**Audiencia Provincial de Granada, Sección 2ª, Sentencia de 30 Nov. 2012, rec. 328/2012**

**Ponente: Sánchez Jiménez, José María.**

**Nº de Sentencia: 667/2012**

**Nº de RECURSO: 328/2012**

**Jurisdicción: PENAL**

**Diario La Ley**, Nº 8186, Sección Jurisprudencia, 7 Nov. 2013, Año XXXIV, Editorial **LA LEY**

**LA LEY 236549/2012**

**Texto**

**AUDIENCIA PROVINCIAL**

**SECCION SEGUNDA**

**GRANADA**

**Apelación Rollo Núm. 328-12**

**PROCEDIMIENTO ABREVIADO Nº** 12-12

**JUZGADO DE LO PENAL Nº** 5 **DE GRANADA**

**PONENTE: Sr. José María Sánchez Jiménez**

La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Granada, formada por los Iltmos. Sres. relacionados, han dictado EN NOMBRE DEL REY, la siguiente:

**SENTENCIA Núm. 667.**

**ILTMOS SRES:**

Presidente

**JOSE JUAN SAENZ SOUBRIER**

Magistrados

José María Sánchez Jiménez

*JUAN CARLOS CUENCA SANCHEZ*

En la ciudad de Granada, a 30 de noviembre de dos mil doce.

Examinado, deliberado y votado en grado de apelación por la Sección Segunda de esta Iltma. Audiencia Provincial, formada por los Sres. Magistrados al margen relacionados, sin necesidad de celebración de vista, el P.A Núm. 12-2012, del Juzgado de lo Penal **Nº** 5 **DE Granada,** por un delito de revelación de secretos**,** siendo partes, como apelante R… , representado por la procuradora Sr/a. Barcelona y Defendido por el letrado/a Sr. López- Guadalupe y como impugnantes el MF y R., actuando como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. José María Sánchez Jiménez.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Por el Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Penal Nº 5 DE Granada, se dictó sentencia con fecha 19-7-12 .

**Segundo.-** La parte dispositiva de dicha resolución contiene el siguiente FALLO:

*“*Que debo absolver a R. del delito de descubrimiento y revelación de secretos que se le imputaba con declaración de las costas de oficio *".*

**Tercero.-** Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de R…

**Cuarto.-** Presentado ante el Juzgado "a quo" el referido escrito de apelación se le dio traslado a las demás partes por un plazo común de diez días, conforme al art. 790.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, transcurrido el cual fueron remitidos autos a esta Audiencia Provincial, habiéndose señalado para su deliberación, votación y fallo el día 27-11-12, al no estimarse necesaria la celebración de vista.

**Quinto.-** Se han observado las prescripciones legales del trámite.

**HECHOS PROBADOS**

Se acepta el relato de hechos probados de la sentencia apelada, añadiéndose que: "Doña R. no deseaba que nadie supiese que mantenía las relaciones sexuales precitadas, de lo cual se enteraron familiares y amistades de su entorno a quienes se lo dijo el acusado", reproduciéndose a continuación el de la primera instancia:

"En fecha no determinada en los primeros días del mes de enero del año 2.010, Don R., ante las sospechas fundadas de que su esposa, Doña R… le era infiel y con el fin de comprobarlo, dejó conectado su Mp3 que grabó como después de salir de casa R., R… mantenía relaciones sexuales en sofá del salón de la vivienda, con otro hombre".

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.** Para la adecuada resolución de la cuestión que se somete a consideración de la Sala conviene partir de la base de que se ha declarado probado en la sentencia apelada que, *ante las sospechas de infidelidad de la esposa, el acusado dejó conectado un artificio grabador en el interior de su vivienda, aparato que registró cómo la apelante mantenía relaciones sexuales (en el sofá, se precisa en el relato fáctico) con otro hombre*.

