



Roj: **STS 3092/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3092**

Id Cendoj: **28079120012018100399**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/06/2018**

Nº de Recurso: **2266/2017**

Nº de Resolución: **319/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 14564/2017,**
STS 3092/2018

RECURSO CASACION núm.: 2266/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 319/2018

Excmos. Sres.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Antonio del Moral Garcia

D. Andres Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 28 de junio de 2018.

Esta sala ha visto los recursos de casación nº 2266/2017, interpuestos por el **EL MINISTERIO FISCAL y AYUNTAMIENTO DE SANTA MARÍA DE PALAUTORDERA**, actuando como **Acusación Particular**, bajo la dirección letrada de D. Josep Asensio Curcó, y representado por el Procurador D. Angel Quemada Cuatrecases, contra la sentencia dictada por la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, con fecha 12 de julio de 2.017 . Ha intervenido el Ministerio Fiscal; y, como parte recurrida **Maximo** , asistido por la Letrado Dª Eva Infante Sánchez, y representado por la Procuradora Dª Mª Jesús González Diez; **Belinda** , asistida de Letrada Dª Eva Infante Sánchez, y representada por el Procurador D. Ignacio Argos Linares; **Rodolfo** , asistido de Letrado D. Luis Alberto Aldecoa Heres, y representado por la Procuradora Sra. Dª Maria Abellan Albertos; **Saturnino** , asistido de Letrado D. Francisco Javier Diez Suárez y representado por el Procurador D. Ricardo Ludovico Moreno Martín.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 17 de Barcelona, instruyó Procedimiento de Diligencias nº 2179/2011 Pieza Separada Tercera del Juzgado de Instrucción nº 17 de Barcelona, contra **Maximo** , **Belinda** , **Rodolfo**



y Saturnino , por delitos de contra la intimidad, descubrimiento y revelación de secretos , cohecho, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 7ª, que en la causa dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:

« **hechos.-** Ha resultado acreditado y así se hace constar que, los acusados, cuyas demás circunstancias personales ya constan en el encabezamiento:

1.- a) En fecha 30 de mayo de 2011 a las 12:46:31 horas, el acusado Saturnino facilitó al también acusado Maximo información sobre la persona de Juan Carlos , concretamente su DNI, fecha de nacimiento, domicilio, el hecho de que tenía retirado el permiso o licencia de conducir ciclomotores "de forma penal por un Juzgado", indicando el número de expediente " NUM008 '.

b) Los datos consultados fueron obtenidos a partir de la base de datos policial propia de la Guardia Civil. Se accedió mediante el código de usuario del acusado, Rodolfo , núm. NUM000 y su clave personal, desde la IP terminal NUM001 , el día 30 de mayo de 2011 a las 12:44 horas.

c) La solicitud de estos datos había sido realizada por el acusado Maximo al Sr. Saturnino , y el acceso, obtención y cesión de estos traían causa de la investigación privada que había sido encargada por la empresa Correos Express (antes Cronoexpress) en fecha 3 de mayo de 2011 por un asunto laboral, que 'llevaba a cabo el detective Casimiro , en relación con Tomás , hermano de Juan Carlos . La consulta sobre Juan Carlos , se produjo por error al introducir los apellidos coincidentes con su hermano Tomás .

Por la investigación llevada a cabo, el Sr. Casimiro , giró factura a la empresa Cronoexpress por importe de 1.000,00 euros más IVA.

d) El Sr. Juan Carlos , no denunció los hechos, tampoco lo hubiese hecho, y no se siente perjudicado. Tuvo conocimiento por primera vez en el acto de juicio oral. Fue citado cómo testigo directamente por el Ministerio Fiscal, con apercibimientos legales. Manifestó que carecía, de carné y no lo había obtenido nunca.

2.- a) En fecha 6 de junio de 2011 a las 10:52:30 horas, el acusado Saturnino , facilitó a Maximo información sobre una persona, que posteriormente fue identificada como Pedro Enrique titular del DNI NUM002 , concretamente su domicilio, fecha de nacimiento, la fecha en la que le habla sido retirado el permiso de conducir, los antecedentes policiales que le constaban en el Cuerpo Nacional de Policía, fecha y lugar de una detención, y si tenía vehículos a su nombre.

b) El acceso, obtención y cesión de estos datos te había sido solicitado por el acusado Maximo , quién mediante SMS del mismo día. Le recordó que le había enviado un correo electrónico y que la información era urgente para su cliente, siendo ésta la acusada Belinda , a quién en conversación de igual fecha y mantenida a las 10:59:38 le transfirió todos aquellos datos.

c) A tal efecto, el acusado Maximo remitió a las 12:36:36 horas SMS al agente de la Policía Local de Santa María de Paiautordera, Anibal , solicitándole el motivo por el que el udni NUM002 " tenía retirado el permiso de conducir, obteniendo la información mediante llamada telefónica realiiada a las 20:17:23 horas por el también agente de la Policía Local de la misma población, Dionisio , quién tras acceder a la base de datos policial correspondiente le informó de que tenía una condena de 6 meses de privación del permiso de conducir por un delito contra la seguridad vial impuesta por un juzgado de lo penal de Madrid.

d) La acusada Belinda pagó a Maximo la cantidad de 150 euros por esa información.

e) El Sr. Pedro Enrique , se ha identificado en trámite de conclusiones definitivas, no ha sido localizado, no ha presentado denuncia, y no ha indicado perjuicio.

1) Los agentes, Sr. Anibal y Sr. Dionisio , creyeron que la consulta por parte del Sr. Maximo era para una actuación policial.

3.- a) En fecha 10 de septiembre de 2011 a las 17:17:38 horas, el acusado Maximo solicitó mediante sms al agente de la Policía Autonómica Felicísimo , que le mirara para antes del lunes siguiente los vehículos a nombre de Gabriel con DNI NUM003 y Lourdes (identificada como Lourdes) con NIE NUM004 . A las 20:15:13 horas del día 11 de septiembre de 2011, este mismo funcionario le remitió un sms comunicándole que al hombre le consta un vehículo Renault matrícula WXZ y a la mujer nada.

b) El acceso, obtención y cesión de estos datos traía causa de la petición inicial hecha por la acusada Belinda a quién el acusado Maximo le transmitió la información el mismo día 11 de septiembre de 2011 mediante llamada de voz realizada a las 21:16:53 horas, tras haberle enviado un whatsapp, agradeciéndole la rapidez aunque no hubiera localizado vehículos a nombre de Lourdes . Asimismo, y respecto de Gabriel , tenía encargada una investigación en fecha 8 de septiembre de 2011 (número de orden 341), en relación por un tema laboral.



- c) La acusada Belinda pagó a Maximo la cantidad de 80 euros por esa información.
- d) El Sr. Gabriel , no denunció los hechos. No se siente perjudicado porque se sepa la matrícula de su vehículo, y no hubiese interpuesto denuncia.
- e) A la Sra. Lourdes , no le constan vehículos a su nombre. No denunció, duda si lo hubiese hecho. No se siente perjudicada.
- f) El agente, Sr. Felicísimo , informó en la creencia de que se trataba de una consulta policial.

4.- a) En fecha 10 de septiembre de 2011 a las 10:48:58 horas el acusado Maximo llamó al policía local Anibal , y le solicitó que averiguara datos de Salvador con DNI NUM005 . A las 10:55 horas, durante el transcurso de la conversación, ese agente accedió con su código de usuario NUM006 y su clave personal al Núcleo de Información Policial (NIP), base de datos gestionada por la Policía Autonómica de Cataluña y a la que tiene acceso los agentes de la policía local, y accedió a los datos de Salvador . Datos que comunicó al mismo tiempo al acusado Maximo , consistentes una información una denuncia que habría interpuesto por un presunto robo con fuerza en el vehículo IVECO daily JGY , pese a que el Sr. Salvador , nunca ha sido propietario de ese vehículo.

b) El acceso, obtención y cesión de estos datos, traía causa del encargo de investigación que se había hecho a la acusada Belinda por parte de un letrado en fecha 8 de septiembre de 2011 por un asunto laboral, quién precisaba conocer la TARA de la furgoneta propiedad del Sr. Salvador .

c) El acusado Maximo comunicó la información obtenida a la acusada, Sra. Belinda , el día 11 de septiembre de 2011, insistiendo ésta en que el vehículo respecto del que se requería aquella característica técnica era un Nissan, Ello motivó que el acusado se pusiera en contacto con Saturnino , quién en fecha 12 de septiembre de 2011 a las 10:18:21 horas le informó de que el vehículo marca Iveco estaba a nombre de un ayuntamiento, y que iba a hacer la consulta de este Salvador ". A las 13:46:18 horas de ese mismo día, Saturnino llamó a Maximo y le facilitó las características técnicas sobre el vehículo propiedad de Salvador , marca Mercedes 311 con matrículaDNQ , consistente en tara, peso máximo, tarjeta de transporte, vigencia de la misma, domiciliación del mismo, otros vehículos a su nombre y el domicilio de Salvador sito en la localidad de L'Hospitalet de Llobregat.

d) A las 13:32 horas del día 12 de septiembre de 2011, se accedió a la base de datos policial propia de la Guardia Civil, mediante el código de usuario NUM000 y clave personal, pertenecientes al acusado Rodolfo , y desde la IP terminal NUM001 , siendo el dato consultado una matrícula "DNQ "

e) Esta e) última información, fue trasladada por el acusado Maximo a la acusada Belinda a las 14:54:39 horas del mismo día, insistiendo en que al letrado le interesaba averiguar la tara de un Nissan.

f) Ello motivó que aquél remitiera a las 17:15:19 horas un sms al agente de la Policía Autonómica, solicitándole que hiciera gestiones a través de la policía local de L'Hospitalet de Llobregat para averiguar las matrículas vinculadas por impuesto de circulación a Salvador , siendo de interés las furgonetas entre 1995 a 2005.

g) La acusada Belinda pagó a Maximo una cantidad no determinada.

h) El Sr. Salvador , no interpuso denuncia, tampoco lo hubiese hecho. No se siente perjudicado porque se averiguase la matrícula de sus furgonetas o la tara que tienen.

