuando existe una prueba irrefutable por sí misma que lo contradice y no ha sido tomada en cuenta por el Tribunal. Las pruebas personales, por muy documentadas que estén, están sujetas a la libre apreciación del Tribunal en el contexto de los principios que rigen el juicio.

Pues bien, a la vista de lo anterior, la designación del diario-agenda de la coacusada Mari Trini no es un documento casacional «ex» artículo 849.2 LECrim. Se trata de una versión de los hechos incorporada por la coimputada a un diario que no deja de ser un medio complementario o corroborador de lo declarado por la misma, como ya hemos tenido ocasión de señalar. Dicha versión es desde luego ajena al concepto de «literosuficiencia» que caracteriza el documento casacional para evidenciar el error del Tribunal. No existe diferencia sustancial a estos efectos con la declaración documentada de un testigo en fase sumarial. En cuanto al resto de los documentos designados, carecen de aptitud suficiente por sí solos para constatar error alguno o son intrascendentes para modificar el sentido del fallo. Lo primero porque existen otros medios probatorios tenidos en cuenta por la Audiencia para estimar la participación del acusado en los hechos (nos remitimos al fundamento correspondiente a la presunción de inocencia) y lo segundo por tratarse de cuestiones meramente periféricas que no afectan al núcleo esencial de los hechos típicos. Por último, debemos señalar que en el desarrollo del motivo el recurrente se ve obligado a exponer distintos argumentos en

cada uno de los casos para alcanzar la existencia del error, lo que es contrario también a la exigencia de la «literosuficiencia» del documento.

Por todo ello este motivo también debe ser desestimado.

TRIGÉSIMO SEXTO Nos restan los tres primeros motivos formalizados al amparo del artículo 849.1 LECrim (LEG 1882, 16). De ellos, el tercero (que tiene que ver con el quincuagesimoséptimo) ya ha sido objeto de respuesta en el fundamento de derecho cuarto que precisamente analiza al hilo del motivo de igual ordinal la misma cuestión suscitada por la coacusada Mari Trini, es decir, la posible infracción del artículo 201.1 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), a cuyo texto nos remitimos, ratificando la desestimación ya acordada.

Los motivos primero y segundo pueden ser objeto de tratamiento conjunto en la medida que denuncian la indebida aplicación del artículo 197.3.2 en relación con los apartados 1 y 5º CP desde dos ángulos o perspectivas: en el primero, se aduce que los hechos no pueden subsumirse en el precepto mencionado por cuanto se trata de un caso de intimidad compartida y las imágenes se obtienen con autorización y consentimiento de uno de los copartícipes; porque en todo caso no se da el hecho de la difusión en la medida que la distribución por correo del vídeo se produce cuando sus imágenes ya habían sido divulgadas a terceros «y habían abandonado esa esfera de la intimidad no existiendo pues, al momento de esa distribución, bien jurídico a proteger»; y, por último, aquí se produce el enlace con el motivo segundo, porque en todo caso los hechos probados constituyen actos preparatorios impunes, pues el delito aplicado es de resultado (por ello el motivo denuncia la infracción de los artículos 17 y 18, ambos CP).

Teniendo en cuenta la vía casacional utilizada no es compatible con la exposición del motivo la alteración de los hechos probados (artículo 884.3 LECrim), a cuyo texto debemos ceñirnos. Señala el «factum» a estos efectos «entretanto, las personas que compraron el vídeo, entre las que se hallaban Bruno y Juan Antonio, quienes sabían que se había grabado furtivamente sin autorización del Sr. Octavio, procedieron a su difusión a través de copias que fueron remitidas desde Correos a distintas personalidades de la política, de Instituciones del Estado, de la banca, de medios de comunicación, así como a familiares y personas del entorno privado del Sr. Octavio», añadiéndose en el párrafo siguiente que «en días posteriores se remitieron al Juzgado cintas que habían sido enviadas a Instituciones como el Defensor del Pueblo, el Tribunal Constitucional y la Fiscalía General del Estado». A la vista de lo anterior no existe el error de subsunción que se pretende. En los fundamentos jurídicos precedentes 8 A) y 20 y 22 ya nos hemos ocupado, en el primero, de fijar el alcance del tipo básico y especialmente de las razones por las que no cabe atender el argumento relativo a la intimidad compartida, es decir, la relevancia del consentimiento de uno de los partícipes; en el fundamento jurídico vigésimo (recurso de Gaspar) hemos señalado también el alcance de la infracción autónoma prevista en el artículo 197.3.2, aplicable ello al aquí recurrente como autor directo; de la misma forma que en el vigesimosegundo (recurso de Bruno), con igual enunciado que el presente, ya hemos apuntado que «la tipificación de la difusión, revelación o cesión a terceros de las imágenes captadas ilícitamente protege el derecho a la intimidad y no el secreto, de forma que la vulneración de aquélla tiene lugar mediante la realización del acto típico con independencia de que otras personas previamente hayan revelado o difundido el contenido de imágenes que afectan a la

intimidad del perjudicado». Debemos ampliar este último argumento subrayando especialmente que el Legislador asimila las acciones de revelar, difundir o ceder a terceros, que no tienen evidentemente el mismo alcance, a los efectos de entender consumada la conducta típica. Revelar equivale a descubrir o manifestar lo ignorado o secreto, mientras que difundir comporta una mayor publicidad cual es la de propagar, divulgar o esparcir un hecho, en el presente caso además con connotaciones insidiosas, de forma que la divulgación precedente, como se describe en el «factum», no puede absorber los actos de difusión posteriores, teniendo en cuenta además el propósito que guiaba a los protagonistas en uno y otro caso. Siendo ello así, no se trata de actos meramente preparatorios sino de que el acusado como se dice en el «factum» procedió a la difusión de las imágenes con conocimiento de su origen ilícito, elementos que integran precisamente el tipo penal aplicado.

Por todo ello, los motivos primero y segundo también deben ser desestimados.

#### Recurso de Óscar

TRIGÉSIMO SÉPTIMO El primer motivo se ampara en el artículo 5.4 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) para denunciar la vulneración del artículo 20.1 y 2 CE (RCL 1978, 2836) en relación con los artículos 5.1, 7.1, 11.1 y 238.3 LOPJ. Aduce que habiendo sido condenado por un delito de desobediencia por incumplir lo ordenado por el Juzgado de Instrucción en la providencia de 10/11/97 (folio 113 de las diligencias) ésta infringe el precepto constitucional enunciado en cuanto comportan un tipo de censura previa expresamente proscrita por el apartado 2º del artículo 20 CE, habiéndose restringido de esta forma el derecho a comunicar libremente información veraz. Tras acogerse a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el particular, con cita expresa de la STC 187/99 (RTC 1999, 187), tacha la providencia mencionada de inmotivada, inespecífica y oficiosa, señalando por ello que carece del amparo del apartado 5º del artículo 20 CE.

En relación con la censura previa y el ejercicio de la función jurisdiccional el Tribunal Constitucional ya desde la STC 13/85 (RTC 1985, 13) expone que consistiendo la primera en «el «previo examen oficial» del contenido de la obra del espíritu de que hablaba este Tribunal en su STC 52/1983 (RTC 1983, 52) que implica la finalidad de enjuiciar la obra en cuestión con arreglo a unos valores abstractos y restrictivos de la libertad, de manera tal que se otorgue «placet» a la publicación de la obra que se acomode a ellos a juicio del censor y se le niegue en el caso contrario», este supuesto no concurre cuando se trata del ejercicio de una facultad jurisdiccional, no solo por la inexistencia del ánimo o propósito censor, sino porque la prohibición de publicar «aquellas fotografías» no se ampara en una supuesta legitimidad censora, de forma que si el órgano judicial está legitimado por la Constitución y por la legislación procesal ordinaria para adoptar una medida limitadora del derecho a la información, ello no constituye actividad censora sino el legítimo ejercicio de la función jurisdiccional. La providencia mencionada como instrumento de dicha censura por el recurrente es palmario que no tiene otra finalidad que preservar el derecho a la intimidad del denunciante y por mucho que se nos diga que es inespecífica o inconcreta no puede admitirse que el ahora recurrente ignore el significado de su contenido y su finalidad si tenemos en cuenta que se dicta el 10/11/97 y en el «factum» se afirma que ya «el día 26 de octubre de 1997 se publicaron en el diario YA por indicación de su Director, el acusado Óscar, una serie de fotogramas extraídos del vídeo; el día 10 de noviembre se

volvieron a publicar fotogramas también por indicación del Sr. Óscar», luego éste es el presupuesto fáctico del que debemos partir.

El artículo 20.4 CE señala que las libertades reconocidas por la Constitución en el apartado 1º del mismo, entre ellas el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, tienen su límite en el respeto de los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las Leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. Pues bien, en relación con el límite del derecho a la intimidad personal y familiar ha señalado el Tribunal Constitucional que «el derecho a la intimidad personal del artículo 18 CE está estrictamente vinculado «a la dignidad de la persona» que reconoce el artículo 10 CE, que implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana», como ya hemos señalado más arriba (SSTC 231/88 [RTC 1988, 231] y 197/91 [RTC 1991, 197]). Esta última, fundamento tercero, añade que cuando el derecho afectado es el derecho a la intimidad incluso la excepción de veracidad no resulta legitimadora, «pues se responde de la revelación o divulgación indebida de hechos relativos a la vida privada o íntima aunque fuesen veraces». También afirma la STC 197/91 que aunque como límite a la libertad de información el derecho a la intimidad debe ser interpretado restrictivamente, «ello no supone que los personajes públicos, por el hecho de serlo, hayan de ver sacrificado ilimitadamente su derecho a la intimidad», de forma que el hecho de que la información publicada se refiera a un personaje público «no implica de por sí que los hechos contenidos en la misma no puedan estar protegidos por el derecho a la intimidad de esa persona» (fundamento cuarto). A su vez, la STC 20/92 (RTC 1992, 20) estima que «fue lesionada su intimidad, con claridad plena, porque en modo alguno puede exigirse a nadie que soporte pasivamente la difusión periodística de datos, reales o supuestos de su vida privada que afecten a su reputación, según el sentir común, y que sean triviales o indiferentes para el interés público», para concluir (fundamento tercero) que «la preservación de ese reducto de inmunidad sólo puede ceder, cuando del derecho a la información se trata, si lo difundido afecta, por su objeto y por su valor, al ámbito de lo público, no coincidente, claro es, con aquello que puede suscitar o despertar, meramente, la curiosidad ajena».

Según la anterior doctrina, el contenido de lo revelado, que evidentemente afecta a la intimidad del denunciante y carece de interés público, conforme a los parámetros objetivos señalados, implica un límite para la libertad de información, hasta el extremo que la vulneración de la intimidad en este caso está protegida por la sanción más grave como es la contenida en el Código Penal. Siendo ello así, no es posible sostener que la función jurisdiccional desplegada por el Juzgado de Instrucción a través de la providencia citada más arriba sea atentatoria de la libertad de información del acusado, porque tanto desde el punto de vista constitucional como de legalidad ordinaria (artículo 13 LECrim y concordantes que autorizan al Juez de Instrucción a adoptar determinadas diligencias o medidas cautelares ante la presunta existencia de un hecho delictivo) estaba autorizado para restringir el derecho fundamental invocado por el recurrente.

Por todo ello el motivo debe ser desestimado.

TRIGÉSIMO OCTAVO El siguiente motivo denuncia la infracción del artículo 24.2 CE (RCL 1978, 2836), invocando igualmente el 14.2 a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York (RCL 1977, 893) y el 6.3 a) del Convenio Europeo (RCL 1999, 1190, 1572), por no haberse respetado el derecho del acusado a ser informado correctamente de la acusación, «así como el principio de no ser condenados por un hecho del que no hemos sido acusados», ello bajo la genérica invocación del artículo 5.4 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635). Concreta estas infracciones en el desarrollo del motivo aduciendo que «no se le acusa del hecho de tener un conocimiento previo de que la grabación del vídeo, de cuyos fotogramas se le acusa ordenar su publicación, se habían obtenido de forma ilegal, es decir, sin el consentimiento del afectado». Efectivamente el delito por el que ha sido condenado contiene como elemento subjetivo el conocimiento del origen ilícito de la conducta descrita en el párrafo anterior, esto es, artículo 197.3.1 (revelar, difundir, o ceder a terceros las imágenes captadas).

Pues bien, sin apartarnos del desarrollo del motivo, acota el recurrente el fragmento de la acusación del Ministerio Fiscal en el que se afirma expresamente que « conociendo la ilicitud de su actuación, el día 26 de octubre de 1997, ordenó que en el periódico de esa fecha se publicaran secuencias fotográficas pertenecientes al vídeo, acompañando un artículo» y el de la acusación particular que se refiere a «la relación sexual furtivamente grabada» en relación a la publicación en el diario YA de fotogramas extraídos del vídeo. Luego el recurrente no desconocía la falta de consentimiento del perjudicado de la captación de las imágenes, lo que equivale a la ilicitud de su captación, es decir, su origen ilícito, como hechos aducidos por las acusaciones, pudiendo por ello ejercer su derecho de defensa en relación con todos los elementos que integran el tipo penal calificado provisionalmente por aquéllas. Cuestión distinta es la inferencia de la Sala en relación con la existencia misma del conocimiento por parte del acusado del origen ilícito de las imágenes captadas. Si se le imputa que conocía la ilicitud de su actuación es porque las imágenes no eran susceptibles de ser difundidas o reveladas teniendo en cuenta su contenido y el procedimiento seguido para la captación de las mismas, de la misma forma que el adverbio furtivamente implica el origen ilícito de la grabación. Por lo tanto, la sentencia no ha infringido el principio acusatorio bajo ninguna de sus manifestaciones sin que sea posible advertir indefensión alguna del acusado en base a los argumentos aducidos en el presente motivo. El principio acusatorio, del que ya nos hemos ocupado en el trigésimosegundo fundamento, supone la adecuada correlación entre acusación y fallo, de modo que ningún hecho o acontecimiento que no haya sido delimitado por la acusación podrá ser utilizado para ser subsumido como elemento constitutivo de la responsabilidad penal, es decir, no se podrán incluir en los hechos probados elementos fácticos que sustancialmente varíen la acusación, pero ello no quiere decir que los hechos deban ser considerados en la literalidad de las palabras que los describen sino que debe ser tenido en cuenta todo el contexto fáctico en el que se insertan.

Por todo ello el motivo debe ser desestimado.

TRIGÉSIMO NOVENO El tercer motivo formalizado se ampara en el artículo 849.2 LECrim (LEG 1882, 16) para denunciar error en la apreciación de la prueba, «basada en documentos obrantes en los autos que infringen lo dispuesto en los artículos 30, 197.3.2, 556 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) y 24.2 CE (RCL 1978, 2836)», invocando expresamente el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Divide en

dos apartados el contenido del motivo relativos al error en la imputabilidad como autor del delito contra la intimidad y en la apreciación de la prueba para declarar probado que recibió el requerimiento del Juzgado siendo autor de un delito de desobediencia.

El motivo es confuso en su desarrollo pues yuxtapone cuestiones diversas y ajenas al enunciado del motivo, cual es la aplicación del artículo 30 CP (autoría en cascada) o una valoración distinta de la prueba a la realizada por la Audiencia (requerimiento al editor o el hecho de que los artículos periodísticos que comentan el contenido del vídeo aparezcan sin firma). La sentencia, fundamento de derecho tercero, en el apartado correspondiente a la participación de este acusado ha tenido en cuenta el hecho notorio de la publicación en el diario YA, del que era director, los días 26/10 y 10 y 17/11, de fotogramas extraídos del vídeo, teniendo en cuenta que «en la información que los acompañaba asumía la responsabilidad de la publicación, al igual que lo hizo en las declaraciones prestadas en la fase de instrucción», prueba documental y personal (folios 58 y siguientes del Tomo IV de las Diligencias Previas) a la que otorga mayor credibilidad que a lo declarado por el acusado en el juicio oral. En cuanto al delito de desobediencia existe la prueba documental de la publicación del fotograma en el diario «al lado del requerimiento judicial y escribió un texto en el que decía, entre otras cosas "el director del YA Óscar, en lo que entiende como defensa del derecho de sus lectores a obtener información veraz y posicionándose contra la censura del Estado, ha decidido volver a publicar el fotograma en cuestión"». El error en la valoración de la prueba consiste en designar un documento casacional que por sí solo evidencie un error del Tribunal que no sea contradicho por otros elementos probatorios, pero no se satisface con contraponer una valoración distinta de los mismos a la llevada a cabo por la Audiencia, que es lo que sucede en el presente caso. De la misma forma que la invocación del artículo 30 CP se hace en la sentencia subsidiariamente.

Este motivo también debe ser desestimado.

CUADRAGÉSIMO El cuarto motivo formalizado utiliza la vía del artículo 849.1 LECrim (LEG 1882, 16) para denunciar la aplicación indebida del artículo 197.3.2 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777). Sostiene el motivo la ausencia en el «factum» de la expresión del elemento subjetivo que integra este tipo penal, cual es el conocimiento del origen ilícito de la grabación.

