

Audiencia Provincial de Ourense, Sección 2ª, Sentencia 131/2014 de 26 Mar. 2014, Rec. 60/2014

Ponente: Cid Manzano, Manuel

Ponente: Cid Manzano, Manuel.

LA LEY 103048/2014

ECLI: ES:APOU:2014:487

Resolución firme

MENORES. DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS. En su modalidad de utilización de los datos íntimos en perjuicio de su titular. Menor que es poseedor legítimo de fotografías en las que posaba desnuda la víctima, su ex novia, por habérselas enviado voluntariamente esta, y que posteriormente las entrega vía «whatsapp» sin su consentimiento al segundo menor implicado. Éste, sirviéndose de las mismas, extorsiona a la víctima para obtener más fotografías y vídeos bajo amenaza de difusión, que finalmente efectúa, mostrándoselas a varios compañeros de instituto y remitiéndolas a terceros por el móvil, que a su vez las publican a través de grupos de «Whatsapp». Grave perjuicio para la víctima.

La Audiencia Provincial desestima el recurso y confirma la sentencia de condena del Juzgado de Menores de Orense por delito de descubrimiento y revelación de secretos.

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

OURENSE

SENTENCIA: 00131/2014

-

PZA. CONCEPCION ARENAL, 1

Teléfono: 988687072/988687068

SE0100

N.I.G.: 32054 53 2 2013 0100065

R.APELACION ST MENORES 000060 /2014 - T

Delito/falta: REVELACIÓN SECRETOS POR PARTICULAR (ART. 199 CP)

Denunciante/querellante: Iván , Mariano

Procurador/a: D/Dª ,

Abogado/a: D/Dª RAUL LAMAS RODRIGUEZ, RAUL LAMAS RODRIGUEZ

Contra: MINISTERIO FISCAL, Custodia

Procurador/a: D/Dª ,

Abogado/a: D/Dª , MARIA ELISA TABOADA GONZALEZ

SENTENCIA Nº 131/14

=====
Ilmos./as Sres./Sras:

Presidenta:

D^a ANA MARÍA DEL CARMEN BLANCO ARCE

Magistrados/as:

D. MANUEL CID MANZANO

D^a AMPARO LOMO DEL OLMO

=====

En OURENSE, a VEINTISÉIS de MARZO de DOS MIL CATORCE.

Vistos, en grado de apelación, por esta Sección Segunda de la Audiencia Provincial de OURENSE, con celebración de vista pública, los autos de **Expediente de Reforma nº 50/13**, procedentes del JUZGADO DE MENORES DE OURENSE, **Rollo de apelación número 60 / 14**, habiendo sido parte apelante, los menores **Mariano e Iván**, asistidos por el Letrado RAÚL LAMAS RODRÍGUEZ, y como parte apelada, Custodia, asistida de la Letrada **MARÍA LUISA TABOADA GONZÁLEZ**, y el **MINISTERIO FISCAL** en la representación que le es propia. Sobre un delito de **descubrimiento y revelación de secretos**. Actuando como Ponente el Magistrado **Ilmo. Sr. D. MANUEL CID MANZANO**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Menores de Ourense, con fecha 5 de noviembre de 2013, se dictó sentencia en el Expediente de Reforma nº 50/13, del que dimana este recurso, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"Absolver al menor Luis Enrique como autor de los delitos por los que alternativamente venía siendo acusado con todos los pronunciamientos legales favorables.

