

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 328/2021

Fecha de sentencia: 22/04/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 715/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/04/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, Sección 29.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: ICR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 715/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 328/2021

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Julián Sánchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D^a. Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

D^a. Susana Polo García

D^a. Carmen Lamela Díaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 22 de abril de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por la representación procesal de D. _____, representado por la procuradora Dña. Margarita María Sánchez Jiménez, bajo la dirección letrada de D. Iván García-Diego Ruiz, contra la *sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 29, de fecha 17 de octubre de 2019, en el Rollo de Apelación nº 1061/2019* , que desestimó el recurso de apelación contra la *sentencia de fecha 10 de junio de 2019, dictada por el Juzgado de lo Penal nº 5 de Madrid* , en la que fue condenado como autor de un delito de descubrimiento y revelación de secreto; siendo parte recurrida D. _____, representado por el procurador D. Fernando Lozano Moreno y bajo la dirección letrada de D. Luis Miguel Vázquez Carús, siendo parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El *Juzgado de lo Penal nº 5 de Madrid, dictó sentencia de fecha 10 de junio de 2019 (procedimiento abreviado nº 222/2017)*, dimanante de diligencias previas núm. 171/2016 del *Juzgado de Instrucción nº 37 de Madrid* , por delito de descubrimiento y revelación de secretos, contra D. _____ y Dña. _____, que contiene los siguientes hechos probados:

«**Primero.-** _____, mayor de edad y sin antecedentes penales, era propietario y administrador único de la mercantil _____, sita en Madrid, dirigiendo el negocio empresarial que constituía su objeto. En dicha empresa trabajaba por

cuenta ajena la hija del anterior, Marí Luz, mayor de edad y sin antecedentes penales.

Segundo.- Para la citada mercantil trabajaba por cuenta ajena Octavio, en virtud de contrato laboral de fecha 7-1-04, con la categoría profesional de vendedor. Para el desarrollo de su trabajo tenía un ordenador, puesto a su disposición por la empresa, al que se accedía con una contraseña estandarizada, consistente en un prefijo numérico seguido del nombre, y un correo personal corporativo. Las contraseñas y direcciones de correos corporativos eran conocidas por los demás trabajadores, que en ausencias o periodos vacacionales, entraban en los de otros compañeros, para consultar o reenviar correos, si resultaba necesario para el desempeño de su actividad.

Tercero.- Debido a la caída de la cifra de negocio y a determinadas reclamaciones de clientes que recibía en relación con obras en las que no participaba la mercantil, _____ sospechó que _____ - pudiera estar realizando o participando en dichas obras sin su conocimiento, utilizando además materiales de la empresa, por lo que en Julio del año 2013, accedió al ordenador del trabajador y a su correo corporativo, lo que repitió en los meses de Agosto, Septiembre, y Octubre, accediendo además al correo personal del trabajador _____, que éste había instalado en el ordenador, imprimiendo el día 5 de agosto determinados mensajes y correos electrónicos enviados o recibidos entre el 11-3-13 y el 26-6-13, que posteriormente aportó como prueba documental en las diligencias previas nº 1834/14 del Juzgado de Instrucción nº 50, iniciadas por querrela del aquí acusado contra el trabajador mencionado por la comisión de delitos continuado de hurto y otros.

Cuarto.- Con posterioridad a la baja voluntaria en la empresa de _____, que tuvo lugar el día 14-10-13, _____, accedió al correo corporativo del trabajador, por orden de su padre, con la finalidad de recabar todos los datos posibles de lo sucedido, sin que conste que accediera al correo personal dicho día o que éste siguiera instalado, ni que accediera en días anteriores, encontrándose el 5 de agosto de vacaciones.

Quinto.- Octavio formuló demanda de despido ante la jurisdicción social, siendo desestimadas sus pretensiones tanto por el Juzgado de lo Social como por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid».

SEGUNDO.- En la citada sentencia se dictó el siguiente pronunciamiento:

«FALLO: Que debo condenar y condeno a Manuel, como autor responsable de un delito de descubrimiento y revelación de secreto, concurriendo la circunstancia atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, a las penas de un año de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; así como al pago de la mitad de las costas procesales del presente procedimiento, incluidas las de la acusación particular en dicha proporción.

Que debo absolver y absuelvo a _____ del delito de descubrimiento y revelación de secreto por el que venía acusada en el presente procedimiento, declarando de oficio la mitad de las costas procesales causadas, incluidas las de la acusación particular en dicha proporción.

Remítase Nota de Condena al Registro Central de Penados y Rebeldes del

Ministerio de Justicia y testimonio de la condena al Juzgado Instructor, para la práctica de las anotaciones oportunas. Efectúense las anotaciones telemáticas correspondientes».

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de D. _____, dictándose *sentencia por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 29, de fecha 17 de octubre de 2019, (Rollo de Apelación 1061/2019)*, cuyo Fallo es el siguiente:

«FALLAMOS: Que DESESTIMAMOS el recurso de Apelación interpuesto por la Procuradora Da. Margarita María Sánchez Jiménez, en nombre y representación de D. _____ contra la *sentencia de fecha 11 de junio de 2019, dictada por el Juzgado de lo Penal nº 5 de Madrid en el Procedimiento Abreviado nº 222/2017* , la cual CONFIRMAMOS en su integridad.

Declaramos de oficio las COSTAS de esta Apelación» (sic).

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley 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.- El recurso interpuesto por la representación del recurrente, lo basó en los siguientes motivos de casación:

Primero.- Por infracción de ley, al amparo del *art. 849.1 LECrim .*, vulneración del *art. 14 del CP* , que regula en su apartado tercero el denominado error de prohibición.

Segundo.- Por infracción de ley, al amparo del *art. 849.1 LECrim .*, vulneración del *artículo 20, apartado cuarto del CP* , que reconoce el derecho a la legítima defensa.

Tercero.- Por infracción de ley, al amparo del *art. 849.1 LECrim .*, vulneración del *art. 197, apartado primero del CP* , que recoge el delito de descubrimiento y revelación de secretos, por inexistencia del delito.

SEXTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Realizado el señalamiento, se celebró la deliberación y votación prevenida el día 14 de abril de 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- La *sentencia núm. 198/2019, 10 de junio, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 5 de Madrid* , condenó al acusado _____ como autor de un delito de descubrimiento y revelación de secretos previsto y penado en el *art. 197.1 y 4 del CP* , con la atenuante de dilaciones indebidas, a las penas de 1 año de prisión y

accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Esta condena fue recurrida en apelación ante la Sección 29 de la Audiencia Provincial, que desestimó el recurso y confirmó íntegramente la resolución recaída en la instancia, dictando la *sentencia núm. 535/2019, 17 de octubre* .

Se promueve ahora recurso de casación por la representación legal de Manuel. Se formalizan tres motivos.

2.- Los dos primeros motivos se hacen valer por la vía del *art. 849.1 de la LECrim* . Denuncian respectivamente la errónea inaplicación del error de prohibición (*art. 14.3 CP*) y de la eximente de legítima defensa (*art. 20.4 CP*).

2.1.- Aduce la defensa para justificar la exclusión de la culpabilidad que *«... como se deja constancia en los hechos probados, estaba atravesando una caída de su negocio, la cual amenazaba a su supervivencia y recibió reclamaciones de clientes que pensaban que habían contratado con _____, cuando en realidad lo habían hecho con _____, quien entre otros comportamientos ilícitos, vulneraba con ello la prohibición de hacer competencia a la empresa para la que trabajaba en exclusiva»*.

Precisamente para hacer frente a esa situación, el acusado _____ vio encima de la mesa del denunciante numerosa documentación, para cuyo análisis accedió al ordenador. Pero *«... en esos accesos no distinguía entre los distintos tipos de correos (corporativos de empresa o particulares), sino que los vio y los utilizó únicamente como fuentes para obtener información sobre el daño que estaba sufriendo su sociedad»*. La mejor prueba de que no era consciente del carácter ilícito de su conducta fue que *«... él mismo entregó todos los correos de "gmail" que previamente había imprimido, a sus letrados en ese procedimiento, que fueron quienes, en su función de dirección jurídica de los intereses de su patrocinado, los presentaron en el Juzgado, como base de la querella»* que entabló contra quien es hoy acusación particular.

2.2.- El segundo de los motivos estima que ha existido también una indebida inaplicación de la eximente de legítima defensa reconocida en el *art. 20.4 del CP* .

A juicio del recurrente, la motivación que tuvo el acusado Manuel para entrar en el correo privado del querellante fue únicamente reaccionar frente a un comportamiento de su empleado que entendió delictivo respecto de la empresa que él gestionaba. La información que obtuvo al entrar en ese correo, sirvió de base para la querrela criminal que presentó en el año 2014 contra dicho trabajador por los delitos continuados de hurto y otros. Esa querrela se sigue ante el Juzgado de Instrucción número 20 de Madrid y continúa abierta a fecha de hoy.

Ambos motivos han de correr la misma suerte desestimatoria.

2.3.- La lectura de la queja formalizada pone de manifiesto -como ya apuntó el Fiscal en su dictamen de impugnación- que bajo la cobertura del *art. 849.1 de la LECrim* se incluye un argumentario que no respeta la premisa metodológica que hace viable el motivo, esto es, la incondicional aceptación del juicio histórico proclamado por el legislador.

Esta idea, reiterada en numerosísimos precedentes jurisprudenciales de innecesaria cita, se ha visto reforzada raíz de la reforma operada en nuestro sistema por la Ley 41/2015, 5 de octubre. En efecto, esta norma introdujo una modificación de alcance histórico en la regulación del recurso de casación. La reforma ha alterado incluso el propio significado de este recurso, tradicionalmente asociado a un medio extraordinario de impugnación contra una sentencia dictada en primera instancia por una Audiencia Provincial. La definitiva puesta en funcionamiento de la segunda instancia en el proceso penal ha obligado a sustituir las resoluciones susceptibles de impugnación casacional. En efecto, frente al sistema previgente en el que el objeto del recurso de casación -a salvo la innovación que representó la LO 5/1995, 22 de mayo, reguladora del Tribunal del Jurado- era una sentencia dictada en única instancia por las Audiencias Provinciales, la Audiencia Nacional o las Salas de lo Civil y Penal cuando enjuiciaban procesos penales contra aforados, la reforma operada por la Ley 41/2015, 5 de octubre, ha convertido en objeto del recurso las sentencias dictadas en grado de apelación por esos mismos órganos jurisdiccionales.

La vía abierta por la reforma, al autorizar el recurso de casación por infracción de ley del art. 849.1 respecto de las sentencias dictadas en apelación por las Audiencia Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, da al Tribunal Supremo la posibilidad de unificar criterios en la interpretación de tipos penales que nunca han llegado a la casación penal. Si bien se mira, ese positivo paso hacia el futuro encierra, en el fondo, una vuelta atrás en el papel histórico reservado a este recurso extraordinario. La tantas veces invocada función nomofiláctica del recurso de casación ha sido progresivamente arrinconada. La reforma de 1949 -que suprimió el acceso a la casación de las sentencias recaídas en juicios de faltas- y la creación en 1988 de los Juzgados de lo Penal, apartaron el recurso de casación de su anclaje histórico. Se ha dicho con razón que la historia de la casación penal es la historia de un constante alejamiento de sus bases fundacionales. Dicho con otras palabras, aquellas reformas han potenciado el carácter judicialista del recurso, apartándolo de un modelo de casación puro. Sea como fuere, justificado o no ese desapoderamiento histórico de la labor integradora de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la reforma abre un espacio que debe contribuir a mejorar la seguridad jurídica como valor constitucional (*art. 9.3 CE*).

Para fijar los efectos de esa reforma en supuestos como el que ahora nos ocupa -recurso contra sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial- esta Sala acordó en Pleno no jurisdiccional celebrado el día 9 de junio de 2016 lo siguiente:

« a) El art. 847.1º letra b) de la 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 de la 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: a) si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo, b) si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, c) 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».