Sabido es que los elementos subjetivos del tipo se obtienen por el Tribunal de instancia a partir de hechos objetivos o externos mediante inferencias, no siendo por ello abarcables en rigor por la presunción de inocencia, por lo que su impugnación casacional debe atenerse a la ordinaria infracción de Ley como si se tratase de un error en la subsunción (falta de concurrencia de un elemento del delito). Como consecuencia de ello no es necesaria la constancia en el «factum» de estos elementos subjetivos quedando reservado para la fundamentación jurídica el análisis de su concurrencia a partir de hechos objetivos declarados probados, sin olvidar que en cualquier caso el «factum» puede ser integrado por lo expuesto en los fundamentos de derecho. Igualmente tampoco puede aislarse la conducta del recurrente del contexto fáctico descrito en la sentencia. En éste se afirma que «el día 26 de octubre de 1997 se publicaron en el diario YA, por indicación de su director, una serie de fotogramas extraídos del vídeo; el día 10 de noviembre se volvieron a publicar fotogramas también por indicación de Óscar; ese mismo día la titular del Juzgado de Instrucción núm. 28 de Madrid emitió un

requerimiento al director del diario a fin de que en el futuro se abstuviera de publicar cualquier otro fotograma o imagen referida al vídeo objeto de las diligencias; sin embargo, el día 17 y por orden de Óscar se volvió a publicar en el diario YA un fotograma ampliado del vídeo y la copia del requerimiento judicial». En el apartado del fundamento jurídico tercero, ya mencionado, referido a la participación del acusado en los hechos, expresamente razona el Tribunal provincial que «el conocimiento del origen ilícito, es también indudable y en escrito que publicó el 18 de octubre, hacía constar «no les puedo contar lo que sale en la película porque eso hay que verlo, aunque no es que se vea bien porque está hecho a través del ojo de una máscara». Es decir, sabía que la grabación se había efectuado de forma subrepticia». Lo anterior es susceptible de integrar el «factum» en la medida que se refiere al contenido del escrito publicado el 18/10, pero además en el mismo «factum» se constata un hecho significativo cual es la publicación el día 17/11 del fotograma ampliado del vídeo (difusión) y la copia del requerimiento judicial, luego es indudable que la inferencia tiene al menos su apoyo en dos hechos objetivos especialmente consistentes, y por ello no puede tacharse de ilógica o absurda la conclusión de la Sala sobre la existencia del elemento subjetivo del delito.

El motivo debe ser desestimado.

CUADRAGÉSIMO PRIMERO El último motivo formalizado por este recurrente, también «ex» artículo 849.1 LECrim (LEG 1882, 16), denuncia la indebida aplicación del artículo 556 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) que tipifica la desobediencia grave a la autoridad. El recurrente relaciona los requisitos jurisprudenciales exigidos para la consumación del delito, retomando argumentos ya analizados en motivos precedentes, que ya han sido desestimados, y añadiendo otros dos elementos que incidirían en la falta de tipicidad de su conducta, cuales son que no se trataba de una orden de naturaleza concreta y la falta del elemento subjetivo integrado por la voluntad de desobedecer a través de actos de oposición persistentes y reiterados.

La Jurisprudencia de esta Sala, a propósito del delito de desobediencia grave a los mandatos u órdenes emanados de la autoridad (vigente artículo 556 CP, que se corresponde con el antiguo 237, y tipifica dos conductas distintas), en cuanto a la desobediencia, ha señalado como elementos que deben integrarla: a) el carácter terminante, directo o expreso de la orden dictada por la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, debiendo imponer al particular una conducta activa o pasiva; b) su conocimiento, real y positivo, por el obligado; c) la existencia de un requerimiento por parte de la autoridad hecho con las formalidades legales, sin que sea preciso que conlleve el expreso apercebimiento de incurrir en delito de desobediencia caso de incumplimiento; d) la negativa u oposición voluntaria, obstinada o contumaz a la misma, que revela el propósito de desconocer deliberadamente la decisión de la autoridad; y e) en todo caso, debe alcanzar una especial gravedad al objeto de diferenciar el delito de la falta de desobediencia prevista en el artículo 634 CP (SSTS 821 [RJ 2003, 4294] o 1615/03 [RJ 2003, 8826] y las especialmente citadas en la segunda). Al responder al motivo primero de este recurrente (fundamento trigesimoséptimo) hemos señalado que «no es posible sostener que la función jurisdiccional desplegada por el Juzgado de Instrucción a través de la providencia citada más arriba sea atentatoria de la libertad de información del acusado, porque tanto desde el punto de vista constitucional como de legalidad ordinaria estaba autorizado para restringir el derecho fundamental invocado por el recurrente», lo que significa no sólo que formalmente no caben objeciones al mandato

sino que tampoco materialmente constituye una decisión abusiva o arbitraria, único supuesto en el que cabría plantearse la legitimidad de la conducta del acusado en el entendimiento naturalmente que el juicio sobre la corrección material de una decisión judicial corresponde en definitiva a la propia Jurisdicción y no al juicio de la propia parte, existiendo para ello la vía de los recursos previos. Tampoco existe falta de concreción porque es indudable que el recurrente tenía conocimiento preciso del contenido del vídeo en la medida que se habían publicado en el propio diario comentarios sobre aquél y por ello el alcance del requerimiento no podía suscitar duda razonable alguna. Por último, en cuanto a la conducta del sujeto activo del delito, debemos señalar que la obstinación, contumacia o resistencia al cumplimiento de la orden no significa una pluralidad de acciones repetitivas de oposición frente a mandatos sucesivos sino que basta un sólo incumplimiento inequívoco pues ello ya revela la obstinación del mismo. En el presente caso no cabe mayor contumacia u obstinación que la publicación simultánea de un fotograma ampliado del vídeo y la copia del requerimiento judicial.

Por todo ello el motivo debe ser desestimado.

Recurso de la acusación particular

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO Los dos motivos formalizados por esta parte se amparan en el artículo 849.1 LECrim (LEG 1882, 16). El primero denuncia la inaplicación del artículo 197.6 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) a los acusados Juan Antonio y Bruno, para sostener que les debió ser aplicada la agravación contenida en dicho subtipo referida a la realización de los hechos con fines lucrativos. El desarrollo del motivo parte como es preceptivo del escrupuloso respeto de los hechos probados, subrayando especialmente que dichos acusados « al tener conocimiento de la existencia del vídeo, decidieron iniciar las negociaciones para su adquisición, con la idea de distribuirlo y así desprestigiar al Sr. Octavio, por la línea editorial e informativa que mantenía el periódico que dirigía»; igualmente relata las negociaciones subsiguientes y la compra del vídeo el día 01/10 mediante la entrega por parte de Bruno de 50 millones a los coacusados Mari Trini y Miguel Ángel, entregándole éstos «el vídeo junto con una carta manuscrita de Mari Trini, en la que explicaba el contenido del vídeo, las personas que intervenían y que era auténtico»; «las personas que compraban el vídeo, entre las que se encontraba Bruno y Juan Antonio, quienes sabían que se había grabado furtivamente sin autorización del Sr. Octavio, procedieron a su difusión a través de copias que fueron remitidas desde Correos»; acotando también extremos consignados en los fundamentos jurídicos que complementan el «factum», especialmente, «el ánimo evidente que apreciamos en los compradores y difusores del vídeo, fue el de perjudicar y desprestigiar al Sr. Octavio; ésta es la finalidad perseguida» o «en relación al fin lucrativo en la conducta del Sr. Juan Antonio, debemos reiterar lo expuesto en relación al Sr. Bruno, en el sentido de que con los datos que disponemos, podemos sostener que pagaron por ocasionar un daño, siendo éste su objetivo». En síntesis, la tesis de la acusación particular es que la difusión del vídeo sólo fue posible por el hecho de que Bruno y Juan Antonio (junto con el coacusado Gaspar y otros no identificados) «adquirieron el vídeo de Mari Trini y Miguel Ángel mediante precio, con el específico fin de desprestigiarle (al perjudicado) en atención a la línea editorial del periódico» Pues bien, se sostiene la subsunción de los hechos en el subtipo agravado del apartado sexto del artículo 197 CP bien entendiendo que este subtipo es equiparable a la circunstancia agravante prevista en el artículo 22.3 CP (ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa) o bien si se entiende

que dicho subtipo debe ser interpretado «en función del móvil especialmente ruin que guía la acción», de forma que cualquiera de las dos interpretaciones conduciría al mismo resultado de su aplicación al caso.

En cuanto a la equiparación del artículo 197.6 CP a la agravante genérica de precio debemos señalar, en primer lugar, que los delitos aplicados a los autores materiales de la captación de las imágenes y a los que proceden posteriormente a su difusión a través del servicio de Correos son distintos y autónomos. La revelación, difusión o cesión a terceros del vídeo por parte de los primeros constituye una acción distinta a la difusión posterior, una vez adquirido el vídeo, realizada por los coacusados a los que se refiere específicamente este motivo, hasta el extremo que la adquisición por éstos de dicho material es atípica. En segundo lugar, la aplicación de la circunstancia agravante de precio sólo sería posible en su caso si la captación de las imágenes por los autores del tipo básico del artículo 197.1 CP hubiese sido inducida por los compradores, lo cual no se consigna en los hechos probados, sino precisamente que los primeros vulneraron la intimidad del perjudicado mediante la captación de imágenes íntimas con el propósito de su ulterior venta al objeto de obtener un beneficio económico. La agravante genérica de precio no constituye por ello el motor de la acción criminal de los autores materiales. Es cierto que la revelación o cesión a terceros de las imágenes por éstos se produce posteriormente mediante un precio, pero dicha difusión no constituye el sustrato fáctico por el que se condena a Bruno y Juan Antonio. Se trata de difusiones y revelaciones distintas. En tercer lugar, el fundamento político-criminal de la agravación de la pena cuando los hechos se realizan con fines lucrativos se refiere principalmente a personas o grupos profesionales de la información o comunicación cuya conducta se endereza a obtener una ganancia económica bien sea directamente (reventa) o indirectamente (mediante su publicación ulterior con la idea de multiplicar las ventas). En cuarto lugar, en relación con la bilateralidad de la agravante de precio, debemos señalar que la misma no tiene porqué darse en todos los supuestos en los que el precio sirve de estímulo o determina la acción criminal. Hemos señalado (STS 421/03 [RJ 2003, 3990]) que el precio no es desde luego inherente a la autoría por inducción, pues el influjo psíquico en que ésta se resuelve puede basarse en otras circunstancias o elementos, de forma que si lo que ha movido a los autores materiales es exclusivamente el pago de un precio por la ejecución del hecho y el influjo psíquico se obtiene exclusivamente mediante dicho acicate económico este ingrediente fáctico sería valorado doblemente en relación con el inductor, pues si prescindimos del mismo la inducción no habría pasado de ser una mera proposición para cometer el hecho punible (ver también STS 1813/02 [RJ 2002, 10240]). Por último, es preciso señalar que un subtipo agravado no puede ser susceptible de una interpretación extensiva en contra del acusado.

Por lo que hace al entendimiento del artículo 197.6 CP como subtipo agravado en función del móvil especialmente ruin que guía la acción, el argumento central consiste en sostener que conforme a la Jurisprudencia de esta Sala los conceptos de lucro y enriquecimiento no son términos sinónimos, aduciendo el recurso toda una serie de tipos descritos en el Código Penal que confirman lo anterior. Es cierto que la Jurisprudencia de la Sala Segunda ha entendido que el concepto lucro, más amplio que el de enriquecimiento, abarca no sólo la ganancia o beneficio de índole económico, sino cualquier otro, para sí o para terceros, equivalente genéricamente a cualquier ganancia o provecho que se saca de algo, incluso no patrimonial. Esto es cierto y así se ha entendido en relación con los delitos contra el patrimonio, donde el ánimo de lucro

constituye ingrediente típico de los mismos, bastando que el autor se apodere de las cosas ajenas para su satisfacción personal, como puede ser la contemplación de una obra pictórica o incluso para satisfacer un deseo de venganza o un perjuicio moral al despojado. Sin embargo, las normas deben ser interpretadas en su propio contexto y en este caso debemos tener en cuenta que los ejemplos suscitados (artículos 234, 237, 243, 248, 253), se refieren en todo caso a delitos contra la propiedad o el patrimonio que conllevan el empobrecimiento económico de la víctima, lo que no sucede en delitos como el presente, razón por la cual el concepto extensivo de lucro sólo es aplicable en línea de principio a los delitos contra el patrimonio. Todo ello con independencia de lo ya señalado en el párrafo anterior. Además, precisamente porque el precepto se refiere específicamente a los fines lucrativos no se excluye la posible concurrencia de otros móviles también insidiosos que quedan al margen de la aplicación del subtipo agravado.

Por todo ello el motivo debe ser desestimado.

**CUADRAGÉSIMO TERCERO** El segundo motivo formalizado lo es por indebida inaplicación del artículo 22.3 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), haber actuado el acusado por medio de precio, que se formaliza subsidiariamente respecto al anterior.

Este motivo suscita una cuestión previa que tiene relación con el principio acusatorio, cual es que la acusación particular no invocó en su momento la aplicación de esta agravante genérica. Sostiene esta parte que en la medida que la misma es incompatible con el subtipo agravado cuya aplicación sí se solicitó, ello no afectaría a dicho principio. Más, con independencia de que pudo formularse alternativamente, lo cierto es que el principio acusatorio tiene un doble condicionamiento, como ya hemos señalado en otros fundamentos, fáctico y jurídico, de forma que éste último estriba en la calificación de los hechos realizada por la acusación, siendo lo decisivo a estos efectos de la lesión del artículo 24.2 CE (RCL 1978, 2836), como ha señalado el TC (SSTC 87 [RTC 2001, 87] o 118/01 [RTC 2001, 118]), la efectiva constancia de que hubo elementos esenciales de la calificación final que de hecho no fueron ni pudieron ser plena y frontalmente debatidos, que es lo que sucede en el presente caso. Por otra parte, en cuanto al fondo de la aplicación de la agravante su desestimación es consecuencia de los argumentos ya aducidos en el fundamento anterior.

Por todo ello, este motivo debe ser también desestimado.

**CUADRAGÉSIMO CUARTO** «ex» artículo 901.2 LECrim (LEG 1882, 16) las costas correspondientes a los distintos recursos formalizados deben ser impuestas a los recurrentes respectivos.

**FALLO**

**QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR** a los recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y de precepto constitucional dirigidos por los acusados Mari Trini, Miguel Ángel, Gaspar, Bruno, Juan Antonio, Óscar y el acusador particular Octavio, frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Primera, en fecha 31/07/02 (ARP 2002, 475), en causa seguida a los primeros por delitos contra la intimidad y desobediencia, con imposición a los

mencionados recurrentes de las costas correspondientes a sus respectivos recursos y pérdida del depósito constituido por la acusación particular.

Comuníquese la presente resolución a la Audiencia de procedencia a los efectos oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN. Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Juan Saavedra Ruiz, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

**Sentencia Tribunal Supremo núm. 694/2003 (Sala de lo Penal)(RJ 2003\4359), de 20 junio**

Jurisdicción: Penal

Recurso de Casación núm. 2667/2001.

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Móner Muñoz.

**DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL:** Intervención telefónica: vulneración: inexistencia: Auto suficientemente motivado; recepción y conservación de las cintas con las escuchas: ausencia de irregularidades; delitos contra la intimidad descubiertos en la Audiencia Nacional en una investigación sobre tráfico de drogas. **DESCUBRIMIENTO Y REVELACION DE SECRETOS:** Bien jurídico protegido: intimidad individual; Delito de consumación anticipada; Denuncia: requisito de perseguibilidad: conocimiento de oficio por el juez y el Ministerio Fiscal: comunicación a los perjudicados: resulta suficiente: teléfono público; Apoderarse de papeles, cartas, mensajes de correo electrónico, interceptar sus telecomunicaciones o utilizar artificios técnicos de escucha para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro: requisitos; Existencia: colocar mecanismos de escucha de las conversaciones telefónicas para conocer la intimidad del cónyuge; Hechos que afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen social o vida sexual o la víctima fuere un menor o un incapaz: existencia: investigación de intimidades conyugales; hechos realizados con fines lucrativos: existencia: dedicación profesional a la investigación privada y percepción de remuneración por la actividad de interceptación de teléfonos; Tentativa: cabe; Cómplice: existencia: secretaria que coopera con su superior en la realización de escuchas telefónicas; Cumplimiento de un deber: inexistencia: secretaria que coopera con su superior en la realización de escuchas telefónicas; Penalidad: graduación de las penas: pena por encima del mínimo legal proporcional y justificada a tenor de los datos obrantes en las actuaciones. **RECURSO DE CASACION:** Por infracción de ley: la infracción de jurisprudencia no es subsumible en ninguno de los motivos de casación; Por quebrantamiento de forma: no resolución de todos los puntos objeto de acusación y defensa: inexistencia: cuestión resuelta. **PRESUNCION DE INOCENCIA:** Ámbito de aplicación; Intervenciones telefónicas: existencia de prueba. **PENALIDAD:** Proporcionalidad de las penas: cuestión propia del legislador. **COMPLICE:** Concepto; Diferencias: autor: teorías. **DERECHO DE DEFENSA Y A LA ASISTENCIA DE LETRADO:** Derecho a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo: vulneración: inexistencia: declaración inicial como testigo y posteriormente como imputada: ausencia de indefensión al no aportar ningún dato que hubiera servido para la imputación. **INDULTO:** Propuesta por pena excesiva: improcedente: posibilidad del recurrente de proponerlo.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de fecha 18-05-2001, condenó a don Valentín, a don Lucio, a doña Maribel, a doña Amanda, a don Juan Ramón y a doña Consuelo, por su participación y autoría en diversos delitos contra la intimidad. Contra la anterior Resolución recurrieron en casación los acusados. El TS declara no haber lugar a los recursos.

Texto:

En la Villa de Madrid, a veinte de junio de dos mil tres.

En el recurso de casación por vulneración de precepto constitucional, quebrantamiento de forma e infracción de ley, que ante Nos pende, interpuesto por Valentín ..., Lucio ..., Maribel y Amanda ..., contra la sentencia( ARP 2001, 602) dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra -Sección 1ª-, que les condenó por delitos contra la intimidad, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que al margen se expresan, se han constituido para la Votación y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Eduardo Móner Muñoz, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando representados los recurrentes por los Procuradores Sres. Landin Iribarren, Camacho Villar, García San Miguel Hoover y Estévez Rodríguez, respectivamente; y como parte recurrida Salvador ..., representado por el Procurador Sr. Barreiro Ferreiro.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO El Juzgado de Instrucción N° 5 de Pontevedra instruyó el Procedimiento Abreviado N° 714/96 contra, entre otros, Valentín ..., Lucio ..., Maribel y Amanda y, una vez concluso, lo elevó a la Audiencia Provincial de Pontevedra -Sección 1ª- que, con fecha dieciocho de mayo de dos mil uno( ARP 2001, 602) , dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"A) En los meses de julio y agosto de 1996 la acusada Maribel ..., como tuviera sospechas sobre la infidelidad de su marido, con objeto de comprobar su certeza, concertó con el otro acusado Valentín ..., auxiliar de detective, que trabaja en la oficina de investigación privada "Seip-Inves", la colocación de aparatos de interceptación y grabación de las conversaciones en varios teléfonos instalados en el Colegio Lar (en Tameiga-Mos), que la acusada dirigía, en el que también trabajaba su marido, que desconocía la intervención en los aparatos telefónicos.

