



Roj: **STS 2826/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2826**

Id Cendoj: **28079120012017100557**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/07/2017**

Nº de Recurso: **56/2017**

Nº de Resolución: **557/2017**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 13 de julio de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 56/2017, interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de la Sección Primera de la **Sala de lo Penal** de la Audiencia Nacional, de fecha 16 de diciembre de 2016. Ha sido parte recurrida D. Juan Enrique representado por el procurador D. Juan Luis Cárdenas Porrás bajo la dirección letrada de Dª Olga López Lago; D. Bruno representado por la Procuradora Dª Rosa García Bardón bajo la dirección letrada de D. José Ramón García García; D. Fausto representado por la Procuradora Dª Angustias del Barrio León bajo la dirección letrada Vicente Javier García Linares; D. Justiniano representado por el Procurador D. Javier Zabala Falcó bajo la dirección letrada de D Santiago Arteche Gutiérrez; D. Samuel representado por el Procurador D. José Enrique Ríos Fernández bajo la dirección letrada de Dª Montserrat Suárez Abad; D. Luis Miguel representado por la Procuradora Dª María Almudena Fernández Sánchez bajo la dirección letrada de D. Rubén Lois Pérez; D. Avelino representado por el Procurador D. Javier Fernández Estrada bajo la dirección letrada de D. Gonzalo Boye Tuset y Evelio representado por la procuradora Dª Valentina López Valero bajo la dirección letrada de D. Rafael Pardo Correcher.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción número 4 instruyó Procedimiento Abreviado 131/2011, por delitos de revelación de secretos, cohecho y tráfico de influencias contra Bruno, Justiniano, Fausto, Evelio, Luis Miguel, Samuel, Juan Enrique, y Avelino contra, y lo remitió a la de la Sala de lo Penal, de la Audiencia Nacional cuya Sección Primera dictó en el Rollo de Sala 8/2016 sentencia en fecha 16 de diciembre de 2016 con los siguientes hechos probados:

«Previamente hemos de señalar que los mismos, se exponen en orden a la participación de los acusados en los que se dirán, habida cuenta que además de ser varios los enjuiciados, esta situación obedece a la intervención en hechos diferenciados.

Consideramos probado y así se declara:

Que durante los años 2011 y 2012 Bruno desempeñaba el cargo de Comisario del Cuerpo Nacional de Policía con destino en la Comisaría del Puente de Vallecas, en la que durante el mes de Junio, días 9 y 13 de 2.011, por parte del acusado Avelino, se formularon denuncias por amenazas recibidas hacia su persona por quienes le imputaban haber participado en un atraco de un furgón en las proximidades de Guadalajara.

Tales denuncias dieron origen a diligencias policiales de investigación de las que fue instructor el miembro del C.N.P. Sebastián, y las que fueron judicializadas celebrándose en su día juicio oral en el que participó como testigo.

En el marco de la denuncia que da origen a tales diligencias, la víctima citada puso en conocimiento de la policía, en el mes de Febrero de 2.012, diversos datos personales, para el esclarecimiento de los partícipes



en los hechos denunciado, y así comunicó la posible intervención de Pedro Jesús persona de la que aportó además el dato de residir en Majadahonda.

Practicada la investigación correspondiente se comprobó que dicha persona residía en Palencia, lo que motivó que se descartara su posible participación, lo que se comunicó a la víctima por parte de Bruno .

Asimismo la citada víctima traslado a la policía diversa información sobre posibles autores de las amenazas, facilitando diversos teléfonos, los que fueron investigados por la fuerza policial, e informado a la víctima de sus averiguaciones, sin resultado positivo.

En el mes de Marzo de 2.012 Avelino se comunicó con el presente acusado solicitándole, en nombre de su hermana Sofía , información sobre un hecho constitutivo de violencia doméstica sufrido por esta en la localidad de Torremolinos (Málaga), la que había acudido a su hermano pidiendo ayuda dada su falta de conocimiento sobre lo debería hacer.