1) El agente Sr. Anibal informó creyendo que se trataba de una actuación policial.

5.- a) Las personas titulares de los datos consultados, fueron citadas directamente por la Fiscalía, con apercibimiento legales, a presentarse al acto de juicio con la finalidad de que compareciesen como testigos.

b) La Dirección General de Tráfico tiene un registro público en el que se pueden consultar gratuitamente por todos los ciudadanos, las matrículas de cualquier vehículo, sus distintos titulares, las incidencias relacionadas con el mismo, y sus características técnicas. Los particulares con un interés legítimo y los profesionales (periodistas, abogados, detectives, gestores, centros médicos, asesorías etc.), además de poder acceder al registro gratuito, pueden obtener un certificado de datos, previo pago de una tasa (la núm. NUM007), con ese impreso, pueden acceder a partir de un DNI ó matrícula, a los vehículos .vinculados a ese documento. impreso permite consultar (de manera opcional) hasta treinta documentos de identidad á matrículas.»

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia, dictó el siguiente pronunciamiento:

« **Fallo.** Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a los acusados:



1) Maximo ; 2) Rodolfo ; 3) Belinda ; y 4) Saturnino , del delito de revelación de datos por el que se les acusaba, y además del delito de cohecho (al Sr. Maximo) en la presente causa, declarando de oficio las costas causadas.»

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por AYUNTAMIENTO DE SANTA MARÍA DE PALAUTORDERA, actuando como Acusación Particular, por infracción de ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- La representación del recurrente, basa su recurso en los siguientes motivos:

Motivos aducidos en nombre del recurrente

Motivo primero .- Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ y del art. 852 de la LECRIM por infracción del artículo 18.1 C.E por entender vulnerado el derecho a la Intimidad Personal y Familiar. **Motivo segundo** .- Por Infracción de Ley, al amparo del artículo 849.2º de la LECRIM por error en la apreciación de la prueba. **Motivo tercero** .- Por Infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 de la LECRIM por indebida aplicación (debe decir inaplicación) de los artículos 28 y 419 del C. Penal .

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día doce de junio de dos mil dieciocho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO INTERPUESTO POR EL MINISTERIO FISCAL

PRIMERO.- Motivo único por infracción de ley al amparo de lo establecido en el artículo 849.1 LECrim , por indebida inaplicación de los artículos 197.2.4 párrafo primero , art. 198 y 74 CP .

El motivo se interpone sólo en relación al acusado absuelto Maximo del delito continuado de revelación de secretos previsto en los indicados preceptos.

La sentencia absuelve al acusado por entender que de los hechos probados no se desprende la concurrencia de los elementos del tipo por el que se acusa en atención a dos puntos concretos: 1º) la no consideración de los datos obtenidos y defendidos de manera ilícita como "datos reservados"; y 2º) la no actuación del acusado "en perjuicio de tercero".

Sin embargo, el Ministerio Fiscal a la vista de los hechos probados y de su fundamentación, entiende que puede derivarse que este acusado, Maximo actuó prevaliéndose de su cargo de agente en prácticas de la Policía Local de Santa María de Palautordera, y consiguió obtener datos reservados de diversas personas en ficheros, archivos o soportes informáticos, facilitándolos en perjuicio de aquellos a terceras personas.

Para ello sintetiza la argumentación que la sentencia expone en los fundamentos del derecho tercero y cuarto sobre los elementos del tipo del delito contemplado en el artículo 197.2 CP , y que concluye con la inexistencia de ellos, al tener los datos consultados la naturaleza de reservados -no sensibNotes Link <Notes:/// C12572ED0041CABB//D1C39518C88CEDFFC12582C100267688>le- al que se puede acceder a través del registro de la DGT y no resultar acreditada una actuación en perjuicio de tercero.

Respecto a la naturaleza del dato se basa en el artículo 11.1 y 2 a) de la L.0 15/1999 de Protección de Datos, según la cual los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado, salvo cuando tal cesión esté autorizada en una ley, y en el art 5 del Texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos de Motor y Seguridad Vial , RDL 339/1990, del que se deriva la subsistencia del registro de vehículos creado por el Código de Circulación y su desarrollo reglamentario que habilita a la Jefatura Central de Tráfico para llevar el registro de todos los vehículos matriculados que se llevará a través de medios informáticos y en el que figurarán, al menos, los datos que deben consignarse en el permiso o licencia de circulación y las vicisitudes que puedan sufrir éstos o sus titulares y cuya finalidad será la identificación del titular y el conocimiento de las características técnicas del vehículo así como su aptitud para circular y el cumplimiento de todas las obligaciones legales que se establezcan.



Se refiere igualmente a la naturaleza del registro que conforme al art. 2 del Real Decreto 2822/1998 de 23 de diciembre, será público para los interesados y terceros que tengan interés legítimo y directo..." Por tanto, concluye, que, aun no concurriendo el consentimiento del interesado, tal consulta podrá realizarse por todos aquellos que acrediten tener tal interés. Interés cuya apreciación corresponde a la Dirección General de Tráfico.

Y finalmente, que los datos facilitados se emplearon para la finalidad legítima vinculada al interés que justificó su comunicación al solicitante, por lo que no resultaría contrario a la prohibición contemplada en el art. 4.2 de la Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal que impediría la utilización de los datos para un fin incompatible con el derivado del interés apreciado para acceder al registro.

Con base en esta normativa, señala que la información sobre vehículos, características técnicas y matrículas, fue solicitada para investigación privada en procedimientos laborales y de divorcio, además era posible obtenerla mediante el pago de una simple tasa o incluso de manera pública o gratuita a través de la página web de la DGT. Y también considera relevante, aunque no determinante, la existencia de protocolo de colaboración entre la seguridad pública y privada, con un intercambio de datos no sensibles, pero equivalentes a los que son objeto de enjuiciamiento. Y finalmente recuerda que el censo ofrece datos personales y que las sanciones y retiradas de puntos, se publican en el BOP

Y en relación al perjuicio de tercero, argumenta en base a los testimonios de los titulares de los datos que ninguno de ellos se sintió perjudicado ni hubieran interpuesto denuncia. Y que, en todo caso no existió propósito de perjudicar a tercero (argumento derivado de la aplicación de la STS 961/2016 de 30 de diciembre).

El Ministerio Fiscal cuestiona estas afirmaciones al considerar que conforme los artículos 2.1 y 3 a) de la LO. 15/99 de 13 diciembre de Protección de datos de carácter personal, artículo 2 a) de la Directiva 95/46/CE de 24 octubre 1995 relativo a la Protección de las Personas Físicas, insiste en el carácter de reservados de los datos que obtuvo el acusado al ser datos personales que no están al alcance de terceras personas ajenas a su tratamiento o acceso autorizado, sin que pueda concluirse, como hace la sentencia, que la información sobre vehículos, características técnicas y matrícula solicitada y obtenida para la investigación privada relacionada con procedimientos laborales o de divorcio era posible obtenerla al margen del consentimiento de los afectados de manera pública o gratuita o pagando una simple tasa a través de la DGT, y ello porque cuando un tercero no autorizado quiere acceder a los datos del Registro debe alegar un interés directo ilegítimo, sea quien sea ese tercero y a tal efecto ninguna disposición legal en la Agencia Española de Protección de Datos, establece que determinadas profesiones, per se, impliquen ese interés directo ilegítimo. En todo caso no se puede afirmar como se hace la sentencia que concurriera ese interés legítimo porque legalmente quien debe de apreciarlo es la Dirección General de Tráfico y con su actuar el acusado se sustrajo a esta de llevar a cabo dicha valoración.

Cuestiona asimismo la interpretación que da la sentencia al protocolo de colaboración entre la seguridad pública y privada, plasmada en el Plan Integral de Colaboración (marzo 2012) a través de la denominada Red Azul creada al efecto, dado que tal protocolo no es de aplicación al caso concreto en cuanto que él mismo está destinado a promover un modelo profesional de complementariedad y corresponsabilidad para aprovechar los recursos del sector privado de la seguridad pública.

Insiste en que el acceso indebido a la base de datos de la Guardia Civil se hizo con el propósito de acceder a datos reservados y sin ayuda de un funcionario policial sería imposible de obtener.

Con relación a estos ficheros o bases policiales incluyen datos de carácter personal con fines tanto administrativos como policiales que no pueden quedar al margen del cumplimiento de las normas de protección ni de la intervención de la Agencia de Protección de Datos, máxime cuando en el caso presente no sólo se facilitan datos relativos a vehículos sino también datos relativos a personas como la retirada de la licencia o permiso de conducir ciclomotores por un juzgado, señalando el número de expediente, antecedentes policiales, existencia o no de denuncia.

Por último, analiza la concurrencia de otro elemento del tipo: la actuación en perjuicio de tercero, entendiéndose que el ánimo de perjuicio concurrió, pues el acusado con su actuación puso al descubierto datos cuyo carácter reservado está fuera de toda duda. Y es de aplicación el artículo 198 dada su condición de policía local en prácticas y se aprovechó de tal condición para conseguir que los responsables de los archivos le facilitaran la información que les pedía.

SEGUNDO.- Para la correcta resolución del recurso habría que partir del relato fáctico de la sentencia recurrida cuyo escrupuloso respeto exige la vía casacional del artículo 849.1 LECrim, y de este podemos extraer que Maximo, agente en prácticas de la Policía Local de Santa María de Palautordera, obtuvo en cuatro ocasiones, cuyas fechas y forma se especifican en aquel, una serie de datos o informaciones que posteriormente facilitó



a una detective privado para su utilización en investigaciones de índole laboral o divorcios que estaba llevando a cabo.