Los teléfonos objeto de interceptación fueron tres; dos de ellos colocados en línea compartida -en despachos de la acusada y su marido; el tercero era un teléfono público, que aunque inicialmente no prevista su intervención, una vez realizada, se mantuvo pese a conocerse tal circunstancia.

La ejecución e instalación material de los aparatos de interceptación y grabación se llevaba a cabo por el acusado Lucio ..., siguiendo para ello las indicaciones e instrucciones de Valentín ..., respecto del lugar y teléfonos objeto de intervención, con un seguimiento por ambos continuado y atento al resultado y eficacia de la interceptación, obteniéndose, en efecto, conocimiento de diversas conversaciones mantenidas por el marido de la acusada, que fueron objeto de grabación.

El primer acusado, Valentín ..., en cuanto que dedicado profesionalmente a la investigación privada, y el segundo, que explotaba un negocio de instalaciones y medios de seguridad, percibían remuneración por la actividad de interceptación de teléfonos.

Amanda ..., secretaria personal de Maribel ..., con conocimiento de los hechos referidos, colaboraba fundamentalmente con labores de portero de las cintas en las que se habían hecho las grabaciones.

B) Por las mismas fechas, a instancia de Maribel ..., Valentín dio instrucciones a Lucio para que se llevase a cabo otra intervención en el teléfono de Gabriela ..., profesora del colegio, en su domicilio de la CALLE 000 de Vigo; sin embargo, a causa de las obras que se realizaban en el inmueble hubo de desistirse de la ejecución del propósito, de suerte que no llegó a instalarse aparato alguno.

C) Consuelo y su marido Juan Ramón ..., muy preocupados por la situación matrimonial de la hermana de aquélla, y con el designio de hacer averiguaciones de lo que ocurría con su cuñado, a principios de agosto de 1996 se pusieron en contacto con el acusado Valentín ..., quien les puso al corriente de los métodos de investigación que podían seguirse, entre ellos el de interceptación del teléfono, sistema por el que optaron aquéllos, que decidieron aplicar al teléfono que aquél tenía en el negocio de pastelería en DIRECCIÓN 000, obviamente, sin su conocimiento. La instalación se llevó a cabo por el otro acusado Lucio a quien Juan Ramón acompañó para tal menester. Sin embargo, una vez colocado el dispositivo, no se llegó a realizar interceptación ni grabación alguna dado que al dejar el cuñado el domicilio familiar, dejaba de tener utilidad y razón de ser la intervención ..., por lo que, a poco de instalar el dispositivo, se decidió su retirada.

No se cobraron honorarios, pero sí gastos de desplazamiento.

D) Erica se puso en contacto con el acusado Valentín para que instalase en el teléfono de su domicilio un sistema de interceptación y grabación de llamadas con objeto de averiguar el origen de llamadas obscenas que recibía, así como la posible infidelidad de su marido; instalado el dispositivo sin conocimiento ni consentimiento del marido, oculto detrás de un armario, se efectuaron grabaciones; los hechos ocurrieron en el curso del año 1996, entre marzo y noviembre.

Benito ..., marido de Erica ..., perdonó a su mujer, limitando su denuncia a los demás intervinientes en el hecho.

E) Como quiera que Elvira desconfiara de su marido y quisiera investigar su posible infidelidad, en mayo de 1996 decidió instalar, sin que él lo supiera, en el teléfono de su domicilio conyugal un aparato grabador, informada de tal posibilidad por el acusado Valentín ..., con quien concertó los servicios de investigación, y a cuyo fin éste le proporcionó tal instalación. No obstante, instalado el dispositivo, no llegó a hacerse grabación alguna, porque el marido marchó del hogar.

El marido de Elvira ..., Luis ..., perdonó a su esposa.

F) En la oficina de investigación privada "Seip-Inves" trabajaba como administrativo el coacusado Lucas ...; no consta acreditado que en los actos de colaboración prestados como empleado tuviese conocimiento cierto del alcance y fines perseguidos en cada caso con la instalación de los equipos grabadores.

G) Todos los acusados son mayores de edad y carecen de antecedentes penales.

SEGUNDO La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento ( ARP 2001, 602) :

"FALLAMOS.- Que debemos condenar y condenamos a:

1. Valentín ..., como autor de cuatro delitos contra la intimidad (descubrimiento y revelación de secretos), ya definidos, dos de ellos consumados y dos en grado de tentativa, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad a las siguientes penas:

CUATRO AÑOS Y TRES MESES DE PRISIÓN por el delito del apartado A).

UN AÑO Y TRES MESES DE PRISIÓN Y MULTA DE NUEVE MESES a razón de una CUOTA DIARIA de 1.500 ptas., por cada uno de los dos delitos en grado de tentativa (hechos C y E).

DOS AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN Y MULTA DE DIECIOCHO MESES con la misma cuota diaria) por el delito a que se refiere el apartado D).

2. Lucio ..., como autor de dos delitos contra la intimidad (descubrimiento y revelación de secretos), uno de ellos consumado (hecho del apartado A) y el otro intentado (apartado C), sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las siguientes penas:

CUATRO AÑOS Y TRES MESES DE PRISIÓN, por el delito del apartado A).

UN AÑO Y TRES MESES DE PRISIÓN, Y MULTA DE NUEVE MESES a razón de una cuota diaria de 700 ptas. por el delito del apartado C).

3. Maribel ..., como autora de un delito consumado contra la intimidad (descubrimiento y revelación de secretos), ya definido, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de DOS AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN Y MULTA DE DIECIOCHO MESES a razón de una cuota de 3.000 ptas. diarias.

4. Amanda ..., como cómplice de un delito consumado contra la intimidad (descubrimiento y revelación de secretos), ya definido, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad a la pena de UN AÑO Y TRES MESES DE PRISIÓN Y MULTA DE NUEVE MESES, con cuota diaria de 500 ptas.

5. Juan Ramón y Consuelo ..., como autores de un delito intentado contra la intimidad (descubrimiento y revelación de secretos), ya definido, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad a la pena para cada acusado de SEIS MESES DE PRISIÓN Y MULTA DE SEIS MESES a razón de una cuota diaria de 500 ptas.

Absolvemos a Valentín ..., Lucio y Maribel del delito comprendido en el apartado B).

Absolvemos a Lucas de los delitos por los que venía siendo acusado.

Valentín ..., Lucio ..., Maribel y Amanda ..., indemnizarán a Salvador en la cantidad de un millón de pesetas; las dos terceras partes de esta cantidad, serán a cargo, conjunta y solidariamente, de los dos primeros acusados; la tercera parte restante corresponde, en las mismas condiciones, a las dos acusadas.

Valentín indemnizará a Benito en la cantidad de quinientas mil pesetas.

En cuanto a costas: Se declara de oficio una quinta parte de las costas de proceso, excluyéndose de esta primera división las de la acusación particular. En cuanto al resto: respecto de la quinta parte correspondiente al delito del apartado A) y las de la acusación particular por este delito, se imponen a los condenados (Valentín ..., Lucio ..., Maribel y Consuelo) las cuatro quintas partes, declarando de oficio una quinta, correspondiente a Lucas ... En relación con la quinta parte de costas correspondientes al delito C, se impone a los condenados por el mismo (Valentín ..., Lucio ..., Juan Ramón y Consuelo) también las cuatro quintas partes, declarando de oficio una quinta parte restante (correspondiente a Lucas). En cuanto a las restantes dos quintas partes (delitos D y E), se impone a Lucas la mitad, declarándose de oficio la otra mitad".

TERCERO Notificada la sentencia( ARP 2001, 602) a las partes, se preparó recurso de casación, por los acusados Valentín ..., Lucio ..., Maribel y Amanda ..., que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para sus sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO La representación procesal de Valentín ..., basó su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

I.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial( RCL 1985, 1578, 2635) , por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones regulado en el artículo 18.3 de la Constitución Española( RCL 1978, 2836) .

II.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones regulado en el artículo 18.3 de la Constitución Española.

III.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia regulado en el artículo 24.2 de la Constitución Española, así como el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

IV.-Por infracción de ley, del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal( LEG 1882, 16) , por infracción del artículo 16.1 del Código Penal( RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777) , al aplicarse indebidamente, en relación con el delito que tipifica el artículo 197 del Código Penal.

V.- Por infracción de ley del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al resultar infringido el artículo 197.1, en relación con el artículo 18.1 de la Constitución Española, al haberse aplicado indebidamente el artículo 197.1 del Código Penal.

VI.-Por infracción de ley, del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al resultar infringido el artículo 20.5º del Código Penal, por no haberse aplicado la eximente que contempla.

VII.- Por infracción de ley, del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al resultar infringido el artículo 197.5º del Código Penal, por aplicación indebida, al no resultar de aplicación el subtipo agravado que tal precepto requiere.

VIII.- Por infracción de ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al resultar infringido el artículo 197.6 del Código Penal, por aplicación indebida, al no resultar de aplicación a ninguno de los hechos delictivos descritos del subtipo especial agravado que prevé.

IX.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo previsto en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción del principio de legalidad penal que tipifica el artículo 25.1 Constitución, en cuanto comprensivo de la prohibición de penas desproporcionadas, en relación con el artículo 17 de la Constitución, como consecuencia de la aplicación del artículo 197 del Código Penal.

La representación procesal de Lucio ..., basó su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

I.- Infracción de ley del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 66.1º del Código Penal.

La representación procesal de Maribel ..., basó su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

I.- Quebrantamiento de forma del N° 1 del artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

II.- Se alega quebrantamiento de forma del artículo 851.3º en relación con el artículo 579.3º, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación a la recepción y conservación de las cintas.

III.- Quebramiento de forma del N° 3 del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación al artículo 579.3º, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en lo que respecta a la audición de las cintas, así como la ausencia de controversia de las mismas.

IV.- Quebramiento de forma del N° 3 del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación al artículo 579.3º, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en lo que se refiere a la selección de las cintas y controversia de las mismas.

V.- Por quebrantamiento de forma, con apoyo procesal en el artículo 851.3 en relación con el artículo 579.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con la transcripción de las cintas, así como la ausencia de controversia en la misma.

VI.- Por quebrantamiento de forma, con apoyo procesal en el artículo 851.3 en relación con el artículo 579.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haberse infringido en el Auto del Juzgado de Instrucción Central N° 5, los requisitos jurisprudenciales para tales escuchas.

VII.- Infracción de Ley del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción de la doctrina jurisprudencial existente sobre el artículo 197.1º del Código Penal.

VIII.- Infracción de Ley del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación de la eximente del N° 5 del artículo 20 del Código Penal.

IX.- Por vulneración de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción del artículo 18.3º de la Constitución Española, al carecer de motivación el Auto de 3 de julio de 1996 del Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional.

X.- Por vulneración de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción del artículo 18.3º de la Constitución Española.

XI.- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción del artículo 24.2 de la Constitución Española regulador del principio de presunción de inocencia.

XII.- Por infracción de ley del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 197.1º del Código Penal, en relación al artículo 18.1º de la Constitución Española.

XIII.- Por vulneración del principio constitucional al amparo de lo previsto en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción del principio de legalidad penal del artículo 25.1º de la Constitución Española, por cuanto que se han aplicado a los hechos enjuiciados penas consideradas completamente desproporcionadas.

La representación procesal de Amanda ..., basó su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

I.- Por quebrantamiento de forma del artículo 851.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal( LEG 1882, 16) por no haber resuelto la sentencia( ARP 2001, 602) recurrida todos los puntos que han sido objeto de acusación y defensa.

II.- Por quebrantamiento de forma del artículo 851.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al haberse infringido el artículo 11.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial( RCL 1985, 1578, 2635) porque la obtención de las pruebas inculpatorias se han llevado a cabo violentando los derechos y libertades fundamentales de la recurrente.

III.- Por quebrantamiento de forma del artículo 851.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por no haber resuelto la sentencia recurrida todos los puntos que han sido objeto de acusación y defensa.

IV.- Por quebrantamiento de forma del artículo 851.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por no haber resuelto la sentencia recurrida todos los puntos que han sido objeto de acusación y defensa.

V.- Por quebrantamiento de forma del artículo 851.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por no haber resuelto la sentencia recurrida todos los puntos que han sido objeto de acusación y defensa.

VI.- Por quebrantamiento de forma del artículo 851.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por no haber resuelto la sentencia recurrida todos los puntos que han sido objeto de acusación y defensa.

VII.- Por infracción de ley del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 197.1º del Código Penal( RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777) .

VIII.- Por infracción de ley del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación indebida del artículo 201.1º del Código Penal al no haberse producido denuncia de la persona agraviada o de su representante.

IX.- Por infracción de ley del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por no aplicación de la doctrina jurisprudencial del artículo 197.1º del Código Penal, concretamente las sentencias 792/97, de 30 de mayo( RJ 1997, 4444) y 1611/97, de 29 de diciembre( RJ 1997, 9098) .

X.- Por infracción de ley del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación indebida del artículo 20.5º del Código Penal, dado que la intervención telefónica se realiza por "estado de necesidad", al no disponer de otros sistemas adecuados para la obtención de pruebas en los supuestos ilícitos que imputaban a los esposos condenados.

XI.- Por infracción de ley del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación indebida del artículo 20.7º en relación con el artículo 197.1º del Código Penal, pues la recurrente actúa en cumplimiento del deber.

XII.- Por infracción de ley del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 29 en relación con el artículo 197.1º del Código Penal, al considerarse en la sentencia responsable a la recurrente como cómplice del delito referido.

XIII.- Por vulneración del principio constitucional del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por infracción del artículo 24.2º de la Constitución Española( RCL 1978, 2836) , en relación con los artículos 118, 309 bis y 789.4º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

XIV.- Por vulneración del principio constitucional del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por infracción del artículo 18.3º de la Constitución Española, por ausencia de motivación del Auto de 3 de julio de 1996 del Juzgado Central de Instrucción Nº 5 de la Audiencia Nacional, que ordenó intervenir el teléfono móvil del condenado Valentín ...

XV.- Por vulneración del principio constitucional del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por infracción del artículo 24.2º de la Constitución Española, regulador, entre otros, del principio de presunción de inocencia.

XVI.- Por vulneración del principio constitucional del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por infracción del principio de legalidad que incorpora el artículo 25.1º de la Constitución Española, por haberse impuesto penas consideradas completamente desproporcionadas.

QUINTO Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, interesó la inadmisión de los motivos; dado traslado a la parte recurrida interesó la inadmisión de los recursos. La Sala admitió los mismos quedando conclusos los Autos para señalamiento de Fallo, cuando por turno correspondiera.

SEXTO Hecho el señalamiento para el Fallo, se celebró la Votación prevista para el día 5 de mayo de 2003. Habiéndose dictado, posteriormente, auto prorrogando el plazo para dictar sentencia, por un mes a adicionar al ordinario de diez días.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Recurso de Valentín

PRIMERO El inicial motivo del recurso, se formula al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial( RCL 1985, 1578, 2635) , alegándose vulneración de precepto constitucional, por infracción del artículo 18.3 de la Constitución Española( RCL 1978, 2836) , reguladora del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

En esencia, y a través de una larga argumentación, lo que viene a poner de manifiesto el recurrente como base del motivo, es la falta de motivación del Auto del Juzgado de Instrucción N° 5 de la Audiencia Nacional, de 3 de julio de 1996, en el que se acordó la intervención del teléfono móvil del recurrente por existir sospechas de que el recurrente estuviera involucrado en hechos delictivos relativos al tráfico de estupefacientes.

El tema fue en su día planteado como cuestión previa en el momento de la apertura del juicio oral y resuelto por el Tribunal de Instancia en Auto de 29 diciembre de 2000. Así, en el primero de los razonamientos jurídicos del mismo se pone de manifiesto que el Auto pretendidamente carente de motivación se dictó en el contexto de un procedimiento distinto -tráfico de drogas- y el mismo refleja la comunicación por parte de la Policía al Juez Instructor, de investigaciones realizadas en las que éste obtiene indicios del citado delito por una organización con la que, según el informe pericial, el recurrente pudiera tener relación para la distribución de sustancias estupefacientes.

Pues bien, este aspecto que ya fue planteado como cuestión previa, no le parece aceptable al recurrente, manteniendo que esta información no constituye motivación suficiente. Olvida, sin embargo aquél, otros datos expresados en el fundamento jurídico primero del Auto de 29 diciembre, ya citado, resolviendo la cuestión previa la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra y que lógicamente no incorpora en el recurso. Así, se dice en aquel que "no obran en los testimonios que figuran en Autos tales antecedentes que el Instructor tomó en consideración para adoptar su medida", añadiendo que "sería de todo punto improcedente que esta Sala decidiese que el Instructor carecía de elementos de juicio para fundar unos indicios y, por ende, de motivos para acordar la medida de intervención telefónica". Lo cual es perfectamente

lógico dado que la decisión de adoptar en otro procedimiento y es en el contexto de ese procedimiento donde se podía plantear o no la existencia de elementos de juicio para fundar unos indicios, los cuales pudieran ser determinantes de la intervención telefónica controvertida. En todo caso, carece el recurrente de base para alegar lo que afirma, pues no ha planteado nada al respecto en el procedimiento seguido en la Audiencia Nacional. Aspecto este que se pone igualmente de relieve en el Auto mencionado al señalar que "no consta, por otro lado, que el sujeto intervenido -u otro inculpado- haya deducido pretensión o queja alguna en el procedimiento seguido en el Juzgado Central de Instrucción N° 5 por razón de la ilicitud de aquella intervención.

El motivo, es improsperable.