El acusado a través de las bases de datos policiales obtiene información sobre el hecho denunciado y las alegaciones del presunto agresor, así como del resultado de la actuación policial que derivó hacia un juicio rápido, sin que haya constancia de haber remitido copia de la declaración del denunciado por fax al coacusado Avelino .

A finales de Mayo de 2.012 Avelino mantiene una conversación con Bruno , manifestándole que tiene un primo con un Bar en Coslada denominado El Pirata, y que había solicitado una licencia de terraza en el Ayuntamiento, y que no se la han dado aún, pidiendo información sobre su estado. Bruno pone en contacto a Avelino con el coacusado Juan Enrique amigo suyo, que trabaja en el Ayuntamiento de Coslada, quien se informa de la situación y la comunica, no constando otra gestión por parte de Juan Enrique mas allá de la mera información sobre el expediente.

Como consecuencia de esta relación y dada la condición de Avelino de ser miembro relevante de la comunidad china en esta Comunidad Autónoma, mantienen diversos contactos con los mismos, generando una amistad, nacida además del interés policial, en orden a la obtención de información precisa para la seguridad y vigilancia de este colectivo, lo que lleva a Avelino a invitar a ver el futbol a este acusado, lo que no es aceptado por este.

No ha quedado acreditado la recepción de regalo o dádiva por parte de este acusado entregado por Avelino o su entorno.

El acusado Justiniano , en las fechas indicadas era miembro del C.N.P. con destino en la Brigada Local de Extranjería y documentación de la Comisaría de Policía de Fuenlabrada.

Como consecuencia de su trabajo, se relacionaba con ciudadanos chinos, y ante el hecho que conoce por razón de denuncias de estos, de haberse producido extorsiones a comerciantes chinos por parte de individuos que se hacían pasar por policías, a instancia de Jacinta esposa de acusado en causa principal, realiza diversas gestiones de investigación sobre teléfonos que le son facilitados por esta, sin resultado positivo que conste ni denuncia por intromisión por parte de los titulares de los mismos.

Encarga a una funcionaria de su departamento llamada Sandra que informe a una familia china sobre trámites de residencia, realizando dicha funcionaria tal información, sin que conste haber facilitado dato alguno más allá de lo pedido.

No ha quedado acreditada la recepción de regalo o dádiva por su parte entregado por Avelino .

En cuanto al acusado Fausto , ha quedado acreditada su relación personal en grado elevado con el coacusado Avelino , y su relación asimismo con las asociaciones chinas de comerciantes y bazares, manteniendo contactos incluso lúdicos como es jugar al ping-pon con el citado Avelino y con la asistencia a eventos y reuniones de tales asociaciones, incluso siendo invitado a la boda del Secretario General de una de ellas Sr. Jose Ramón , asimismo los hijos del acusado Fausto estudian en un Colegio chino.

Este acusado formó parte de una sociedad denominada Pink City Import S.L, junto con los ciudadanos indios Alfonso y Isabel , sus únicos socios, que son los encargados de la administración de hecho y derecho de la misma, la que tiene como finalidad el comercio de mercaderías al por mayor.

Tal entidad adquirió una nave a la entidad Litle&Yongping S.L. de la que es parte Avelino en la forma y precio fijados en la escritura de compraventa, sin que conste acreditado sobreprecio alguno.

Por este acusado ante los riesgos de seguridad de los comerciantes chinos, se propuso a Avelino la posibilidad de concertar pólizas de seguros, para lo que contactó con su amigo Felix , quien no realizó propuesta alguna ante la dificultad del colectivo.



Respecto del acusado Evelio , la gestión sobre información de trámite solicitada para la cuñada de Avelino llamada María Antonieta , fue derivada al funcionario correspondiente.

En su cualidad de jefe de la brigada provincial de extranjería de la Comunidad de Madrid, realizaba por ello funciones de información, vigilancia y seguridad de los ciudadanos chinos ubicados en tal demarcación. Función en la que sustituyó, en parte al miembro del C.N.P. Norberto , y simultaneo en parte tras tomar posesión de su cargo.