Imponer al menor Mariano, como autor de un delito de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197.2 del C.P., **las medidas de doce meses de libertad vigilada con imposición de la regla de conducta de asistencia a un curso con dos módulos** uno de control de la ira de diez horas de duración y otro de educación para la igualdad y prevención de la violencia de género de cuarenta horas de duración **y la medida de prohibición de aproximarse a menos de cien metros y de comunicar por cualquier medio con la víctima Custodia durante doce meses.**

Imponer al menor Iván, como autor de un delito de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197.2 del C.p., **las medidas de doce meses de libertad vigilada con imposición de la regla de conducta de asistencia a curso** de educación para la igualdad y prevención de la violencia de género de cuarenta horas de duración **y la medida de prohibición de aproximarse a menos de cien metros y de comunicar por cualquier medio con la víctima Custodia durante doce meses.**

Se apercibe a ambos menores de que ni no cumplen las medidas impuestas además de incurrir en un delito de quebrantamiento, podrá acordarse su sustitución por internamiento en régimen semiabierto por el tiempo que les reste de cumplimiento.

Las costas se declaran de oficio.

En concepto de responsabilidad civil los menores Mariano e Iván, como responsables civiles directos, y sus progenitores Dña. Fidela solidarios Dña. Fidela (madre de Mariano), D. Justiniano y Dña. Lorena (padres de Iván), como responsables civiles solidarios, indemnizarán a la

perjudicada Custodia en la cantidad de 600 euros."

Y los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Como tales expresamente se declaran:

Sobre las 12:00 h. del día 3-3-2014 Custodia , nacida el NUM000 -1995, mantuvo una conversación a través de su teléfono móvil, vía whatsapp, con el menor Mariano que había sido su novio durante un breve período, nacido en Portugal el NUM001 -1995 con NIE NUM002 , en el curso de la cual Custodia le envió varias fotos de ella desnuda. Esa misma tarde Iván , nacido en Portugal el NUM003 -1995 con DNI NUM004 , a sabiendas de que su amigo Mariano tenía fotos íntimas de Custodia porque Mariano así se lo había dicho y además desde su móvil le envió por whatsapp una foto de Custodia completamente desnuda, contactó a través de su teléfono móvil, vía whatsapp, con Custodia y le pidió que le enviara fotos íntimas advirtiéndola de que de no hacerlo entonces divulgaría las que le había mandado Mariano . Custodia esa misma noche le envió por whatsapp cuatro fotos de ella desnuda y un video personal realizando una práctica sexual. Custodia no autorizó ni a Mariano ni a Iván para divulgar las fotografías y el video. Mariano e Iván se intercambiaron todas las fotos y el referido video que tenían guardados en sus teléfonos móviles. Al día siguiente en clase Iván le enseñó a sus compañeros del IES "Taboada Chivite" de Verín las fotos y el video. Una semana después Mariano envió una de las fotos íntimas de Custodia a otro amigo suyo llamado Marino . Iván por su parte le envió las fotos íntimas de Custodia a un tal Salvador .

A Luis Enrique , nacido el NUM005 -1997 con DNI NUM006 , compañero de instituto de los anteriores, también le enviaron a su teléfono móvil fotos de Custodia desnuda, las cuales a su vez reenvió al grupo de whatsapp del que era administrador.

A consecuencia de la divulgación de las fotografías y del video a través de los terminales telefónicos utilizando el whatsapp, Custodia fue objeto de comentarios jocosos y burlas por parte de sus compañeros del IES "Castro de Baranceli" de Verín y de otros vecinos del pueblo.

Mariano presenta un comportamiento antisocial en la niñez y adolescencia, leve trastorno explosivo intermitente, en el marco de finas distorsiones cognitivas de tipo machista y sexista, y con problemas relacionados con hechos negativos en la niñez, otros con la crianza del niño y con el grupo de apoyo, incluidas las circunstancias familiares.

Iván presenta un comportamiento antisocial en la niñez y adolescencia, discreta sobrevaloración personal, bajo rendimiento escolar, con preferencia por actividades sociales y de ocio de tipo informal, integrado en familia funcional, con capacidad de vinculación afectiva y pautas educativas levemente inconsistentes y sobreprotectoras."