No se declara probado, en cambio, pero en la fundamentación de la sentencia se razona profusamente sobre ello, que *personas del entorno de la pareja tuvieron conocimiento del hecho en cuestión porque se lo transmitió personalmente el acusado*. En el párrafo tercero del FJ segundo se lee, en relación a lo manifestado por los testigos que declararon en el juicio oral, que "ninguno ha confirmado haber escuchado la grabación, sino tan sólo QUE EL ACUSADO LES DIJO QUE TENIA UNA GRABACION EN LA QUE SE ESCUCHABA A SU ESPOSA MANTENER RELACIONES SEXUALES CON OTRO".

Se ha de precisar, asimismo, que la denunciante no deseaba que nadie supiera que tenía encuentros de esas características con una tercera persona (que resultó ser un primo del acusado) y, también, convenir que este tipo de cosas pertenecen a lo que jurisprudencialmente se viene entendiendo como el núcleo esencial de la privacidad o intimidad de la persona, y ésta, en términos de la STS de 30-12 2009, es el "ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás" ( SSTC 73/1982 y 57/1994 entre muchas).

**SEGUNDO.** El argumento que sirve de base a la exculpación decretada en la instancia, apoyado con extensa cita de la jurisprudencia sobre el delito de revelación de secretos, concierne a que la "intimidad de -la denunciante- no se ve afectada por ser descubierta en su infidelidad pues su proceder, absolutamente libre por otra parte con independencia de consideraciones éticas, entraña ciertos riesgos que debe asumir", y que "el marido tiene derecho a conocer la infidelidad de su mujer y sin que conste que haya divulgado la grabación a terceros" (FJ tercero in fine), optando el Juzgador por la absolución en base a esto y, como refuerzo, a que la grabación se hizo en el domicilio común de la pareja.

Con independencia de consideraciones acerca de la justificación moral de la conducta del acusado (grabar a la esposa "sospechosa") y desde la premisa de que la conducta penalmente reprochable no exige -en el tipo básico- la revelación o difusión por parte del agente de los hechos descubiertos, que sirve de fundamento al subtipo agravado del nº 4 del art. 197, apreciamos en primer lugar que *la sentencia de primer grado no perfila con la debida nitidez qué ocurre cuando el secreto relativo a la intimidad de la mujer, esto es lo que la sujeto pasivo no quería que fuese público, deja de serlo por desvelarse mediante el empleo de un artificio técnico*. Como recuerda la STS de 12 de julio de 2011 , con cita de las SS.T.S. de 10 de diciembre de 2004 y 30 de abril de 2007 , estamos ante "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 art. 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".

Tampoco aclara la resolución de forma convincente qué sucede cuando el marido, conociendo que su esposa tiene encuentros de carácter sexual en el domicilio común, y no precisamente porque la mujer no tomara la precaución de esperar a mantenerlos cuando no había nadie en la casa (corriendo "un riesgo", se razona en la sentencia) sino dejando en marcha una grabadora, lo pone en conocimiento de los testigos que declararon en el juicio.

Conforme a esto, y con independencia de que lo grabado fuese audible o no porque el secreto ya estaba descubierto ( y revelado, debe añadirse), lo que la Sala aprecia es que la conclusión absolutoria recaída en la instancia no se ajusta, en lo que concierne a la ponderación de lo declarado probado y lo razonado allí, a lo establecido en la norma penal y siguiendo lo declarado en la STS de 25 de junio de 2012 sobre la revisión de los juicios de inferencia en la apelación penal por parte del órgano "ad quem", esto es, partiendo sólo y exclusivamente de los datos objetivos para sustituir el sentido del fallo, consideramos que *los hechos enjuiciados y probados sí son legalmente constitutivos del delito de descubrimiento y revelación de secretos, en la modalidad agravada por la difusión del secreto, delito que constituye el título principal de imputación de la acusación particular y del que es autor el acusado, ex arts. 27 y 28 del CP , sin que en él concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.*

