



Roj: **SAP GR 1051/2014 - ECLI:ES:APGR:2014:1051**

Id Cendoj: **18087370012014100267**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Granada**

Sección: **1**

Fecha: **05/06/2014**

Nº de Recurso: **13/2014**

Nº de Resolución: **351/2014**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **AURORA MARIA FERNANDEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

(SECCIÓN 1ª)

GRANADA

ROLLO DE APELACIÓN Nº 13/2014.-

EXPEDIENTE Nº 466/2012 de Fiscalía de Menores de Granada.-

EXPEDIENTE DE REFORMA Nº 231/12.-

JUZGADO DE MENORES Nº 2 Granada.-

La Sección Primera de esta Audiencia Provincial, formada por los Ilmos. Sres. relacionados al margen, ha pronunciado, **EN NOMBRE DEL REY**, la siguiente

-SENTENCIA Nº 351-

Ilmos. Sres.:

D. Jesús Flores Domínguez

Dña. Maravillas Barrales León

Dña. Aurora Mª Fernández García

En la ciudad de Granada, a 5 de junio de dos mil trece.-

Examinado, deliberado y votado en grado de apelación por la Sección 1ª de esta Audiencia Provincial, tras la celebración de la vista, el expediente nº 466/2012, instruido por Fiscalía de Menores de Granada, y fallado por el Juzgado de Menores nº 2 de Granada, Expediente de Reforma nº 231/2012, por delito de revelación de secretos y lesiones, siendo partes apelantes la letrada Dña. Virginia López Roldán que defendía al menor Daniel y el letrado D. Enrique Fabián Zambrano Cañizares que defendía a la menor Rita y como apelados el Ministerio Fiscal y el letrado D. Antonio Lindez Lindez que con carácter de acusación particular defendía a la menor Amparo, actuando como ponente la Ilma. Sra. Dña. Aurora Mª Fernández García, en comisión de servicios, que expresa el parecer de esta Sala.-

-ANTECEDENTES DE HECHO-

PRIMERO.- Por el Sr. Juez del Juzgado de Menores nº 2 de Granada se dictó sentencia con fecha 31 de octubre de 2013, en la cual se declaran probados los siguientes hechos: "Que, en día no concretado de la primera semana de enero de 2012, la menor, Amparo, envió a través de su móvil al también menor, Daniel -con el que salía por aquellas fechas- una fotografía en la que se mostraba desnuda, obtenida con la finalidad de que la utilizara de forma exclusiva y privada. Unas dos semanas más tarde y con ocasión de un partido de fútbol que el menor iba a disputar en la localidad de Albolote (Granada), alardeó en el banquillo en que esperaba con el resto de jugadores de su equipo, el "Vandalia de Peligros", de estar en posesión de la referida foto de Amparo



desnuda, y que se la iba a enviar a sus teléfonos a través de "whatsapp" para que se motivaran, cosa que hizo antes de comenzar el encuentro con al menos tres de sus compañeros que disponían de móvil, entre los que se encontraba el menor, Maximiliano , que sin consentimiento ni conocimiento de la fotografiada, la reenvió a través de "whatsapp" a la propia Amparo y a varias personas más, entre ellas, Rita , que también procedió a reenviarla a otro compañero del Instituto donde cursa estudios, obviando el consentimiento de la interesada y a sabiendas del daño que le causaba con la distribución inconsentida de su desnudo. Al tanto de la difusión de su desnudo, Amparo trató por todos los medios de poner fin a la misma, dirigiéndose para ello a los menores mencionados, Daniel , Maximiliano y Rita , que procedieron al borrado de la foto de sus archivos cuando aquella se lo solicitó, aunque no sin cierta resistencia por parte de la citada Rita , que inicialmente se negó a ello alegando que haría lo que estimase oportuno y que no le molestase más. Así las cosas y debido a la cadena de difusión relatada, lo cierto es que en el mes de mayo de 2012, gran parte de los alumnos del IES "Ilíberis", de la localidad de Atarfe (Granada), en el que estudiaba Amparo , tenían en su poder la infausta fotografía, lo que a conocimiento del Director de centro, que fue quien alertó a sus padres. A consecuencia de los hechos relatados, Amparo sufrió un trastorno por estrés postraumático y bulimia purgativa, precisando para su sanidad de una primera asistencia facultativa, sin necesidad de tratamiento médico y con un periodo de curación de sesenta días, de los que treinta estuvo impedida para sus ocupaciones habituales, presentando como secuelas un tratamiento neurótico valorado en un punto (según Baremo publicado anualmente por el Mº de Hacienda para los daños corporales con origen en el ámbito de la circulación vial).-