Son muchas las resoluciones que han aplicado estos criterios. Las SSTS 377/2020, 18 de junio ; 357/2020, 30 de junio ; 392/2017, 31 de mayo ; 664/2018, 17 de diciembre ; 519/2019, 29 de octubre ; 217/2019, 25 de abril ; 748/2018, 14 de febrero y los AATS 12 marzo 2018 ; 18 julio 2018 y 1693/2016 , 24 de noviembre, son sólo elocuentes ejemplos.

2.4.- A la vista de los perfiles normativos y jurisprudenciales que desde la reforma de 2015 definen el recurso de casación contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencia Provinciales, es patente la insostenibilidad de los dos motivos hechos valer por la representación del acusado.

Y es que el error de prohibición, como creencia errónea e invencible de estar obrando conforme a derecho, exige un soporte fáctico del que no hay asomo en el relato de hechos probados. La alteración de la culpabilidad que puede suponer esa representación errónea del agente acerca de la ilicitud del hecho ejecutado, no puede abandonarse a una deducción que el recurrente ofrece a la Sala, ahora en casación, para hacer decir al juicio histórico lo que los Jueces de instancia no han dicho. No existe un solo fragmento en el factum que permita apoyar esa creencia errónea e invencible que pretende hacer valer la defensa.

Lo mismo puede decirse respecto de la reivindicación de la eximente de legítima defensa. En su elaborado y minucioso recurso, el Letrado de Manuel recuerda los requisitos que el *art. 20.4 del CP* establece para que opere el efecto excluyente de la antijuridicidad de la acción ejecutada. Pues bien, la agresión ilegítima y la necesidad de defensa exigen un componente fáctico cuya ubicación no puede ser otra que la que ofrece el relato de hechos probados. Y por más detenida que sea la lectura del factum fijado por el órgano jurisdiccional ante el que se desarrolló la prueba, no existe rastro alguno que permita respaldar el error en el juicio de subsunción en que habrían incurrido el Juzgado de lo Penal y la Audiencia Provincial.

La exclusión de la legítima defensa y el error de prohibición por parte del Juzgado de lo Penal y, ya en apelación, por la Audiencia Provincial, encuentra adecuada respuesta en el FJ 7º de la sentencia de instancia. El razonamiento que lleva a descartar la reivindicación de la defensa resulta impecable para esta Sala: «... no cabe acoger la alegación de la defensa en orden a apreciar la existencia de una legítima defensa o la concurrencia de un error de tipo o prohibición. En primer lugar,

por introducirse por vía de informe sin modificación previa de sus conclusiones provisionales, por lo que su apreciación podría acarrear indefensión a las acusaciones. En segundo lugar, por falta alguna de prueba en orden a su acreditación. Así nada se ha preguntado a los acusados sobre si entendían o no que podía acceder al correo personal del trabajador, siendo un hecho conocido que no cabe examinar los correos personales de otras personas, constitucionalmente protegidos. Y en relación con la existencia de una legítima defensa, desde luego no se aprecia la existencia de una agresión ilegítima contra los bienes. En relación con tal cuestión el empresario se ha limitado a indicar que existía un riesgo de perder la empresa, que estaba en una posición económica muy apurada, que se planteaba acordar despidos si no se revertía, y que sospechaba que algo pasaba. Sin embargo, aparte de sus manifestaciones, en relación con la situación económica de la empresa tan solo se ha acreditado, por un informe aportado al inicio del acto del juicio, el descenso de la cifra de negocios en un 19% en el año 2013. Tal dato aislado no resulta relevante, pues puede deberse a diversas causas, tanto voluntarias como involuntarias, y entre las que no puede descartarse la propia gestión empresarial o la existencia de una crisis económica en el sector de la construcción. No se han aportado las cuentas de la sociedad, al efecto de determinar si se operaba con pérdidas o con ganancias, ni documentación alguna en relación con la solicitud o preparación de un expediente de regulación de empleo. En suma, no resulta probada la alegación del acusado de encontrarse en una situación económica de riesgo de perder la empresa, ni las causas de ello, que pudieran ser variadas y no exclusivas del proceder del trabajador. Y todo ello en orden a acreditar la existencia de necesidad de actuar en defensa de la supervivencia de la misma como lo hizo».

La defensa es consciente de esas dificultades derivadas de la especial naturaleza del recurso de casación como recurso extraordinario que, activado por la vía del *art. 849.1 de la LECrim* -única admisible en el presente caso-, no tolera un razonamiento en el que el error jurídico de subsunción quiera demostrarse, no a partir de lo que refleja el hecho probado, sino a partir de lo que, a juicio del recurrente, debería haber reflejado. De hecho, no deja de ser llamativo el último intento de la representación legal de Manuel de aportar de forma extemporánea un escrito de alegaciones y un informe pericial que -según se alega- servirían para demostrar la concurrencia de la legítima defensa a que se refiere el *art. 20.4 del CP*. El rechazo de este complemento probatorio es obligado, en la medida en que el marco casacional repele la valoración de una prueba que, por si fuera poco, se aporta cuando ya ha sido formalizado el recurso. Pero lo verdaderamente llamativo es que las alegaciones que en él se contienen vuelven a desprender el intenso aroma de lo fáctico. Se pide de esta Sala que valore un dictamen pericial que demostraría que lo que sostiene el relato de hechos probados no se ajusta a la verdad.

Se traiciona así el *factum*, tal y como ha sido proclamado en la instancia, y se desborda el cauce ordinario del *art. 849.1 de la LECrim*.

Se impone la desestimación de ambos motivos (*art. 884.3 y 4 y 885.1 LECrim*).

3.- El tercer motivo, también por la vía del *art. 849.1 de la LECrim*, sostiene la indebida aplicación del *art. 197.1 del CP*.

El desarrollo argumental mediante el que se aspira a la estimación del error de derecho que reivindica este motivo se basa, en palabras de la defensa, en que «... falta el elemento intencional del delito, pues no se llevó a cabo para descubrir los

secretos o vulnerar la intimidad de otro sino para investigar su comportamiento ilícito y el daño que le estaba causando a su empresa; y concurren en ella los criterios de idoneidad, proporcionalidad y necesidad, lo que determina que deba apreciarse la inexistencia del delito» .