*No estimamos, sin embargo, que sea de apreciación al caso la agravación derivada de la afectación de los hechos a datos de la vida sexual de la denunciante, prevista en el número 6 del repetido art. 197,* siguiendo en esto la tesis de la STS 302/08 de 27 de mayo , resolución que sostiene que "la referencia del artículo 197.5º (en la redacción anterior a la reforma operada por LO 5/2010 ) a los datos que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual no abarca la investigación ilícita de infidelidades o relaciones sexuales de cualquier índole, sino solamente aquellas que se refieran a la orientación sexual de la víctima poniendo de relieve tendencias que en el momento de la redacción del Código Penal pudieran considerarse por algunos sectores al margen de la norma general, como las relaciones homosexuales, circunstancia que está superada por la legislación que homologa los vínculos entre sexos, sea cual sea el género de la persona. La redacción del precepto está en íntima conexión con el artículo 16 de la Constitución, estableciéndose la agravante en función de la discriminación social, lo que es radicalmente distinto de la posible inquietud, ansiedad o desasosiego que pueda producir en una persona el hecho de que se conozcan sus relaciones extramatrimoniales." Y esto sin desconocer la existencia de otros enfoques jurisprudenciales al respecto (p. ej. vid. STS 694/2003, de 20 de junio).

**TERCERO.** En el capítulo de responsabilidades civiles inherentes al delito, solicita la denunciante que se le indemnice en 10.000 euros en concepto de daños morales, daños que, como sostiene la STS de 28 de octubre de 2010, "solo pueden ser calculados en un juicio global basado en el sentimiento social de reparación del daño producido por la ofensa delictiva, atendiendo a la naturaleza y gravedad del hecho, y atemperando las demandas de los interesados a la realidad socioeconómica en cada momento". Y ese juicio exige en el supuesto a examen dados los intereses "morales" de cada una de las partes en juego, un debate asentado en un mínimo principio de prueba que no se ha producido porque ninguna diligencia ha arbitrado la acusación reclamante al respecto, lo que nos lleva a la desestimación de la pretensión resarcitoria.

**CUARTO.** En orden a la determinación de la pena a imponer, yendo la del tipo a aplicar de dos a cinco años de prisión, *consideramos prudente fijar la prisión en el mínimo de lo legalmente procedente en atención a las circunstancias concurrentes (afectación de intereses comunes a la pareja y difusión sólo entre personas directamente relacionadas con ella por vínculos de íntima amistad o parentesco), mostrando su parecer favorable a la implementación de las formas sustitutivas de cumplimiento de la privativa de libertad que prevé la norma penal ( arts. 80 y ss. CP ) e, incluso, informando positivamente la solicitud de indulto, de darse el caso*.

**QUINTO.** Conforme a lo dispuesto en los art. 123 del CP y 240 de la LECrim no se hará mención a las costas del recurso, dada su estimación, y las de primera instancia, con inclusión de las de la acusación particular, se impondrán al condenado.

VISTOS los preceptos citados y demás de aplicación,

**FALLAMOS**

**Debemos ESTIMAR** el recurso de apelación formulado por la procuradora Dña. Cristina Barcelona Sánchez, en nombre y representación de Doña R…, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 5 de esta ciudad en el juicio oral 12-2012, sentencia que revocamos, y CONDENAMOS a R. como responsable en concepto de autor de un delito de DESCUBRIMIENTO Y REVELACION DE SECRETOS, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de DOS AÑOS de PRISION, con inhabilitación durante ese período para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, y al pago de las costas procesales de la primera instancia, con inclusión de las devengadas a la acusación particular y sin hacer pronunciamiento de condena respecto de las costas causadas en esta alzada.

Devuélvanse los autos al Juzgado remitente, con certificación de la presente para su cumplimiento, una vez notificada a las partes.

Así por esta nuestra sentencia, contra la que no caben otros recursos que los de revisión y anulación, cuando procedan, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.