



Roj: **STS 3727/2023 - ECLI:ES:TS:2023:3727**

Id Cendoj: **28079120012023100650**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/09/2023**

Nº de Recurso: **6019/2021**

Nº de Resolución: **693/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANDRES PALOMO DEL ARCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 11331/2021,**
STS 3727/2023

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 693/2023

Fecha de sentencia: 27/09/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 6019/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 26/09/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, SECCIÓN 30

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: HPP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 6019/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 693/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Pablo Llarena Conde

D.^a Susana Polo García



D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 27 de septiembre de 2023.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley número **6019/2021**, interpuesto por D^a **Cecilia**, representado por la Procuradora D^a Ana Villa Ruano bajo la dirección letrada de D. Francisco Javier Lindenthal Breier, contra la sentencia número 445/2021, 14 de septiembre dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 30, en el Rollo de Apelación 1101/2021, que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 132/2021 de 27 de mayo, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Getafe en el Procedimiento Abreviado 118/2020.

Interviene el **Ministerio Fiscal**.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Mixto nº 7 de Parla, incoó Diligencias Procedimiento Abreviado 683/2018 por delitos de amenazas y descubrimiento de secretos, contra Cecilia; una vez concluso lo remitió al Juzgado de lo Penal número 1 de Getafe, (P.A. núm. 118/2020) quien dictó Sentencia nº 132/2021 en fecha 27 de mayo de 2021, que contiene los siguientes **hechos probados**:

"Valorando en conciencia la prueba practicada resulta probado y así se declara que la acusada Cecilia, con D.N.I. número NUM000, mayor de edad por cuanto nacida el NUM001 de 1989 y sin antecedentes penales, con ánimo de vulnerar la intimidad de D^a. Elsa, publicó en fecha y hora no determinada de agosto de 2018 en estados de la aplicación de WhatsApp de su teléfono móvil dos fotografías de partes íntimas de la misma, que había conseguido desconociéndose su procedencia, en las que incluyó: " Elsa en pose la mujer de Sardina " y "dale Elsa "".

SEGUNDO.- El Juzgado de lo Penal referenciado, que dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que DEBO CONDENAR Y CONDENO a D^a. Cecilia como autora penalmente responsable de un delito contra la intimidad previsto y penado en el artículo 197.1 del Código Penal ya definido, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de UN AÑO Y UN MES DE PRISIÓN con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; y a la pena de TRECE MESES DE MULTA CON UNA CUOTA DIARIA DE TRES EUROS quedando sometida a la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago prevista en el artículo 53 CP y pago de costas procesales".

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de Cecilia; dictándose sentencia núm. 445/2021 de 14 de septiembre, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 30), en el Rollo de Apelación P.A. núm. 1101/2021, cuyo Fallo es el siguiente:

"Que se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Cecilia contra la sentencia de 28 de junio de 2020, dictada por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Getafe en el Procedimiento Abreviado 118/20 seguido ante dicho Juzgado.

Se declaran las costas de oficio.

Contra la presente sentencia cabe recurso de casación.

Devuélvanse las diligencias originales al Juzgado de procedencia, con certificación de la presente resolución, para su ejecución y cumplimiento, solicitando acuse de recibo y previa su notificación a las partes, con arreglo a las prevenciones contenidas en el art. 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial".

CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación procesal de D. que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la recurrente Cecilia, formalizó el recurso alegando los siguientes **motivos de casación**:

Motivo Primero.- Por la vía del art.5.4 de la L.O.P.J., y art.849, 2º de la LECrim, cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.



Motivo Segundo.- Por infracción de ley, del art.849,1º LECrim, por haber infringido la Sentencia de Instancia preceptos penales de carácter sustantivo, al haber aplicado indebidamente el tipo básico del art.197, apartado 1 del Código Penal.

SEXTO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal en su escrito de fecha de fecha 10 de enero de 2022, interesa la inadmisión de plano del recurso; la Sala los admitió a trámite quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 26 de septiembre de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR.- Recurre la representación procesal de por D^a Cecilia , la sentencia número 445/2021, 14 de septiembre dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 30, que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 132/2021 de 27 de mayo, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Getafe, donde resulta condenada como autora criminalmente responsable de delito contra la intimidad previsto y penado en el artículo 197.1 del Código Penal, a las penas de un año y un mes de prisión, correspondiente accesoria y trece meses de multa.

Consecuentemente nos encontramos ante una sentencia dictada en apelación por Audiencia Provincial cuya viabilidad casacional se introduce en nuestro ordenamiento con la reforma operada por ley 41/2015, específicamente en el apartado b) al art. 847.1 LECrim.

El Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2016, seguido de manera pacífica en un ingente número de resoluciones de esta misma Sala, establece de manera sistematizada el alcance de esta modalidad casacional:

a) El art. 847 1º letra b) LECrim debe ser interpretado en sus propios términos. Las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional solo podrán ser recurridas en casación por el motivo de infracción de ley previsto en el número primero del art. 849 LECrim, debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que se formulen por los arts. 849 2º, 850, 851 y 852.

b) Los recursos articulados por el art. 849 1º deberán fundarse necesariamente en la infracción de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter (sustantivo) que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal (normas determinantes de subsunción), debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que aleguen infracciones procesales o constitucionales. Sin perjuicio de ello, podrán invocarse normas constitucionales para reforzar la alegación de infracción de una norma penal sustantiva.

c) Los recursos deberán respetar los hechos probados, debiendo ser inadmitidos los que no los respeten, o efectúen alegaciones en notoria contradicción con ellos pretendiendo reproducir el debate probatorio (art. 884 LECrim).

d) Los recursos deben tener interés casacional. Deberán ser inadmitidos los que carezcan de dicho interés (art. 889 2º), entendiéndose que el recurso tiene interés casacional, conforme a la exposición de motivos: i) si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo, ii) si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, iii) si aplica normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido".