Los datos referidos son: 1°. - Respecto de *Tomás* : DNI, fecha de nacimiento, domicilio, y el hecho de que tenía retirado el permiso o licencia de conducir ciclomotores de forma penal por un juzgado, indicando el número de expediente " NUM008 ". Datos que le fueron facilitados por *Saturnino* , Gerente de Correos Exprés, que había encargado al detective privado *Ángel* motivada por un asunto laboral. Estos datos procedían de la base de datos de la Guardia Civil, y fueron obtenidos a través del funcionario de dicho cuerpo *Rodolfo* , quien accedió a ellos utilizando su propio código de usuario y clave personal desde la IP terminal NUM001 .

2°. - De *Bienvenido* : su DNI, domicilio, fecha de nacimiento, la fecha en la que le había sido retirado el permiso de conducir, los antecedentes policiales que le constaban en el Cuerpo Nacional de Policía, fecha y lugar de una detención y si tenía vehículos a su nombre. Datos que, así mismo, le fueron facilitados por *Saturnino* . Igualmente, y respecto de la misma persona, solicitó información sobre el motivo de tener retirado el permiso de conducir, facilitándole tal información el agente de la Policía Local de Palautordera, *Dionisio* , tras acceder a la base de datos policial y posteriormente los transmitió a la detective privado *Belinda* .

3°. - De *Gabriel* y *Lourdes* : los vehículos a su nombre. Datos que fueron facilitados por el agente de la Policía Autonómica *Felicísimo*

4°. - Y finalmente, de *Salvador* : Información sobre una denuncia que habría interpuesto sobre un presunto robo con fuerza en un determinado vehículo. Datos que fueron facilitados por el agente de la Policía Autonómica de Cataluña *Anibal* accediendo mediante su código de usuario y clave personal al Núcleo de Información Policial. Y posteriormente y en relación al mismo asunto y persona a través de *Saturnino* y del funcionario de la Guardia Civil, *Rodolfo* quien facilitó información accediendo con el código de usuario y clave personal a la base de datos de la propia Guardia Civil

Establece, además la sentencia como hecho probado -apartado 5 b)- que) La Dirección General de Tráfico tiene un registro público en el que se pueden consultar gratuitamente por todos los ciudadanos, las matrículas de cualquier vehículo, sus distintos titulares, las incidencias relacionadas con el mismo, y sus características técnicas. Los particulares con un interés legítimo y los profesionales (periodistas, abogados, detectives, gestores, centros médicos, asesorías etc.), además de poder acceder al registro gratuito, pueden obtener un certificado de datos, previo pago de una tasa (la núm. NUM007), con ese impreso, pueden acceder a partir de un DNI ó matrícula, a los vehículos. vinculados a ese documento. El impreso permite consultar (de manera opcional) hasta treinta documentos de identidad á matrículas.

Conclusión a la que llega tras un análisis de la normativa reguladora de los datos de carácter personal y de la que afecta a los Registros de Vehículos: artículo 11.1 LO 5/99 de Protección de Datos , artículo 5 h) Texto refundido articulado de la Ley de tráfico, Circulación de Vehículos de Motor y Seguridad Vial , aprobado por Real Decreto Legislativo 339/90 de 2 marzo, artículo 2 del Reglamento General de Vehículos aprobado por RD 2822/98 del 23 diciembre, cuyo párrafo tercero añade que "el registro de vehículos será público para los interesados y terceros que tengan interés legítimo y directo, mediante simples notas informativas o certificaciones".

Asimismo, valora las testificales de diferentes agentes de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad como el Guardia Civil *Jesús* y el Policía Nacional número NUM009 .

Por tanto siempre que se precise la existencia de "interés legítimo y directo" en la consulta de los datos del Registros de vehículos, la comunicación de los datos contenidos en el mismo, aún no contando con el consentimiento del afectado, resultará conforme a lo dispuesto en el artículo 11.2 a) de la Ley Orgánica, lo que lleva a la sentencia de instancia a concluir que: El artículo 11.5 de la Ley Orgánica 15/1999 establece que "Aquél a quien se comuniquen los datos de carácter personal se obliga, por el solo hecho de la comunicación, a la observancia de las disposiciones de la presente Ley".

El artículo 4.1 de la Ley Orgánica consagra el principio de finalidad en el tratamiento de los datos al disponer que "Los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido".

Este principio se completa con lo dispuesto en el -artículo 4.2, que dispone que "Los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos".

Es decir, si en el proceso de una investigación privada, se obtienen los datos del Registro en función de la concurrencia en el solicitante de un interés legítimo y directo para su conocimiento, en los términos



establecidos en el Reglamento de Vehículos, el artículo 4.1 de la Ley Orgánica 15/1999, el acceso es posible (previo pago de la tasa) y siempre que los datos sean empleados precisamente para esa finalidad legítima vinculada con el interés que justificó su comunicación al solicitante.

Por su parte, el artículo 4.2 impediría la utilización de los datos para un fin incompatible con el derivado del interés apreciado para acceder al Registro, debiendo recordarse que la Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre, ha venido a sentar la doctrina de que el término 'Incompatible' debe ser interpretado restrictivamente, debiendo considerarse, con carácter general, asimilado a 'distinto'.

La información sobre vehículos, características técnicas y matrículas, fue solicitada para investigación privada en procedimientos laborales o de divorcio, además, era posible obtenerla mediante el pago de una simple tasa o incluso de manera pública y gratuita a través de la página web de la DGT. En otro orden de cosas, también resulta relevante, aunque no sea determinante, el protocolo de colaboración existente entre la seguridad pública y la seguridad privada, con un intercambio fluido de determinados datos no sensibles pero equivalentes a los que son objeto de enjuiciamiento. La defensa aportó como documento núm. 3 en cuestiones previas ese 'Plan Integral de Colaboración' (marzo 2012) que regula ese intercambio de información entre los cuerpos y fuerzas de seguridad del estado y la seguridad privada, concretamente en sus artículos 6 y 7, a través de la denominada RED AZUL, creada al efecto. Por otro lado, no resulta ocioso recordar, que el censo ofrece los datos personales, y que las sanciones y retirada de puntos, se publican en el BOP.

TERCERO.- La cuestión a dilucidar es si la conclusión de la Sala de que nos encontremos con acceso a datos reservados que en unos casos pueden obtenerse a través de registros públicos, y en todos no concurre perjuicio a terceros y menos aún ánimo de perjudicar-es conforme a la doctrina jurisprudencial de esta Sala y del Tribunal Constitucional.

Para ello es necesario recordar cómo en SSTs 1328/2009 de 30 diciembre, 990/2012 del 18 octubre, 525/2014 de 17 junio, 553/2015 del 6 octubre, hemos dicho, que el art. 197.2 se encuentra ubicado en el capítulo primero "Del descubrimiento y revelación de secretos, del Título X del Libro II del Código Penal que se rotula como "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio".

En este sentido los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen garantizados por el art. 18.1 CE, forman parte de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada. Salvaguardan estos derechos un espacio de intimidad personal y familiar que queda sustraído a intromisiones extrañas, destacando la necesaria protección frente al creciente desarrollo de los medios y procedimiento de captación, divulgación y difusión de la misma y de datos y circunstancias que pertenecen a la intimidad.

Por intimidad, por tanto, se pueden entender diversos conceptos, siendo significativo a estos efectos que la terminología usada para referirse a dicho concepto varía en los distintos países, así en Italia se habla de "riservatezza", en Francia de "vie privé", en los países anglosajones de "privacy", y en Alemania de "privatsphäre", pero que vienen a coincidir en la existencia de una esfera de privacidad que cabe considerar secreto en el sentido de ser facultad de la persona su exclusión del conocimiento de terceros. El Código actual ha hecho además especial referencia a la llamada "libertad informática, ante la necesidad de conceder a la persona facultades de control sobre sus datos en una sociedad informatizada, siguiendo las pautas de la Ley Orgánica de Regulación del tratamiento Automatizado de Datos personas (LORTAD) 5/92 de 29.10, relacionada con el Convenio del Consejo de Europa de 28.1.81, y la Directiva 95/46 del Parlamento de la Unión Europea relativos a la protección de tales datos y a su libre circulación.

Esta segunda dimensión de la intimidad conocida como libertad informática o habeas data, encuentra su apoyo en el art. 18.4 CE, en donde taxativamente se dispone que "la Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos". De esta proclamación se deriva su poder de acción del titular para exigir que determinados datos personales no sean conocidos, lo que supone reconocer un derecho a la autodeterminación informativa, entendido como libertad de decidir qué datos personales pueden ser obtenidos y tratados por otros. La llamada libertad informática significa, pues, el derecho a controlar el uso de los datos de carácter personal y familiar que pueden recogerse y tratarse informáticamente (habeas data); en particular -como señala la doctrina- entre otros aspectos, la capacidad del ciudadano para oponerse a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquél legítimo que justificó su obtención (SSTC. 11/98 de 13.1, 45/99 de 22.3).

Esta evolución del concepto de intimidad puede apreciarse en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional así en un primer momento la intimidad se configura como el derecho del titular a exigir la no injerencia de terceros en la esfera privada, concibiéndola pues, como un derecho de corte garantista o de defensa. En un segundo momento a partir de la STC. 134/99 de 15.7, la intimidad pasa a ser concebida como un bien jurídico que se relaciona con la libertad de acción del sujeto, con las facultades positivas de actuación para controlar la información relativa a su persona y su familia en el ámbito público: "el derecho a la intimidad



garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a una persona o a su familia, pudiendo imponer a terceros (sean estos simples particulares o poderes públicos, su voluntad de no dar a conocer dicha información, prohibiendo su difusión no consentida" (SSTC. 134/99 de 15.7 y 144/99 de 22.7).