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, contra la misma se interpuso recurso de apelación por el Letrado Raúl Lamas Rodríguez en defensa de los menores Mariano e Iván , que formalizó exponiendo las alegaciones que constan en su escrito, el cual se halla unido a las actuaciones. Admitido a trámite, se dio traslado del mismo al Ministerio Fiscal y demás partes personadas, a efectos de alegaciones en el plazo previsto por la LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL, siendo impugnado por el Ministerio Fiscal y por la defensa de Custodia .

TERCERO.- Por el Juzgado de Menores referido, se remitieron, acompañados de atento oficio, a esta Sección Segunda de la Ilma. Audiencia Provincial de esta capital, los autos originales con todos los escritos presentados y, recibidos que fueron, se formó el Rollo de apelación penal de los de su clase nº **60/14**, y se señaló día para la preceptiva vista de apelación, que tuvo lugar con asistencia de las partes, el pasado día 18 de marzo a las 10:40 horas.

HECHOS PROBADOS

Se aceptan y se dan por reproducidos los hechos que en la sentencia recurrida se declaran probados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los Fundamentos de Derecho de la sentencia recurrida.

PRIMERO.- Cabe señalar que el artículo 197.2 CP castiga la conducta de quien, 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. También a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero. Sobre dicha infracción punible la jurisprudencia viene considerando que se trata, naturalmente, un delito doloso, pero no de tendencia, bastando que el sujeto se represente la posibilidad de que cualquier persona pudiera resultar afectada por la utilización de los datos, sin exigir un ánimo específico de perjudicar a tercero - STS de 18 de Febrero de 1999 y 9 de Octubre de 2000 -. Y el artículo 198 del Código Penal establece una modalidad agravada por la cualidad del autor, que ostenta la condición de funcionario público pero actúa como un particular, esto es, fuera del ejercicio de su cargo pero prevaliéndose de tal carácter.

En nuestro caso, no hay duda que se ha cometido el delito. El tipo penal se refiere a datos que, normalmente, se pretende que no trasciendan fuera de la esfera de privacidad, lo que no significa que sea un elemento de los datos protegidos la suposición de un propósito de ocultarlos, pues la privacidad no es sólo, como derecho fundamental, un derecho al ocultamiento de circunstancias personales, sino un derecho a la no divulgación ilegal de los datos, dado que configura una forma del derecho a la libre realización de la personalidad.

A estos efectos, el artículo 1 de la LO 15/1999, de Protección de Datos , señala que la ley tiene por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar; añadiendo en su artículo 2.1 que la referida ley será 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 esos datos por los sectores público y privado. En este caso, en presencia del indisimulado carácter sensible de las fotografías íntimas de la joven denunciante estamos ante datos de carácter personal dignos de protección en el sentido del artículo 197.2 CP . Y, es claro que ninguno de los acusados estaba autorizado, sin su consentimiento, a divulgar a terceros, como lo hicieron, las fotografías entregadas reservadamente por aquella

Finalmente, la STS de 30 de Diciembre de 2009 , al analizar este tipo, reflexiona sobre el perjuicio desde la constancia de que la segunda modalidad típica del nº 2 del artículo 197 -el mero acceso- no exige tal perjuicio de tercero, sino que este perjuicio es presupuesto de las otras modalidades -apoderarse, utiliza o modificar-. Esta sentencia concluye que "es necesario realizar una interpretación integradora en el sentido de que como en el inciso primero, se castigan idénticos comportamientos objetivos que el inciso 2º (apodere, utilice, modifique) no tendría sentido de que en el mero acceso no se exija perjuicio alguno y en conductas que precisan ese previo acceso añadiendo otros comportamientos, se exija ese perjuicio, cuando tales conductas ya serían punibles -y con la misma pena- en el inciso segundo". Por ello indica que "la solución sería -partiendo de que en el término "tercero" debe incluirse el afectado, en su intimidad, sujeto pasivo, al que esencialmente se refiere el tipo- entender que los apoderamientos, accesos, utilidades o modificaciones de datos de carácter personal, realizadas en perjuicio de tercero se incluirían en el inciso inicial del art. 197.2, y en cambio, en el inciso segundo deberían ser subsumidas las conductas de acceso en perjuicio del titular de los datos". Por último, indica que los datos que denomina sensibles "son por sí mismos capaces para producir el perjuicio típico, por lo que el acceso a los mismos, su apoderamiento o divulgación , poniéndolos al descubierto comporta ya ese daño a su derecho a mantenerlos secretos u ocultos