SEGUNDO En el correlativo motivo, se alega vulneración de principio constitucional al amparo del artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial( RCL 1985, 1578, 2635) por infracción del artículo 18.3º de la Constitución Española( RCL 1978, 2836) , regulador del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

Si en el motivo precedente y bajo la misma rúbrica se hacía referencia a la falta de motivación del Auto del Juzgado de Instrucción N° 5 de la Audiencia Nacional de 3 de julio de 1996, ahora lo que se alega es la falta de especialidad de la materia a investigar, dado que los delitos enjuiciados se conocen en el contexto de las intervenciones telefónicas decretadas por la Audiencia Nacional y en un supuesto de tráfico de estupefacientes, es decir, un contexto delictivo completamente distinto al presente. Realmente se trata éste del consabido problema del "hallazgo casual" de un delito producido en el curso de una intervención telefónica por otro delito distinto. Pues bien, toda la argumentación ahora expresada en el motivo que se examina, ha sido igualmente objeto de tratamiento, del mismo modo que ocurre en el motivo primero, en el fundamento jurídico segundo del Auto de 29 de diciembre de 2000 de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, a cuyo contenido nos remitimos porque razona, con toda corrección, la cuestión debatida, que esta Sala asume.

Pero es que además, no hay que olvidar que el delito original del que surge el delito ahora objeto de análisis, es descubierto en el contexto de un delito de tráfico de estupefacientes, y su investigación inicial por la Audiencia Nacional no tiene nada de sorprendente dado el carácter de "delito pluriofensivo" que tiene el delito de tráfico de drogas, como señala la sentencia de esta Sala de 26 de junio de 2001, con lo cual se afirma que, no puede estimarse de entrada, y en un contexto investigador por tráfico de drogas, quiebra del principio de especialidad delictiva, la autorización de una nueva intervención telefónica respecto a otro delito que surja en relación al citado tráfico de estupefacientes.

Ha de rechazarse el motivo.

TERCERO En el motivo tercero del recurso se alega vulneración del principio constitucional del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial( RCL 1985, 1578, 2635) por infracción del artículo 24.2º de la Constitución Española( RCL 1978, 2836) , regulador, entre otros, del principio de presunción de inocencia.

Las reglas básicas, y consolidadas jurisprudencialmente por su reiteración, para analizar el ámbito y operabilidad del derecho a la presunción de inocencia pueden resumirse de acuerdo con múltiples pronunciamientos de esta Sala, como las Sentencias de 4 de octubre de 1996( RJ 1996, 7195) y 26 de junio de 1998( RJ 1998, 5597) entre otras, en el sentido de que para poder apreciar en el proceso penal una vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia se requiere que en la causa exista un vacío probatorio sobre los hechos que sean objeto del proceso o sobre alguno de los elementos esenciales de los delitos enjuiciados, pese a lo cual se dicta una sentencia condenatoria. Si, por el contrario, se ha practicado en relación con tales hechos o elementos, actividad probatoria revestida de los requisitos propios de la prueba de cargo, con sometimiento a los principios procesales de oralidad, contradicción e inmediación, no puede estimarse la violación constitucional basada en la presunción de inocencia, pues las pruebas así obtenidas son aptas para destruir dicha presunción, quedando sometidas a la libre y razonada valoración del Tribunal de instancia, a quien por ministerio de la Ley corresponde con exclusividad dicha función (artículos 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal( LEG 1882, 16) y 117.3 de la Constitución Española).

En términos de la Sentencia de 2 de abril de 1996( RJ 1996, 3215) su verdadero espacio abarca dos extremos fácticos: la existencia real del ilícito penal y la culpabilidad del acusado, entendido el término "culpabilidad" (y la precisión se hace obligada dada la polisemia del vocablo en lengua española, a diferencia de la inglesa), como sinónimo de intervención o participación en el hecho y no en el sentido normativo de reprochabilidad jurídico-penal (entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1989[ RJ 1989, 4152] , 30 de septiembre de 1993[ RJ 1993, 7098] y 30 de septiembre de 1994[ RJ 1994, 7327] ). Por ello mismo son ajenos a esta presunción los temas de tipificación (entre varias, Sentencia del Tribunal Constitucional 195/1993[ RTC 1993, 195] , y las en ella citadas). En este sentido recuerda la Sentencia de 20 de mayo de 1997( RJ 1997, 4289) que el ámbito de la presunción de inocencia queda circunscrito a los hechos externos y objetivos subsumibles en el precepto penal, pero nunca al elemento subjetivo de la concreta tipicidad.

Se viene a mantener en este tercer motivo que siendo ilegítimas las intervenciones telefónicas autorizadas por el Juzgado Central de Instrucción N° 5 de la Audiencia Nacional mediante Auto de 3 de julio de 1996, por vulnerar las exigencias constitucionales respecto de la limitación del derecho al secreto de las comunicaciones, el resto de prueba de cargo contra el recurrente, carece de efecto y trascendencia jurídica por derivarse de aquéllas, constitucionalmente ilegítimas.

Tal como hemos expuesto en los dos fundamentos precedentes no existe ninguna inconstitucionalidad ni, en consecuencia, puede hablarse de pruebas carentes de efecto. En cualquier caso, también este planteamiento ha sido realizado con anterioridad y al mismo se le da cumplida respuesta en el Fundamento Jurídico tercero del Auto de 29 diciembre de 2000 de la Audiencia Provincial de Pontevedra, al cual nos remitimos por considerarlo totalmente ajustado a Derecho. Por tanto, al estimar válidas las restantes pruebas, existe, pues, prueba de cargo suficiente, y válidamente producida, conforme verifica el Tribunal sentenciador en los Fundamentos de Derecho ( ARP 2001, 602) - quinto y sexto-, analizando todos los apartados que integran el «factum», ponderando todas las pruebas practicadas, y respecto a todos los acusados, en el plenario, con

sujeción a los principios de inmediación, publicidad y contradicción, que enervan la presunción de inocencia.

Procede, pues, la desestimación del motivo.

CUARTO Se alega infracción de ley del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal( LEG 1882, 16) , por aplicación indebida del artículo 16.1º del Código Penal( RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777) , en el cuarto motivo de impugnación.

Plantea el recurrente que nos encontramos ante un "delito de mera actividad o mutilado", el cual "no requiere que se produzca un resultado concreto, el descubrimiento o vulneración de la intimidad". Pues bien, según el recurso, como el artículo 16.1º del Código Penal( RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777) señala que "hay tentativa cuando practicados todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado", es decir, se refiere a "un resultado" y como éste es un delito de mera actividad, no cabe aplicar al mismo la tentativa.

Sin embargo, como afirma la sentencia( ARP 2001, 602) de instancia -fundamento jurídico quinto-, se trataría no de un delito de mera actividad sino de un delito de consumación anticipada, tal como describe la sentencia de esta Sala de 22 marzo de 2001( RJ 2001, 1357) que desestimó el recuso de casación interpuesto, pues expresaba que, bastaba con apoderarse de "papeles" o "interceptar las comunicaciones" para que el delito se consume, siempre que aquellas acciones estén filtradas por el propósito de descubrir secretos. Pues bien, como pone de manifiesto la sentencia( ARP 2001, 602) recurrida en los hechos probados, apartados c) y e) se hace todo lo necesario para interceptar las comunicaciones, pero no se interceptan las mismas finalmente "al devenir el proyecto inviable", pues se ausentaron de los domicilios conyugales las personas cuyas conversaciones debían ser interceptadas. Es perfectamente comprensible, en consecuencia, que el Tribunal de Instancia haya considerado ambos supuestos como causas de "tentativa acabada".

La sentencia de esta Sala de 2 diciembre 1992( RJ 1992, 9905) , aduce dichas formas imperfectas. Se trata, en definitiva, de un delito que sólo admite la forma dolosa, aunque, obviamente, cabe el error de prohibición, vencible o invencible, y en él la consumación se produce en el momento en que la conversación telefónica se interceptó, bien directamente o a través de instrumentos o artificios técnicos de escucha.

Evidentemente que, por consiguiente, cabe la frustración y la tentativa. Habrá frustración o tentativa acabada cuando, como en este caso, se hayan practicado todos los actos de ejecución que hubieran debido producir como resultado el delito, pese a lo cual, éste no se produce por causas ajenas o independientes de la voluntad del sujeto. En el supuesto objeto de este recurso, todo quedó instalado para la interceptación, aunque, no se sabe exactamente por qué, ésta no se produjo respecto del teléfono deseado. No hay tentativa, por tanto, porque como queda afirmado, todo estaba ya ejecutado.

Como el hecho real es que la información querida no se obtuvo, no cabe afirmar la consumación, se dice, pero hay que señalar que sí se produjo al menos la frustración porque los actos de ejecución quedaron completados.

Hay que desestimar el motivo

QUINTO En el quinto motivo de impugnación, se alega infracción de ley del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal( LEG 1882, 16) por aplicación indebida del artículo 197.1º del Código Penal( RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777) en relación al artículo 18.1º de la Constitución Española( RCL 1978, 2836) .

Plantea el recurrente que en el caso concreto ahora objeto de análisis realmente no se pretendía vulnerar la intimidad, ya que lo que se quería saber con las interceptaciones telefónicas era la "verdadera intimidad familiar" y "el comportamiento del marido en su seno", en consecuencia, debería bastar el consentimiento de la esposa para llevar a cabo este tipo de interceptación telefónica.

Resulta verdaderamente sorprendente esta nueva forma de intimidad planteada en el recurso, que parece ser una intimidad compartida y que precisamente por serlo uno de los miembros de la familia -de la pareja, en este caso-, puede entrar en la misma, en detrimento del otro miembro de la familia. Por esta peligrosa vía que se propugna cabría hablar también, como dice acertadamente el Ministerio Fiscal, de una "libertad sexual familiar" y de otra libertad sexual externa a la familia, de manera que lo que pudiera ser delito fuera del matrimonio no lo sería en el matrimonio, por esa perspectiva conjunta limitada de esa libertad sexual matrimonial expresada. Es evidente que los esfuerzos de los Tribunales en dejar claro que la libertad sexual, fuera o dentro del matrimonio, es una e indivisible, quedaría frustrada al aplicar perspectivas o planteamientos similares a los expresados para el derecho a la intimidad. Es decir, con esta perspectiva la violación no cabría dentro del matrimonio. Todo ello sin olvidar que la intervención telefónica afecta no a una persona -en este caso al marido-, sino a una segunda persona que es el interlocutor.

El artículo 197.1, contempla el tipo básico del delito de descubrimiento y revelación de secretos, que tutela el derecho fundamental a la intimidad personal -que es el bien jurídico protegido-, garantizado por el artículo 18.1 de la Constitución Española -derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen-, superando la idea tradicional del concepto de libertad negativa, materializado en el concepto de secreto que imperaba en el Código Penal derogado, artículo 497( RCL 1973, 2255) -.

Los elementos objetivos del artículo 197.1, se integra en primer término por la conducta típica, en la que se pueden distinguir dos modalidades:

a) apoderamiento de papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales,

y b) la interceptación de telecomunicaciones o la utilización de artificios técnicos de escuchas, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o cualquier otra señal de comunicación. Esta última cláusula general, trata de subsanar las posibles lagunas de punibilidad que se pueden derivar de los avances de la tecnología moderna.

Sujeto activo del tipo básico podrá ser cualquiera, "el que", dice el texto legal; y sujeto pasivo, ha de ser el titular del bien jurídico protegido y se corresponderá con el de objeto

material del delito, pues el concepto que se examina utiliza el posesivo "sus" referido a papeles, y también al otro supuesto, intercepta "sus telecomunicaciones".

Respecto al "iter criminis", es una figura delictiva que se integra en la categoría de los delitos de intención, y en la modalidad de delito mutilado de dos actos, uno de apoderamiento, interceptación o utilización de artificios técnicos, unido a un elemento subjetivo adicional al dolo, consistente en el ánimo de realizar un acto posterior, descubrir el secreto, o vulnerar la intimidad de otro, sin necesidad de que éste llegue a producirse. Por ello, la conducta típica del artículo 197.1, se consume con el apoderamiento, interceptación, etc., sin necesidad que se produzca el efectivo descubrimiento de los secretos, o vulneración de la intimidad, siendo posibles las formas imperfectas de ejecución, tentativa acabada o inacabada.

El elemento subjetivo del delito, constituido por la conducta típica que ha de ser dolosa, pues no se recoge expresamente la incriminación imprudente, exigida conforme al artículo 12 del texto legal, que ha de llevarse a cabo con la finalidad de descubrir secretos o vulnerar la intimidad, ya que la dicción literal del precepto emplea la preposición "para".

Aplicando tal doctrina al supuesto que se examina, es evidente que concurre el elemento objeto, y en cuanto al elemento subjetivo, requerido por el tipo, su concurrencia no admite la menor duda, por cuanto del hecho probado se infiere de manera inequívoca que la acción del agente estaba encaminada a conocer secretos de la persona así espiada sin el consentimiento de ésta, invadiendo y violentando el ámbito de su intimidad personal como medio de acceso a dichos secretos, por lo que aparece incuestionable que el acusado sabía lo que hacía y quería hacer lo que hizo, con lo que se cierra el círculo del dolo propio de este tipo delictivo.

En cuanto a las alegaciones del recurrente de que la subrepticia injerencia en el ámbito de la intimidad del marido para descubrir supuestas o reales infidelidades mediante aparatos de interceptación y grabación de las conversaciones telefónicas de aquélla carecen de contenido penal, porque -según se afirma- los secretos en esa esfera de la infidelidad matrimonial no son secretos personales, ni afectan a la intimidad de quien los posee, sino que forman parte de lo que el recurrente denomina "dimensión familiar" de la intimidad; tales alegaciones, repetimos, deben ser repelidas rotundamente, porque la sentencia de esta Sala de 14 mayo 2001( RJ 2001, 2719) , afirma que esa invocada "dimensión familiar" de la intimidad no autoriza en modo alguno a uno de los cónyuges a violar el derecho fundamental a la intimidad que, como persona, tiene el otro cónyuge, ni a vulnerar el secreto de las comunicaciones que, a toda persona otorga el art. 18 CE, tanto en el ámbito individual como en el familiar de su existencia.

Se trata de derechos básicos del ser humano que proscriben la injerencia de quien su titular no desee en el ámbito de su personalísima privacidad, que no cabe entender renunciado por el hecho de contraer matrimonio, y que explícita y específicamente establece el secreto de las comunicaciones telefónicas como una de las manifestaciones más relevantes de la intimidad personal que se ampara constitucionalmente en el apartado primero del art. 18 de la Constitución con vocación de universalidad y sin otras excepciones que las expresamente contempladas en el precepto.

Esta realidad consagrada en el art. 18 CE tiene su correspondiente reflejo en el art. 197 CP donde el sujeto activo del tipo es, como se ha dicho, "el que" realice alguna de las acciones típicas, es decir, cualquiera persona, sin distinción y sin excepción; y donde el sujeto pasivo es "otro", quienquiera que sea este otro, sin exclusión alguna, siendo singularmente significativo que en el Código Penal vigente haya desaparecido incluso la dispensa penal que favorecía a padres o tutores respecto del descubrimiento de secretos de sus hijos o menores que se hallaren bajo su dependencia que figuraba como excepción en el art. 497 CP de 1973, todo lo cual evidencia, al entender de esta Sala, que ningún tipo de relación paterno-filial, matrimonial, contractual, ni de otra clase, ni las incidencias o vicisitudes que puedan surgir en su desarrollo, constituye excusa absolutoria o causa de justificación que exima de responsabilidad penal a quien consciente y voluntariamente violenta y lesiona el bien jurídicamente protegido por la norma penal que, como sucede en el supuesto actual, no sólo afectaría al marido de la acusada, sino también a los interlocutores de ésta que habrían visto también quebrantada su intimidad, sus secretos y su derecho a la privacidad de sus comunicaciones telefónicas, captadas, interceptadas, grabadas y conservadas por el acusado.

Ha de desestimarse el motivo.

SEXTO Se formula el motivo sexto de impugnación alegándose infracción de ley del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal( LEG 1882, 16) , por inaplicación indebida del artículo 20.5º del Código Penal( RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777) a los hechos A), C), D) y E) ( ARP 2001, 602) .

A tenor de la vía Casacional elegida N° 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se exige el más absoluto respecto a los hechos declarados probados, dado que la única posibilidad de intervención a que tiene esta Sala es comprobar si la operación de aplicación o inaplicación de una norma penal sustantiva a tales hechos es o no la correcta.

En base, pues, a ese presupuesto es evidente que la pretensión de aplicar eximente alguna de estado de necesidad carece completamente de fundamento al no existir datos fácticos en que apoyarse, planteándose por lo demás una tesis, propugnando una diferencia de sexos en el recurso, completamente incomprensible en la actualidad.

El motivo, debe rechazarse.

SEPTIMO Por la vía del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal( LEG 1882, 16) se formaliza el séptimo motivo de impugnación, alegándose aplicación indebida del artículo 197.5º del Código Penal( RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777) al hecho A) de los hechos probados ( ARP 2001, 602) .

Como expone el fundamento jurídico tercero de la sentencia( ARP 2001, 602) impugnada, desde una perspectiva fáctica y por ende complementadora de los hechos probados, Faustino, el recurrente, de modo incriminatorio y habitual, procedía a intervenir cuantos teléfonos le eran solicitados para investigar infidelidades conyugales. Por lo demás, el fundamento jurídico quinto, al referirse a los subtipos agravados, expresa

también qué elementos fácticos existen cuya propia existencia resulta determinante de la aplicación del N° 5 del artículo 197 del Código Penal.

El motivo, no puede prosperar.

OCTAVO Se formula el octavo motivo por infracción de Ley del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal( LEG 1882, 16) , alegándose aplicación indebida del N° 6 del artículo 197 ( RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777) al recurrente en los hechos penales de los que es responsable.

En primer término, el párrafo último del apartado A) de los hechos probados ( ARP 2001, 602) , deja claro que el recurrente, por cuanto se dedicaba profesionalmente a la investigación privada, percibía remuneración por la actividad de interceptación de teléfonos. Pero es que, además, la misma perspectiva anteriormente expresada sería aplicable al caso presente por cuanto que el propio fundamento jurídico quinto de la sentencia recurrida deja igualmente cierta esa actitud económica en el tema. En el mismo, se incluye una serie de hechos probados perfectamente demostrativos del planteamiento puramente económico que el recurrente tenía en relación con el desempeño de estas actividades.