SEGUNDO .- La parte dispositiva de dicha resolución expresa textualmente: "Que debo imponer a imponer e impongo a los menores, Maximiliano Y Maximiliano , como autores responsables de las infracciones descritas, la medida de CINCUENTA HORAS de Prestaciones en Beneficio de la Comunidad; que podrán realizar en su zona de residencia, colaborando en tareas asistenciales de ayuda a personas desfavorecidas, de acuerdo con el programa elaborado por Medio Abierto, una vez aprobado por este Juzgado; debiendo indemnizar, de forma solidaria con sus legales representantes, a Amparo , en la cantidad de MIL EUROS (1.000 ?) por el daño moral y lesiones causadas (inicialmente, cada uno de ellos deberá abonarle la suma de 500 ?.- Asimismo, se impone el menor, Daniel , autor de las mismas infracciones, la medida de CIENTO CINCUENTA HORAS de prestaciones en Beneficio de la Comunidad, que cumplirá en tareas asistenciales a personas en situación de precariedad, colaborando con la entidad "Cruz Roja Española" o "Cáritas", en las funciones que le son propias; debiendo indemnizar de forma solidaria con sus legales representantes, a Amparo , en la cantidad de MIL EUROS (1.000 ?), en concepto de responsabilidad civil y como reparación del daño inferido a la misma con su proceder.- Todos los menores -los tres-, solidariamente entre sí y con sus representantes legales, deberá abobar al Servicio Andaluz de Salud la suma de CIENTO CUARENTA Y CUATRO EUROS, CON VEINTICUATRO CÉNTIMOS (144,24 ?), por los gastos médico-farmacéuticos ocasionados por la atención a la lesionada".-

TERCERO .- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por la defensa de los menores Daniel y Rita , basándose en error en la valoración de la prueba e infracción de precepto legal. Ambos menores solicitan su libre absolución, y el primero de los citados, subsidiariamente, su condena solo por la falta de lesiones con rebaja del importe de responsabilidad civil, con rebaja, igualmente, en la medida de prestaciones en beneficio de la comunidad-

CUARTO .- Presentado ante el Juzgado "a quo" el referido escrito de apelación se dio traslado a las demás partes por un plazo común de diez días, conforme al Art. 790-5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . El Ministerio Fiscal impugnó el recurso así como la menor Amparo y transcurrido el plazo fueron remitidos los autos a esta Audiencia Provincial, habiéndose señalado para la vista, deliberación, votación y fallo el día veintinueve del presente.-

QUINTO .- Se acepta la relación de hechos probados que contiene la sentencia apelada y que quedó antes transcrita salvo el párrafo " A consecuencia de los hechos relatados ", el cual queda suprimido.-

SEXTO .- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.-

-FUNDAMENTOS DE DERECHO-

PRIMERO.- El objeto del recurso, tal y como se extrae tanto de los escritos impugnatorios de las partes como de las alegaciones que han sido vertidas en el acto de la vista, se reduce a dos cuestiones: de un lado, la tipicidad de los hechos declarados probados por la sentencia a propósito de la difusión de la imagen de Amparo a través de terminales móviles entre personas menores de edad de su entorno por la red social WhatsApp y que se produce por la recepción inicial de dicha imagen en el móvil de Daniel , con el que mantenía una relación por las fechas, enero de 2012, siendo enviada por la menor, a partir de cuyo momento se produce una difusión en escala en el que participaron como receptores y divulgantes, los también menores, Rita y Maximiliano , éste último, no recurrente. Y de otro lado, la calificación como falta de lesiones del artículo 617.1º del Código Penal



de las patologías sufridas por la menor Amparo a consecuencia de los hechos, textualmente en la sentencia se dice " *A consecuencia de los hechos relatados...* ".