(intimidad) integrando el "perjuicio" exigido, mientras que en los datos "no sensibles", no es que no tengan virtualidad lesiva suficiente para provocar o producir el perjuicio, sino que debería acreditarse su efectiva concurrencia".

El delito se comete no solo porque una persona se apodere sin autorización de dichos datos reservados, sino también cuando, aunque no se apodere de ellos por sí mismo, los utilice en perjuicio de tercero y asimismo el delito se perfecciona no solo cuando dichos datos se hallaran registrados en soportes informáticos sino también cuando estén registrados en otro archivo público o privado como es el teléfono móvil de denunciante y acusados.

SEGUNDO.- Proyectando las consideraciones jurisprudenciales precedentes al supuesto enjuiciado cabe señalar que, frente a la alegada atipicidad penal invocada en el recurso los hechos inatacados objeto del proceso son ciertamente encuadrables en un delito del artículo 197.2 del C.P . Si bien es cierto que no hubo apoderamiento indebido de las fotos discutidas, al encontrarse las mismas lícitamente en poder del acusado exnovio de la denunciante, también lo es que el artículo 197.2, en su último inciso, impone la misma pena a "quien, sin estar autorizado, utilice dichos datos de carácter personal o familiar en perjuicio de su titular".

Dicho precepto tutela el derecho fundamental a la intimidad personal, siendo el bien jurídico protegido garantizado por el art. 18.1 de la Constitución Española , el derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

En el caso concreto se trata de fotografías que pertenecen al reducto de lo que, una persona media de nuestra cultura, pretende que no trascienda fuera de la esfera en que se desenvuelve su privacidad, más allá de la exclusiva tenencia por la persona a quien la afectada remitió inicialmente las mismas. Se trata de fotos hechas en la intimidad que ambos acusados difundieron, via whatsapp y exhibieron a terceros, sin contar con la anuencia de la directamente interesada, siendo evidente el perjuicio causado a la misma, toda vez que aparece desnuda, permitiendo que pudieran ser observadas e incluso reenviadas a pluralidad de personas.

Es evidente, pues, que los acusados conjugaron el verbo núcleo del tipo penal examinado; esto es, utilizaron, mediante su divulgación a terceros, datos inequívocamente reservados sin autorización de la titular de los mismos.

El recurso de apelación por tanto ha de ser rechazado.

TERCERO.- Conforme a lo dispuesto en el art. 240 LECrim . procede declarar de oficio las costas procesales causadas en esta alzada.

Vistos los preceptos legales de general y pertinente aplicación y en atención a lo expuesto,

FALLAMOS

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por el Letrado Sr. Lamas Rodríguez, en defensa de los menores **Mariano e Iván** , contra la sentencia dictada con fecha 5 de noviembre de 2013 por el Juzgado de Menores de Ourense , en los autos de Expediente de Reforma nº 50/2013, resolución que **se confirma íntegramente**, declarando de oficio las costas procesales causadas en esta alzada.

Esta resolución es firme y contra la misma no cabe recurso ordinario alguno.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y demás partes personadas.

Devuélvanse los autos al Juzgado de procedencia con testimonio de esta resolución, para su conocimiento y cumplimiento. Seguidamente y, previas las anotaciones oportunas, procédase al archivo del rollo.

Al notificar esta sentencia, dese cumplimiento a lo prevenido en el artículo 248-4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

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