En esta dirección la STS 358/2007 de 30.4 destacó analizando el art. 197 CP . que dicho precepto contiene varias conductas en una compleja redacción y sanciona en primer lugar al que se apodere de los papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales de otra persona, al quien interceptare las comunicaciones de otro y al que utilizare artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o la imagen o de cualquier otra señal de comunicación, en todos los casos sin su consentimiento y con la finalidad de descubrir sus secretos o vulnerar su intimidad. Se trata de conductas distintas que no precisan que el autor llegue a alcanzar la finalidad perseguida. En los dos primeros casos requiere sin embargo un acto de apoderamiento o de interceptación efectivos, mientras que en el supuesto de utilización de artificios basta con la creación del peligro que supone su empleo con las finalidades expresadas para la consumación de la infracción penal.

También sanciona a quien, sin estar autorizado, se apodere, en perjuicio de tercero, de 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. Así como a quien simplemente acceda a ellos por cualquier medio sin estar autorizado y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

El bien jurídico protegido es la intimidad individual. Aunque la idea de secreto puede ser más amplia, como conocimientos solo al alcance de unos pocos, en realidad deben estar vinculados precisamente a la intimidad pues esa es la finalidad protectora del tipo. En este sentido, la STS nº 666/2006, de 19 de junio , en la que se dice que "la idea de secreto en el art. 197, 1º CP resulta conceptualmente indisociable de la de intimidad: ese «ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás» (SSTC 73/1982 y 57/1994 entre muchas)". Así se desprende de la ubicación del precepto en el Título dedicado a los delitos contra la intimidad, y es coherente con su propia redacción, pues en el primer apartado relaciona los papeles, cartas o mensajes de correo electrónico con otros documentos o efectos personales. Y en el segundo apartado se refiere a datos reservados de carácter personal o familiar.

En relación a la conducta enjuiciada, interesa resaltar que el tipo objetivo requiere solamente un acto de apoderamiento, sin necesidad de que el autor llegue a descubrir los secretos o vulnerar la intimidad en el primer caso, y en el mero acceso de los datos protegidos en el segundo. El tipo subjetivo exige, sin embargo, aquella finalidad, junto con el dolo en el acto de apoderamiento o de acceso.

Centrándonos en el análisis de los delitos recogidos en el segundo apartado del art. 197, éstos tienen un sentido claramente distinto a los recogidos en el apartado primero: ya que las conductas afectan a datos que no están en la esfera de custodia del titular, sino en bancos de datos y pueden causar perjuicios a terceros distintos del propio sujeto al que se refiere la información concernida.

Un sector doctrinal considera que en el art. 197.2 se protegen, en realidad, dos bienes jurídicos. Por una parte, la intimidad del sujeto pasivo, en relación con las conductas de apoderarse, acceder y utilizar los datos. Por otra parte, la integridad de los datos, en relación con los comportamientos de modificar o alterar. Distinción, no obstante, relativa por el hecho de quien pretende modificar o alterar, primero debe acceder, con lo que se habría lesionado también la intimidad en estas modalidades de conducta.

Consecuentemente, como ya hemos indicado, lo que se protege en este apartado segundo es la libertad informática entendida como derecho del ciudadano a controlar la información personal y familiar que se encuentra recogida en ficheros de datos, lo que constituye una dimensión positiva de la intimidad que constituye el bien jurídico protegido.

Según el art. 3 a) de la Ley Orgánica 15/99 de 13.12, de Protección de Datos de Carácter Personal (LPDP) dato de carácter personal es "cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables. No se define, sin embargo, qué datos son reservados, ni siquiera se utiliza la denominación de datos de carácter familiar.

Advierte la doctrina que el calificativo de reservado carece en absoluto de sentido, debiendo descartarse -como después se analizará más extensamente- la tesis de que la protección penal haya de limitarse a solo cierto tipo de datos personales de mayor relevancia, con exclusión de otros, cuya protección quedaría reservada al ámbito administrativo. Prueba de que ello no es así lo proporciona el apartado 5º que agrava la pena que corresponde a las conductas realizadas sobre esos datos de especial relieve, lo que evidencia que los demás están incluidos dentro del apartado 2. Por ello en el sentido del tipo el entendimiento más adecuado del carácter reservado de los datos es considerar que son tales los que no son susceptibles de ser conocidos por cualquiera. El precepto



insiste en ello al aclarar por partida doble que el delito lo comete el que accede a los datos o los utiliza "sin estar autorizado", evidencia de que no son datos al alcance de cualquiera.

Los datos, además, ha de estar "recogidos (registrados) en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Fichero es todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso (art. 3 b. LPDP). En el sentido del art. 197.2 debe exigirse que se trate de un conjunto organizado de información relativa a una generalidad de personas. Dado el carácter reservado de los datos, los ficheros o registros han de ser de acceso y utilización limitada a personas concretas y con finalidades específicas, siendo indiferente, su naturaleza: personal, académica o laboral, medica, económica, etc... Se trata, en realidad de informaciones de carácter personal relacionadas más con la privacidad que con la intimidad. No tienen por qué ser informativos, porque se acoge también a cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado.

Las conductas van dirigidas a datos que se hallen registrados, es decir a bancos de datos preexistentes, entendiéndose por la doctrina que no es típica la creación clandestina de bancos de datos, que queda en el ámbito administrativo sancionador.

Se apodere se ha interpretado por un sector doctrinal en sentido estricto como el apoderamiento que precisan los delitos contra el patrimonio. Otro sector se inclina por una interpretación más amplia, comprendiendo los supuestos en que se copian los datos, dejando intactos los originales o simplemente se capta, se aprehende, el contenido de la información, acepción en la que "apoderarse" resultaría equivalente a acceder al dato que se castiga también en el inciso final. Utilizar es usar sin apoderarse de ellos. Modificar es alterar los mismos, tanto si se trata de mejorar como de perjudicar la situación del sujeto al que afectan.

Las conductas tienen que producirse sin estar autorizado para acceder, manipular o modificar el banco de datos y realizarse en perjuicio de tercero, tercero que puede ser distinto al titular de los datos produciéndose una triple implicación de sujetos (sujeto activo, titular de los datos y eventual perjudicado) que responde, a la idea de que el titular de los datos no puede ser sujeto activo del delito porque él es el sujeto pasivo, dado que lo tutelado es su intimidad.

CUARTO.- Pues bien en el caso concreto hay que convenir con él Ministerio Fiscal que es cierto-tal como señaló la STS 916/2000 de 20 diciembre - que el modo de operar de Maximo no puede banalizarse ni tampoco ser considerado jurídicamente indiferente pues su injerencia carecía de fundamento legal y desbordaba, por tanto, los límites de su función como agente de la Policía Local en prácticas, y también debe concordarse en la circunstancia de que los datos-al menos los relativos a la retirada del permiso o licencia de conducir por un juzgado penal, antecedentes policiales e información sobre una denuncia interpuesta por un tercero sobre la sustracción de su vehículo- no eran disponibles para él ni para nadie a voluntad, pues si lo fuera no se atisban las razones por las que necesitó la colaboración de un funcionario policial para tal acceso ni podía hacerlo él directamente, pero también lo es que la jurisprudencia (SSTS 586/2016 del 4 julio , 803/2017 de 11 diciembre), atienden al grado de menoscabo u ofensa para el bien jurídico que se aprecia en el caso concreto.

Sobre este extremo en referidas sentencias se argumenta, que «la gravedad de las penas asociadas al art. 197.2 del CP son bien expresivas de la necesidad de una fundada y grave afectación del bien jurídico protegido, que no es la intimidad, entendida en el sentido que proclama el art. 18.1 de la CE sino la autodeterminación informativa a que se refiere el art. 18.4 del texto constitucional. Se trata de una mutación histórica de innegable trascendencia conceptual, de un derecho de nueva generación que otorgaría a cada ciudadano el control sobre la información que nos concierne personalmente, sea íntima o no, para preservar, de este modo y en último extremo, la propia identidad, nuestra dignidad y libertad».

En palabras del Tribunal Constitucional, el derecho a la protección de los datos de carácter personal deriva del art. 18.4 CE y consagra «en sí mismo un derecho o libertad fundamental» (SSTC 254/1993, de 20 de julio y 254/2000, de 30 de noviembre , entre otras), que «excede el ámbito propio del derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE) y que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada libertad informática es así el derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (*habeas data*) y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención» (STC 292/2000, de 30 de noviembre) .

Así centrada la tutela del bien jurídico protegido por el art. 197.2 del CP -prosigue diciendo la sentencia 586/2016 - es entendible la ausencia de relieve penal de los hechos imputados al acusado. Y es que la nula afectación del bien jurídico -por más que la ya razonada ausencia de otros elementos del tipo objetivo sería suficiente para el desenlace absolutorio- es otra de las razones para concluir la falta de tipicidad de los hechos.