Fue invitado a presenciar partidos de futbol junto con Norberto y a través de este, acudiendo a los partidos de futbol correspondientes cuando asistía Avelino , que consideraba un colaborador informante.

Por su cargo tenía acceso a pases gratuitos para ver partidos de fútbol en el Estadio Santiago Bernabéu.

Por su parte en cuanto al coacusado Luis Miguel , era miembro del C.N.P. destinado en la brigada de extranjería, manteniendo contactos profesionales sobre información, vigilancia y seguridad con ciudadanos de la comunidad china.

Con ocasión de la detención en un hotel de Madrid del ciudadano chino Marco Antonio , tras llamada de Avelino que hacía de intermediario del detenido y a instancia de la familia y personas cercanas al mismo como Esteban , por desconocer el idioma español, averiguando la razón de la detención, que era derivada de una búsqueda y captura de Juzgado de Alicante, contestándole de la necesidad de tener un abogado.

Fundo la entidad Plaza de Oriente Asurances Correduría de Seguros S.L. con un ciudadano español llamado Leopoldo y la esposa de Avelino , no teniendo el acusado facultades de administración de hecho y derecho.

Ha percibido ingresos en los años 2.012 y 2.013 declarados a Hacienda como consecuencia de la obtención de clientes para diversas aseguradoras, las que abonan al acusado sus ingresos, sin que tengan el carácter de beneficios sociales.

Por lo que respecta al acusado Samuel , cabe decir que en el momento de los hechos era miembro de la Policía Local de Fuenlabrada con dedicación exclusiva a su función de liberado sindical, exento por tanto de actividad policial alguna.

La información sobre naves que comunico a Avelino era inventada sin que conste realidad alguna de la misma, a excepción de la información pública que consta en el tablón de anuncios del citado Ayuntamiento.

No solicito un acceso al estado Vicente Calderón para ver partido de futbol, sino que se le indicara quien le podía ceder su abono, ya que dichos abonos son transferibles.

Juan Enrique , realizaba labores de jefe de prensa en el Ayuntamiento de Coslada, encargándose de la comunicación interior y exterior del mismo.

Como consecuencia de llamada del también acusado Bruno , con quien había compartido la gestión de una escuela y club de futbol, recibió llamada de Avelino , que le solicitaba información sobre una licencia de terraza tramitada por el Ayuntamiento de Coslada para el Bar El Pirata regentado por un familiar de este último.

Averiguó que el expediente de licencia de terraza, se había tramitado paralelamente pero separado al de licencia de actividad, y se había emitido en este último por la técnico de sanidad Sra. Clara , informe favorable por subsanación de deficiencias en 16 de Mayo, siendo aprobada la licencia en 1 de Junio para el local y en 28 de Mayo para la terraza, por razones de agenda de la Concejala Delegada Sra. Matilde .

Que el acusado fue invitado por Avelino a presenciar una corrida de toros en Madrid, en Junio de 2.012, llamando aquel a este para darle las gracias, teniendo el acusado que nos ocupa abono para los festejos de la Feria de San Isidro.

Avelino . Este acusado mantiene con miembros de la Policía Nacional relacionados con el área de extranjería relaciones que generan situaciones de amistad de muy diverso grado llegando a la amistad de carácter íntimo, con las que se comunica frecuentemente y es conocido por el apelativo de " Culebras " .

La relevancia de este tipo de relación aparece como mutua en provecho de ambos, con intercambio de información y con la debida atención a cuestiones de vigilancia y seguridad propias de la policía tras las denuncias practicadas.

Asimismo y en relación con los miembros de su familia y comunidad, aparece como un interlocutor, no en base exclusiva a sus conocimientos personales, sino a sus conocimientos del idioma, encargándole familiares propios y ajenos, la gestión de mera información, la cual en su caso habría podido ser obtenida en su mayor parte desde las Web oficiales.



Este acusado realiza las llamadas y solicita las gestiones antes indicadas, derivadas de su propia seguridad, del interés de su familia y allegados, sin que conste regalo o dádiva por su parte a excepción del mero agradecimiento sin otro fundamento, en la invitación a Juan Enrique , para asistir a una corrida de toros».