El acceso al correo electrónico del denunciante no tenía como objeto vulnerar su intimidad, ni descubrir y revelar los secretos de otra persona. Precisamente por eso, invoca la defensa, la acción del acusado no debe encuadrarse «... *en ningún propósito de vigilancia para comprobar si el trabajador rendía eficazmente y cumplía con sus obligaciones laborales, sino que fue en todo momento dirigida exclusivamente a investigar si estaba realizando una actividad delictiva en perjuicio de su empresa. Ese fue el único motivo de acceder a su correo privado, el cual, como ya se ha referido de antemano, no fue buscado premeditadamente por el empresario, sino que simplemente apareció en la pantalla del ordenador de empresa; en una pantalla donde no debía estar, porque ese ordenador estaba instalado exclusivamente como herramienta de trabajo y tenía ya instalado un medio de comunicación entre los trabajadores y con los clientes consistente en un correo corporativo accesible a todos los empleados, quienes tenían vetada por convenio colectivo la instalación de cualquier aplicación de correo privado, cosa que D. Octavio incumplió, ubicando así un ámbito de su privacidad en un espacio donde no tenía derecho a hacerlo» .*

No tiene razón el recurrente y el motivo ha de decaer.

3.1.- El argumentario que hace valer el motivo pivota sobre dos ideas clave.

De una parte, la indebida aplicación del *art. 197.1 de la LECrim* estaría originada por la ausencia de dolo. No se habría colmado el tipo subjetivo de ese delito, pues la conducta de Manuel no buscaba de forma preordenada vulnerar los secretos o la intimidad del Octavio, sino ejercitar las facultades de inspección que las normas laborales le conceden para fiscalizar la adecuada utilización de los medios productivos puestos al alcance de los trabajadores de su empresa.

Por otro lado, de haberse producido esa injerencia -que nunca fue intencionada- habría estado justificada por razones de idoneidad, proporcionalidad y necesidad, lo que determinaría la inexistencia del delito por el que se ha impuesto la condena.

3.2.- Nuestro análisis no puede prescindir de las limitaciones que son propias de la vía casacional que ofrece el *art. 849.1 de la LECrim* . Algunas de las afirmaciones que se sostienen en el desarrollo del motivo ofrecen una alternativa fáctica a lo que declara el relato de hechos probados, lo que supondría desbordar el angosto cauce alegatorio que permite la denuncia casacional de error en el juicio de subsunción. Al fin y al cabo, sin adentrarnos en el fecundo debate acerca de la ubicación del dolo en los elementos que integran la estructura formal del delito, lo cierto es que la intención con la que se ejecuta un hecho, forma parte de ese hecho. La acción no es ciega. De ahí que sugerir que la acción imputada fue efectuada con una intención distinta a la que refleja el juicio histórico -no se aspiraba a invadir la intimidad sino a vigilar los actos desleales de Octavio - supone ofrecer a esta Sala una realidad distinta de aquella que ha sido declarada probada en la instancia.

Desde esta perspectiva, la lectura de los hechos probados refleja la

existencia de un contrato laboral que estaba en el origen de la entrega de un ordenador puesto a disposición del trabajador por el acusado Manuel, una contraseña estandarizada para el acceso al ordenador y a los correos corporativos y una compartida relajación en el acceso a esos dispositivos, en la medida en que las contraseñas y direcciones de correos «... *eran conocidas por los demás trabajadores, que en ausencia o períodos vacacionales, entraban en los de otros compañeros, para consultar o reenviar correos, si resultaba necesaria para el desempeño de su actividad*».

No puede ponerse en cuestión, por tanto, que la utilización del ordenador tenía un carácter corporativo. Y que esas claves *en mano común* eran bien expresivas de que los ordenadores estaban concebidos como dispositivos telemáticos puestos al servicio de los distintos trabajadores de la empresa « *Años Luz de Iluminación y Vanguardia S.L.*». Con la misma claridad, el relato de hechos probados da cuenta de que, a raíz de las sospechas de deslealtad por parte de Octavio, el acusado accedió al ordenador y al correo corporativo de aquél, en la búsqueda de pruebas que permitieran respaldar las acciones judiciales que luego fueron emprendidas. Y en el acopio de un apoyo documental que acreditara la realidad de sus sospechas, Manuel llegó a ordenar a su hija que entrara en el correo corporativo de Octavio.

Pero el juicio histórico no se limita a describir la entrada de un empresario en el correo corporativo del trabajador. Si así fuera, el problema admitiría un enfoque distinto al que añade la realidad de una intromisión en el correo personal del trabajador. En efecto, el acusado accedió al correo personal de Octavio - DIRECCION000 - «... *que éste había instalado en el ordenador, imprimiendo el día 5 de agosto determinados mensajes y correos electrónicos enviados o recibidos entre el 11-3-13 y el 26-6-13, que posteriormente aportó como prueba documental en el en las diligencias previas nº 1834/14 del Juzgado de Instrucción nº 50, iniciadas por querrela del aquí acusado contra el trabajador mencionados por la comisión de delitos continuado de hurto y otros*» .

Este dato introduce un elemento decisivo para analizar la corrección de la tipicidad aplicada por el Tribunal de instancia, confirmada luego en apelación. En el *factum* no existe mención alguna al consentimiento prestado por Octavio para tolerar esa injerencia. Nada se dice acerca de un posible acuerdo que advirtiera *ex ante* de la capacidad del empresario para fiscalizar el correo electrónico del trabajador. Se silencia toda mención a un posible apoyo contractual o a un acuerdo de negociación colectiva para excluir cualquier expectativa de privacidad por parte de Octavio.

Es cierto que en el FJ 1º de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal se incluye una referencia al convenio colectivo del sector, de aplicación en la Comunidad de Madrid, en cuyo artículo 56.4. i) se tipifica como falta grave del trabajador «...*utilizar los ordenadores y los medios de comunicación facilitados por la empresa para usos distintos para los que se han habilitado, incluyendo el correo electrónico, salvo que la entidad del incumplimiento hiciera calificable la conducta como muy grave*» .

