



Roj: **SAP C 1477/2019 - ECLI:ES:APC:2019:1477**

Id Cendoj: **15030370012019100275**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **26/06/2019**

Nº de Recurso: **952/2018**

Nº de Resolución: **277/2019**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **MARIA TERESA CORTIZAS GONZALEZ-CRIADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJP, Coruña (A), núm. 3, 16-05-2018,
SAP C 1477/2019**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

A CORUÑA

SENTENCIA: 00277/2019

RUA LAS CIGARRERAS NUM.1- 1ª PLANTA EDIFICIO FABRICA TABACOS

Teléfono: 981.182067-066-035

Equipo/usuario: Bd

Modelo: 213100

N.I.G.: 15030 43 2 2014 0021444

RP APELACION PROCTO. ABREVIADO 0000952 /2018

Delito/falta: **DESCUBRIMIENTO DE SECRETOS**

Recurrente: Berta , Saturnino , Carmen

Procurador/a: D/Dª **MARIA TERESA PITA URGOITI, BELEN CASAL BARBEITO , BELEN CASAL BARBEITO**

Abogado/a: D/Dª **MARIA DEL CARMEN ABELEDO PEREZ, PABLO JAVIER LOPEZ SANCHEZ , VICTOR MANUEL BOUZAS GALBAN**

Recurrido: **MINISTERIO FISCAL**

Procurador/a: D/Dª

Abogado/a: D/Dª

LA SECCIÓN PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE A CORUÑA, CONSTITUIDA POR LOS ILUSTRÍSIMOS SEÑORES D. ÁNGEL MARÍA JUDEL PRIETO, Presidente, D. ALEJANDRO MORÁN LLORDÉN y Dña. MARÍA TERESA CORTIZAS GONZÁLEZ CRIADO, Magistrados, han pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En A CORUÑA, a veintiséis de junio de dos mil diecinueve.

VISTO, por esta Sección 001 de esta Audiencia Provincial en la causa arriba referenciada, el recurso de apelación interpuesto respectivamente por las Procuradoras doña MARIA TERESA PITA URGOITI, doña BELEN CASAL BARBEITO, doña BELEN CASAL BARBEITO, en representación de Berta , Saturnino , y Carmen , contra Sentencia dictada en el procedimiento PA 114/2016 del Juzgado de lo Penal nº 3 de A Coruña, habiendo sido



parte en él, como apelantes los mencionados recurrentes, y como apelado el MINISTERIO FISCAL. **Ha sido Ponente la Magistrada doña MARÍA TERESA CORTIZAS GONZÁLEZ CRIADO.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento de referencia se dictó Sentencia con fecha dieciséis de mayo de dos mil dieciocho, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que debo Condenar y Condeno a Berta como autor de un DELITO DE DESCUBRIMIENTO DE SECRETOS, definido, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de un año y 2 meses de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y una multa de 15 meses con cuota diaria de 6 euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.

El condenado deberá indemnizar a Inma (daño moral al crearle estado desasosiego) en 1500 euros.

Impongo al condenado el pago de las Costas".

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia, por la representación procesal del hoy recurrente, se interpuso recurso de apelación que formalizó exponiendo las alegaciones que constan en su escrito, el cual se halla unido a las actuaciones.

TERCERO.- Dado traslado del escrito de formalización del recurso a las partes, se presentó escrito de impugnación en base a considerar la sentencia objeto de recurso plenamente ajustada a derecho solicitando su confirmación.

CUARTO.- Por el Órgano Judicial sentenciador se remitieron a este Tribunal los autos originales con todos los escritos presentados y, recibidos que fueron, se señaló día para deliberación, la que tuvo lugar el día de su fecha.