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

Que debemos absolver y absolvemos a:

Bruno , de los delitos de revelación de secretos de carácter continuado; y de un delito de tráfico de influencias por los que venía siendo acusado.

Justiniano , de los delitos de Revelación de Secretos de carácter continuad; y de un delito de cohecho por los que venía siendo acusado.

Fausto , de un delito de cohecho, por el que venía siendo acusado.

Evelio , de un delito de cohecho de carácter continuado, y de un delito de revelación de secretos por los que venía siendo acusado.

Luis Miguel , de un delito de revelación de secretos de carácter continuado y de un delito de cohecho, por los que venía siendo acusado.

Samuel , de un delito de revelación de secretos de carácter continuado, de un delito de cohecho, y de un delito de tráfico de influencias de carácter continuado, por los que venía siendo acusado.

Juan Enrique , de un delito de cohecho, y de un delito de tráfico de influencias, por los que venía siendo acusado.

Avelino de un delito continuado de revelación de secretos como autor por inducción; de un delito continuado de cohecho, y de dos delitos de tráfico de influencias, siendo uno de ellos de carácter continuado, por los que venía siendo acusado.

Se declaran las costas de oficio.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, previa preparación del mismo ante este Tribunal en el plazo de los cinco días siguientes al de la última notificación».

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el Ministerio Fiscal 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.- El Ministerio Fiscal basa su recurso de casación en los siguientes motivos: PRIMERO.- Al amparo del art. 849-1º LECr ., por infracción por inaplicación de los arts. 197.2 y 198 C.P ., al acusado Bruno . SEGUNDO.- Al amparo del art. 849-1º LECr ., por infracción por inaplicación indebida el art. 197.2, en relación con el art. 28 a) y 65.3 C.P ., respecto al acusado Avelino .

QUINTO.- Instruidas las partes las representaciones legales de Avelino y de Bruno presentaron escritos de impugnación; el Ministerio Fiscal interesó se dé por instruido de los escritos de impugnación; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 20 de junio de 2017.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR. La Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional absolvió, en sentencia dictada el 16 de diciembre de 2016 , a los acusados:

Bruno , de un delito de revelación de secretos de carácter continuado y de un delito de tráfico de influencias por los que venía siendo acusado.

Justiniano , de un delito continuado de revelación de secretos y de un delito de cohecho por los que venía siendo acusado.

Fausto , de un delito de cohecho por el que venía siendo acusado.

Evelio , de un delito continuado de cohecho y de un delito de revelación de secretos por los que venía siendo acusado.



Luis Miguel , de un delito continuado de revelación de secretos y de un delito de cohecho, por los que venía siendo acusado.

Samuel , de un delito continuado de revelación de secretos, de un delito de cohecho y de un delito de tráfico de influencias de carácter continuado, por los que venía siendo acusado.

Juan Enrique , de un delito de cohecho y de un delito de tráfico de influencias, por los que venía siendo acusado.

Y Avelino de un delito continuado de revelación de secretos como autor por inducción, de un delito continuado de cohecho, y de dos delitos de tráfico de influencias, siendo uno de ellos de carácter continuado, por los que venía siendo acusado.

Interpuso recurso de casación el Ministerio Fiscal, formalizando dos motivos, oponiéndose al recurso las defensas de los acusados.

PRIMERO . 1. En el **motivo primero** del recurso invoca el Ministerio Fiscal, con sustento procesal en el art. 849.1 de la LECr ., la inaplicación indebida de los **arts. 197.2 y 198 C.Penal** al acusado Bruno .

Aduce el Ministerio Fiscal que la sentencia recurrida describe como hechos probados referidos al acusado Bruno , Comisario del Cuerpo Nacional de Policía en la Comisaría de Puente de Vallecas, que, como en el mes de marzo de 2012, el coacusado Avelino le solicitara, en nombre de su hermana Sofía , información sobre un hecho constitutivo de violencia doméstica sufrido por ésta en la localidad de Torremolinos (Málaga), el funcionario obtuvo, valiéndose de las bases de datos policiales, información sobre el hecho denunciado y las alegaciones del presunto agresor, así como de la actuación policial. La tramitación de la denuncia derivó hacia un juicio rápido, sin que haya constancia de que remitiera copia de la declaración del denunciado por fax a Avelino .