PRIMERO.- El primer motivo que formula es la vía del art.5.4 de la L.O.P.J., y art.849, 2º de la LECrim, cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, que como resulta del contenido del Acuerdo que hemos transcrito, desarrollados y aplicado en multitud de ocasiones, resta fuera del ámbito de este recurso, limitado a la vía del art. 849.1º.

SEGUNDO.- El segundo motivo lo formula por infracción de ley, del art.849,1º LECrim, por haber infringido la Sentencia de Instancia preceptos penales de carácter sustantivo, al haber aplicado indebidamente el tipo básico del art.197, apartado 1 del Código Penal.

Argumenta que el tipo penal y el tipo objetivo, requiere un acto de apoderamiento, sin saber si el autor llegó a descubrir los secretos o los vulnera en la intimidad y en el mero acceso de los datos protegidos, cuestión que no aconteció. En otro orden de cosas, tampoco concurre el "dolo", esto es, el tipo subjetivo que exige sin embargo, aquella finalidad, junto con el dolo en el acto de apoderamiento o de acceso.



Ciertamente los hechos probados indican que se desconoce como las fotografías llegaron a poder de la acusada; aunque ciertamente dispone de las fotografías de partes íntimas de la víctima, sin su consentimiento; y su revelación es palmaria al incorporarlas al apartado de "estados" de su whatsapp; añaden los hechos probados "con ánimo de vulnerar la intimidad de D^a Elsa ", pues la identifica de inequívoco modo con sendas expresiones: " Elsa en pose la mujer de Sardina ", y "dale Elsa ".

En definitiva, sólo resulta descrita la conducta de revelación, pero no la de apropiación, por lo que no cabría tipificarse a través de los párrafos primero o segundo del art. 197; y tampoco del tercero, pues el hecho probado no describe un apoderamiento in consentido; pero aunque hubiesen sido transmitidas voluntariamente por Elsa a su pareja o cualquier otra persona que a su vez las transmitió a la acusada, ello no evitaría, en la hipótesis más favorable para la acusada su pleno acomodo a la conducta típica contemplada en el párrafo séptimo:

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 aquella 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.

Se impondrá la pena de multa de uno a tres meses a quien habiendo recibido las imágenes o grabaciones audiovisuales a las que se refiere el párrafo anterior las difunda, revele o ceda a terceros sin el consentimiento de la persona afectada."

Consecuentemente, el motivo se estima parcialmente, pues el relato declarado probado resulta insuficiente para que pueda ser incardinado en el tipo descrito en el art. 197.1 CP, pero ello no determina su atipicidad, pues resulta plenamente subsumible en la conducta típica que describe el art. 197.7 CP.

TERCERO.- De conformidad con el art. 901 LECrim, en caso de estimación de recurso, las costas, se declararán de oficio.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Declarar haber lugar parcialmente al recurso de casación formulado por la representación procesal de D^a Cecilia , contra la sentencia número 445/2021, 14 de septiembre dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 30, que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 132/2021 de 27 de mayo, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Getafe; cuya resolución casamos y anulamos, en los términos que se precisarán en la segunda sentencia que a continuación se dicta; ello, con declaración de oficio de las costas originadas por su recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 6019/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Pablo Llarena Conde

D.^a Susana Polo García

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 27 de septiembre de 2023.



Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley número **6019/2021**, interpuesto por **D^a Cecilia**, representado por la Procuradora D^a Ana Villa Ruano bajo la dirección letrada de D. Francisco Javier Lindenthal Breier, contra la sentencia número 445/2021, 14 de septiembre dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 30, en el Rollo de Apelación 1101/2021, que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 132/2021 de 27 de mayo, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Getafe en el Procedimiento Abreviado 118/2020; sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

Interviene el **Ministerio Fiscal**.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y se dan por reproducidos los hechos declarados probados, así como los antecedentes de hecho y que no fueren incompatibles con los de la sentencia rescindente y con esta segunda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por las razones expuestas en el segundo de los fundamentos de nuestra sentencia casacional, la condena no procede por el art. 197.1 CP, sino por el 197.7, párrafo segundo, conminado con pena de multa de uno a tres meses, al haber sido dos las fotografías que muestran la partes más íntimas de la víctima, procede imponer en su grado máximo, tres meses con la cuota diaria ya concretada en la instancia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Condenamos a D^a. Cecilia como autora penalmente responsable de un delito contra la intimidad previsto y penado en el artículo 197.7, párrafo segundo del Código Penal, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de TRES MESES DE MULTA CON UNA CUOTA DIARIA DE TRES EUROS quedando sometida a la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago prevista en el artículo 53 CP y pago de costas procesales.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.