El recurso será estimado.

Comenzando con la tipificación de los hechos que se encuadran en la sentencia de instancia en el delito de descubrimiento y revelación de secretos del artículo 197 del Código Penal, hay que comenzar diciendo que a propósito de los mismos no existe controversia, los hechos son admitidos como ciertos por las partes. Sin embargo, existe controversia sobre su subsunción; y así mientras que la sentencia de instancia, el Ministerio Fiscal y la acusación particular afirman que los mismos se han de encuadrar en el artículo 197 del Código Penal, siendo ello la razón de la condena de los tres menores, los recurrentes parten de su atipicidad. La sentencia apelada no determina cuál de los párrafos que contiene el referido precepto es el aplicable a los hechos enjuiciados en la clara consideración de que no pueden serlo todos conjuntamente, siendo ocho los párrafos, tras la Reforma operada por Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio; por otra parte, la sentencia impugnada transcribe el contenido conforme a la redacción anterior a la citada Reforma.

El delito de descubrimiento y revelación de secretos está íntimamente relacionado con el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, artículo 18.1º de la Constitución española y como señala la sentencia del T.S. de 30 de abril de 2007 el citado precepto constitucional garantiza el 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 el contenido de ese espacio y pudiendo imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibir su difusión no consentida.

Pero la protección al derecho a la intimidad la realiza el citado precepto no con carácter general frente a cualquier agresión, lo cual sería encuadrable en la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, sino a través de la sanción penal de determinadas conductas que se consideran de mayor gravedad. El párrafo primero contempla el tipo básico que a su vez se bifurca en dos conductas distintas: una, apoderamiento de papeles, cartas, mensajes...o cualquier otro documento o efecto personal; y dos, la interceptación de telecomunicaciones o utilización de artificios técnicos. En ninguna de estas dos conductas son encuadrables los hechos descritos en la sentencia, siendo esa la calificación que realiza tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular.

El párrafo segundo trata de proteger la libertad informática como derecho de todo ciudadano a controlar la información personal y familiar que se encuentra recogida en ficheros de datos. Tipifica el apoderamiento, acceso y utilización de datos informáticos y la modificación o alteración de los mismos. Tampoco los hechos declarados probados se ajustan a tales conductas.

Por último, los párrafos tercero, cuarto y quinto, aluden a la revelación de los secretos en relación con las conductas de los párrafos 1º y 2º, la cualificación del autor, y, por último, la revelación o descubrimiento de datos sensibles referidos a la ideología, religión, vida sexual,...o pertenecientes a menores o incapaces, siempre " *...cuando los hechos descritos en los apartados anteriores...* ".

Como se dijo, la sentencia de instancia no fija, de entre todas las conductas posibles, cuál es la que se corresponde con los hechos declarados probados. Para la Sala la razón de ello es que los hechos no encajan en ninguna de dichas conductas por muy execrables que nos puedan parecer, y lo son.

Las conductas que recoge el citado artículo 197 del Código Penal exigen, con carácter general, un acceso in consentido a un secreto. Pues bien, en el supuesto de autos, ni hubo acceso por cuanto los tres acusados lo que hicieron fue recibir, y no acceder, un mensaje de imagen, ni cabe hablar de *no consentimiento* cuando lo que desencadena la difusión " *en cascada* " del mensaje es un acto previo de la menor que es su remisión al teléfono móvil del chico con el que mantenía una relación. Y tal consentimiento debe considerarse válido aunque Amparo sea menor de edad y cuente a fecha de los hechos con quince años de edad, pues si el Legislador viene a considerar válido el consentimiento de una persona a partir de los trece años para mantener relaciones sexuales, parece evidente que también debe considerarse válido dicho consentimiento para remitir una fotografía donde aparece desnuda, con un alto contenido sexual. Quedando a salvo las acciones, en su caso, que la menor, o quienes la representen, puedan ejercitar por la intromisión ilegítima sufrida, al amparo de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