Basta un examen detenido de los precedentes más destacados de esta Sala -remarca la referida sentencia de esta Sala-, en los que el art. 197.2 del CP fue aplicado y derivó en una condena, para constatar la intrínseca gravedad de los supuestos a los que se hacía frente. Son los casos, por ejemplo, del médico del Servicio Público de Salud que, aprovechando su cargo y el acceso a las bases de datos de historiales médicos, realizó numerosas consultas sin autorización ni justificación, con consciente incumplimiento del compromiso de confidencialidad que le incumbía, llegando a acceder en más de 200 ocasiones y durante el plazo de 2 años a las historias de salud e información de atención primaria de una enfermera, con la que había roto una relación amorosa, y las de sus familiares (STS 40/2016, 3 de febrero) ; del policía autonómico que, valiéndose de su libre acceso a la base de datos policial, eludía las sanciones por sus multas de tráfico, identificando falsamente en los pliegos de descargo a terceras personas (cfr. STS 534/2015, 23 de septiembre) el médico del INSALUD que, aprovechando tal condición, consultó el historial clínico de varios compañeros sin su consentimiento, obteniendo así información clínica especialmente protegida (cfr. STS 532/2015, 23 de septiembre); el funcionario de la TGSS que, con la utilización de la clave asignada para otras funciones, facilitaba datos de trabajadores, empresas, vida laboral y certificados de situación de cotización a mutuas laborales y a terceras personas (STS 525/2014 , de 17 de junio); el agente de la Guardia Civil que al amparo de su cargo accede al registro informático del Cuerpo y facilita datos reservados sobre varias personas, datos que luego son utilizados para chantajear a terceras personas (cfr. STS 1189/2010, 30 de diciembre); los funcionarios del INEM que difunden a terceros datos de múltiples personas, extraídos de ficheros informáticos oficiales a los que accedían con su propio código o con el otros compañeros y mediante los que facilitaban el embargo de sus bienes (cfr. STS 725/2004, 11 de junio); el colaborador temporal de la Asociación de Paraplégicos y Grandes Minusválidos Físicos que se apodera de datos con indicaciones expresas de la minusvalía y estado de salud de algunos de los miembros, así como datos relativos a sus domicilios, teléfonos y cuentas bancarias, con el fin de utilizar dichos datos en su propio beneficio, para actividades de contactos, sexo, o trabajos fraudulentos que ofrecía (cfr. STS 1532/2000, 9 de octubre); o la información periodística que permitió por vía referencial identificar a enfermos de SIDA internados en un establecimiento penitenciario (STS 18 febrero 1999).

Tales supuestos -citados en la STS 586/2016 - poco tienen que ver, a la lesividad del bien jurídico tutelado por la norma penal con el que ahora nos ocupa en este procedimiento, máxime cuando también se argumenta a mayores en la sentencia recurrida el artículo 197.2 exige que se busque un perjuicio de tercero con ese acceso o difusión, requisito que no estima concurrente, valorando los testimonios de los titulares de los datos en el sentido de que no se sintieron perjudicados

En apoyo de su argumento cita la Audiencia la sentencia 961/2016, de 20 de diciembre , en la que se afirma que en el art. 197 del C. Penal se hace uso de los verbos apoderarse, utilizar, modificar y alterar, sugestivos del mantenimiento de una relación instrumental de cierta intensidad, incluso manipuladora, con los datos registrados, esto es, de algo o bastante más que una mera toma superficial de conocimiento, sin ulterior proyección práctica. Y, por otro lado, se requiere que la acción se produzca en perjuicio de tercero. Para lo que se recurre a una de las acepciones de la preposición en que tiene la función consistente en introducir un complemento que expresa finalidad, como, por ejemplo, cuando se dice que alguien actúa "en beneficio de la comunidad", esto es, persiguiendo reflexivamente ese beneficio. Y el legislador lo hace, no por casualidad, sino para subrayar que existen formas de intervención sobre los datos de referencia que, no obstante ser legalmente inadmisibles no son perjudiciales en el sentido por el que él se decanta. De este modo, no es cierto que baste el mero obrar en el sentido indicado, sino que se requiere que la acción aparezca dotada de una cierta clara orientación, presidida por un determinado propósito que no se agota ni se confunde con la acción básica del mero acceder al archivo.

Por consiguiente, el Tribunal sentenciador, aunque no entra a examinar la expresión " *en perjuicio* " ni las dudas interpretativas que genera sobre si se está refiriendo a la exigencia de un elemento subjetivo del injusto o al elemento objetivo del resultado de la conducta de apoderarse o utilizar los datos referentes a los titulares de estos, sí establece que no está probado ese inciso del tipo penal.

Las sentencias de esta Sala generalmente no interpretan la expresión " *en perjuicio* " como un **elemento subjetivo** del injusto. Así lo acredita la sentencia 234/1999, de 17 de junio , en la que se argumenta que esta Sala no puede compartir que la expresión "en perjuicio de" supone la exigencia de un ánimo o especial intención de perjudicar al titular de los datos o a un tercero, aunque no deja de reconocer que la preposición "en" ha sido interpretada frecuentemente en dicho sentido. En el tipo que analizamos, sin embargo, situado inmediatamente después de otro -el del art. 197.1- en que el ánimo específico aparece indicado con la inequívoca preposición "para", el perjuicio producido por la acción tiene que estar naturalmente abarcado por el dolo, pero no tiene que ser el único ni el prioritario móvil de la acción. A esta conclusión debe conducir no sólo el argumento sistemático a que se acaba de aludir, sino la propia relevancia constitucional del bien jurídico lesionado por el delito, cuya protección penal no puede estar condicionada, so pena de verse convertida



prácticamente en ilusoria, por la improbable hipótesis de que se acredite, en quien atente contra él, el deliberado y especial propósito de lesionarlo. Estamos pues -dice la sentencia 234/1999 - ante un delito doloso, pero no ante un delito de tendencia.

Y en lo que atañe al elemento objetivo afirma la misma sentencia que parece razonable que no todos los datos reservados de carácter personal o familiar puedan ser objeto del delito contra la libertad informática. Precisamente porque el delito se consuma tan pronto el sujeto activo "accede" a los datos, esto es, tan pronto los conoce y tiene a su disposición (pues sólo con eso se ha quebrantado la reserva que los cubre), es por lo que debe entenderse que la norma requiere la existencia de un perjuicio añadido para que la violación de la reserva integre el tipo, un perjuicio que puede afectar, como hemos visto, al titular de los datos o a un tercero. No es fácil precisar, "a priori" y en abstracto, cuándo el desvelamiento de un dato personal o familiar produce ese perjuicio. Baste ahora con decir que lo produce siempre que se trata de un dato que el hombre medio de nuestra cultura considera "sensible" por ser inherente al ámbito de su intimidad más estricta; dicho de otro modo, un dato perteneciente al reducto de los que, normalmente, se pretende no trasciendan fuera de la esfera en que se desenvuelve la privacidad de la persona y de su núcleo familiar.

En la misma línea de no interpretar la expresión " *en perjuicio* " como un elemento subjetivo del injusto sino en una clave más objetiva se muestran otras sentencias de esta Sala, como la 1084/2010, de 9 de diciembre , en la que se señala que el tipo penal del art. 197.2 exige que la conducta se lleve a cabo en perjuicio de tercero, aunque no haya un ánimo específico de perjudicar, pues basta con que la acción se realice con la finalidad dicha, sin que resulte necesario para la consumación la producción del resultado lesivo. Se trata por tanto de un delito de peligro que no requiere la ulterior producción de un resultado de lesión.

Y en la sentencia 525/2014, de 17 de junio , también se requiere sólo el elemento del dolo, sin hacer referencia a un elemento subjetivo del injusto, requisito que tampoco se exige en otras sentencias de esta Sala (SSTS 532/2015, de 23-9 ; y 553/2015, de 6-10).

En cuanto al **elemento objetivo del perjuicio** ocasionado por la acción delictiva, la jurisprudencia viene entendiendo (ver STS 532/2015), al contemplar las SSTS 123/2009, de 3 de febrero ; 1328/2009, de 30 de diciembre y 990/2012, de 18 de octubre , que sólo con relación al inciso primero (apoderamiento, utilización o modificación) y al último (alteración o utilización), menciona expresamente el legislador que la conducta se haga en perjuicio de tercero, mientras que no exigiría tal perjuicio en el caso de la conducta de acceso; si bien, resulta necesario realizar una interpretación integradora del precepto, pues no tendría sentido 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.

La STS 1328/2009, de 30 de diciembre , distingue entre datos "sensibles" y los que no lo son, precisando que los primeros 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.

En definitiva, el mero acceso no integraría delito, salvo que se acreditara perjuicio para el titular de los datos o que este fuera ínsito, por la naturaleza de los descubiertos, como es el caso de los datos sensibles. Interpretación integradora, que acota el ámbito delictivo, de otro modo desmesurado y con sanciones graves para conductas en ocasiones inocuas, pero a su vez, supera la crítica de quienes entendían que al limitar la punición del mero acceso a los datos que causan un perjuicio apreciable a los datos "sensibles", suponía una restricción excesiva, pues se produce el efecto de asimilar el perjuicio a la parte más básica de la intimidad ("núcleo duro de la privacidad"): salud, ideología, vida sexual, creencias, etc. que ya se castiga como subtipo agravado en el actual art. 197.6, lo que conllevaría la práctica inaplicación del art. 197.2 CP ; tal asimilación no la predicamos, pero cuando el acceso se refiere a datos no sensibles, el perjuicio debe ser acreditado (SSTS 1328/2009, de 30-12 ; 532/2015, de 23-9 ; y 553/2015, de 6-10).

Pues bien, tal como ya se anticipó, en el **caso que ahora se juzga** el Tribunal de instancia afirma que no consta acreditado el perjuicio de los titulares ni tampoco que el acusado actuara con ánimo de causárselo. Y desde luego ni en el factum de la sentencia recurrida ni en la motivación probatoria se hacen constar datos concretos sobre esos extremos.

La Audiencia parece partir del hecho de que el acusado ya conocía los datos sustanciales referentes al patrimonio inmobiliario de la querellante, a partir de lo cual considera que no hay un perjuicio para su ex cónyuge, al no concurrir un menoscabo para el bien jurídico que tutela la norma penal. Para ello sigue en gran



medida el criterio pautado en la sentencia 586/2016 de esta Sala centrado en la liviandad de la antijuricidad material de la conducta enjuiciada.

Y como no consta probado un perjuicio para la víctima, se complementa la sentencia con el argumento de que tampoco cabría inferir el dolo con respecto a un elemento objetivo que no concurre, ya entendamos el dolo como el específico de un elemento subjetivo del injusto o ya como el dolo en su modalidad básica.

QUINTO.- La argumentación de la Audiencia nos ubica en el ámbito propio de las valoraciones probatorias que no cabría ahora abordar debido a que nos hallamos ante un recurso de casación contra una sentencia absolutoria dictada en un procedimiento en que se han practicado relevantes pruebas personales, entre las que se halla la propia declaración del acusado, que ni siquiera ha sido oído en casación. Todo lo cual, como es sabido, impide tanto desde la perspectiva de las garantías probatorias del proceso penal (inmediación, contradicción y oralidad) como desde la dimensión del ejercicio del derecho de defensa, convertir una decisión absolutoria en otra condenatoria.