Pues bien, a pesar de declarar probados los hechos que se acaban de exponer, aduce el Ministerio Fiscal que el Tribunal absolvió a Bruno , frente a la tesis acusatoria de la Fiscalía, que le atribuye la autoría de un delito de revelación de secretos.

Considera el Ministerio Fiscal en su argumentación del recurso que los referidos hechos probados son constitutivos de un delito de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197.2, en relación con el art. 198 del Código Penal . Pues el art. 197.2 castiga, imponiendo las mismas penas que las previstas en el n° 1, al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro, que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. El art. 197.2 protege jurídicamente, como ha señalado la sentencia de 30 de diciembre de 2009 , 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 comporta el bien jurídico protegido.

Respecto al ámbito material de los datos protegidos, el Tribunal Constitucional ha señalado (STC 292/00) que no son sólo los datos íntimos, sino todos aquellos datos personales cuyo empleo por terceros pueda afectar negativamente a los derechos de su titular.

Alega el Ministerio Fiscal que el relato histórico de la sentencia contiene todos los elementos fácticos para subsumir en ellos el art. 197.2 y el art. 198 C. Penal , pues el agente es un Comisario del Cuerpo Nacional de Policía, lo que colma las exigencias del art. 198, y carece de la autorización legalmente establecida, accede a la base de datos de la Policía para obtener la información solicitada por Avelino sobre un hecho constitutivo de violencia doméstica acaecido en Torremolinos (Málaga), fuera de la demarcación policial del acusado, quien se apoderó y utilizó dicha información, consistente en el hecho denunciado, las alegaciones del presunto agresor y la actuación policial.

Exige, además, el tipo penal que la conducta delictiva se realice en un fichero o soporte informático donde estén los datos reservados de carácter personal, requisito que cumplimentan las bases de datos policiales utilizadas por el acusado.

Según el Ministerio Fiscal, resulta evidente que la información obtenida contiene datos reservados de carácter personal, como son todos los que se recogen en cualquier actuación policial, y, muy especialmente, la declaración del denunciado, cuyo conocimiento al margen de los trámites legalmente establecidos podría afectar su derecho de defensa.

Señala igualmente la acusación pública que el art. 197.1 del C. Penal requiere que el apoderamiento, utilización o modificación de los datos reservados se realicen "en perjuicio de tercero", no "con perjuicio". Esa actuación en perjuicio se interpreta como un elemento subjetivo del injusto junto al dolo, siendo necesario el ánimo de causar perjuicio, sin que se precise que se llegue a ocasionar.



En virtud de todo lo expuesto, es claro para el Ministerio Fiscal que la sentencia de instancia debe ser casada en este punto, dictándose otra más ajustada a Derecho, por la que se condene a Bruno , como autor de un delito del art. 197.2, en relación con el art. 198, a una pena de 3 años de prisión, 10 años de inhabilitación absoluta y multa de 22 meses, con una cuota diaria de 12 euros, con arresto sustitutorio, accesorias y costas.

2. La defensa del acusado **Bruno** formula como primera objeción al recurso del Ministerio Fiscal el hecho de que nos hallemos ante una sentencia absolutoria, afirmación que complementa con el argumento de que tanto la vía procesal de la infracción de ley utilizada por la acusación pública -que conlleva la intangibilidad de los hechos declarados probados en la instancia- como las deficiencias que se aprecian en la premisa fáctica de la sentencia impiden subsumir la conducta descrita por el Tribunal en el tipo penal imputado. Máxime si se ponderan las convicciones probatorias plasmadas por la Audiencia en la fundamentación de la sentencia recurrida.