Ha de desestimarse el motivo.

NOVENO Se alega vulneración de principio constitucional al amparo de lo previsto en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial( RCL 1985, 1578, 2635) por infracción del principio de legalidad penal del artículo 25.1º de la Constitución Española( RCL 1978, 2836) , por cuanto se han aplicado a los hechos enjuiciados, penas consideradas completamente desproporcionadas, en el noveno motivo de impugnación.

La argumentación que se expresa por parte del recurrente para avalar la existencia de la desproporcionalidad alegada se basa en la antigua regulación del tema en el Código Penal de 1973( RCL 1973, 2255) , igualmente la establecida para el delito de calumnia en el Código actual( RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777) , el hecho de que se trate de un "delito mutilado".

Es evidente que lo que se alega son aspectos de política criminal, tal como ha sido expresado por el legislador del Código Penal de 1995, más que irregularidades cometidas al respecto por el Tribunal de Instancia. Pues bien, tal como pone de manifiesto la sentencia de esta Sala de 1 de marzo de 2001( RJ 2001, 3305) , no toda pena que se juzgue desproporcionada debe ser inconstitucional, siendo así además que sólo al legislador compete su regulación. Los Tribunales, únicamente pueden utilizar los mecanismos que proporcionan, por una parte, el artículo 4.3º del Código Penal y, de otra, el apartado 2º del mismo precepto sobre petición de indulto, para la individualización de la pena.

La sentencia de 16 abril de 2003, afirma en cuanto al principio de proporcionalidad denunciado como vulnerado en la aplicación de la pena, la sentencia de esta Sala de 14 marzo de 1997( RJ 1997, 2112) , estima que tal principio supone la adecuación de la pena al hecho por el que se impuso, incumbiendo el principio de proporcionalidad en principio al legislador; y en el momento de la aplicación de la pena al caso concreto, al

Juzgador, que no infringirá la proporcionalidad en la individualización de las penas si éstas se atemperan a las reglas dosimétricas del Código Penal.

Según se razona en la sentencia de esta Sala de 2 octubre de 2000( RJ 2000, 8719) , el principio de proporcionalidad de las penas, si bien no tienen un expreso reconocimiento constitucional, es innegable que se tiene en cuenta en nuestro Ordenamiento Jurídico, como directamente derivado del valor justicia, proclamado en el artículo 1.1 de nuestra Constitución Española( RCL 1978, 2836) , y que integra uno de los valores superiores de nuestro Ordenamiento.

Procede, pues, desestimar el motivo.

Recurso de Lucio

DECIMO El inicial motivo de impugnación, se formula por infracción de ley, al amparo del N° 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal( LEG 1882, 16) , alegándose aplicación indebida del artículo 66.1º del Código Penal( RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777) .

El motivo es improsperable.

No se concreta a cuál de los dos hechos A) y C) ( ARP 2001, 602) , por los que ha sido condenado el recurrente, es aplicable lo expuesto en el motivo. No obstante y dado que se está refiriendo el mismo a la pena de 4 años y 3 meses de prisión cabría deducir que se está aludiendo al hecho A). Pues bien, es evidente que la pena aplicada resulta de la conjunción de los apartados 5º y 6º del artículo 197 del Código Penal, apartados que por lo demás están plenamente justificados a tenor de los aspectos fácticos contenidos en el relato histórico y en la fundamentación jurídica.

Es cierto que no se aplica la pena mínima que resultaría del número 5º y 6º del artículo 197 del Código Penal que sería simplemente 4 años, con lo cual quizás este leve aumento debería haber sido justificado. La jurisprudencia de esta Sala ha venido a admitir la posibilidad de una pena aplicada sin motivación expresa si la pena en cuestión fuera la mínima aplicable, pero no así cuando fuera superior a la pena mínima estricta. No obstante, la sentencia recurrida nos ofrece datos que justifican esta pena.

Así se puede concluir, si tenemos en cuenta los aspectos descritos en los hechos probados y fundamentos jurídicos, especialmente el fundamento jurídico quinto ( ARP 2001, 602) -subtipo agravado-, en el que se expresa un planteamiento económico por parte del recurrente y del otro acusado Valentín ..., en el que se descubre una especial apetencia por obtener la mayor ganancia con sus ilícitos trabajos, o el planteamiento engañoso a la hora de justificar su acción, según describe el fundamento jurídico sexto ( ARP 2001, 602) , tal y como expresa la sentencia de esta Sala de 22 octubre de 2001( RJ 2001, 9383) , entre otras. Pues bien, con estos datos podría justificarse la pena de 4 años y 3 meses impuesta por remisión.

El motivo ha de desestimarse.

Recurso de Maribel

UNDECIMO El primer motivo se formula por quebrantamiento de forma, al amparo del N° 1° del artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal( LEG 1882, 16) , aduciendo la denegación de alguna diligencia de prueba, que propuesta en tiempo y forma se estime conveniente.

El motivo ha de rechazarse. En efecto, en el desarrollo del mismo no se concreta ninguna diligencia de prueba denegada. Solamente se hace referencia a la falta de control judicial sobre las intervenciones telefónicas y a la pretendida ilegalidad en la observación de las conversaciones y grabación en las cintas sin que se diga nada al respecto.

DUODECIMO Se alega quebrantamiento de forma del artículo 851.3° en relación al artículo 579.3°, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal( LEG 1882, 16) en relación a la recepción y conservación de las cintas, en el segundo motivo del recurso.

El "modus operandi" que siguió tanto el Juzgado Central de Instrucción N° 5 de la Audiencia Nacional y el Juzgado de Instrucción de Pontevedra es el que viene descrito en el fundamento jurídico tercero, apartado B) y en el fundamento jurídico cuarto del Auto de 29 diciembre de 2000 de la Sección 1° de la Audiencia Provincial de Pontevedra, resolviendo las cuestiones previas planteadas, y en ese "modus operandi" no se observa irregularidad alguna. Todo ello sin olvidar que el N° 3 del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que es la vía Casacional utilizada, nada tiene que ver con lo alegado en el desarrollo del motivo.

El motivo no puede prosperar.

DECIMOTERCERO Se alega quebrantamiento de forma del N° 3 del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal( LEG 1882, 16) , en relación al artículo 579.3°, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en lo que se refiere a la audición de las cintas, así como la ausencia de controversia de las mismas.

Para desestimar el motivo, cabría repetir lo ya reseñado en el motivo precedente, con expresa referencia al fundamento jurídico cuarto del Auto de 29 de diciembre de 2000, del Tribunal de instancia.

DECIMOCUARTO Se alega quebrantamiento de forma del N° 3 del artículo 851, en relación al artículo 579.3° de la Ley de Enjuiciamiento Criminal( LEG 1882, 16) y en lo que se refiere a la selección de cintas y controversia en las misma, en el cuarto motivo.

A tenor de lo ya expresado, al desestimar los motivos precedentes, debe rechazarse el presente.

DECIMOQUINTO En el quinto motivo se alega lo ya expuesto en los motivos tercero y cuarto, por lo que nos remitimos a lo ya expresado al desestimar dichos motivos.

DECIMOSEXTO Se alega quebrantamiento de forma del N° 3 del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal( LEG 1882, 16) , en relación al N° 3 del artículo 579 del

mismo cuerpo legal al haber infringido el Auto del Juzgado Central de Instrucción N° 5, los requisitos jurisprudenciales sobre las escuchas, en el sexto motivo.

Se plantea aquí y de nuevo, el tema de los hallazgos casuales en las intervenciones telefónicas, cuando surgen datos sobre un delito distinto al inicialmente investigado. Se trata de un tema este que ya ha sido objeto de análisis y tratamiento en el motivo segundo del recurso de Valentín ..., remitiéndonos, en consecuencia, a lo dicho al respecto en el citado recurso.

DECIMOSÉPTIMO En el motivo séptimo se alega infracción de ley del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal( LEG 1882, 16) por vulneración de la doctrina jurisprudencial existente sobre el artículo 197.1º del Código Penal( RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777) .

Una reiterada doctrina de esta Sala, ha declarado - Auto de 26 de enero de 1994( RJ 1994, 488) , entre otros-, que la infracción de jurisprudencia no es subsumible en ninguno de los motivos de casación, por lo que el motivo, debe rechazarse.

DECIMOCTAVO En el motivo octavo se alega infracción de ley del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal( LEG 1882, 16) , por inaplicación de la eximente del N° 5 del artículo 20 del Código Penal( RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777) .

Se trata este de un planteamiento que ya se expresó en el motivo sexto del recurso de Valentín ..., que ahora se copia literalmente en el presente recurso. Por lo que nos remitimos a lo expuesto al desestimarse el citado motivo, en el fundamento de igual ordinal.

DECIMONOVENO Se formaliza el motivo noveno por vulneración de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial( RCL 1985, 1578, 2635) , aduciéndose infracción del artículo 18.3º de la Constitución Española( RCL 1978, 2836) , al carecer de motivación el Auto de 3 de julio de 1996 del Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional.

Esta misma argumentación se alegó en el motivo primero del recurso de Valentín ..., y de hecho el contenido del presente motivo es idéntico al de aquél, salvo los antecedentes del motivo primero del recurso de aquél, que no vienen incorporados a este motivo. En consecuencia, nos remitimos a lo ya dicho al desestimar el citado motivo primero del recurso del ya citado Valentín ..., en el fundamento primero de esta resolución.

VIGESIMO En el motivo décimo se alega vulneración de principio constitucional al amparo del artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial( RCL 1985, 1578, 2635) , por infracción del artículo 18.3º de la Constitución Española( RCL 1978, 2836) .

También la argumentación desarrollada en el presente motivo está expuesta en el motivo segundo de casación del recurso de Valentín ..., remitiéndonos, en consecuencia, a lo expuesto al desestimar dicho motivo.

VIGESIMO PRIMERO En el motivo undécimo se alega vulneración de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial( RCL

1985, 1578, 2635) por infracción del artículo 24.2º de la Constitución Española( RCL 1978, 2836) regular del principio de presunción de inocencia.

Igualmente este motivo coincide de manera literal con el motivo tercero del recurso de Valentín ..., remitiéndonos, pues, a lo expuesto al desestimar el mismo, donde se hacía referencia a los fundamentos de derecho quinto y sexto de la sentencia( ARP 2001, 602) impugnada, en los que se analizaban todas las pruebas existentes y que, respecto a todos los acusados, enervaban la presunción de inocencia.

VIGESIMO SEGUNDO Se alega infracción de ley del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal( LEG 1882, 16) por aplicación indebida del artículo 197.1º del Código Penal( RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777) , en relación al artículo 18.1º de la Constitución Española( RCL 1978, 2836) , en el duodécimo motivo.

El presente motivo coincide literalmente con el motivo quinto del recurso de Valentín ... En consecuencia nos remitimos a lo dicho en relación con el mismo.

VIGESIMO TERCERO Se alega vulneración del principio constitucional al amparo de lo previsto en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial( RCL 1985, 1578, 2635) por infracción del principio de legalidad penal del artículo 25.1º de la Constitución Española( RCL 1978, 2836) , por cuanto que se han aplicado a los hechos enjuiciados penas consideradas completamente desproporcionadas, en el motivo decimotercero.

El presente motivo coincide literalmente con el motivo noveno del recurso de casación de Valentín ... En consecuencia nos remitimos a lo ya dicho al respecto.

#### Recurso de Amanda

VIGESIMO CUARTO En el primer motivo de impugnación, se alega quebrantamiento de forma con cita del artículo 851.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal( LEG 1882, 16) por no haber resuelto la sentencia( ARP 2001, 602) recurrida todos los puntos que han sido objeto de acusación y defensa.

Se alega que la sentencia del Tribunal de Instancia no contiene pronunciamiento alguno en su fallo acerca de la concurrencia o no de la circunstancia de la ilicitud de las cintas incautadas como modificativa de la responsabilidad. Pues bien, al margen de que la propia recurrente admite una cierta irregularidad en el planteamiento de este punto, por ella misma, para que exista este vicio, tal como establece la jurisprudencia de esta Sala, es necesario que se produzca a su vez la ausencia de decisión a una cuestión planteada de carácter jurídico, y en tiempo y forma oportunos. Lo cierto es, sin embargo, que tanto la sentencia recurrida como el Auto de 29 diciembre de 2000 están dedicados, en parte importante de los mismos, a demostrar la licitud de las cintas y de los procedimientos aplicados para su obtención, habiéndose resuelto, pues, tales temas en las citadas resoluciones judiciales, procediendo la desestimación del motivo.

VIGESIMO QUINTO Se alega quebrantamiento de forma del artículo 850.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal( LEG 1882, 16) al haberse infringido el artículo 11.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial( RCL 1985, 1578, 2635) porque la obtención de las pruebas

inculpatórias se han llevado a cabo violentando los derechos y libertades fundamentales de la recurrente, en el segundo motivo.

La vía Casacional utilizada -denegación de alguna diligencia de prueba que, propuesta en tiempo y forma por las partes, se considere pertinente-, nada tiene que ver con lo que se alega y argumenta: nulidad de la prueba obtenida a través de las intervenciones telefónicas. De nuevo hay que repetir que tal como se pone de manifiesto tanto por el Auto resolviendo las cuestiones previas como por la sentencia( ARP 2001, 602) recurrida, las intervenciones carecen de irregularidad alguna.

Por tanto, procede desestimar el motivo.

VIGESIMO SEXTO Se alega quebrantamiento de forma del artículo 851.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal( LEG 1882, 16) al no haberse resuelto en la sentencia( ARP 2001, 602) todos los puntos objeto de la acusación y defensa, en el tercer motivo de impugnación.

Se aduce que la sentencia recurrida no ha resuelto la problemática suscitada acerca de la obtención, conservación, envío y recepción de las cintas originales desde el Juzgado Instrucción Central 5 de la Audiencia Nacional al Juzgado de Instrucción de Pontevedra.

No es cierto lo planteado. Los puntos alegados han sido objeto de análisis previos y de decisión posterior en la sentencia recurrida y, como cuestiones previas, en el Auto de 29 diciembre de 2000.

Ha de rechazarse el motivo.

VIGESIMO SEPTIMO Se alega quebrantamiento de forma del artículo 851 ( LEG 1882, 16) , en la misma línea planteada en los motivos precedentes, en relación con la selección de las cintas, así como la ausencia de controversia en las mismas, en el cuarto motivo.

Nos remitimos a lo expuesto al desestimar aquéllos.

VIGESIMO OCTAVO Se alega quebrantamiento de forma del artículo 851.3º ( LEG 1882, 16) en la misma línea planteada en los motivos precedentes, en el quinto motivo.

Se produce lo ya expresado al desestimar los motivos precedentes.

VIGESIMO NOVENO Se alega quebrantamiento de forma del artículo 851.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal( LEG 1882, 16) en la misma línea planteada en los motivos precedentes, en el sexto motivo.

Se produce lo expuesto al desestimar los motivos precedentes.

TRIGESIMO Se alega infracción de ley del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal( LEG 1882, 16) por aplicación indebida del artículo 197.1º del Código Penal( RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777) , en el motivo séptimo de impugnación.

Afirma la recurrente que en el caso presente los hechos probados no incorporan los elementos que configuran el tipo delictivo del artículo 197 del Código Penal. Acto seguido añade que los hechos probados no pueden extraerse más allá de las propias declaraciones y pruebas practicadas en el juicio oral y a la declaración previa de la recurrente, introduciendo con ello un elemento valorativo. Sin embargo, lejos de partir de valoraciones de las pruebas practicadas como manera de conformar los hechos probados, la vía Casacional utilizada obliga, tal como ya se ha dicho, a partir de los hechos probados propiamente dichos y en los hechos probados ( ARP 2001, 602) queda claro que se colocaron aparatos de interceptación y grabación de las conversaciones en el Colegio Lar -en Tameiga, Mos-, a petición de Maribel ..., por parte de Valentín y Lucio ..., desconociéndolo el marido de aquélla y cuyas conversaciones se querían conocer, siendo así que la recurrente, secretaria personal de Maribel ..., con conocimiento de los hechos referidos, colaboraba fundamentalmente con labores de porteo de las cintas en las que se habían hecho las grabaciones. Al margen pues de cualquier valoración de la prueba, que es ajena a esta vía Casacional, los hechos probados acabados de reproducir son taxativos al respecto, y de los mismos se desprende la realización de los actos necesarios para interceptar las comunicaciones y la intencionalidad de descubrir secretos.

TRIGESIMO PRIMERO Se alega infracción de ley del N° 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal( LEG 1882, 16) por inaplicación indebida del artículo 201.1º del Código Penal( RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777) al no haberse producido denuncia de la persona agraviada o de su representante, en el octavo motivo.

Como dice el Ministerio Fiscal, la denuncia cuya existencia se cuestiona, no es un elemento del tipo sino un requisito de procedibilidad, es decir un requisito de naturaleza procesal. Como es sabido las normas procesales no sustantivas carecen de validez en la vía Casacional de la infracción de ley. Las normas jurídicas, en cuanto atribuyen derechos u obligaciones y establecen las reglas necesarias sobre lo justo y lo injusto constituyen disposiciones distintas de las normas de procedimiento, permaneciendo éstas con una existencia subordinada porque dan sólo garantías y los soportes de aquellos derechos sustantivos -Auto de 9 septiembre de 1998, entre otros-.

La cuestión que se suscita de nuevo, ya fue planteada como cuestión previa y resuelto por Auto del Tribunal "a quo" de 19 diciembre de 2000, y posteriormente en el fundamento de derecho tercero de la sentencia( ARP 2001, 602) de instancia, se vuelve a examinar el tema para desestimarlos con razonamientos que esta Sala acoge y hace suyos, no sólo porque la denuncia puede manifestarse por expresa constancia de la misma, como manifestando que querían que el hecho se persiguiese, o mostrarse parte en el proceso, que no puede ser iniciadora de la instrucción, cuando el delito por sus propias características se desenvuelve en la clandestinidad, desconociéndose quién sea el perjudicado, si el hecho es conocido en primer lugar por el Ministerio Fiscal, que solicitará se ponga en conocimiento de aquél o aquéllos para que decidan si optan por la persecución del hecho, bastando con tal manifestación, sin necesidad, como se ha dicho, de denuncia formal. Y en último término, como se dice en el propio fundamento, se produjo también la intervención de un teléfono público, que por afectar a una pluralidad de personas, se integraría dicho comportamiento en el apartado 2º del artículo 201 del texto punitivo, que eliminaría la necesidad de la previa denuncia, que exige el apartado 1º del propio precepto.