Sin embargo, ese fragmento -frente a lo que sostiene la defensa- no debe ser interpretado como algo distinto a lo que evidencia su propia literalidad. No estamos en presencia de una cláusula concebida para reservarse y tolerar, respectivamente, el control sobre las comunicaciones telemáticas -corporativas y personales- de los trabajadores. Se trata de un enunciado disciplinario que, en modo alguno, puede

interpretarse como una habilitación al empresario para vulnerar las barreras de protección propias del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones. Lo que ese precepto autoriza es la sanción impuesta a un trabajador que incluye en el ordenador de su empresa una cuenta personal de correo electrónico. Pero la constatación de esa falta grave no desnuda al titular de la cuenta ni le obliga a aceptar la intromisión de su empleador en el círculo que define su propia privacidad.

3.3.- Como ya hemos apuntado *supra*, la restringida vía casacional que permite el *art. 849.1 de la LECrim* desaconseja abordar el vivo debate -todavía inacabado por la riqueza de matices que sugiere- sobre los límites de los derechos que entran en juego cuando colisionan el interés del empresario en supervisar los elementos productivos de su empresa y el que es propio del trabajador, cuando quiere excluir a terceros del contenido de sus comunicaciones.

Se trata de un tema constitucionalmente trascendente que, en el presente caso, sólo aconseja una breve mención al estado actual de la jurisprudencia de esta Sala, principalmente elaborada no para proclamar o cuestionar los límites del tipo previsto en el *art. 197.1 de la LECrim*, sino para calificar como prueba ilícita la información obtenida mediante esa injerencia.

El hecho de que la impugnación formalizada por la defensa de Manuel reivindique de forma indirecta una exclusión de la tipicidad del *art. 197.1 del CP*, cuando la injerencia en la inviolabilidad de las comunicaciones no menoscaba los principios de necesidad, proporcionalidad e idoneidad, refuerza la conveniencia de estas reflexiones que, ya anticipamos, conducen a la desestimación del motivo. Si bien se mira, lo que postula la defensa no es otra cosa que la concurrencia de una causa de exclusión de la antijuridicidad vinculada al ejercicio legítimo de un derecho (*art. 20.7 CP*).

3.4.- Son muchos los supuestos en los que la adecuada delimitación del contenido material de un derecho fundamental exige una respuesta que dé solución a la tensión generada por la convergencia de otros derechos que puede obligar a restringir, incluso sacrificar, uno de ellos. En tales casos, se impone un ejercicio ponderativo que exige del órgano jurisdiccional atender de modo preferente al rango axiológico de los derechos que entran en conflicto.

El supuesto que hoy centra nuestra atención es un ejemplo paradigmático de esa fricción generada por el derecho del trabajador a su propia intimidad y la facultad del acusado, el empresario Manuel, de fiscalizar el uso adecuado de los elementos productivos puestos a disposición de su empleado. Ambos derechos tienen un reconocimiento normativo explícito. En efecto, las leyes laborales otorgan al empresario la capacidad de organización del trabajo. Además, le reconocen la facultad de control y vigilancia sobre el cumplimiento contractual -cfr. *arts. 5 a) y c) y 20.1.2 y 3 del Estatuto de los Trabajadores* aprobado por RDL 2/2015, 23 de octubre, que derogó el RDL 1/1995, 24 de marzo-. En definitiva, el empresario goza de la capacidad para adoptar las medidas que aseguren la adecuada utilización del material puesto a disposición del trabajador. Y este poder de dirección, imprescindible para la buena marcha de la organización productiva, no es ajeno a los derechos proclamados en los *arts. 33 y 38 de la CE* (cfr. *SSTC 170/2013 ; 98/2000 ; 186/2000 y 241/2012*, entre otras). Pero el trabajador es también titular -claro es- de una serie de derechos constitucionales de alto nivel axiológico y que no pueden ser sacrificados, sin matices, por la simple suscripción de un contrato de trabajo, entre ellos, los derechos a la inviolabilidad de las comunicaciones (*art.*

18.3 CE) y a la intimidad (art. 18.1 CE).

La solución histórica ofrecida por el derecho laboral para resolver esa tirantez era puramente convencional y estaba ajustada al limitado potencial invasivo que hasta entonces era imaginable. La inclusión de la capacidad del empresario de efectuar, siempre bajo determinadas condiciones, registros "... *sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo* " (art. 18 Estatuto de los Trabajadores), era una de las manifestaciones de la fórmula más clásica de solución.

Sin embargo, la capacidad de injerencia que permite la utilización de las nuevas tecnologías ha redimensionado los términos en los que históricamente se suscitaba el problema. El uso de ordenadores y comunicaciones telemáticas ya no define un escenario de vanguardia. Forma parte del día a día de la práctica totalidad de las empresas.

La mejor muestra de esa radical ruptura con la visión más clásica de este escenario de tensión la ofrecen dos preceptos que, aun moviéndose en el terreno de lo programático, reflejan la voluntad legislativa de superar un cuadro jurídico afectado, ya desde hace tiempo, por la obsolescencia.

La *Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos personales y garantía de los derechos digitales*, en su art. 87 dispone: « 1 . Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la protección de su intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por su empleador; 2 . El empleador podrá acceder a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores a los solos efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias y de garantizar la integridad de dichos dispositivos³ . Los empleadores deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente. En su elaboración deberán participar los representantes de los trabajadores. El acceso por el empleador al contenido de dispositivos digitales respecto de los que haya admitido su uso con fines privados requerirá que se especifiquen de modo preciso los usos autorizados y se establezcan garantías para preservar la intimidad de los trabajadores, tales como, en su caso, la determinación de los períodos en que los dispositivos podrán utilizarse para fines privados. Los trabajadores deberán ser informados de los criterios de utilización a los que se refiere este apartado»

El art. 20 bis del Estatuto de los Trabajadores , reformado simultáneamente por la disposición final decimotercera, ha quedado, por su parte, con la siguiente redacción: « Los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales».