El **sexting**, supone el envío de imágenes estáticas (fotografías) o dinámicas (vídeos) de contenido sexual de mayor o menor carga erótica entre personas que voluntariamente consienten en ello y, que forma parte de su actividad sexual que se desarrolla de manera libre. La difusión de las imágenes por sus receptores no encuentra encaje en las conductas que describe el citado artículo, y por ello, el legislador, tras un escándalo mediático "caso Olvido Hornillos", pretende introducir una nueva conducta en el art. 197 del C.P., el párrafo 4º



bis, en el Proyecto de Código Penal en el que se trabaja en la actualidad. Dicho precepto alude expresamente a los casos de obtención consentida de imágenes íntimas con difusión in consentida posterior, conducta que debe ser regulada expresamente por la exigencia típica del consentimiento en los tipos precedentes. En esta línea, el nuevo precepto, caso de aprobación, establecería: " 4 bis. Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona ."

La atipicidad de la conducta conduce a la absolució n no solo de los recurrentes sino también del condenado no recurrente por el efecto expansivo que para el recurso de casación, aplicable a cualquier otro procedimiento, prevé el artículo 903 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .-

SEGUNDO.- Resta por resolver el segundo motivo de impugnación en cuanto a la calificación de las lesiones síquicas que parece haber sufrido la menor Amparo , a consecuencia de los hechos. La sentencia, recogiendo la calificación del Ministerio Fiscal y de la acusación particular, afirma que las consecuencias perjudiciales que los hechos declarados probados han causado en la menor son un trastorno por estrés postraumático y bulimia purgativa.

De manera incorrecta la sentencia tipifica unos mismos hechos dos veces, como delito de descubrimiento y revelación de secretos (art.197 del C.P .) y como falta (es muy cuestionable que las patologías descritas encuentren dicho encaje legal pues se antojan complejas y de necesaria asistencia médica) de lesiones (art. 617.1º del C.P .). Lo correcto, en todo caso, hubiera sido considerar las citadas consecuencia perjudiciales como consecuencia del tipo penal objeto de condena en el marco de la responsabilidad civil, por lo que afirmada su no tipicidad con arreglo al tipo descrito, queda inmediatamente sin efecto cualquier valoración sobre responsabilidades civiles, sin perjuicio, como se dijo, del ejercicio de acciones de tal naturaleza ante la jurisdicción que le es propia.

Por último, es igualmente improcedente la calificación aislada de los hechos como falta de lesiones pues, en cualquier caso, no es el derecho a la integridad física lo que vulneran los hechos ocurridos, ni la intención en la difusión de la imagen por parte de los menores, tiene el dolo de lesionar por lo que no concurren los presupuestos necesarios del tipo de lesiones.-

TERCERO.- Procede declarar de oficio las costas causadas en esta segunda instancia.-

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación

-FALLAMOS-

Que ESTIMANDO los recursos de apelación interpuestos por la letrada Dña. Virginia López Roldán que defendía al menor Daniel y el letrado D. Enrique Fabián Zambrano Cañizares que defendía a la menor Rita contra la sentencia de fecha 31 de octubre de 2013 , pronunciada por el Sr. Juez del Juzgado de Menores nº 2 de Granada en los autos de Expediente de Reforma nº 231/12, debemos de REVOCAR y REVOCAMOS íntegramente la misma y debemos de ABSOLVER y ABSOLVEMOS a Daniel , Rita y Maximiliano de los hechos de los que venían siendo acusados, declarando de oficio las costas causadas en ambas instancias.-

Devuélvanse los autos originales, junto con testimonio de esta sentencia, de la que, además se llevará certificación al Rollo de la Sala, al Juzgado de su procedencia a los efectos oportunos.-

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando en segunda instancia, la pronunciamos, mandamos y firmamos.-