HECHOS PROBADOS:

Se acepta el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, que son del tenor literal siguiente:

"Sobre las 21 horas del 1 de agosto de 2014 se encontraba la acusada, Berta, nacida el NUM000 -1971, con DNI NUM001 y sin antecedentes penales, presenciando un partido de tenis en una grada de las instalaciones del Club de Tenis Coruña, en San Pedro de Nos, término municipal de Oleiros y judicial de A Coruña, y, advirtiendo en un momento dado que Carmen, conocida suya y sentada en las proximidades, se levantaba para acercarse a la pista y se olvidaba en la grada su teléfono móvil (núm. NUM002), cogió sin permiso de la anterior el mencionado aparato, que se hallaba conectado, y, tras anular el sistema de bloqueo mediante el método que días antes había visto utilizar a su usuaria, se dispuso a examinar el contenido de la aplicación **Whatsapp** que Carmen tenía instalada en él. De este modo leyó una conversación confidencial grabada que a través de aquella la titular del móvil había mantenido días atrás con Saturnino, que actuaba por entonces como abogado del esposo de la acusada, Arturo, en el procedimiento judicial de divorcio que estaba en curso entre ambos. A fin de enterarse bien de lo que ambos se dijeron, en particular de lo que a ella y al descrito pleito pudiese afectar, manipuló el móvil para enviar el contenido íntegro de todas las conversaciones registradas entre Carmen y Saturnino entre diciembre de 2012 y julio de 2014 a una cuenta de correo electrónico de al que era titular la acusada, DIRECCION000, y con los mismos fines hizo lo propio con las que aquella había mantenido también con Arturo, las más antiguas de las cuales se retrotraían al 4-2-2013, y cuya mayoría se había producido en junio y julio de 2014, así como de socavar la credibilidad de Saturnino."

FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

PRIMERO.- AL RECURSO INTERPUESTO POR LA DEFENSA DE Berta.

El recurso se centra en la usual vulneración de la presunción de inocencia y el error en la valoración de la prueba, respecto a la unión de estos motivos en el recurso de apelación, ya se ha repetido numerosas veces por esta Sección que los motivos son contradictorios u opuestos, mal se compagina decir que la prueba no existe para seguidamente discutir la valoración de la prueba que se ha declarado inexistente. El motivo nos lleva a la cuestión de fondo, que la prueba existe y no ha sido valorada correctamente, en palabras de la STS de 1 de octubre de 2001, "la prueba no puede existir y dejar de existir al mismo tiempo", o en STS 7 de marzo de 2007, 25 de marzo de 2009, 2 de diciembre de 2012, 19 de enero de 2016, 27 de junio de 2016, 6 de junio de 2017 y 22 de octubre de 2017 "resulta difícil entender que se niegue la existencia de prueba para pasar a continuación a cuestionar la que se ha practicado legítimamente" (en igual sentido STS de 28 de noviembre de 1989, 3 de octubre de 1989 y 4 de julio de 1989).



Destacar la imposibilidad de una nueva interpretación de la prueba practicada en la instancia cuando se trata de prueba de carácter personal, en la que juega la inmediación, quedando ajeno al órgano de apelación un control del fondo, "los principios de publicidad, inmediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, impone inexorablemente que toda condena articulada sobre pruebas personales se fundamente en la actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente en un debate público, en el que se respete la posibilidad de contradicción" (también SS TC 195/2013, de 2 de diciembre, 105/2013, de 6 de mayo, 144/2012, de 2 de julio y 30/2010, de 17 de mayo).

Desde el examen que corresponde al órgano de apelación la resolución dictada en la instancia y la argumentación en ella contenida se estima acertada, lógica y coherente. Es abundante la prueba practicada, y esta fue suficiente para convencer al juzgador y para enervar la presunción de inocencia que amparaba a la acusada, de un lado, la testifical, que acredita que se hizo con el teléfono móvil de Carmen, y que tal conducta no tenía otro propósito que descubrir conversaciones personales e íntimas de ésta, amén, de utilizarlas en su perjuicio, destaca para el sentenciador la declaración de Rosalía y Ruth, las dos estaban sentadas en las gradas y Berta les dice que el móvil que manipulaba era suyo, llegando a pasar algo de tiempo hasta que se devolvió el móvil a Carmen, Arturo narra cómo Berta envió los chats de las conversaciones de Carmen con él y de Carmen con Saturnino y otras, reconociendo Berta que las conversaciones se las remitió alguien, a su terminal, sin concretar quien se las envió. A su lado, como se analiza en la sentencia apelada se posicionan las declaraciones de la denunciante, Carmen, que explica que el móvil no lo recuperó hasta las 23 horas de ese día, aclarando de modo conveniente la tardanza en interponer la denuncia, su viaje a Madrid y los acontecimientos a posteriori, finalmente, la documental existente en autos, entre las que destaca la diligencia de constancia de 11 de enero de 2016 al folio 310 de los autos; recapitulando, la prueba existe, ha sido propuesta y practicada en debida forma, es profusa y abundante y desvirtúa de modo claro y contundente la interina presunción que amparaba a la acusada.