Por ello, el motivo, debe desestimarse.

TRIGESIMO SEGUNDO Se alega infracción de ley del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal( LEG 1882, 16) por no aplicación de la doctrina jurisprudencial del artículo 197.1º del Código Penal( RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777) , concretamente las sentencias de 30 de mayo( RJ 1997, 4444) y 29 de diciembre( RJ 1997, 9098) , en el noveno motivo.

Según ya se expuso al desestimar el motivo séptimo del recurso de Maribel ..., la infracción de jurisprudencia no es subsumible en ninguno de los motivos de casación, y por tanto, ha de rechazarse el motivo.

TRIGESIMO TERCERO En el motivo décimo se alega infracción de ley del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal( LEG 1882, 16) por inaplicación indebida del artículo 20.5º del Código Penal( RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777) , dado que la intervención telefónica se realiza por "estado de necesidad", al no disponer de otros sistemas adecuados para la obtención de pruebas en los supuestos ilícitos que imputaban a los esposos condenados.

Se trata éste del mismo planteamiento efectuado en el motivo sexto del recurso de Valentín y en el motivo octavo del recurso de Maribel ..., remitiéndonos, en consecuencia, a lo expuesto al desestimar aquellos motivos, para que el que se examina, siga la misma suerte.

TRIGESIMO CUARTO Se alega infracción de ley del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal( LEG 1882, 16) por inaplicación indebida del artículo 20.7º en relación al artículo 197.1º del Código Penal( RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777) , pues la recurrente actúa en cumplimiento del deber, en el motivo undécimo.

El motivo es improsperable, pues carece completamente de fundamento lo alegado. En primer lugar, nada se expresa, implícita o explícitamente, en los hechos probados ( ARP 2001, 602) , de donde pudiera desprenderse la posible aplicación de la eximente. Pero es que además, en el caso presente, la recurrente es la secretaria personal de la también condenada Maribel y de una relación profesional de esa naturaleza no puede tan siquiera plantearse ese supuesto del artículo 20.7º del Código Penal. Esta modalidad de eximente reclama, como presupuesto lógico, que por voluntad del Derecho recaiga un deber cuyo cumplimiento comporte la realización de un hecho típico penalmente, en menoscabo de un bien jurídico. No es imaginable tan siquiera que en la función de secretaria que desempeña la recurrente de la Directora de un centro docente, se suscite como posibilidad ese supuesto lógico previo al que se hacía referencia.

TRIGESIMO QUINTO Se alega infracción de ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal( LEG 1882, 16) por aplicación indebida del artículo 29 en relación al artículo 197.1º, ambos del Código Penal( RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777) , al considerarse en la sentencia responsable a la recurrente como cómplice del delito referido, en motivo duodécimo.

La sentencia de esta Sala de 27 septiembre 2001( RJ 2002, 3661) , expresa que los criterios dogmáticos más utilizados por la doctrina y la jurisprudencia para delimitar el concepto de autor y distinguirlo de la simple complicidad, se pueden resumir en tres teorías: la objetivo-formal, la objetivo-material y la teoría del dominio del hecho, las que han sido manejadas por nuestra jurisprudencia con mayor o menor adhesión. Las sentencias de esta Sala de 26 de febrero de 1993( RJ 1993, 1516) y 27 enero 1998( RJ 1998, 96) recogen, en acertada síntesis, los diversos caminos seguidos por nuestra jurisprudencia para concretar y perfilar el concepto de autor, en sus tres variantes, y distinguirlo de la complicidad.

En primer lugar se puede optar por considerar autor a todo el que pone una causa sin la que el resultado no se hubiera producido, aunque diferenciando la causa (autoría) de la condición (complicidad), con lo que se evade de la teoría de la equivalencia de las condiciones, que sería insuficiente para distinguir entre ambas categorías participativas.

De la aplicación de la teoría del dominio del hecho, se sigue, como criterio diferenciador, la posibilidad de dejar correr o de interrumpir la realización de la acción típica, haciendo de este dominio, el signo distintivo de la cooperación necesaria, relegando la complicidad a los simples actos de ayuda sin participación en la decisión ni el dominio final del hecho.

Ajustándose a la eficacia de los medios, se ha puesto énfasis en las aportaciones necesarias para el resultado, teniendo en cuenta el criterio de la escasez de medios y, en este campo, toda actividad claramente criminal, que por serlo, el ciudadano corriente no está dispuesto a llevar a cabo, es escasa y constitutiva de cooperación necesaria si, además es causal para el resultado y supone la remoción de un obstáculo serio para la comisión del delito.

Como señalan las resoluciones citadas, la jurisprudencia actual viene conjugando estos criterios, incluso la del dominio del acto, sin adscribirse a ninguno de ellos en exclusiva, pero sin ocultar sus preferencias (para distinguir entre el auxilio necesario y otras colaboraciones contingentes y secundarias), hacia la doctrina de los bienes o actividades escasas, prestando, dentro de este criterio, una atenta consideración a la eficacia y poderío causal de la acción de auxilio.

Tiene declarado esta Sala que el cómplice no es ni más ni menos que un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial que contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que a aquéllos anima, y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en el que todos están interesados. Se trata, no obstante, de una participación accidental y de carácter secundario (v. SS. de 31 de octubre de 1973[ RJ 1973, 4007] , 25 de septiembre de 1974[ RJ 1974, 3306] , 8 de febrero de 1984[ RJ 1984, 732] y 8 de noviembre de 1986[ RJ 1986, 6822] ). El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible (v. S. de 15 de julio de 1982[ RJ 1982, 4671] ). Quiere ello decir, por tanto, que para que exista complicidad han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnan los caracteres ya expuestos; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo

consciente y eficaz a la realización de aquél -cfr. Sentencias 9 de mayo de 1972( RJ 1972, 2077) , 16 de marzo( RJ 1998, 2424) , 12 de mayo( RJ 1998, 4358) y 2 octubre 1998( RJ 1998, 6854) y 26 abril 1999( RJ 1999, 4869) ( RJ 2001, 7055) .

Aplicando la doctrina expuesta al caso que se examina, tanto de los hechos declarados probados como de los aspectos fácticos que existen en la fundamentación jurídica, especialmente el fundamento jurídico sexto de la sentencia impugnada ( ARP 2001, 602) , en el que se debate sobre la participación de la recurrente, suponen un claro rechazo de lo pretendido en el presente motivo. Toda la argumentación expresada en el presente motivo no son sino aseveraciones realizadas o interpretaciones efectuadas con ocasión de las declaraciones, concretamente con las frases de la recurrente "nunca escuché ninguna cinta, fueron comentarios" o la indicación de "no transporté ninguna cinta, como tales recogía sobres, pero no sabía lo que había dentro". En base a las mismas se hace toda una construcción teórica de la que se concluye que la recurrente no era cómplice. La vía Casacional del N° 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, funciona de manera completamente distinta, tal y como se ha expuesto ya con reiteración.

El motivo, pues, ha de rechazarse.

TRIGESIMO SEXTO En el decimotercer motivo, se alega vulneración del principio constitucional a tenor del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial( RCL 1985, 1578, 2635) por infracción del artículo 24.2 de la Constitución Española( RCL 1978, 2836) , en relación a los artículos 118, 309 bis y 789.4º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal( LEG 1882, 16) , pues la recurrente fue interrogada como testigo inicialmente, siendo así que debía haberlo sido como imputada, demorándose su "llamada" a la causa en tal condición dos años hasta que el 2 de noviembre de 1988 lo fue como tal.

La posibilidad de que al inicio de un procedimiento alguien comparezca como testigo y sea interrogado en tal condición y posteriormente declare como imputado, previa lectura de sus derechos legales, es algo perfectamente posible -sentencia de esta Sala de 4 de marzo de 2002( RJ 2002, 3727) , entre otras-, sin que pueda alegarse que esto constituye una infracción constitucional ni que la declaración testifical, inicialmente prestada, vicia todas las posteriores prestadas como imputado, con las garantías legales propias de un juicio justo.

En todo caso, y aún es más trascendente, ninguna indefensión se le ocasionó a la recurrente en sus declaraciones iniciales efectuadas como testigo, puesto que no aportó ningún dato que pudiera servir para su imputación, negando siempre, y obviamente dichas manifestaciones no fueron tomadas en consideración por el Tribunal para dictar la sentencia( ARP 2001, 602) condenatoria.

Por tanto, el motivo debe desestimarse.

TRIGESIMO SEPTIMO Se alega vulneración de principio constitucional al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial( RCL 1985, 1578, 2635) por infracción del artículo 18.3º de la Constitución Española( RCL 1978, 2836) , por ausencia de motivación del Auto de 3 de julio de 1996 del Juzgado Central de Instrucción N° 5 de la Audiencia Nacional que ordenó intervenir el teléfono móvil del condenado Valentín en el decimocuarto motivo.

Se trata éste de un tema ya planteado en el motivo primero del propio recurso de Valentín y en consecuencia nos remitimos a lo allí expresado al desestimarse el mismo. Por lo demás, el contenido del presente motivo y de la argumentación aquí expuesta coincide igualmente también con el contenido del motivo noveno del recurso de Maribel ...

Ha de rechazarse el motivo.

TRIGESIMO OCTAVO Se alega vulneración del principio constitucional al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial( RCL 1985, 1578, 2635) por infracción del artículo 24.2º de la Constitución Española( RCL 1978, 2836) , regulador, entre otros, del principio de presunción de inocencia del acusado Valentín ..., en el motivo decimoquinto.

El presente motivo coincide con el motivo tercero del recurso de Valentín ... Coincide también con el motivo undécimo del recurso de Maribel ..., por lo que nos remitimos a lo expuestos en aquéllos, para la desestimación del presente.

TRIGESIMO NOVENO Se alega vulneración de principio constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial( RCL 1985, 1578, 2635) por infracción del principio de legalidad que incorpora el artículo 25.1º de la Constitución Española( RCL 1978, 2836) , por haberse impuesto penas consideradas completamente desproporcionadas.

Igualmente este motivo coincide casi literalmente con el motivo noveno del recurso de Valentín ..., por lo que nos remitimos al fundamento del mismo ordinal de esta resolución donde se desestima el mismo, para rechazar el presente.

CUADRAGESIMO La recurrente Amanda ..., finaliza el recurso con una petición de indulto para el supuesto de que no se admitiesen los motivos precedentes.

Es evidente que el derecho de gracia no encaja en el recurso de casación. Ahora bien, tanto para aquélla, como para la otra recurrente Maribel ..., a tenor del artículo 4-3 del Código Penal( RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777) , atendido el mal causado y las circunstancias personales de las mismas, carentes de antecedentes penales, principalmente respecto a la última, con la finalidad de que el Tribunal sentenciador, pueda hacer uso, si lo estima oportuno, de proceder a la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, que ahora lo veda, al haber sido condenada a pena superior a dos años, límite que señala el artículo 80 del Código Penal, podrían dichas recurrentes efectuar tal petición de indulto al órgano correspondiente.

FALLO

Que debemos DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR al recurso de casación por vulneración de precepto constitucional, quebrantamiento de forma e infracción de ley, interpuesto por Valentín ..., Lucio ..., Maribel y Amanda ..., contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra -Sección 1ª-, de fecha dieciocho de mayo de dos

mil uno( ARP 2001, 602) , en causa seguida contra los recurrentes, por delitos contra la intimidad, con expresa condena, a los mismos de sus respectivos recursos.

Notifíquese esta resolución a los recurrentes, Ministerio Fiscal y a la mencionada Audiencia Provincial, a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que remitió en su día e interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Eduardo Móner Muñoz, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

**Sentencia Tribunal Superior de Justicia Madrid núm. 856/2001 (Sala de lo Social, Sección 2ª)( AS 2002\789), de 4 diciembre**

Jurisdicción: Social

Recurso de Suplicación núm. 4294/2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Marcial Rodríguez Estevan.

DESPIDO IMPROCEDENTE: transgresión de la buena fe contractual: falta de gravedad: recepción y reenvío de mensajes particulares a través del correo electrónico de la empresa.

El TSJ desestima el recurso de suplicación interpuesto por la parte demandada contra Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 7 de Madrid, de fecha 04-06-2001, en autos promovidos sobre despido.

Texto:

En Madrid, a cuatro de diciembre de dos mil uno.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid formada por los Ilmos. Sres. D<sup>a</sup> Virginia García Alarcón Presidente, D. Marcial Rodríguez Estevan, D<sup>a</sup> Rosario García Alvarez, Magistrados, han pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA núm. 856/2001

En el recurso de suplicación interpuesto por Interned, SA contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 7 de Madrid de fecha 4 de junio de 2001, dictada en proceso sobre despido, y entablado por don José Antonio V. C. frente a Interned, SA.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Marcial Rodríguez Estevan, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO En el Juzgado de lo Social de referencia, con número de autos 269/2001 tuvo entrada demanda suscrita por don José Antonio V. C. contra Interned, SA en reclamación sobre despido. Admitida la demanda a trámite y celebrado el Juicio, se dictó resolución con fecha 4 de junio de 2001, en los términos que figuran en el Fallo de la mencionada resolución y que se dan aquí íntegramente por reproducidos.

SEGUNDO La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

«I.-Que el actor don José Antonio V. C. trabajaba para la empresa Internet, SA (Eurogesa), con antigüedad de 17-11-1997, categoría de licenciado, jefe de ventas y salario anual de 9.899.260 ptas. brutas, que se desglosa del siguiente modo: 15 pagas, incluidas 3 extraordinarias, de 610.675 ptas. cada una de ellas, gratificación extraordinaria de 450.001 ptas. brutas y salario diario, con prorrateo de pagas extraordinarias de 27.196 ptas.

II.-Que el día 9 de marzo de 2001 el actor recibió carta de despido folio 11 que es del siguiente tenor literal: Muy Sr. nuestro: Habiendo llevado a cabo esta Empresa, el 20 de febrero de 2001, un estudio técnico de seguridad en sus sistemas informáticos, del mismo se desprende, que desde el mes de julio del año 2000 hasta la fecha, durante su jornada de trabajo y a través del ordenador de la compañía que tiene usted asignado para su actividad laboral, contraviniendo las reiteradas órdenes recibidas del Departamento de Informática, ha recibido o transmitido, cuarenta y siete mensajes con contenido no laboral, de los cuales, corresponden, seis al tercer trimestre del año 2000; veintisiete al cuarto trimestre del año 2000 y catorce al primer trimestre del año 2001, de los cuales, tres eran pornográficos, siete eróticos y el resto, de diversión. Dicha conducta que constituye un incumplimiento muy grave de sus obligaciones laborales en su jornada de trabajo, ha reducido la seguridad del sistema informático de la compañía, con los perjuicios inherentes para los datos de la Empresa que la misma está obligada a proteger, creando un tráfico de mensajes no seguros, hacia el exterior e interior de la Empresa, causándole un daño económico, al introducir virus en el sistema. Su conducta, entendemos que constituye, una falta de carácter muy grave de trasgresión de la buena fe contractual y de abuso de confianza en el desempeño de su trabajo del apartado 2º-D del artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997), por cuyo motivo, queda usted despedido de su puesto de trabajo, a partir de la fecha de la presente carta. Asimismo, le requerimos para que en este acto, nos haga entrega del teléfono móvil, tarjeta de crédito visa, automóvil matrícula M-...-ZW, propiedad de esta Sociedad, que tiene usted en depósito por la actividad laboral que venía desempeñando.

III.-Que el día 20 de febrero de 2001, en que se llevó a cabo la inspección del correo electrónico del actor, éste no se encontraba presente. La misma se realizó por un técnico y el jefe de Informática de la empresa.

IV.-Que la inspección fue autorizada no por el Director General de la empresa, que estaba de viaje fuera de España, sino por uno de los accionistas de la misma.

V.-Que se han aportado por la demandada (folios 152 a 160) circulares sobre el peligro de los virus en el sistema de ordenadores, y precauciones a adoptar, sin firma, que en el acto del juicio han sido reconocidos por el jefe del Departamento de Informática señor S. El actor ha negado la recepción de los mismos.

VI.-Todos los PC (folio 126) llevan instalados licencias oficiales antivirus McAfee que son actualizados periódicamente.

VII.-Entre los meses de julio de 2000 y el 20 de febrero de 2001, el actor recibió en su sistema informático 47 mensajes de contenido no laboral y reexpidió 3, según consta en la carta de despido (folio 11).

VIII.-El contenido de los mensajes informáticos no se conoce hasta que no se abren.

IX.-No se ha evaluado por la empresa cual haya podido ser el daño económico producido a la misma por el mencionado tráfico de mensajes no laborales.

X.-El actor no ha ostentado ni ostenta cargos de representación sindical en la empresa, que tiene menos de 25 trabajadores.

XI.-La papeleta de conciliación se presentó el día 13-3-2001 y el acto se celebró el 2-4-2001 con el resultado de "Sin Efecto". La demanda se presentó ante la jurisdicción laboral el 3-4-2001».

TERCERO Contra la mencionada resolución se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandada Interned, SA representada por el Letrado don Francisco R. N., siendo impugnado de contrario.