Y es aquí donde surgen los interrogantes que vienen siendo abordados por el orden jurisdiccional laboral y penal, con la obligada referencia que ofrecen la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el TEDH.

3.5.- La cuestión que abordamos ha sido ya objeto de tratamiento por esta Sala. Y lo ha sido mediante dos sentencias que advierten de los importantes matices que impone la complejidad del problema suscitado.

Se trata de las *sentencias 528/2014, 16 de junio y 489/2018, 23 de octubre*. El valor de la perspectiva asumida por la jurisdicción laboral era -y sigue siendo- incuestionable, en la medida en que incorpora su propio juicio ponderativo para resolver la confluencia de derechos que convergen en distinta dirección. Pero lo hace, en todos los casos, en la búsqueda de una respuesta a la alegación sobre la ilicitud probatoria de la principal fuente de prueba con la que se pretende respaldar la corrección de un despido.

Es entendible, por tanto, que nuestra primera resolución (*STS 528/2014, 16 de junio*) abordara el problema reivindicando esa diferente perspectiva y postulando un criterio valorativo propio, de suerte que la fórmula ofrecida por la jurisdicción social, pese al aval de la jurisprudencia constitucional, limitara su efecto al ámbito que le es propio. Decíamos entonces que *«... en modo alguno, procede que se extiendan (esos criterios) al enjuiciamiento penal, por mucho que en éste la gravedad de los hechos que son su objeto, delitos que en ocasiones incluso constituyen infracciones de una importante relevancia, supere la de las infracciones laborales a partir de las que, ante su posible existencia, se justifica la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones del sospechoso de cometerlas»* .

La cita del *art. 18.3 de la CE* y la excepcionalidad de la injerencia en el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, limitada a la autorización judicial, daba pie a reivindicar el carácter absoluto de este derecho frente a actos contractuales de tolerancia. Lo expresábamos señalando que aquel precepto constitucional: *«... no contempla (...) ninguna posibilidad ni supuesto, ni acerca de la titularidad de la herramienta comunicativa (ordenador, teléfono, etc. propiedad de tercero ajeno al comunicante), ni del carácter del tiempo en el que se utiliza (jornada laboral) ni, tan siquiera, de la naturaleza del cauce empleado ("correo corporativo"), para excepcionar la necesaria e imprescindible reserva jurisdiccional en la autorización de la injerencia. [...] Tampoco una supuesta "tácita renuncia" al derecho, como a la que alude la Audiencia (...) puede convalidar la ausencia de intervención judicial, por un lado porque obviamente dicha "renuncia" a la confidencialidad, o secreto de la comunicación, no se produce ni es querida por el comunicante que, de conocer sus consecuencias, difícil es imaginar que lleve a cabo la comunicación objeto de intervención y, de otra parte, porque ni aun cuando se entienda que la "renuncia- autorización" se haya producido resultaría operativa ya que, a diferencia de lo que ocurre con la protección del derecho a la inviolabilidad domiciliaria (art. 18.2 CE), nuestra Carta Magna no prevé, por la lógica imposibilidad para ello, la autorización del propio interesado como argumento habilitante para la injerencia»*.

A partir de esas premisas, la Sala proclamaba el carácter indispensable de la autorización judicial para acceder a las comunicaciones personales del trabajador, única vía posible para alzar la barrera de protección que es inherente al derecho que consagra el *art. 18.3 de la CE* : *«...n o se trata, por supuesto y en definitiva, de impedir la utilización de medios de investigación tan útiles para el descubrimiento de conductas gravemente reprochables sino, tan sólo, de dar cumplimiento a las previsiones constitucionales rectoras de un procedimiento tan invasivo en derecho de semejante trascendencia para los ciudadanos, resultando, a tal efecto,*

imprescindible, como decimos, la autorización y el control que sólo el Juez puede dispensar en nuestro ordenamiento, incluso según la legislación laboral, que al menos aparentemente sigue el mismo criterio de clara vocación judicial (vid. art. 76.4, en relación con el 90.2 y 4 de la Ley 36/2011, de 10 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción social, en cuya concreta interpretación y alcance no nos compete entrar aquí).

Por consiguiente, bien claro ha de quedar que, en el ámbito del procedimiento penal, el que a nosotros compete, para que pueda otorgarse valor y eficacia probatoria al resultado de la prueba consistente en la intervención de las comunicaciones protegidas por el derecho consagrado en el artículo 18.3 de la Constitución, resultará siempre necesaria la autorización e intervención judicial» .

La exigencia de autorización judicial para legitimar el acceso del empresario a las comunicaciones personales del trabajador quedaba así vinculada a lo que podría calificarse como el contenido material del derecho al secreto de las comunicaciones. Quedaban fuera de esa protección reforzada «... los denominados "datos de tráfico" o incluso de la posible utilización del equipo informático para acceder a otros servicios de la red como páginas web, etc., de los mensajes que, una vez recibidos y abiertos por su destinatario, no forman ya parte de la comunicación propiamente dicha, respecto de los que rigen normas diferentes como las relativas a la protección y conservación de datos (art. 18.4 CE) o a la intimidad documental en sentido genérico y sin la exigencia absoluta de la intervención judicial (art. 18.1 CE)» .

3.6.- La *sentencia 528/2014, 16 de junio* , ofreció la primera solución de esta Sala para fijar el alcance y los límites del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, tanto en el momento de formular el juicio de tipicidad del *art. 197.1 del CP* como a la hora de pronunciarnos sobre la alegada ilicitud probatoria de un acceso al ordenador del empleado carente de autorización judicial.

Y la fórmula que sustraía del régimen de protección reforzada aquellos otros datos no asimilables conceptualmente con el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones -derecho a la autodeterminación informativa y derecho a la intimidad- ha venido ofreciendo una solución respaldada por la jurisprudencia constitucional y la dogmática.