A tal efecto, es suficiente con citar la jurisprudencia del TEDH, la del Tribunal Constitucional y la de esta Sala para fundamentar lo que se acaba de expresar.

En efecto, tal como dijimos recientemente en un caso similar al que ahora se dirime (STS 557/2017, de 13 de julio), y en otras sentencias revisoras de otras absolutorias en la instancia, la pretensión incriminatoria de la acusación nos sitúa en el ámbito de la cuestión procesal relativa a la posibilidad de condenar *ex novo* o agravar en segunda instancia la condena de un acusado sin celebrar una vista oral para oírle o incluso para practicar prueba. Esa posibilidad ha sido jurisprudencialmente descartada por vulnerar el derecho a un proceso con todas las garantías (principios de inmediación y contradicción) y el derecho de defensa.

Así lo tiene establecido reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 167/2002 , 170/2002 , 197/2002 , 41/2003 , 68/2003 , 118/2003 , 189/2003 , 50/2004 , 75/2004 , 192/2004 , 200/2004 , 14/2005 , 43/2005 , 78/2005 , 105/2005 , 181/2005 , 309/2006 , 360/2006 , 15/2007 , 48/2008 , 64/2008 , 115/2008 , 177/2008 , 3/2009 , 120/2009 , 184/2009 , 2/2010 , 127/2010 , 45/2011 , 46/2011 , 142/2011 y 201/2012 , entre otras muchas), jurisprudencia que a su vez acoge la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos plasmada en diferentes sentencias. Entre las más citadas: sentencia de 22 de noviembre de 2011, caso *Lacadena Calero contra España* ; de 20 de marzo de 2012, caso *Serrano Contreras contra España* ; y la de 27 de noviembre de 2012, caso *Vilanova Goterris y Llop García contra España* .

Y también la jurisprudencia de esta Sala de Casación ha acogido los criterios interpretativos del TEDH y del Tribunal Constitucional y los ha trasladado al recurso de casación. Y así se comprueba que en las SSTS 998/2011, de 29 de septiembre , 1052/2011, de 5 de octubre , 1106/2011, de 20 de octubre , 1215/2011, de 15 de noviembre , 1223/2011, de 18 de noviembre , 698/2011, de 22 de junio , 1423/2011, de 29 de diciembre , 164/2012, de 3 marzo , 325/2012, de 3 de mayo , y 757/2012, de 11 de octubre , entre otras, se ha considerado que no procede la condena *ex novo* en casación de un acusado que haya resultado absuelto en el juicio de instancia cuando la condena requiere entrar a examinar y modificar la convicción sobre los hechos, dado que ello exigiría la celebración previa de una comparecencia del acusado para ser oído, eventualidad que no está prevista actualmente en la sustanciación procesal del recurso de casación, por lo que habría que establecer un trámite específico para ello, alterándose en cualquier caso la naturaleza y el alcance del recurso.

No cabe, pues, que esta Sala de casación entre ahora a examinar la verificación probatoria de los elementos objetivos y subjetivos del delito que la acusación particular atribuye al acusado, ya que para ello habría que cumplimentar las garantías procesales que impone la jurisprudencia citada *supra* . Y ello no resulta factible en esta instancia, visto lo acordado en el Pleno no jurisdiccional celebrado el pasado 19 de diciembre. En él se decidió que " *La citación del acusado recurrido a una vista oral para ser oído personalmente antes de la decisión del recurso ni es compatible con la naturaleza de la casación, ni está prevista en la ley* ".

Más recientemente, la STC 172/2016, de 17 de octubre , ha vuelto a incidir en la relevancia de la observancia de los principios de inmediación, contradicción y oralidad cuando se trata de modificar en una segunda instancia la convicción absolutoria de un tribunal por falta de acreditación del elemento subjetivo del delito cuando la sentencia cuestionada está fundamentada en pruebas personales.

En esa sentencia del Tribunal Constitucional se recuerda y subraya de nuevo, citando a su vez la sentencia 88/2013 del mismo Tribunal, que «también el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales, debiendo distinguirse del mismo el relativo a la estricta calificación jurídica que deba asignarse a los hechos una vez acreditada su existencia. De este modo, si bien la revisión de la razonabilidad de las inferencias a partir de la cual el órgano *a quo* llega a su conclusión sobre la inexistencia de dolo -u otro elemento subjetivo del tipo- no precisará de la garantía de inmediación si tal enjuiciamiento no se produce a partir de la valoración



de declaraciones testificales, sí deberá venir presidido, en todo caso, por la previa audiencia al acusado (STC 126/2012, de 18 de junio) . Este segundo criterio, reiterado en las SSTC 157/2013, de 23 de septiembre , y 205/2013, de 5 de diciembre, traduce la consideración del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de que, con carácter general, la revisión de los elementos subjetivos del delito es una cuestión de hecho y no una cuestión de calificación jurídica y, por ello, precisa la audiencia del acusado (SSTEDH de 10 de marzo de 2008, caso Igual Coll c. España ; 22 de noviembre de 2011, caso Lacadena Calero c. España ; 13 de diciembre de 2011, caso Valbuena Redondo c. España ; 20 marzo 2012, caso Francisco Contreras c. España ; 27 de noviembre de 2012, caso Vilanova Goterris c. España ; 8 de octubre de 2013, caso Nieto Macero c. España ; 8 de octubre de 2013, caso Román Zurdo c. España ; 12 de noviembre de 2013, caso Sainz Casla c. España ; 8 de marzo de 2016, caso Porcel Terribas y otros c España; o 29 de marzo de 2016, caso Gómez Olmeda c. España)».

Esta doctrina se ha reiterado en las sentencias del TC 205/2013, de 5 de diciembre ; 105/2014, de 23 de junio ; 191/2014, de 17 de noviembre ; y 105/2016, de 6 de junio .

Y resalta también de forma específica la STC 172/2016 que el TEDH ha dejado claro que todo el juicio de inferencia sobre el elemento subjetivo del delito, el ánimo de delinquir, es cuestión de hecho que cuando está articulado a partir de los datos extraídos de pruebas personales, exige la celebración de vista cuando se trata de revocar una sentencia absolutoria o, en su caso, empeorar la condena. Esta jurisprudencia resulta de aplicación incluso si el control se hace en casación y la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo aduce que no puede celebrar vista, lo que ha traído consigo que precisamente resoluciones del Tribunal Supremo, y de este Tribunal Constitucional que las confirmaban, hayan sido declaradas contrarias al art. 6.1 CEDH , por ejemplo, en las SSTEDH de 22 de noviembre de 2011, caso Lacadena Calero c. España ; 20 marzo 2012, caso Francisco Contreras c. España ; o 27 de noviembre de 2012, caso Vilanova Goterris c. España .

Así pues, y por todo lo expuesto, tanto desde la perspectiva sustantiva como procesal, ha de rechazarse la estimación del motivo del recurso.

RECURSO INTERPUESTO POR EL AYUNTAMIENTO DE SANTA MARIA DE PALAUTERDERA

SEXTO.- El motivo primero al amparo del artículo 5.4 LOPJ , y del artículo 852 LECrim , por infracción del artículo 18.1 CE , por entender vulnerado un derecho a la intimidad personal y familiar.

Sostiene el recurrente que de las actuaciones y prueba practicada se deriva que Maximo nombrado en fecha 2 julio 2009, funcionario en prácticas de la Policía Local de Santa María de Palautordera, aprovechándose de la amistad con Mossos d'Esquadra, guardias civiles y policía, obtenía para terceros, y a cambio de dinero datos relativos a la situación laboral, antecedentes penales, información financiera y expedientes administrativos.

En base a ello, y en relación al delito de descubrimiento y revelación de secretos, examina las declaraciones prestadas por diferentes testigos, entre ellos los agentes del Cuerpo Nacional de Policía TIP NUM010 , NUM009 y NUM011 y hace constar el interrogatorio al que hubiera sometido a Maximo si éste no se hubiera acogido a su derecho a no declarar.

El motivo carece de fundamento y debe ser desestimado.

En primer lugar, la infracción que se dice cometida del derecho a la intimidad personal y familiar habría que referirla a la de los titulares de los datos que se dicen revelados y éstos, como ya se ha indicado en el análisis de recursos del Ministerio Fiscal, han manifestado no sentirse perjudicados.

Y, en segundo lugar, si lo que se cuestiona la valoración probatoria llevada a cabo por el tribunal de instancia, las acusaciones tratándose de sentencias absolutorias, no pueden alegar que, si la falta de prueba ha de concluir a la absolución, la existencia de una actividad probatoria de cargo, practicada legalmente ha de llevar a la condena.

Por ello en SSTS 1377/2011 de 23 diciembre y 10/2012 de 18 enero , hemos dicho que sólo el imputado tiene derecho a la presunción de inocencia, este derecho no lo tiene la parte acusadora, no hay-por decirlo prácticamente-un derecho la presunción de inocencia invertida a favor, de la acusación (SSTS 390/2003 de 18 marzo , 1532/2004 de 22 diciembre , SSTC 141/2006 y 176/2006).

Esta Sala ha dicho también (STS 4-3-2004 , 17-5-2007) que la presunción de inocencia invertida que autorizaría al tribunal de casación a suplantar la falta de convicción condenatoria del tribunal de instancia, no se recoge en nuestra Constitución, pues siendo la sentencia absolutoria se fundamenta previamente en el derecho fundamental a la presunción de inocencia la acusación no puede invocar dicho derecho constitucional en perjuicio del reo para obtener una nueva valoración probatoria en sentido condenatorio".