Recibidos los autos en esta Sala se dispuso el pase de los mismos a Ponente para su examen y resolución.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO Como primer motivo de su recurso, la empresa demandada interesa, al amparo del apartado b) del artículo 191 de la LPL (RCL 1995, 1144 y 1563), una adición en el hecho probado tercero de la sentencia de instancia, que carece de toda trascendencia, al recogerse que el día 20 de febrero de 2001, se llevó a cabo la inspección del correo electrónico del actor, que no se encontraba presente siendo realizada por un técnico y el jefe de informática de la empresa, con independencia de que además se hubieran realizado otras inspecciones técnicas del correo electrónico de otros trabajadores, así como el nombre y categoría profesional de cada una de las dos personas que efectuaron la inspección, constando en el hecho probado que la inspección se hizo por un técnico y por el jefe de informática de la empresa, siendo lo único que pudiera ser trascendente a los efectos del fallo condenatorio de la sentencia el hecho ya reconocido por ambas partes de que el demandante no se encontraba presente en tal trámite; idéntica suerte adversa debe correr la revisión solicitada del ordinal quinto del resultando histórico de la resolución judicial impugnada, ya que la nueva redacción que se postula por la parte demandada recurrente coincide prácticamente con la consignada en la sentencia, no influyendo para nada en el hecho concreto del despido acaecido y careciendo por ello de trascendencia, a los efectos pretendidos, el hecho de que el actor hubiese o no recibido circulares acerca del peligro de los virus en los sistemas de ordenadores; igualmente debe ser desestimado el último motivo de carácter fáctico articulado, ya que resulta indiferente para declarar procedente o improcedente el despido disciplinario efectuado el hecho de que los mensajes tuvieran contenido erótico o de divertimento o de cualquier otra clase, como posteriormente se razonará, ya que lo único importante a los efectos de calificación del despido es el contenido del hecho probado séptimo en el que textualmente se recoge: «que entre el mes de julio de 2000 y el 20 de febrero de 2001, el actor recibió en sus sistemas informáticos 47 mensajes de contenido no laboral y reexpidió tres, según consta en la carta de despido».

En tres distintos motivos, al amparo del apartado c) del artículo 191 de la LPL, denuncia la parte recurrente la infracción del artículo 54.2 d) del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997), en relación con el artículo 20.3 del mismo Texto Legal y el 18.3 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875), así como la jurisprudencia aplicable; censura jurídica que no merece favorable acogida, puesto que con independencia de que la sentencia recurrida basa principalmente su fallo estimatorio en el respeto a la inviolabilidad de los efectos particulares del trabajador, mediante la vulneración de garantías tanto constitucionales como ordinarias, señalando el fundamento jurídico quinto de la sentencia de instancia: «que no cabe por tanto atribuir validez, como elemento probatorio, a valorar en contra del trabajador, unos obtenidos con vulneración inicial tanto de la legalidad constitucional como de la ordinaria, pues todo ello tiene un origen viciado, que por tanto está contaminado en su valoración por la vulneración inicial»; y pese a ello declara el despido improcedente y no nulo, cuya tipificación tampoco había sido pedida por el actor en su demanda, lo cierto es que el único hecho que ha conducido a la máxima sanción de despido disciplinario es el contenido en el hecho probado séptimo de la sentencia, o sea, «que entre el mes de julio de 2000 y el 20 de febrero de 2001, el actor recibió en su sistema informático 47 mensajes de contenido laboral y reexpidió tres, según consta en la carta de despido»; de cuyo contenido obviamente no puede llegarse a la conclusión de calificar el despido como procedente, habida cuenta de que en el largo período de tiempo de más de medio año sólo consta que el actor reexpidió tres mensajes, cuando había recibido 47, que no se sabe de parte de quién, ni consta su contenido exacto, que por otro lado resulta inoperante, pero si es suficiente para declarar que el despido ha sido una sanción exagerada, dada la leve falta cometida y que no puede ser castigada con la máxima sanción, como así ha declarado la sentencia de instancia, aunque fundamentalmente, por motivos no admitidos ahora en orden a la supuesta vulneración de derechos fundamentales; por último, debe señalarse que aun cuando la Sala conoce perfectamente la doctrina establecida en la sentencia de 13 de noviembre de 2001, dictada en un supuesto semejante, pero no igual, al actual, confirmando entonces, con la desestimación del recurso de suplicación interpuesto, la sentencia de instancia que había declarado la procedencia del despido disciplinario del actor, lo cierto es que ahora no puede aplicarse sin más tal doctrina, al haber variado completamente las circunstancias de hecho, que hacen forzoso el cambio de criterio, al ser diferentes los hechos y los fundamentos jurídicos aplicables en cada caso, dado que en el anterior procedimiento, la Sentencia de la Sala decía: «censura jurídica que no merece favorable acogida, partiendo de la inalterada por no combatida relación fáctica de la sentencia, completada por la fundamentación jurídica de la misma, al estimar la Magistrada de instancia como probados los hechos imputados en la carta de despido, o sea, que en las mismas horas y fechas que se señalaban en la misma, el actor procedió a descargar y visualizar los ficheros que en la misma se reflejan, mientras se encontraba en su puesto de trabajo, utilizando a tal fin su clave personal de acceso al ordenador, cuya utilización le había asignado la empresa; asimismo, con independencia de que dichos ficheros tuvieran un carácter pornográfico, al resultar ello indiferente a los efectos pretendidos, lo cierto es que el actor incurrió en el correspondiente gasto, por cuanto hasta después de producirse el despido del recurrente, la empresa demandada no contrato una tarifa plana con la compañía suministradora del servicio telefónico; debiendo rechazarse la pretensión de la parte actora, relativa a que el ordenador propiedad de la empresa y asignado al actor como herramienta de trabajo, no pudiera ser inspeccionado o comprobado por los responsables del departamento de sistemas informáticos de la

demandada, sin incurrir en la infracción del artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores, el cual sólo establece la inviolabilidad de la persona del trabajador en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y de los demás trabajadores de la empresa, con las garantías que en el precepto legal indicado se establecen; siendo, por otra parte, claro que las garantías previstas en el citado artículo 18 no pueden extenderse, en ningún caso, a la utilización de los ordenadores que la empresa asigne a su empleador, ya que tal útil de trabajo no puede considerarse como un efecto personal; siendo la conducta del actor, que la empresa consideró como incumplimiento de sus obligaciones laborales, la de descargar de Internet en el disco duro del ordenador y visualizar una gran cantidad de ficheros, cuyo contenido nada tenía que ver con el desempeño de sus funciones laborales, actividad que le ocupó diversos períodos de tiempo y siempre durante su jornada de trabajo»; queda, pues, claro en el caso de la sentencia comentada, la gravedad y culpabilidad del entonces actor en los hechos que le imputaron como justificativos del despido disciplinario, al haber incurrido en la causa recogida en el artículo 54.2 d) del Estatuto de los Trabajadores, sin que obviamente pueda decirse ahora lo mismo de la conducta del trabajador demandante que, con independencia de que recibiese 47 mensajes, lo cual no puede evitar, sólo reexpidió tres, en un período de casi ocho meses, lo que en modo alguno puede estimarse como falta merecedora de la máxima sanción de despido disciplinario; y al haberlo entendido así la sentencia de instancia, aunque no sea en la totalidad por los motivos recogidos en la misma, debe confirmarse tal resolución judicial, con la consiguiente desestimación del recurso formulado por la empresa demandada, a la que hará aplicación del contenido de los artículos 202 y 233 de la Ley de Procedimiento Laboral.

## FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por Interned, SA, contra sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número siete de Madrid, de fecha cuatro de junio de dos mil uno, en virtud de demanda interpuesta por don José Antonio V. C. contra Interned, SA ahora recurrente, en reclamación sobre despido, y en consecuencia debemos confirmar y confirmamos la sentencia de instancia, condenando asimismo a la referida parte recurrente a la pérdida de los depósitos y consignaciones que hubiere hecho para recurrir, así como a abonar al Letrado de la parte recurrida en concepto de honorarios la cantidad de cincuenta mil pesetas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, haciéndoles saber que contra la misma sólo cabe recurso de casación para la unificación de doctrina, que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los diez días siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 219, 227 y 228 de la Ley de Procedimiento Laboral (RCL 1995, 1144 y 1563), advirtiéndose en relación con los dos últimos preceptos citados, que cuando el recurrente no tenga reconocido el beneficio de Justicia Gratuita ni ostente la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o causahabiente de alguno de ellos, ni se trate del Ministerio Fiscal, Estado, Comunidad Autónoma, Entidad Local u Organismo Autónomo dependiente de alguno de ellos, deberá acreditar ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso la consignación del importe de la condena, en la cuenta que esta Sección Segunda tiene abierta en el BBVA

... sucursal núm. ..., sita en la Glorieta de Iglesia de Madrid, pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista y además deberá depositar 50.000 pesetas, ingresándolas en la cuenta núm. ... del BBVA, Sucursal de la Calle Génova, ... (oficina ...) de Madrid, que tiene abierta la Sala IV de lo Social del Tribunal Supremo, debiendo hacer entrega del resguardo acreditativo en la Secretaria de dicha Sala el tiempo de personarse en ella.

Expídase testimonio de la presente resolución para su incorporación al rollo de esta Sala.

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

**Sentencia Audiencia Provincial Valencia núm. 127/2001 (Sección 5ª)( ARP 2001\589), de 24 mayo**

Jurisdicción: Penal

Procedimiento abreviado núm. 4/2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Pastor Alcoy.

DOCUMENTO: correo electrónico. PRESUNCION DE INOCENCIA: concepto; naturaleza «iuris tantum»; Informes o dictámenes periciales: inexistencia de prueba: falso testimonio y estafa procesal: imposibilidad de acreditar supuesta alteración de fecha que consta en correos electrónicos; Prueba indirecta, circunstancial o indiciaria: requisitos; presentación en juicio laboral por despido de correo electrónico supuestamente falso: contenido del documento coincidente con la realidad y presentación de meras sospechas por parte de la acusación.COSTAS PROCESALES: Al querellante particular o actor civil: improcedencia: ausencia de indicios para enervar la presunción de inocencia, pero existencia de sospechas que justifican la acusación.

La Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Valencia absuelve a don Cristóbal C. D. de los delitos de falso testimonio y estafa de los que venía siendo acusados.

Texto:

En la ciudad de Valencia, a 24 de mayo de dos mil uno.

La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Valencia, compuesta por las Ilmas. Señorías antes reseñadas ha visto en juicio oral y público la causa instruida con el núm. 4/2001, por el Juzgado de Instrucción núm. 10 de Valencia, por el delito de falso testimonio (art. 461.2 CP [RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777]) y un delito de estafa (arts. 250.1, 2º y 6º y 248.1 CP), contra don Cristóbal C. D. con DNI número ..., hijo de Alfonso y de María, nacido en Villacarrillo (Jaén) el día 28-7-1958, vecino de Valencia, con domicilio en la calle Linares ..., sin antecedentes penales, solvente, en situación de libertad provisional por esta causa.

Han sido partes en el proceso, el Ministerio Fiscal, representado por don Joaquín B., y como Acusación Particular la Sociedad de Desarrollo Postal, SA representada por la Procuradora doña Rosario A. y bajo la dirección letrada de doña Olga V. M. y el mencionado acusado, representado por don Rafael A. M. y defendido por el letrado don José Luis C. R. De esta sentencia, que expresa el parecer del Tribunal ha sido Ponente el Magistrado don Francisco Pastor Alcoy.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO En sesión que tuvo lugar el día 24 de mayo se celebró ante este Tribunal juicio oral y público en la causa tramitada con el número 4/2001 por el Juzgado de Instrucción núm. 10 de Valencia, practicándose en el mismo las pruebas propuestas por las partes que habían sido admitidas y no renunciadas.

SEGUNDO El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas -en las provisionales-, calificó que los hechos objeto del proceso no eran constitutivos de delito alguno solicitando una sentencia absolutoria.

La Acusación particular en sus conclusiones definitivas calificó los hechos como constitutivos de un delito de falso testimonio (art. 461.2 CP [RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777]) y un delito de estafa (arts. 250.1, 2º y 6º y 248.1 CP). Acusó como responsable en concepto de autor al imputado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y solicitó que se le condenara a la pena de tres años y siete meses de prisión y multa de diez meses a razón de una cuota diaria de 2.000 pesetas y accesorias, al pago de las costas causadas incluidas las de la acusación particular y a que, en concepto de responsabilidad civil, abonase a favor de la Sociedad de Desarrollo Postal, SA la suma de 6.891.303 pesetas.

TERCERO La defensa del acusado, en sus conclusiones definitivas, manifestó que los hechos no eran constitutivos de delitos y solicitó la libre absolución, con expresa condena en costas a la parte acusadora por su temeridad y mala fe al presentar la querrela.

## HECHOS PROBADOS

Se declara probado que el acusado don Cristóbal C. D., mayor de edad, sin antecedentes penales, trabajaba en la empresa Sociedad de Desarrollo Postal, SA, sita en la ciudad de Valencia.

El día 18 de junio de 1998 la Sociedad de Desarrollo Postal, SA procedió a despedir al imputado alegando faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo, así como por hacer constar en las hojas semanales de dedicación, gestiones comerciales de los que no se ha justificado acción alguna, según la carta de despido.

El acusado interpuso demanda contra la empresa por despido que dio origen a los autos 455/1998 ante el Juzgado de los Social núm. 13 de Valencia. En el acto de conciliación y juicio aportó cuatro documentos que reproducían el contenido de cuatro correos electrónicos en los que el acusado informaba y justificaba a sus superiores en Barcelona algunas ausencias entre los meses de febrero y abril. alguna de dichas justificaciones se basó en el fallecimiento de su padre, hecho que efectivamente ocurrió el 5 de abril. El acusado redactó los correos electrónicos y procedió a imprimirlos antes de su envío, con la finalidad de conservar en papel su contenido. Tras su impresión, colocó los mensajes electrónicos en la denominada «bandeja de salida» pero no los envió a su destinatario siguiendo la política de la empresa de ahorro telefónico de hacer las llamadas a determinadas horas más económicas por la persona que estuviera en dicho turno. La sentencia del Juzgado de los Social declaró el despido improcedente y condenó a la empresa que optó por no readmitir al acusado. El auto de 5 de noviembre de 1998 condenó a la empresa a abonar al acusado como despido improcedente la cantidad de 6.245.775 pesetas en concepto de indemnización y 1.373.340 pesetas como salarios de tramitación.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO Si bien en los últimos años empiezan a ser conocidas las noticias de fraudes cometidos a través de la informática, en el presente caso enjuiciado se va más allá pues nos encontramos, posiblemente, ante la primera supuesta estafa procesal en que el

engaño al Juez se habría llevado a cabo mediante mensajes falsos de correos electrónicos presentados en un juicio laboral.

El legal representante de la Acusación Particular -Sociedad de Desarrollo Postal, SA- entiende que su ex-empleado le ganó un juicio fraudulentamente al haber presentado ante el Juzgado de lo Social, cuatro documentos falsos gracias a los cuales el despido laboral del acusado fue declarado improcedente y la referida compañía hubo de indemnizarle con más de seis millones de pesetas.

Los documentos que la acusación particular reputa falsos son cuatro correos electrónicos que impresos en papel, fueron aportados por el acusado al expediente sobre despido del Juzgado de lo Social núm. 13 de Valencia.

Según denuncia la acusación particular, los correos electrónicos que se presentaron a juicio en realidad no sólo no fueron enviados nunca desde la sede de la empresa en Valencia a su destino (la sede central de la sociedad en Barcelona) sino que se habrían redactado posteriormente a la notificación del despido y el empleado habría alterado la fecha y hora del ordenador para simular que los había escrito meses antes. De esta forma el trabajador pudo alegar que sí que había comunicado a su empresa (por estos correos) sus ausencias de trabajo.

Resulta necesario fijarse en los documentos que se reputan falsos y que fueron presentados a juicio. Se trata de cuatro mensajes de correo electrónico impresos en papel y cuyas copias obran a los folios 27, 31, 32 y 33. No existe dificultad legal para calificar en el ámbito jurídico penal un mensaje de correo electrónico como «documento», siendo aclaratorio al respecto el art. 26 del nuevo Código Penal -Ley Orgánica 10/1995 (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777)- que estableció que «a los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica». Un correo electrónico por tanto, es un documento al que le serán de aplicación las normas correspondientes a la falsificación de documento privado, etc. o su presentación en juicio.

SEGUNDO Tras examinar la práctica de las pruebas desarrolladas en el Juicio Oral y las alegaciones de las partes, el Tribunal ha llegado a la conclusión de que no ha quedado demostrado que el acusado falsificara los correos electrónicos que se reputan falsos. No existe ninguna prueba ni indicios racionales de peso incriminatorio suficiente que permitan asegurar, con el grado de certeza que requiere un proceso penal, que el acusado falsificó los citados correos electrónicos que presentó en el proceso laboral.

La Constitución Española (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875) establece en su artículo 24 la presunción de inocencia que para ser destruida requiere pruebas y no meras sospechas. Es la primera y principal garantía que el procedimiento penal otorga a todo acusado, a fin de tutelar la inmunidad de cualquier persona frente a acusaciones y condenas infundadas, porque sino quebrarían los principios básicos de libertad, seguridad y justicia que fundamentan el contrato social. De ahí que la presunción de inocencia constituye el presupuesto básico de todas las demás garantías procesales (Tribunal Supremo 29-12-1997 [RJ 1997, 9218]). La presunción de inocencia tiene su fundamento en dos conceptos previos: el principio de libre valoración de las pruebas en el proceso penal, que corresponde a los jueces y tribunal (artículo 117.3 de la Constitución), y el que la

sentencia condenatoria ha de fundamentarse en auténticos actos de prueba, que sea suficiente para generar en el tribunal la evidencia de la existencia del hecho punible y de su autor (Tribunal Constitucional 123/1997, 1-7 [RTC 1997, 123]).