Por consiguiente, desde el ángulo analítico de nuestra primera resolución, a diferencia de lo que debería acontecer con el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones -que sólo puede quedar limitado por una autorización judicial- el derecho a la intimidad y a la protección de datos sería siempre susceptible de *negociación*, hasta el punto de que empresario y trabajador podrían fijar los términos de la fiscalización y los límites a la intromisión en ese espacio de intimidad del trabajador.

Así lo venía entendiendo la jurisprudencia constitucional. La *STC 170/2013, 7 de octubre* , recordaba que « ... lo que garantiza el art. 18.1 CE es el secreto sobre nuestra propia esfera de vida personal, excluyendo que sean los terceros, particulares o poderes públicos, los que delimiten los contornos de nuestra vida privada (STC 159/2009, de 29 de junio, FJ 3; o SSTC 185/2002, de 14 de octubre, FJ 3; 93/2013, de 23 de abril. En cuanto a la delimitación de ese ámbito reservado, hemos precisado que la "esfera de la intimidad personal está en relación con la acotación que de la misma realice su titular, habiendo reiterado este Tribunal que cada persona puede reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena"; en

consecuencia "corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno" (STC 241/2012, de 17 de diciembre, de tal manera que "el consentimiento eficaz del sujeto particular permitirá la inmisión en su derecho a la intimidad" (STC 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 2).

Ese ámbito de la intimidad, así definido, también alcanza a las relaciones personales que se derivan del vínculo laboral. No es exclusivo del deseo de blindar nuestro ámbito doméstico frente a injerencias de los poderes públicos. En palabras del Tribunal Constitucional: "... también hemos declarado que la intimidad protegida por el art. 18.1 CE no se reduce a la que se desarrolla en un ámbito doméstico o privado; existen también otros ámbitos, en particular el relacionado con el trabajo o la profesión, en que se generan relaciones interpersonales, vínculos o actuaciones que pueden constituir manifestación de la vida privada (STC 12/2012, de 30 de enero, FJ 5). Por ello expresamente hemos afirmado que el derecho a la intimidad es aplicable al ámbito de las relaciones laborales (SSTC 98/2000, de 10 de abril, FFJJ 6 a 9; 186/2000, de 10 de julio, FJ 5)" .

En suma, el potencial menoscabo del derecho a la intimidad en aquellas ocasiones en las que la empresa accede a información no vinculada a un proceso de comunicación, quedaría excluido siempre que empresario y trabajador hayan definido de forma anticipada sus respectivos espacios de fiscalización y de legítimo ejercicio de aquel derecho.

La dificultad que ofrece esta solución está ligada, desde luego, a las dudas para discernir qué contenidos de la información obtenida por el empresario están conectados a comunicaciones constitucionalmente protegidas por la garantía jurisdiccional y cuáles quedan fuera de su ámbito. Dicho con otras palabras, dónde termina la intimidad y dónde empieza la inviolabilidad de las comunicaciones. De hecho, serán muchas las ocasiones en las que la propia configuración del programa de gestión del correo electrónico alentarán la incertidumbre para resolver qué mensaje está todavía en fase de comunicación y cuál ha pasado a convertirse en un documento protegido sólo por el derecho a la intimidad.

Y aunque no siempre con la deseada uniformidad, la jurisprudencia constitucional ha proclamado este criterio. Así, la STC 70/2002, 3 de abril señaló que «... la protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza al proceso de comunicación mismo, pero finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza en su caso a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos». La misma tesis fue acogida por la STC 123/2002, 20 de mayo , que insistió en la idea de que, finalizada la comunicación, la protección constitucional del derecho al secreto de las comunicaciones, en concreto, de lo recibido, se escapa del ámbito del art. 18.3 de la CE , pasando a residenciarse en el esquema de protección constitucional del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE). Y este criterio ha sido acogido, entre otras, en las SSTS 1235/2002, 27 de junio o 1647/2002, 1 de octubre .

3.7.- Muchas de estas dificultades se han visto allanadas por la jurisprudencia del TEDH, de la que se ha hecho eco nuestra sentencia 489/2018, 23 de octubre: «... hito reciente y extremadamente relevante de la jurisprudencia recaída en esta materia viene constituido por la STEDH de 5 de septiembre de 2017 (Gran Sala): asunto Barbulescu. (...) Otras sentencias posteriores del mismo órgano, inciden también en esta temática aunque de forma oblicua (videovigilancias: SSTEDH de 28 de noviembre de 2017 asunto Antori and Murkon de 9 de enero de

2018 asunto López Ribalde; o también examen de un ordenador, asunto Libert, STEDH de 22 de febrero de 2018).

No puede decirse que la sentencia Barbulescu II sea totalmente rupturista con los criterios que han ido cristalizando en nuestra jurisprudencia (...). Pero aporta y concreta al establecer con diáfana claridad parámetros de inexcusable respeto empujando a nuevas modulaciones y matizaciones que ya han aparecido en la jurisprudencia laboral (STS -Sala 4ª- 119/2018, de 8 de febrero , que realiza una síntesis clara e íntegramente trasladable al ámbito penal del estado de la cuestión tras Barbulescu).

Acudiendo a la clásica técnica, se habla de la insoslayable necesidad de ponderar los bienes en conflicto. De una parte, el interés del empresario en evitar o descubrir conductas desleales o ilícitas del trabajador. Prevalecerá sólo si se atiende a ciertos estándares que han venido a conocerse como el test Barbulescu.

Se enuncian criterios de ponderación relacionados con la necesidad y utilidad de la medida, la inexistencia de otras vías menos invasivas; la presencia de sospechas fundadas... Algunos se configuran como premisas de inexcusable concurrencia. En particular, no cabe un acceso incontestado al dispositivo de almacenamiento masivo de datos si el trabajador no ha sido advertido de esa posibilidad y/o, además, no ha sido expresamente limitado el empleo de esa herramienta a las tareas exclusivas de sus funciones dentro de la empresa (los usos sociales admiten en algún grado y según los casos, como se ha dicho, el empleo para fines personales, creándose así un terreno abonado para que germine una expectativa fundada de privacidad que no puede ser laminada o pisoteada).