SEGUNDO.- Cuestiona la defensa la proporcionalidad de la pena impuesta, que entiende no se corresponde con el reproche de culpabilidad que merecen los hechos declarados probados.

La pena impuesta deriva de la aplicación del artículo 197.1 del Código Penal "*prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses*", relacionado con la ausencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, recuérdese que la imposición de la pena en su grado mínimo, y en el caso muy próxima al mínimo legal minorra considerablemente las exigencias de motivación, en cualquier caso, la Sala considera que la penalidad impuesta es la correcta y acorde con las circunstancias del hecho, las circunstancias personales de la acusada y los efectos disuasorios y preventivos anejos a toda sanción penal.

TERCERO.- AL RECURSO INTERPUESTO POR LA ACUSACIÓN PARTICULAR DE Saturnino.

El recurso pivota sobre la ausencia de pronunciamiento relativo a la indemnización que corresponde establecer al recurrente.

El Tribunal Supremo reiterando lo expuesto en numerosas resoluciones anteriores (pueden citarse SS TS 11 de enero de 2017, 30 de noviembre de 2016, 27 de julio de 2015 y 10 de julio de 2015) repite en la STS 179/2018, de 12 de abril, que "las sentencias de esta Sala 508/2017, 4 de julio; 636/2015, 27 de octubre y 444/2015, de 26 de marzo, recuerdan que el motivo sustentado en el vicio procesal de incongruencia omisiva, se deriva de que ni explícita ni implícitamente se haya dado respuesta a una cuestión jurídica oportuna y temporáneamente alegada por alguna de las partes del proceso (STS 671/2012, de 25 de julio); pero además conlleva su denuncia en este control casacional, una exigencia procesal, acudir previamente en la instancia al trámite del art. 267 de la LOPJ para solventar la incongruencia omisiva que ahora denuncia con la pretensión de devolver la causa al Tribunal de procedencia, con las consiguientes dilaciones (STS 360/2014, de 21 de abril); pues el artículo 267.5º de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que los Tribunales podrán aclarar algún concepto oscuro o rectificar cualquier error material y, entre ellos, se cita la posibilidad de subsanar las omisiones de que pudieran adolecer las sentencias en relación a pretensiones oportunamente deducidas, utilizando para ello el recurso de aclaración y dándole el trámite previsto en dicho párrafo. Con ello, se evita la interposición de recurso, se consigue la subsanación de la omisión producida, y todo ello con evidente economía procesal que, además, potencia el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (F.J.5º)".

En otras palabras no puede alegarse incongruencia omisiva cuando se ha dejado pasar la posibilidad de que el Tribunal sentenciador o el órgano que dicta la resolución pueda subsanar el olvido u omisión por la vía del artículo 267-5 de la LOPJ, es decir, se convierte en necesario el agotamiento de esta vía procesal, dando la posibilidad u oportunidad al órgano judicial de reparar la falta (en este sentido SS TS 444/2015, de 26 de marzo y 360/2014, de 21 de abril).