Comenzando por el análisis del "factum" de la sentencia impugnada, que ha quedado consignado en el apartado anterior, su lectura permite comprobar que el Tribunal de instancia sólo especifica que el acusado Bruno , Comisario del Cuerpo Nacional de Policía en la Comisaría de Puente de Vallecas, para atender a la petición del coacusado Avelino de que le proporcionara información sobre el estado de las diligencias policiales relativas a una denuncia formulada por su hermana por un hecho constitutivo de violencia doméstica sufrido por ésta en la localidad de Torremolinos (Málaga), obtuvo, valiéndose de las bases de datos policiales, información sobre el hecho denunciado y las alegaciones del presunto agresor, así como de la actuación policial.

Pues bien, lo primero que se aprecia en la premisa fáctica de la sentencia es que ni siquiera se especifica qué base de datos utilizó el acusado para informarse del estado de las diligencias policiales tramitadas en Torremolinos en virtud de una denuncia de la hermana de Avelino contra su marido por una presunta acción de violencia de género. Esta falta de concreción es patente que impide conocer la vinculación del funcionario policial con una base de datos concreta y qué disponibilidad legal tenía con respecto a la misma.

En segundo lugar, y dejando a un lado el elemento objetivo, tampoco contiene referencia alguna la descripción fáctica de la sentencia sobre el sustrato fáctico del elemento subjetivo del tipo penal previsto en el art. 179.2, que es el que se le imputa al acusado en el escrito de recurso.

De otra parte, y centrándonos ya en la fundamentación de la sentencia, en el fundamento jurídico cuarto se dice con respecto a la calificación jurídica del hecho probado que constituye la base del recurso, sólo lo siguiente:

« Respecto de la información facilitada relativa al episodio de la violencia de genero contra la hermana de Avelino , dado el interés legítimo de este y su relación con la víctima, así como los datos facilitados recibidos oralmente y por escrito no contemplan la naturaleza de dato secreto, por corresponder a una denuncia que culminó en una actuación judicial.

Ello nos lleva a considerar que no concurren los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal correspondiente al delito de revelación de secretos, por lo que procede la no consideración de autor del mismo.

Es evidente que el acusado Bruno , hubiera podido documentar las gestiones realizadas de cara a sus superiores, lo que no hizo y ello pudiera conllevar una respuesta administrativa, pero en ningún caso penal ».

Por consiguiente, el Tribunal de instancia no sólo considera que no concurren los elementos objetivos del tipo penal, sino que también afirma que no se da tampoco el elemento subjetivo del tipo del art. 179.2 del C. Penal .

3. Vista la convicción probatoria del Tribunal sobre la inexistencia del elemento subjetivo del delito, la pretensión inculpativa de la acusación pública 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 de los delitos que los recurrentes les atribuyen a los acusados, 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 absoluta 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 testimoniales, 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 Terrizas 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 absoluta 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 .

4. Así las cosas, y centrados ya en el **caso concreto** examinado, una vez que se aprecian las lagunas anteriormente reseñadas en la narración fáctica de la sentencia de instancia sobre los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal imputado (art. 197.2), y también la convicción probatoria del Tribunal sentenciador de que no concurre el elemento subjetivo del delito, es claro que no cabe reconvertir en esta sede de casación la sentencia absoluta dictada por la Audiencia en otra condenatoria. Pues para ello habrían de cumplimentarse, tal como se ha advertido, las garantías probatorias que entrañan los principios de inmediación, contradicción y oralidad, única forma de alterar la declaración de hechos probados cuando ésta aparece sustentada en pruebas personales, como sucede en este caso.



En otro orden de cosas, es muy plausible que, vista la precariedad de datos apreciada en el "factum" de la sentencia recurrida y la pobreza argumental de motivación que aflora tanto en el aspecto probatorio como en el penal sustantivo, estemos ante un caso en el que el derecho a la tutela judicial efectiva desde la perspectiva de la motivación de las resoluciones judiciales sería quizás el cauce más adecuado para solventar el déficit explicativo que destila la resolución cuestionada. Sin embargo, no ha sido ése el cauce específico utilizado ni la vulneración invocada por la parte para impugnar la sentencia dictada en la instancia.