El resto de factores de ponderación entrarán en juego para inclinar la balanza en uno u otro sentido solo si se cuenta con ese presupuesto. En otro caso, habrá vulneración aunque exista necesidad, se use un método poco invasivo, etc.» .

3.8.- Examinado el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, se observa que no existe ningún presupuesto fáctico que permita apreciar la concurrencia de una causa de justificación excluyente de la antijuridicidad. El acusado no ejerció de forma legítima ningún derecho. Ni la compartida utilización de las claves corporativas, ni la definición en el convenio colectivo, como infracción disciplinaria grave, de la utilización de los medios productivos puestos a disposición del trabajador, son suficientes para legitimar la grave intromisión del empleador en la cuenta particular de Octavio. De hecho, frente a la versión de la defensa de que el acceso a esas cuentas privadas fue prácticamente inevitable por el funcionamiento del sistema, lo que indica el factum es precisamente lo contrario. Su conducta no se limitó a ese contacto casual con aquello que no se quería conocer, sino que se imprimieron «... *determinados mensajes y correos electrónicos enviados o recibidos entre el 11-3-13 y el 26-6-13*», llegando a ordenar el acusado a su hija que siguiera haciendo acopio de mensajes para «...*recabar todos los datos posibles de lo sucedido*», si bien no ha podido acreditarse si la ejecución de ese encargo conllevó la entrada en la cuenta privada. En cualquier caso, el amplio paréntesis cronológico -casi tres meses- durante el que Octavio fue despojado de su derecho a la intimidad, a la protección de datos y, en fin, de su derecho al entorno virtual, habla por sí solo de la intensidad y el alcance de la injerencia.

3.9.- El punto de partida de nuestro análisis admite, no ya la flexibilidad para tolerar la fiscalización de los actos inicialmente protegidos por el derecho a la

intimidad, sino la capacidad para extender ese *ámbito de negociación* al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, excluyendo la imperatividad de la autorización judicial para justificar la intromisión. Empresario y trabajador pueden fijar los términos de ese control, pactando la renuncia, no ya a la intimidad, sino a la propia inviolabilidad de las comunicaciones. Y allí donde exista acuerdo expreso sobre fiscalización, se estará excluyendo la expectativa de privacidad que, incluso en el ámbito laboral, acompaña a cualquier empleado.

Pero la exclusión de esa expectativa ha de ser expresa y consciente, sin que pueda equipararse a ésta una pretendida renuncia derivada de la voluntad presunta del trabajador. El trabajador que conoce la prohibición de utilizar para fines particulares los ordenadores puestos a su disposición por la empresa y, pese a ello, incumple ese mandato, incurre en una infracción que habrá de ser sancionada en los términos que son propios de la relación laboral. Pero esa infracción no priva al trabajador que incurre en ella de su derecho a definir un círculo de exclusión frente a terceros, entre los que se incluye, desde luego, quien le proporciona esos medios productivos. De admitir esa artificial asimilación a la hora de pronunciarnos sobre la legitimidad de la injerencia, estaríamos olvidando la propia naturaleza del contrato de trabajo por cuenta ajena. Los elementos de disponibilidad del derecho fundamental a la intimidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones no pueden abordarse con quiebra del principio de proporcionalidad. De hecho, la efectiva vigencia de aquellos derechos del trabajador no puede hacerse depender exclusivamente de un pacto incondicional de cesión en el que todo se vea como susceptible de ser contractualizado.

Razonábamos en el FJ 7º de la *STS 489/2018*, que *«... la clave de la ilegitimidad de la intromisión y, consiguientemente, de la nulidad probatoria se sitúa en la vulneración de la expectativa de intimidad por parte del trabajador. Una expectativa, basada en un uso social de tolerancia respecto de una moderada utilización personal de esos instrumentos, que, no es ajena a los contenidos de la protección constitucional del derecho a la intimidad»*.

Y con el fin de singularizar la anticipada fijación de los límites del espacio de exclusión de la intimidad, en el ámbito de una relación laboral, frente a lo que acontece en relación con los poderes públicos, apuntábamos lo siguiente: *«... hay un relevante signo diferenciador entre el acceso por el empresario y el acceso por agentes públicos; el primero en virtud de sus facultades de supervisión del trabajo que se presta por una relación laboral; los segundos, en virtud de potestades públicas. En el primer caso nos movemos en el marco de una relación contractual entre particulares. La clave estará en si el trabajador ha consentido anticipadamente reconociendo esa capacidad de supervisión al empresario y, por tanto, cuenta con ello; está advertido; es decir, es una limitación conocida y contractualmente asumida. [...] En las relaciones con los Poderes Públicos, sin embargo, no cabe esa "cesión" anticipada o renuncia previa a ese espacio de intimidad virtual. [...] El reconocimiento previo, explícito o implícito, de esa facultad de empresario constituye el punctum dolens la clave, en el ámbito de las relaciones laborales. En una investigación penal lo será la autorización judicial o el consentimiento actual»*.

En el presente caso, no existe dato alguno que permita concluir que Octavio sacrificó convencionalmente el ámbito de su privacidad. La hipotética comisión por su parte de una infracción disciplinaria grave, derivada de la indebida utilización del ordenador puesto a su disposición por la empresa, sólo permitía a ésta asociar su incumplimiento a una consecuencia jurídica. Pero no legitimaba la irrupción del

empresario en los correos electrónicos generado durante tres meses en una cuenta privada.

No existió, por tanto, indebida aplicación del *art. 197.1 del CP* . El motivo tiene que ser desestimado (*art. 884.3 y 885.1 LECrim*).

4.- La desestimación del recurso conlleva la condena en costas, en los términos establecidos en el *art. 901 de la LECrim*.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación, interpuesto por la representación legal de D. _____, contra la *sentencia núm. 535/2019, 17 de octubre, dictada en grado de apelación por la Sección 29 de la Audiencia Provincial Madrid* , que desestimó el recurso y confirmó íntegramente la *resolución dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 5 de Madrid, con fecha 10 de junio de 2019* .

Condenamos al recurrente al pago de las costas causadas.

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

Así se acuerda y firma.