La referida presunción constitucional no es un derecho activo, sino un derecho reaccional, por lo que no está precisado de un comportamiento activo por parte de su titular. Así se desprende del artículo 1.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 diciembre 1948 (LEG 1948, 1), del artículo 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 noviembre 1950 (RCL 1979, 2421 y ApNDL 3627), y del artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 diciembre 1966 (RCL 1977, 893 y ApNDL 3630). De tales textos resulta la exigencia de que la parte acusadora tenga la carga de la prueba de la culpabilidad del acusado, porque dicha presunción es «iuris tantum» (Tribunal Supremo 8 [RJ 1997, 4501] y 30-5 [RJ 1997, 4294], 18-6 [RJ 1997, 4843], 3-10 [RJ 1997, 7000] y 14-11-1997 [RJ 1997, 8042], 15-1 [RJ 1998, 142] y 6-2-1998 [RJ 1998, 942]). El principio de presunción de inocencia obliga a partir inexcusablemente de la inocencia del acusado, sin que éste esté obligado en modo alguno a probarlo, sino que la carga de la prueba recae sobre las partes acusadoras, quienes habrán de aportar las pruebas de cargo que destruyan aquella presunción (TS 8 y 30-5, 11-6 [RJ 1997, 4677] y 22-11-1997 [RJ 1997, 8356]). En el caso enjuiciado en que el objeto del delito lo constituyen cuatro mensajes de correo electrónico no les ha quedado demostrado que el acusado los redactase en fecha posterior a la que aparece reflejada en los mismos.

Al respecto el perito don Juan Vicente O. G. profesor de la Escuela Universitaria Informática de la Universidad Politécnica de Valencia fue claro tanto en el acto del Juicio oral como en su informe pericial (folio 256 y ss.) que ratificó, cuando manifestó que la fecha de redacción de los referidos correos electrónicos puede ser la indicada de manera manuscrita en los correos.

Las conclusiones del especialista informático, quien es empleado de la empresa querellante, don José M. no permiten tampoco asegurar con la rotundidad necesaria que los correos electrónicos fueran redactados en fecha posterior a la expresada a mano en los mismos. Por otra parte, según él mismo indicó a preguntas del Ministerio Fiscal, no llegó a examinar los originales de los documentos electrónicos sino unas copias que le fueron suministradas por la querellante.

Por tanto, ninguno de los dos especialistas en informática que comparecieron en el Juicio pudieron aseverar que los citados documentos electrónicos fueron redactados en fecha distinta a la consignada manualmente.

**TERCERO** La prueba pericial informática no es la única que se desarrolló en el juicio y si en la misma no puede fundamentarse una sentencia condenatoria por los fundamentos anteriormente referidos, ello no es óbice a que mediante otras pruebas pudiera llegarse a una sentencia de culpabilidad. Sin embargo, ni de la prueba pericial, ni de la documental, ni testifical, ni de la prueba de indicios el Tribunal puede afirmar la condena del acusado.

De especial interés resulta en el caso enjuiciado la prueba de indicios. La prueba de indicios tiene su fundamentación en la libre apreciación de las pruebas por parte del Juez, el cual puede valerse tanto de las pruebas directas que versan sobre los elementos

constitutivos o nucleares del tipo penal, como de aquellas pruebas que demuestran hechos circunstanciales al delito de los cuales se puede inferir racionalmente la participación en la comisión del delito. De no aceptarse la validez de la prueba indiciaria muchos delitos quedarían impunes. Mittermaier señala que «la prueba llamada artificial o por el concurso de circunstancias es absolutamente indispensable en materia criminal». Por su parte Carnelutti no duda de la utilidad de la prueba indirecta y señala que «el que un hecho distinto al hecho a probar pueda servir de prueba respecto a este último está demostrado por las leyes naturales, que manifiestan una constancia de relaciones entre ellos».

No resulta infrecuente el uso de la prueba de indicios en cualquier delito, pero es especialmente útil en estos supuestos como en el que se requiere el «conocimiento». Tanto el Tribunal Supremo, como el Tribunal Constitucional han sentenciado de forma reiterada la absoluta licitud y constitucionalidad de la prueba de indicios, siempre que se cumplan los requisitos exigidos por la jurisprudencia.

«No se puede negar, y el Tribunal Constitucional no lo ha hecho, la posibilidad de admitir la prueba de presunciones (STC 174/1985, de 17 de diciembre [RTC 1985, 174]), para enervar la inocencia, reconocida constitucionalmente en el art. 24.2 de la Constitución» (Sentencia del Tribunal Constitucional 150/1987, de 1 de octubre [RTC 1987, 150], BOE 20-10-1987).

«El Tribunal Constitucional ha declarado (SSTC 174/1985, 175/1985 [RTC 1985, 175] y 229/1988 [RTC 1988, 229]) que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria» (Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1989, de 8 de junio [RTC 1989, 107], BOE 4-7-1989).

La jurisprudencia ha elaborado una amplia doctrina que ha venido a llenar la falta de regulación específica de la prueba de indicios. «El valor de la prueba indirecta o indiciaria para formar la convicción del Tribunal de instancia exige para ello como requisitos según resume el Auto del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1994 (RJ 1994, 1682):

- a) La pluralidad de indicios en cuanto deben ser dos o más.
- b) La confluencia o coincidencia de los mismos, en cuanto todos ellos señalen en la misma dirección, pues en otro caso se anularían o desvirtuarían como fuerzas contrarias.
- c) Que los hechos base generadores de la inferencia se encuentren suficientemente acreditados.
- d) Que las inferencias sean racionales y se correspondan a los dictados del buen sentido y de la lógica.
- e) Que entre el hecho base y el hecho consecuencia, se dé un enlace preciso según las reglas del criterio humano, como expresa el art. 1253 del Código Civil.
- f) Que las inferencias realizadas por el Juzgador no sean absurdas o desatinadas, no incurriendo en la arbitrariedad proscrita por el art. 9.3 de la Constitución, y

g) Que el órgano "a quo" cumpla con lo establecido en el art. 120.3 de la Constitución y exponga los hitos principales del razonamiento, si bien en la casación quepa completar el razonamiento (Sentencia de 19 de febrero de 1993 [RJ 1993, 1377])».

Todo ello sin olvidar que la prueba de indicios requiere una especial cautela por la inseguridad que puede producir.

Mittermaier refería legislaciones históricas que restringían notablemente la prueba de indicios, exigiendo indicios anteriores, concomitantes y posteriores -Ley de Oldemburgo de 1820-, una mayoría cualificada del jurado -Ley Austriaca de 1833- o la exclusión de las penas más graves como la pena capital -Código Bábaro-. En la actualidad tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han advertido de las dificultades y peligros de la prueba indiciaria. «Sin duda la prueba directa es más segura y deja menos márgenes a la duda que la indiciaria» (Sentencia del Tribunal Constitucional 174/1985, de 17 de diciembre, F. 4, BOE 15-1-1986).

«El problema, la dificultad y el peligro surgen con la prueba indirecta, la más típica de las presunciones» (Sentencia del Tribunal Constitucional 169/1986, de 22 diciembre [RTC 1986, 169] F. 2, BOE 20-1-1987).

«La prueba indiciaria plantea evidentemente el problema de si se trata de una actividad razonablemente conducente a dar por ciertos unos hechos determinados e incriminatorios para el acusado, o si por el contrario se trata únicamente de meras sospechas de las que se desprenden apariencias sobre supuestos delictivos de los que entonces no puede inferirse razonablemente la culpabilidad» (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1994 [RJ 1994, 3428]).

«El problema estriba, sin embargo, en la posibilidad de que las conclusiones a que se pueda llegar por esta vía no pasasen de ser meras sospechas, de las que se desprendan visos o apariencias más o menos acusadoras de que una persona ha cometido una infracción pero que no constituyan base suficientemente firme para que de ellas se infiera razonablemente la culpabilidad, en cuyo caso afirmativo claro está en que la prueba carecería de valor como para desvirtuar la presunción» (Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de diciembre de 1985 [RTC 1985, 174]).

Y éste es el caso que nos ocupa, donde las alegaciones de la acusación, a juicio de este Tribunal son más un cúmulo de sospechas que indicios racionales de criminalidad, sobre todo por que el acusado ha dado explicaciones plausibles y creíbles, a sus hechos.

La acusación particular hizo especial hincapié en un indicio de que los citados correos electrónicos nunca habrían sido remitidos: Los días en que los que figura que se redactaron los correos electrónicos no existe consumo telefónico de la línea del ordenador con la línea de destino, según la facturación de la compañía telefónica (folios 139 a 134), y así lo indicó el especialista en informática don José M., empleado de la empresa querellante, en el informe que efectuó (folio 110 y 111).

El acusado manifestó desde su primera declaración que él no procedió a enviar personalmente los citados correos electrónicos sino que tras redactarlos, los imprimió y

luego los depositó en la función «bandeja de salida» para que fueran remitidos posteriormente en horario de tarifa telefónica reducida a la sede de la empresa Barcelona. El acusado refirió en el acto del juicio oral que su proceder fue el adecuado a la normativa de la empresa que para ahorrar teléfono les requería para que enviasen sus correos electrónicos en horario de tarifa reducida. Aun cuando en el acto del Juicio Oral, don Josep M. dijera que ello no era más que una recomendación, este Tribunal ha verificado al folio 150 una notificación de la empresa para controlar el tema, en la que textualmente se lee: «Os vuelvo a enviar las tarifas telefónicas y los correspondientes horarios para que los tengáis en cuenta, en la medida de lo posible, al realizar las conexiones con el Servidor de Correo Electrónico. Ruego me indiquéis cuáles son los motivos o imposibilidades que tenéis para no utilizar el horario de tarifa reducida en la mayoría de las llamadas». Siendo el horario de tarifa reducida de 22 h a 8 h la actitud del acusado de no remitir inmediatamente el correo electrónico sino de dejarlo para que otros empleados del correspondiente turno lo enviasen, resulta creíble. La declaración del encartado se ve corroborada por un elemento probatorio objetivo como es el citado documento (folio 150).

El acusado explicó que tras redactar en el ordenador de la empresa en Valencia los mensajes los imprimió en papel para guardar una copia de uso personal en la que escribió a mano la fecha, y los mensajes electrónicos los puso en la función bandeja de salida para que fueran remitidos en ese día o en sucesivos días en tarifa reducida, si bien luego no corroboró que hubieran sido efectivamente enviados.

Por tanto, el hecho de que en las copias que imprimió antes de ser colocados los mensajes en la bandeja de salida carecieran de signos automáticos de envío no resulta un elemento incriminador, pues tal como explicó el acusado cuando procedió a imprimirlos aún no los había enviado.

Tras ser despedido, el acusado volvió en días posteriores a la empresa, lo cual es percibido por la acusación como un indicio de culpabilidad pues sería en esa visita, posterior al despido, cuando habría redactado los mensajes. Sin embargo, el imputado explicó en el juicio que si volvió a la empresa fue para reclamar una deuda económica a un compañero de trabajo y para extraer los programas de contabilidad personal de su esposa. Una vez más, la declaración de don Cristóbal C. se vio corroborada en el juicio: el testigo Manuel M. reconoció tener la deuda y la visita a la empresa del acusado para reclamársela, así como otros testigos como Juan C. declararon ser cierto que el acusado tenía en la empresa los citados programas de contabilidad. Por tanto, ni que el acusado visitara la empresa pocos días tras su despido, ni que accediera al único terminal del ordenador para extraer sus programas permiten afirmar que el acusado falseara los correos electrónicos, así como el reloj interno del ordenador que tras su manipulación habría vuelto a poner en fecha actual tal como, sin prueba alguna, sospecha el querellante.

Los representantes de la empresa querellante a los que iban dirigidos los correos electrónicos afirman que nunca los recibieron, lo cual es explicable si tal como afirmó uno de los especialistas informáticos -señor M.- los citados documentos electrónicos fueron encontrados en otras carpetas del ordenador. Sin duda, nos encontramos ante el dato más sospechoso de los hasta ahora examinados. Sin embargo, tanto los meses transcurridos desde los hechos hasta que el señor M. realizó un informe sobre la base de

una copia de seguridad, como la posibilidad de un error humano o informático tanto en el envío como en la recepción no permiten aseverar que dichos documentos fueran falseados.

Las palabras del profesor de informática de la Universidad Politécnica de Valencia don Juan O. resultan elocuentes sobre la facilidad con que por acción voluntaria o por descuido pueden destruirse o modificarse rastros informáticos y sobre la seguridad de dichos aparatos: «La única máquina segura es la que está apagada y enterrada a diez metros bajo el suelo, según afirmamos los profesionales de la informática». Problemas en el servidor, en el manejo del ordenador pudieron producir que no llegaran los mensajes a destino, según manifestó el referido profesional. Por otra parte, si la acusación particular achaca a su ex-empleado la manipulación del ordenador, esa misma acusación «a sensu contrario» la realiza la defensa del acusado respecto a la empresa querellante. La defensa del imputado sostuvo que la actitud de la querellante no impugnando en el juicio laboral los documentos que ahora se reputan falsos, no recurriendo la sentencia adversa, pagando la indemnización y demorando la presentación de la querrela la hacen sospechosa de haber impuesto esta querrela de forma temeraria.

En estas acusaciones recíprocas, lo que este tribunal ha verificado respecto a los documentos supuestamente falseados es que resultan en lo sustancial verificados con hechos objetivos independientes de la declaración del acusado. Así, al folio 27 consta el correo en el que se afirma: «Con motivo de la enfermedad de mi padre me he tenido que ausentar desde las 9.30 horas hasta las 10.50 h para consultar con los médicos los días 28, 24 y hoy 4 de marzo...» y en consonancia con lo manifestado en el acto del juicio sobre la enfermedad y muerte del padre del acusado constan a los folios 28 y 30 certificados de defunción del padre del acusado que falleció el 5 de abril a consecuencia de un tumor, hecho que también fue corroborado por algunos de los testigos que comparecieron en juicio. Lo mismo cabe decir respecto al correo electrónico (folio 31) sobre la enfermedad de la hija del acusado, enfermedad que también fue corroborada testificalmente en el Juicio Oral -testigo Manuel M.-. La conclusión a la que llega la sala es que lo que se afirma en los correos es cierto. Las ausencias del acusado de la empresa sí que tienen justificación real y obedecen a causas reales que además son las consignadas en los correos electrónicos. Por ello gozando el empleado de justificación real a sus ausencias -enfermedad y fallecimiento de su padre, enfermedad de su hija- las acusaciones de falseamiento de los correos electrónicos tardíos no resultan para este Tribunal creíbles. Con o sin correos electrónicos la realidad demuestra las causas de justificación de las ausencias que eran conocidas por el resto de empleados de la empresa.

Además, el acusado ha mostrado durante todo el proceso, tanto en las sucesivas declaraciones obrantes en instrucción como en el juicio oral unas manifestaciones congruentes, sin variaciones, dando respuestas simples y satisfactorias a las cuestiones planteadas.

Cuestión distinta es que el legal representante de la empresa tenga el convencimiento personal de que el acusado había incurrido en mayor número de ausencias que las que la misma empresa alegó como causa de despido (folio 38) y sobre las que nada se demostró. El presente proceso no puede ser tomado como una nueva instancia del

proceso laboral que goza de sentencia firme sobre alegaciones u hechos que no fueron realizadas en su momento.

Por otra parte, los citados correos electrónicos deben ser calificados como meros documentos privados de manifestaciones unilaterales del trabajador despedido que pudieron ser impugnados en su día y que estuvieron sometidos a la libre valoración del Juez de lo Social y en cualquier caso las sospechas no han demostrado que los correos electrónicos se hayan falsificado, aun cuando no hubieran sido recibidos por sus destinatarios.

Por todo lo anterior no cabe sino concluir tras haberse realizado un examen de las pruebas que la acusación sobre quien pesa la carga de la prueba no ha roto la presunción de inocencia de la que goza el acusado por mandato del artículo 24 de la Constitución Española y por tanto procede la libre absolución del imputado con todos los pronunciamientos favorables.

CUARTO Tanto en su escrito de conclusiones provisionales como en su informe, el letrado del acusado mantuvo la petición de condena en costas a la acusación particular, considerando al efecto relevante que el Ministerio Fiscal solicitara la absolución del acusado e incluso acusando velada o claramente a la empresa de haber podido manipular los ordenadores para presentar esta querella inconsistente.

Alega la defensa que la empresa ahora querellante ha mantenido una postura contradictoria reconociendo en el juicio laboral los correos electrónicos que no impugnó, no recurriendo la sentencia laboral, aviniéndose a cobrar más de seis millones de pesetas al acusado y luego demorando la presentación de la querella, además del interés económico subyacente tanto en el despido del acusado con un finiquito de seiscientos mil pesetas (cuando le correspondían más de 6 millones de pesetas), así como el hecho de que la mayoría de testigos sigan siendo en la actualidad empleados de la querellante, incluidos los que niegan haber recibido los correos electrónicos. También señalaba la defensa que esta querella ha ocasionado cuantiosos gastos con desplazamientos y quebraderos de cabeza al acusado pues en realidad se trataría de una especie de venganza. No puede prosperar sin embargo la pretensión de la defensa en cuanto el gerente de la entidad don Joseph B. explicó algunos de los avatares del proceso que le llevaron a aceptar pagar el despido improcedente, a pesar de estar (inexplicablemente) convencido de que había causas de despido. Asimismo, a juicio de este Tribunal si bien es cierto que no existen pruebas suficientes para condenar al acusado, no menos cierto es que sí que se han puesto de manifiesto un cúmulo de sospechas contra el acusado que permiten alegar a la querellante que el acusado tuvo oportunidad y pudo falsear los correos, aunque como se ha explicado las meras sospechas nada prueban. Puesto que las meras sospechas nada prueban ni para la acusación ni tampoco para la defensa, hay que concluir que en la querella planteada ni existió temeridad ni mala fe pues existen diversas sospechas y un interés legítimo en la conducta del querellante, por lo que se declaran de oficio las costas.

Vistos, además de los citados, los artículos 24, 25 y 120.3 de la Constitución (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875), los artículos 1, 5, 10, 12, 13, 15, 27 a 31, 32 a 34, 54 a 57, 58, 59, 61 a 63, 70 a 72, 109 a 122 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), y los

artículos 142, 239 a 241, 741 y 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y el artículo 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635 y ApNDL 8375).

En nombre de Su Majestad El Rey,

FALLAMOS

Que debemos absolver y absolvemos a don Cristóbal C. D., como criminalmente responsable de un delito de falso testimonio (art. 461.2 CP [RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777]) y un delito de estafa (arts. 250.1, 2º y 6º y 248.1 CP) del que venía siendo acusado con todos los pronunciamientos favorables y declarando de oficio las costas.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.