5. Por último, e hilando con lo anterior, sí conviene afirmar que en todo caso se está ante un supuesto en que se dan unas circunstancias singulares de las que no se desprende que, en lo que se refiere al supuesto fáctico objeto del recurso, concurra un **menoscabo sustancial del bien jurídico** que tutela la norma penal: 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, como se anticipó en su momento, una dimensión positiva de la intimidad que comporta el bien jurídico protegido.

Y se llega a esa conclusión porque la persona destinataria de la información obtenida por el funcionario policial acusado es la mujer que formuló la denuncia contra su esposo por un delito de violencia doméstica. Ello significa que, al formar la denunciante parte de la pareja, estaba al tanto de las intimididades relacionadas con la vida en común que hacía con el denunciado, y era ya de por sí conocedora de la intimidad personal y familiar. A esto debe sumarse que tenía derecho a personarse en el procedimiento que se incoó a partir de su denuncia policial, estando así legitimada para conocer cuál era la respuesta de su esposo. Y también tenía derecho a saber cuál fue el contenido, evolución y destino del atestado policial que se tramitó en virtud de su propia denuncia y de las informaciones que aportó sobre diversidad de datos de su vida marital.

Todo ello significa que tenía derecho a conocer los datos que se le aportaron por el funcionario acusado, para lo cual le bastaba con personarse en las dependencias policiales o en el juzgado como parte interesada directamente en las diligencias y legitimada para tomar conocimiento de su destino final y sobre cuál era su contenido procesal. Tanto es así que el propio Ministerio Fiscal en su escrito de recurso hace referencia a que el conocimiento que adquirió la denunciante al margen de los trámites legalmente establecidos podría afectar al derecho de defensa de su marido, dejando así a entrever que, más que al derecho a la intimidad como dimensión positiva de la autodeterminación informativa, la conducta enjuiciada menoscababa el derecho de defensa del denunciado. Sin embargo, este último derecho de su cónyuge no es el bien jurídico que tutela el art. 197.2 del C. Penal, a lo que ha de sumarse que la denunciante también tenía derecho a ejercitar el suyo con su simple personación en la causa, por hallarse sin duda legitimada para ello.

A este respecto, procede traer a colación con respecto al menoscabo del bien jurídico tutelado por el tipo penal del art. 197.2 del texto punitivo, lo argumentado en la sentencia de esta Sala 586/2016, de 4 de julio (argumentación que ha sido después reiterada en la STS 961/2016, de 20-12) sobre la antijuridicidad material exigible en la interpretación del delito previsto en el referido precepto penal.

Se argumenta sobre ese extremo en la referida sentencia 586/2016 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 poco tienen que ver, en lo que atañe a la lesividad del bien jurídico tutelado por la norma penal, con el que ahora nos ocupa, en el que una denunciante por un hecho delictivo de violencia doméstica consigue información de un funcionario policial sobre cuál ha sido la evolución del atestado policial y el destino final de la denuncia presentada en una comisaría diferente a aquella en que presta sus servicios el funcionario acusado.

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

SEGUNDO . 1. El **motivo segundo** lo centra la acusación pública en denunciar, al amparo del art. 849.1º LECr ., la inaplicación indebida el art. 197.2, en relación con los arts. 28 a) y 65.3 del C. Penal ., respecto al acusado Avelino .

Subraya el Ministerio Fiscal de nuevo en este segundo motivo que el Tribunal de instancia declaró probado que el acusado Avelino le solicitó para su hermana Sofía al coacusado Bruno , Comisario de Policía, información sobre un hecho de violencia doméstica sufrido por aquélla, información que, tal como ya se ha referido en el fundamento anterior, consiguió el funcionario Bruno acudiendo a las bases de datos policiales. En ellas obtuvo los datos relativos al hecho denunciado y a las alegaciones del presunto agresor, así como de la actuación policial practicada, que derivó en un juicio rápido.

Se queja la parte recurrente de que, a pesar de haber inducido Avelino a la comisión de un delito de revelación de secretos del que le acusó la Fiscalía, resultó absuelto en la sentencia que ahora se recurre.