La STS 14-4-2008 insistía en: La protección constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva no otorga un derecho a la condena del imputado. Está fuera de dudas -decíamos en las SSTS 2586/2007, de 24 de abril y



1024/2007, 30 de noviembre - la capacidad de impugnación que asiste a la parte acusadora para reaccionar frente a una sentencia absolutoria que no acoja la pretensión formulada. El derecho a la tutela judicial efectiva extiende su ámbito de protección a todas las partes en el proceso. Sin embargo, cuando lo que se pretende es la revocación de un pronunciamiento absolutorio, esgrimir el derecho a la presunción de inocencia supone una verdadera alteración funcional de su genuina dimensión constitucional. Dicho en palabras de la STS 1257/2000, 14 de julio -ratificadas por la STS 372/2002, 28 de febrero -, darle la vuelta al principio de presunción de inocencia e invocarlo como un derecho fundamental de carácter abstracto e impersonal, que se esgrime ante resoluciones absolutorias o simplemente desfavorables a las que pretensiones de la acusación, rompe los esquemas del modelo constitucional y pretende extender, más allá de su ámbito estricto, un derecho fundamental que sólo puede tener virtualidad concebido desde la perspectiva procesal de la persona individual y física a la que se le imputa la comisión de un hecho delictivo.

También la jurisprudencia constitucional ha tenido ocasión de reafirmar tal entendimiento del derecho a la presunción de inocencia. En efecto, como razonaba la STC 141/2006, 8 de mayo, "el derecho a la presunción de inocencia es quizá la principal manifestación constitucional de la especial necesidad de proteger a la persona frente a una reacción estatal sancionadora injustificada. Este derecho "sirve de base a todo el procedimiento criminal y condiciona su estructura (STC 56/1982, de 26 de julio), constituyendo "uno de los principios cardinales del Derecho penal contemporáneo, en sus facetas sustantiva y formal" (SSTC 138/1992, de 13 de octubre ; 133/1995, de 25 de septiembre), por cuanto beneficia únicamente al acusado y le otorga toda una serie de garantías específicas en cada estadio de desarrollo del proceso" (STS 41/1007, de 10 de marzo). Entre otros contenidos este derecho supone que "toda Sentencia condenatoria debe estar sustentada en pruebas de cargo válidas, validez que implica no sólo la conformidad de las mismas a la propia Constitución" (STC 11/1999, de 14 de junio (...) Al igual que no existe "un principio de legalidad invertido", que otorgue al acusador un derecho a la condena penal cuando concurren sus presupuestos legales (STC 41/1997 , F.4), "tampoco existe una especie de "derecho a la presunción de inocencia invertido", de titularidad del acusador, que exija la constatación de una conducta delictiva cuando la misma sea la consecuencia más razonable de las pruebas practicadas" (STC 141/2006 , F. 3) o que demande la nulidad del relato fáctico de signo absolutorio porque el mismo sea consecuente a una valoración judicial carente de intermediación. Que el debate procesal deba desarrollarse en condiciones de igualdad, de modo que todos los intervinientes tengan plena capacidad de alegación y prueba (SSTC 138/1999, de 22 de julio F4 ; 178/2001, de 17 de septiembre , F.3), y que por ello tanto acusador como acusado ostenten esta misma garantía, no comporta, en fin, por lo ya señalado, que sean iguales en garantías, pues si son iguales los intereses que arriesgan en el proceso penal ni el mismo es prioritariamente un mecanismo de solución de un conflicto entre ambos, sino un mecanismo para la administración del ius puniendi del Estado, en el que "el ejercicio de la potestad punitiva constituye el objeto mismo del proceso" (SSTC 41/1997, F.5 ; 285/2005, de 7 de noviembre F.4).

En el caso actual el recurrente pretende una valoración de toda prueba en perjuicio del acusado absuelto cuando la Sala de instancia ha tomado en consideración para fijar los hechos probados, además de pruebas documentales como el registro de detectives (folio 204 a 208 anexo I anotación 598), reconocimiento de deuda entre Maximo y Saturnino (hecho probado a) y pericial: informe del inspector señor Marcelino ratificado por el perito de los MMEE NUM011 , jefe de unidad de auditores, las declaraciones testimoniales, conversaciones telefónicas y mensajes SMS de las personas intervinientes en los hechos, y que se relacionan en los hechos probados, llegando conforme a ellos, a un pronunciamiento absolutorio respecto de los delitos que se imputaban a este acusado, y ya hemos indicado más arriba la imposibilidad de revocación de sentencias absolutorias en vía de recurso de casación cuando sea necesario realizar una revaloración de pruebas personales que precisan de la intermediación, no viable en esta sede casacional.

SEPTIMO.- El motivo segundo por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.2 LECrim , por error en la apreciación de la prueba.

Considera el recurrente que de los hechos probados se desprende la comisión de un delito previsto en el artículo 197.1 CP , habiendo la sentencia dejado de valorar una parte importante de la prueba. Examina el requisito de procedibilidad del artículo 201 CP , y la posible existencia de una pluralidad de personas afectadas como la concurrencia de perjuicio de terceros.

Refiere el interrogatorio a que hubieras sometido a Maximo en el que se le hubiera preguntado por el contenido de diferentes folios que señala.

Igualmente, los testimonios de los funcionarios del CNP números NUM012 y NUM013 firmante del informe Patrimonial 6109 de Maximo obrante al folio 68; y el informe 18/2013 GIF (RE 24/13), aportado a las actuaciones por el Ministerio Fiscal en el acto del juicio respecto del volcado de la información del Smartphone Blackberry propiedad de Maximo y de los que se refiere en los folios 194,199 y 212.



El motivo deviene improsperable,

En efecto retomando la doctrina jurisprudencial expuesta al analizar el motivo del recurso del Ministerio Fiscal en relación a la posibilidad de revocación de sentencias absolutorias y la conclusión de que desde la perspectiva procesal de la técnica casacional, el motivo adecuado para su impugnación interesando el dictado de una segunda sentencia condenatoria y el de infracción de Ley para el artículo 849.1 LECrim , hemos señalado, por ejemplo SSTS 892/2016 de 25 noviembre , 641/2017 de 28 septiembre , cuando la infracción de ley hecha valer por el recurrente invoque como cobertura el apartado 2º del art. 849 de la LECrim , es decir, cuando se atribuya a la sentencia de instancia que ha absuelto al acusado un error en la valoración de la prueba, la cuestión plantea otros problemas.

Es cierto que la posibilidad de rectificar el hecho probado con modificaciones, adiciones o supresiones que tengan por fundamento algunos de los documentos que obren en la causa y que "...demuestren la equivocación del juzgador", tiene una larga tradición en nuestro recurso de casación penal (desde 1933), aunque no figurase en su diseño legislativo inicial. Pero esta vía impugnativa exige necesariamente, conforme al inciso final del art. 849.2 de la LECrim que los documentos invocados no resulten "...contradichos por otros elementos probatorios".

Este requisito legal implica que el Tribunal de casación no puede estimar el motivo sin contrastar el documento con el resultado de otros elementos probatorios, como son las pruebas personales practicadas en el plenario, incluida la declaración del propio acusado, para comprobar y valorar si el documento entra, o no, en contradicción con ellas.

Esta valoración conjunta, o contrastada vulnera la prohibición consolidada en la jurisprudencia constitucional y del TEDH de valoración en casación de pruebas personales en contra del reo, por lo que el cauce casacional del art 849 2º de la LECrim , no es utilizable en estos supuestos si lo que se pretende es que el Tribunal casacional dicte una nueva sentencia condenatoria, que solo podrá obtenerse por el cauce específico de la infracción de ley propiamente dicha, del núm. primero del art 849 de la LECrim .

Todo ello con independencia de los supuestos en los que se pretenda denunciar una interpretación absolutamente arbitraria de la prueba, como vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, para obtener la nulidad de la sentencia, lo que analizaremos separadamente en el motivo casacional específicamente encauzado a través de la infracción de este derecho constitucional.

Y ello porque sólo en aquellos casos en los que la valoración probatoria asumida en la instancia resulte absolutamente arbitraria, ajena a las máximas de experiencia, las reglas de la lógica y alejada del canon constitucional de valoración racional de la prueba, el pronunciamiento absolutorio podrá ser impugnado con fundamento en el derecho a la tutela judicial efectiva, logrando así el reconocimiento de la vulneración de un derecho constitucional y la reparación adecuada mediante la anulación del pronunciamiento absolutorio.

Pero esta solución implica la invocación del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, dado que la estimación de un motivo casacional encauzado por el art 849 2º de la LECrim , como motivo por infracción de ley, no conduce a la devolución de la causa al Tribunal de Instancia, sino al dictado de segunda sentencia (art 902 LECrim).

En definitiva, y como conclusión: el único motivo adecuado para la impugnación de sentencias absolutorias interesando que se dicte una segunda sentencia condenatoria es el de infracción de ley pura del núm. 1º del art 849 de la LECrim . El cauce del art 849 2º de la LECrim no es utilizable porque esta vía impugnativa exige que los documentos invocados no resulten contradichos por otros elementos probatorios, y esta valoración conjunta vulnera la prohibición de valoración en casación de pruebas personales en contra del reo. Cuando la valoración probatoria resulte absolutamente arbitraria, el pronunciamiento absolutorio podrá ser impugnado para intentar su anulación. Pero solo a través de la invocación del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, porque la estimación de un motivo por el art 849 2º de la LECrim no conduce a la devolución de la causa al Tribunal de Instancia, sino al dictado de segunda sentencia (art 902 LECrim).