En el caso, la parte acudió a la petición de aclaración o subsanación, y no vio acogida su petición, por lo que procede valorar la procedencia u oportunidad de la petición indemnizatoria que fue deducida correctamente en el proceso. Su estimación llega a buen término en base al relato de hechos probados de la sentencia: a) porque la acusada envía a su cuenta de correo las conversaciones de Carmen con Saturnino entre diciembre de 2012 y julio de 2014 y las conversaciones de Carmen con Arturo que se retrotraían a 4 de febrero de 2013, b) que lo hace para restar credibilidad a Saturnino, abogado por aquel entonces del esposo de la acusada, en el procedimiento de divorcio que mantenían.

La STS 59/2016, de febrero, ya precisaba que "los daños morales no necesitan estar especificados en los hechos probados cuando fluyen de manera directa y natural del relato histórico" (STS 59/2016, de 4 de febrero), además, la cuantificación de la indemnización que corresponda percibir por razón de los mismos no puede guiarse por criterios aritmético, pero debe atender al padecimiento que genera la conducta, en el ánimo de quien la sufre; en autos es innegable que Saturnino ha sufrido una serie de perjuicios morales por la conducta de Berta, viéndose obligado a dar una serie de explicaciones a su cliente, amén de percibir una quiebra en su profesionalidad, es por ello, que se considera oportuno establecer a su favor una indemnización en cuantía de 1.000 euros.

CUARTO.- Considera también el apelante que se han infringido las normas del ordenamiento jurídico, por cuanto, la condena se sustenta en el tipo básico del artículo 197.1 del Código Penal (redacción vigente en el momento de los hechos) y no en el subtipo agravado del artículo 197.3 del mismo texto legal (en la redacción anterior a la reforma LO 1/2015, de 30 de marzo).

El motivo no puede ser estimado, no se deriva del relato fáctico de la sentencia la difusión o revelación a terceros del contenido de las conversaciones de **whatsapp**, sino el uso para su propio interés. A todo lo anterior se añade, que la parte no formuló acusación por el tipo agravado (el precepto que cita es el artículo 197.1 del texto legal), ni en su escrito inicial ni posteriormente a través de la modificación del mismo, en trámite de conclusiones.

QUINTO.- AL RECURSO INTERPUESTO POR LA ACUSACIÓN PARTICULAR DE Carmen .

El primer motivo de recurso no deja de sorprender, estamos ante un delito en el que se exige denuncia previa, y la representación que ostenta la parte no se extiende a Saturnino, que se encuentra también personado en los autos, ha recurrido la sentencia, y ha visto parcialmente acogida su petición indemnizatoria en esta fase apelatoria.

El segundo motivo no tiene mejor acogida, en relación a la conducta enjuiciada, interesa resaltar que el tipo objetivo requiere solamente un acto de apoderamiento, sin necesidad de que el autor llegue a descubrir los secretos o vulnerar la intimidad en el primer caso, y en el mero acceso de los datos protegidos en el segundo (STS 553/2015, de 6 de octubre), y en el caso, todas las solicitudes de condena se formularon por el tipo básico no pudiendo en esta instancia peticionarse la condena por el tipo agravado lo que infringiría claramente el principio acusatorio y las restrictivas reglas de la apelación.

SEXTO.- Ante la estimación de uno de los recursos y no estimándose mala fe o temeridad en el resto no se acuerda la imposición de las costas procesales devengadas, conforme a los artículos 123 del Código Penal y 239 y 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con los artículos 4 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

VISTOS, los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación, adopto el siguiente,

FALLO:

DESESTIMAR los recursos interpuestos por la defensa de Berta y la representación procesal de Carmen y **ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso** interpuesto por la representación procesal de Saturnino contra la Sentencia del Juzgado de lo Penal Núm. Tres de A Coruña de fecha 16 de mayo de 2018 dictada en los autos de Juicio Oral 114/2016, **que se revoca parcialmente**, en el sentido de añadir que Berta también debe indemnizar a Saturnino en la cantidad de 1.000 euros por daño moral, con los intereses del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . No se hace imposición de las costas procesales devengadas en esta instancia a los recurrentes.

Contra la presente resolución no cabe recurso ordinario alguno.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, con testimonio de esta Sentencia para su conocimiento y cumplimiento.

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