La parte recurrente hace hincapié en la jurisprudencia de esta Sala sobre la participación por inducción: 1º) que la influencia del inductor ha de incidir sobre alguien que previamente no está decidido a cometer la infracción; 2º) que la incitación ha de ser intensa, de forma que motive suficientemente al inducido a la perpetración del hecho deseado; 3º) que se determine a un ejecutor determinado y a la comisión de un delito concreto; 4º) que el inducido realice, efectivamente, el tipo delictivo a que ha sido incitado; 5º) y que el inductor haya actuado con la doble intención de provocar la decisión criminal y que el crimen efectivamente se ejecute.

Considera el Ministerio Público que se halla fuera de toda duda que en el relato histórico de la sentencia recurrida se contienen todos estos elementos configuradores de la inducción. A tenor de lo cual, y como consecuencia de lo expuesto, entiende que debe casarse la sentencia recurrida y dictarse otra en la que se condene a Avelino como inductor de un delito de revelación de secretos del art. 197.2, a la pena de 2 años de prisión y multa de 18 meses, con una cuota diaria de 12 euros.

2. Los argumentos inculpativos que vierte la parte recurrente con respecto al segundo acusado, **Avelino** , al considerarlo partícipe por inducción de los hechos delictivos que le atribuye al primero, han quedado sin fundamento al haber excluido en el fundamento precedente que la conducta del acusado principal pueda subsumirse en el tipo penal del art. 179.2 del Código. Según ya se ha razonado no pueden considerarse probados los elementos objetivos y subjetivos integrantes de la autoría de ese delito contra la autodeterminación informativa (art. 18.4 CE). A partir de lo cual, ha de entenderse que si la conducta del autor



no resulta típica por las razones expuestas en su momento, no cabe colegir que la del inductor en este caso concreto sí lo sea.

En efecto, a los argumentos consignados en el fundamento anterior, de por sí ya holgadamente suficientes para refrendar la absolució n de este segundo acusado, ha de sumarse también que no aparece probado con respecto a su conducta que cuando le solicitó al funcionario policial que le informara del estado de la denuncia policial formulada por su hermana contra su marido por un delito de violencia doméstica, le especificara que lo hiciera acudiendo a la utilización de bases informáticas que estuvieran a su disposición, ni consta dato alguno de que la inducción concreta fuera en esa dirección y con tales circunstancias. La generalidad e indeterminación de la petición no descartaba, ni mucho menos, que el funcionario policial se enterara por una simple llamada telefónica a la comisaría de Torremolinos sobre cuál era el estado y el contenido de esa denuncia.

Siendo así, la propia conducta inductora carece de la especificidad propia de la comisión de un delito concreto centrado en el uso indebido de bases informáticas. Sin que en este caso, a tenor de los datos que figuran en los hechos probados y en la motivación de la sentencia recurrida, pueda hablarse de un caso de dolo eventual que cubriera el elemento subjetivo que se contempla en el doble dolo exigible en la participación por inducción.

Así las cosas, este segundo motivo del recurso resulta también inviable.

TERCERO . En consonancia con lo razonado en los apartados precedentes, se desestima el recurso de casación formulado por el Ministerio Fiscal, declarándose de oficio las costas las costas de esta instancia (art. 901 de la LECr .).

FALLO

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

1º. Desestimar el recurso de casación interpuesto por el **Ministerio Fiscal** contra la sentencia de la Audiencia Nacional, Sección Primera, de fecha 16 de diciembre de 2016 , dictada en la causa seguida por delito de descubrimiento y revelación de secretos extraídos de bases informáticas, sentencia en la que resultaron absueltos los acusados Bruno y Avelino . **2º Declarar de oficio las costas** devengadas en esta instancia. Comuníquese esta sentencia a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

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

Así se acuerda y firma.

Julian Sanchez Melgar Jose Ramon Soriano Soriano Alberto Jorge Barreiro Pablo Llarena Conde Joaquin Gimenez Garcia