Una segunda razón refuerza la imposibilidad de la modificación del relato fáctico interesada por la parte recurrente. La doctrina de esta sala (SSTS 209/2012 de 23 marzo , 128/2013 de 28 febrero , entre otras muchas) considera que para que quepa estimar que ha habido infracción de Ley por haber concurrido error en la apreciación de la prueba en los términos prevenidos en el artículo 849.2 LECrim , es necesario que concurren los siguientes requisitos:

- 1º) Que haya en los autos una verdadera prueba documental y no de otra clase (testifical, pericial, confesión), es decir que sea un documento propiamente dicho el que acredite el dato de hecho contrario a aquello que ha fijado como probado la Audiencia, y no una prueba de otra clase, por más que esté documentada en la causa;
- 2º) Que este documento acredite la equivocación del Juzgador, esto es, que en los hechos probados de la



Sentencia recurrida aparezca como tal un elemento fáctico en contradicción con aquello que el documento, por su propia condición y contenido, es capaz de acreditar; 3º) Que, a su vez, ese dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba determinada sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto, el Tribunal, que conoció de la causa en la instancia, habiendo presidido la práctica de todas ellas, y habiendo escuchado las alegaciones de las partes, tiene facultades para, sopesando unas y otras, apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el art. 741 de la LECrim . ; 4º) Por último, es necesario que el dato de hecho contradictorio así acreditado sea importante, en cuanto que tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos que carezcan de tal virtualidad, el motivo no puede prosperar, porque, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos, de hecho o de derecho, que no tienen aptitud para modificarlo.

La finalidad del motivo previsto en el art. 849.2 LECrim , consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la incorporación de datos incontrovertibles acreditados mediante pruebas auténticamente documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que prueben directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia, que para que pueda prosperar el motivo debe afectar a extremos jurídicamente relevantes, y siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contrario.

En el caso actual, no concurren los referidos requisitos, exigibles con carácter general para que pueda prosperar un motivo casacional por el art 849 2º de la LECrim .

En efecto, como acertadamente señala el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación del motivo, el recurrente no se refiere a documento alguno que pueda considerarse literosuficiente o con valor casacional en el sentido anteriormente expuesto. Así y con relación al interrogatorio al que hubiera sometido al acusado Maximo en relación con determinados particulares que aparecen en transcripciones de ciertas conversaciones telefónicas, en modo alguno podría tener tal consideración. Nos encontraríamos ante una prueba eminentemente personal que no se alteraría ni aun poniéndola en relación con el contenido de determinadas manifestaciones que aparecen transcritas en los citados folios y que, como expresa el propio recurrente, tenían la finalidad de que aquel explicara determinados aspectos de ellas. En todo caso, la consideración en sí mismos de los referidos folios tampoco podría considerarse como un a prueba documental sino como una prueba personal documentada. Y lo mismo cabría señalar del testimonio del TIP NUM010 .

Respecto del informe emitido por el TIP NUM009 , es un escrito destinado a analizar el material intervenido por el Grupo II de Blanqueo de Capitales de la BPPJ de Barcelona y la Unidad Territorial de Seguridad Privada de Barcelona en el curso de la investigación por los delitos a los que se refieren las presentes actuaciones y que forma parte del atestado policial remitido al Juzgado instructor. Este pretendido "documento " carecería de la necesaria literosuficiencia, de autonomía probatoria propia, pues su contenido no tendría capacidad demostrativa autónoma sin necesidad de acudir a conjeturas o argumentaciones ni precisar adición de otras pruebas. Nos encontraríamos, pues, igualmente ante una prueba personal que no perdería esta condición por estar documentada.

Y lo mismo cabe señalar de respecto del volcado de la información o mensajes del teléfono móvil de Maximo en cuanto tales "pantallazos" no son propiamente documentos a efectos casacionales. Se tratan igualmente de pruebas personales que ha sido documentada a posteriori para su incorporación a la causa que no adquieren de forma sobrevenida el carácter de documento para respaldar una impugnación casacional. Así lo señala la STS 300/2015 de fecha 19 de mayo de 2015 en referencia a otras anteriores (por todas, SSTS 956/2013 de 17 diciembre ; 1024/2007 , 1157/2000, 18 de julio y 942/2000, 2 de junio).

OCTAVO.- El motivo tercero por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 LECrim , por indebida inaplicación de los artículos 28 y 419 CP .

Considera el recurrente que la sentencia de instancia recoge el cobro por parte de Maximo de 920 € por lo que debió haber sido condenado, sólo por ello, por delito de cohecho y hace referencia los folios relativos a informes de la UDEF y transcripciones de conversaciones telefónicas y acreditarían de la misma manera el cobro por aquel de otras cantidades de dinero de las empresas Kemit SL, y Mutua Activa.

El motivo se ha articulado por la vía del artículo 849.1 LECrim , que como se dice en SSTS 589/2010 del 24 junio , 817/2017 de 13 diciembre , 152/2018 del 2 abril , obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos sólo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados que han de ser los fijados al efecto por el Tribunal de instancia, salvo que hayan sido corregidos previamente por estimación de algún motivo fundado en el Art. 849.2 LECrim . -error en la apreciación de la prueba- o en el art. 852 LECrim , -vulneración del derecho a la presunción de inocencia-.



En efecto, como se dice en la STS 121/2018 de 26 de febrero, el recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECrim, ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que, a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

Por ello, con harta reiteración en la práctica procesal, al hacer uso del recurso de casación basado en el art. 849.1 LECrim, se manifiesta el vicio o corruptela de no respetar el recurrente los hechos probados, proclamados por la convicción psicológica de la Sala de instancia, interpretando soberana y jurisdiccionalmente las pruebas, más que modificándolos radicalmente en su integridad, alterando su contenido parcialmente, lo condicionan o desvían su recto sentido con hermenéutica subjetiva e interesada, o interpolarse frases, alterando, modificando, sumando o restando a la narración fáctica extremos que no contiene o expresan intenciones inexistentes o deducen consecuencias que de consumo tratan de desvirtuar la premisa mayor o fundamental de la resolución que ha de calificarse técnicamente en su tipicidad o atipicidad y que necesita de la indudable sumisión de las partes.

En definitiva, no puede darse una versión de los hechos en abierta discordancia e incongruencia con lo afirmado en los mismos, olvidando que los motivos acogidos al art. 849.1 LECrim, han de respetar fiel e inexcusablemente los hechos que como probados se consignan en la sentencia recurrida.

NOVENO.- En el caso presente en los hechos probados se recoge expresamente algunos pagos realizados por Belinda a Maximo. Uno concreto 150 E (apartado 2 d) hechos probados), 80 € (apartado 3 c), y una cantidad no determinada, (apartado 4 g). Si bien en la fundamentación jurídica (fundamento derecho quinto d) concreta un total de 920 E.

El recurrente pretende incardinar tal conducta en el delito de cohecho del artículo 419 CP, que sanciona "a la autoridad o funcionario público que en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptase ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar, incurriría en la pena... sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado, omitido o retrasado en razón de la retribución o promesa, si fuera constitutivo de delito.

Pues bien, el delito de cohecho protege ante todo el prestigio y eficacia de la Administración pública garantizando la probidad e imparcialidad de los funcionarios y asimismo la eficacia del servicio público encomendado a estos. Se trata de un delito con el que se trata de asegurar no sólo la rectitud y eficacia de la función pública, sino también garantizar la incolumidad del prestigio de esta función y de los funcionarios que la desempeñan, a quienes hay que mantener a salvo de cualquier injusta sospecha de actuación venal (SSTS 1618/2005 de 22 diciembre, 1076/2006 de 27 octubre, 186/2012 del 14 marzo).

Por tanto, para su comisión requiere:

- 1º el ejercicio de funciones públicas por parte del sujeto activo.
- 2º el recibimiento o aceptación por su parte de dádivas o regalos o su promesa.
- 3º la realización de un acto o conducta contraria a los correspondientes a su cargo.
- 4º la conexión causal entre la solicitud o la entrega de esa dádiva o regalo uo su promesa y la conducta desarrollada por el funcionario.

En el caso presente no se recoge que Maximo u otra persona en su nombre interesará o recibiera aquellas cantidades por parte de aquellos a quienes trasmitía tal información contraria a los deberes propios de su cargo. Por el contrario en el fundamento de derecho quinto razona con respecto a Maximo las pequeñas cantidades percibidas (920 euros), lo son por el traspaso de clientes o por la colaboración en la información -inherente al oficio de detective- pero, tal como hemos expuesto, el Ministerio Fiscal no acusó por el delito del art. 441 CP (actividades prohibidas a los funcionarios públicos), los peticionarios (Belinda y Casimiro), no ofrecieron dádiva a cambio de un privilegio o beneficio, no hay perjuicio a la administración, sino que la primera le consultó datos como venía haciendo cuando era detective y él se los ofreció. Datos, a los que hubiese podido acceder ella misma a través de la página de la DGT o rellenando, el impreso de la tasa (mod.4)



por ser profesional. Esa subcontratación, delegación de funciones, ese trasvase de clientes en el caso de Casimiro , o incluso esa posibilidad de que se dedicase puntualmente a su antigua actividad, o no la hubiese dejado nunca, podría ser tributaria de un expediente sancionador, o del delito previsto en el art. 441 CP ., antes referido por el que no se acusó, pero no es incardinable en el delito de cohecho. Para el resto de hechos, no hay perjuicio de tercero, requisito que es exigible en el tipo penal también para los funcionarios, y tampoco hay afectación de intereses generales, por lo que procede la libre absolución del Sr. Maximo .

DECIMO.- De conformidad con el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deben imponerse al recurrente las costas derivadas del recurso, Ayuntamiento de Santa Maria de Palautordera; se declaran de oficio las costas del recurso del Ministerio Fiscal.

FALLO

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

Desestimar los recursos de casación interpuestos por **EL MINISTERIO FISCAL y AYUNTAMIENTO DE SANTA MARÍA DE PALAUTORDERA**, actuando como **Acusación Particular**, contra la sentencia dictada por la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, con fecha 12 de julio de 2.017 .

Imponer las costas al recurrente.

Comuníquese dicha resolución, a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Andres Martinez Arrieta D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Antonio del Moral Garcia D. Andres Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet