



Roj: STS 3051/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3051
Id Cendoj: 28079120012016100564
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 74/2016
Nº de Resolución: 586/2016
Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO
Ponente: MANUEL MARCHENA GOMEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA

Sentencia Nº: 586/2016

RECURSO CASACION Nº : 74/2016

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial

Voto Particular

Fecha Sentencia : 04/07/2016

Ponente Excmo. Sr. D. : Manuel Marchena Gómez

Secretaría de Sala : Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Escrito por : MAJN

DESCUBRIMIENTO y REVELACIÓN DE SECRETOS, PROTECCIÓN DE DATOS: Juez condenado en la instancia como autor de un delito de del art. 197.2 del CP por haber remitido al servicio de inspección del CGPJ, en el marco de una información disciplinaria, la hoja histórico penal de una de las personas relacionada con esa denuncia. Se estima el recurso y se le absuelve por falta de tipicidad de los hechos y nula afectación del bien jurídico.

CONCEPTO DE FICHERO a efectos del art. 197.2 del CP . RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CESIÓN DE DATOS CON FINES

JURISDICCIONALES O NO JURISDICCIONALES AL CGPJ: el art. 236quinquies de la reciente reforma de la LOPJ admite la cesión de datos para fines jurisdiccionales o no jurisdiccionales. Y en ambos casos su cesión al

Consejo General del Poder Judicial está autorizada cuando este órganoactúa "...en el ejercicio de sus funciones de inspección y control" o "...en el ejercicio de las competencias que tenga(n) legalmente atribuidas". La transferencia de datos personales referidos a la hoja histórico-penal del denunciante tiene adecuado encaje en el régimen jurídico que disciplina la cesión de datos en el ámbito de la actividad judicial, ya se ejecute esa cesión con fines jurisdiccionales o no jurisdiccionales. Ni el Juez que solicitó el certificado, ni la Letrada de la Administración de Justicia que accedió con sus claves al Registro Central de Penados ni, por supuesto, el Consejo General del Poder Judicial que había incoado una información previa a través del Servicio de Inspección, pueden considerarse actores de una ilegítima injerencia en el derecho a la autodeterminación informativa que proclama el art. 18.4 de la CE y que tutela penalmente el art. 197.2 del CP . No se olvide que los apartados 1º y 2º del art. 236 sexies declaran responsables de los ficheros jurisdiccionales o no jurisdiccionales al órgano jurisdiccional u Oficina judicial ante el que se tramiten los procesos cuyos datos se incorporen al fichero. Y el apartado 3 del mismo precepto adjudica al Letrado de la Administración de Justicia la condición de responsable de seguridad a los efectos previstos en la legislación de protección de datos. Esta responsabilidad

no es sino confirmatoria de la que ya proclamara el párrafo 2º del art. 102.2 del Reglamento 1/2005, 15 de septiembre .

DOCTRINA DE LA SUBSUNCIÓN ALTERNATIVA DE CONDENA: los términos disyuntivos con los que el Tribunal Superior de Justicia ha proclamado el juicio histórico invitan a adentrarse de lleno en el debate dogmático acerca de la posibilidad de una subsunción alternativa de condena. Se alude así a aquellos supuestos en los que el órgano jurisdiccional tiene la plena certeza de que el acusado cometió uno de entre varios tipos penales o, como sucede en el presente caso, el Tribunal acoge en el relato fáctico una descripción basada en disyunciones, todas ellas conencaje en el mismo tipo penal. En este último caso, la alternatividad es impropia. La duda recae, no sobre el delito cometido, sino sobre cuál de los comportamientos imputados debe servir de base para configurar el tipo penal. La incertidumbre, en definitiva, gira en torno a qué modalidad de ejecución, entre las distintas posibles, ha tenido efectivamente lugar.

No faltan en la jurisprudencia de esta Sala precedentes que abordan, aunque con distinta terminología -determinación optativa del hecho- esta cuestión. Hemos admitido en tales casos, en sintonía con la doctrina más extendida, que si se proyecta el principio *in dubio pro reo* aisladamente sobre cada uno de los hechos que entran en consideración, se llegaría a una salida inasumible desde la lógica y totalmente insatisfactoria: la absolución pese a que concurre la certeza más allá de toda duda razonable de que cometió una infracción penal. En virtud de la determinación optativa, el Tribunal ha de efectuar esa declaración de hechos probados alternativa y elegir la calificación menos gravosa para el reo. La jurisprudencia constitucional también ha avalado este entendimiento de opciones fácticas alternativas siempre que se opte por la más beneficiosa para el acusado.

Sin embargo, más allá de las censuras del sector doctrinal que ve en esa solución una fórmula contraria al principio de legalidad, lo cierto es que el criterio de esta Sala cuenta con el respaldo que proporciona un desenlace interpretativo ajustado al *in dubio pro reo*, que lleva a optar por el hecho más favorable al acusado.

VOTO PARTICULAR

Nº: 74 / 2016

Ponente Excmo. Sr. D.: Manuel Marchena Gómez

Vista: 15/06/2016

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 586 / 2016

Excmos. Sres.:

D. Manuel Marchena Gómez

D. Luciano Varela Castro

D. Antonio del Moral García

Dª. Ana María Ferrer García

D. Juan Saavedra Ruiz

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Julio de dos mil dieciséis.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el **recurso de casación** por infracción de ley, quebrantamiento de forma y vulneración de precepto constitucional, interpuesto por la representación procesal

de **Gonzalo** y por la representación legal de la acusación particular ejercida por **Paulino**, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de fecha 14 de diciembre de

2015 en causa seguida contra **Gonzalo**, por delito de descubrimiento y revelación de secretos, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados. Ha intervenido el Ministerio Fiscal y los recurrentes representados por la procuradora Dña. Beatriz Sánchez-Vera Gómez-Trelles y el procurador D. Ignacio Aguilar Fernández. Siendo magistrado **ponente** el Excmo. Sr. D. **Manuel Marchena Gómez**.

I. ANTECEDENTES

Primero.- La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria incoó diligencias previas procedimiento abreviado núm. 6/2014 en virtud de querrela, contra **Gonzalo**, rollo de Sala núm. 1/2015 que, con fecha 14 de diciembre de 2015, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:**

"Por el resultado de la prueba practicada en el acto del juicio oral se declaran probados los siguientes hechos:

*Con fecha 26 de noviembre de 2013, D. **Gonzalo**, magistrado con destino en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Castro Urdiales, presentó un escrito redactado y firmado por él en una información previa incoada por el Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial a instancia de D. Jacinto Lara Bonilla, letrado de la entidad mercantil Inmobiliaria Izarra S.A. Aunque no constaba en el escrito remitido por el Consejo General del Poder Judicial, D. **Gonzalo** conocía por su actividad profesional que D. **Paulino** era el administrador único de la citada entidad mercantil.*

*Como documento nº 7 adjunto al escrito presentado en la información previa, el Sr. **Gonzalo** acompañó una consulta realizada a la base del registro central de penados en relación con la persona de **Paulino**, consulta que se lleva a efecto por parte de la Secretaría Judicial del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº2 de Castro Urdiales, Doña Dulce, el día 26 de noviembre de 2013, a las 11:27:10 horas mediante la impresión en papel de una certificación oficial de dicho registro.*

*En dicha consulta constan los antecedentes penales del Sr. **Paulino** con expresa mención a su cancelación desde el día 30 de marzo de 2003, incluyéndose los siguientes datos:*

- el nombre y dos apellidos del titular de los datos.*
- el cambio de nombre realizado en el Registro Civil.*
- la fecha y el lugar de nacimiento.*
- el número del Documento Nacional de Identidad.*
- los nombres de los padres del inscrito.*
- la fecha en que fue dictada y declarada firme la sentencia y el órgano que la dictó.*
- el número de la causa y de la ejecutoria, la fecha de la cancelación de antecedentes y la norma en que se amparó.*
- el número de delitos por el que fue condenado y la condena impuesta.*
- la suspensión de la condena, el plazo y fecha de la suspensión.*
- la fecha de la remisión definitiva.*

*D. **Gonzalo** conocía de la existencia de dichos antecedentes por colaboración con banda armada, pero no consta que su fuente de conocimiento fuese la de haber ordenado su obtención con ocasión de la instrucción de las diligencias previas seguidas con el número 840/2008 ante el juzgado del que era titular y en las que figuró como imputado el Sr. **Paulino** hasta el día 29 de Julio de 2011 en que la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Cantabria dictó auto de sobreseimiento respecto de los tres delitos que se imputaban al Sr. **Paulino**. El motivo del sobreseimiento fue la prescripción del posible delito de falsedad y la ausencia de indicios sobre la comisión de los supuestos delitos de estafa y contra la ordenación del territorio que igualmente fueron objetos de imputación provisional.*

*D. **Gonzalo** tenía también plena conciencia de que los antecedentes penales se encontraban cancelados desde el año 2003 y de que D. **Paulino** no tenía procedimiento penal alguno abierto en el juzgado*

de primera instancia e instrucción nº 2 de Castro Urdiales a fecha 26 de noviembre de 2013 en que aportó el escrito y el certificado del registro de penados al Servicio de Inspección del Congreso General del Poder Judicial.

No obstante lo anterior y pese a ser consciente de que el Real Decreto 95/2009 de 6 de febrero regulador del Registro Central de Penados establece como finalidad fundamental del mismo la de servir de apoyo a la actividad de los órganos judiciales y del Ministerio Fiscal, D. Gonzalo decidió incorporar al escrito que iba a remitir al Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial la consulta realizada a la base de datos del registro central de penados respecto de los antecedentes penales cancelados de D. Paulino , y ello con el fin de acreditar la supuesta animadversión que hacia él sentía el administrador único de la entidad cuyo letrado presentó el escrito ante el Servicio de Inspección, entendiéndolo que así desvirtuaba el contenido de la denuncia presentada al desacreditar personalmente al Sr. Paulino mediante la mención a unos antecedentes cancelados desde 2003 por delito de colaboración con banda armada.

En el escrito presentado textualmente se indicaba por el Sr. Gonzalo lo siguiente, "igualmente añadir que no es la primera vez que el administrador legal de la mercantil Inmobiliaria Izarra S.L presenta este tipo de denuncias falsas respecto de mi persona. Ello obedece a la animadversión que me tiene por haber estado procesado en las diligencias previas 840/2008 si bien finalmente quedo exento de responsabilidad criminal por prescripción. Es más, desde entonces se tiene conocimiento de sus antecedentes penales por colaboración con banda armada de los que presume (documento nº 7) y manifiesta de manera reiterada y pública su voluntad de perjudicarme como sea".

Para realizar la incorporación del certificado de antecedentes penales del Sr. Paulino , el acusado, bien solicitó directamente a la Señora Secretaria Judicial que accediese al registro de penados y rebeldes para obtenerlo, o bien acordó que se realizase copia del certificado cuya obtención se ordenó mediante providencia de 14 de diciembre de 2009 respecto de todos los imputados en las diligencias previas 840/2008, siendo lo cierto que la Señora Secretaria Judicial accedió al registro de penados y rebeldes y obtuvo una nueva certificación el día de 26 de noviembre de 2013 a las 11:27:10 horas, haciendo entrega de la misma a D. Gonzalo con expresa mención a que los antecedentes se encontraban cancelados.

No consta que los antecedentes penales del Sr. Paulino llegaran a recabarse y unirse a las Diligencias Previas número 840/2008 dando cumplimiento a lo acordado en providencia del magistrado juez de 14 de diciembre de 2009.

D. Gonzalo en el momento de decidir la incorporación de los antecedentes penales cancelados de D. Paulino al escrito presentado ante el Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial creyó erróneamente que la aportación de dicha información era necesaria para el legítimo ejercicio de su derecho de defensa en la información previa tramitada por el Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial incoada a causa de la denuncia en la que el letrado de la entidad mercantil administrada por el Sr. Paulino pretendía se le sancionase por la infracción que correspondiese conforme a Derecho.

Como consecuencia de estos hechos se causó a D. Paulino un perjuicio en la modalidad de daño moral".

Segundo.- La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, dictó sentencia núm. 2/2015 con el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a Gonzalo como autor criminalmente responsable de un delito de descubrimiento y revelación de secretos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal, a las penas de UN AÑO Y TRES MESES de PRISIÓN con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, MULTA de NUEVE MESES con cuota diaria de quince euros (15€) y responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad o de trabajos en beneficio de la comunidad si fueren aceptados por el penado por cada dos cuotas diarias no satisfechas, e INHABILITACIÓN ABSOLUTA por tiempo de TRES AÑOS.

Gonzalo indemnizará a Paulino , por el perjuicio moral causado, en la cantidad de tres mil quinientos euros (3.500 €), con devengo de los intereses previstos por el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Se impone al condenado, el abono de las costas de la presentecausa".

La Sala, en fecha 15 de diciembre de 2015, dictó auto de rectificación de error material con la **parte dispositiva** siguiente:

" LA SALA ACUERDA: Aclarar la sentencia dictada de fecha 14 de diciembre del año en curso, **UNICAMENTE**, en los siguientes términos, incluir en el fallo: "**Esta sentencia no es firme. Contra la misma cabe interponer recurso de casación, que ha de prepararse mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, presentado ante este Tribunal dentro de los CINCO DIAS siguientes al de la última notificación de la sentencia y que deberá contener los requisitos exigidos en el art. 856 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal** ".

Contra este auto no cabe recurso alguno, sin perjuicio del recurso que proceda, en su caso, contra la resolución que ahora se aclara".

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por los recurrentes, 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 legal del recurrente Gonzalo , basa su recurso en los siguientes **motivos de casación** :

I.- Al amparo del art. 852 de la LECrim por vulneración del derecho fundamental, alegando infracción del derecho a ser informado de la acusación formulada contra él y del derecho a la defensa (art. 24.1 y 2 CE). **II.-** Al amparo del art. 852 de la LECrim por vulneración del derecho fundamental, alegando infracción del derecho a la presunción de inocencia(artículo 24.2 de la CE). **III.-** Al amparo del art. 849.1 de la LECrim por infracción de ley, al haberse aplicado indebidamente el art. 197.2 del CP e inaplicado indebidamente el art. 14.1 del mismo texto legal . **IV.-** Infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim al haberse inaplicado indebidamente el art. 14.1 del CP . **V.-** Infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim al haberse inaplicado indebidamente el art. 20.7 del CP . **VI.-** Al amparo del art. 849.1 de la LECrim por infracción de ley, al haberse inaplicado indebidamente el art. 14.3 del CP porque el error de prohibición era invencible y no vencible.

Quinto.- La representación legal de la acusación particular ejercida por Paulino , basa su recurso en un **único motivo de casación** :

Único.- Infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim , al haberse aplicado indebidamente los arts. 14.1 y 3 en relación con el 20.7 del CP .

Sexto.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 3 de marzo de 2016, evacuado el trámite que se le confirió, y por las razones que adujo, interesó la inadmisión de los motivos del recurso que, subsidiariamente, impugnó.

Séptimo.- Por providencia de fecha 27 de mayo de 2016 se declaró el recurso admitido, quedando **conclusos los autos para señalamiento del fallo** cuando por turno correspondiera.

Octavo.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se señaló el día 15 de junio de 2016 a las 10:30 horas para la celebración de la VISTA del art. 893 bis a) de la LECrim . Los Letrados D. Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno en representación de D. Gonzalo y D. Juan Bautista Puig de la Bellacasa en representación de D. Paulino informaron sobre los motivos del recurso. El Ministerio Fiscal se ratificó en su informe.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- La sentencia núm. 2/2015, de fecha 14 de diciembre de 2015, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria , condenó al acusado Gonzalo , Magistrado con destino en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Castro Urdiales, en calidad de autor de un delito de descubrimiento y revelación de secretos, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Le impuso la pena de 1 año y 3 meses de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, multa de 9 meses con una cuota diaria de 15 euros y responsabilidad personal subsidiaria de 1 día de privación de libertad o de trabajos en beneficio de la comunidad por cada 2 cuotas diarias no satisfechas, así como inhabilitación absoluta por tiempo de 3 años.

Se interpone recurso por la defensa del acusado y por la acusación particular.

RECURSO DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR EJERCIDA POR Paulino

2 .- En el motivo único que se formaliza por el denunciante se invoca, al amparo del art. 849.1 de la LECrim , error de derecho, por indebida aplicación de los arts. 14.1 y 3 en relación con el art. 20.7 del CP . Entiende el recurrente que el penúltimo párrafo del juicio histórico, en el que se sientan los presupuestos fácticos que han hecho posible la apreciación del error de prohibición vencible es absolutamente contradictorio

con el resto de los hechos probados. Más que un relato fáctico -se razona- ese fragmento incorpora "... una apreciación de la conducta del acusado con el único soporte probatorio de las manifestaciones exculpatorias del mismo no corroboradas por otras pruebas que obren en las actuaciones". El contraste con otros elementos probatorios -el escrito de alegaciones del acusado presentado ante el CGPJ y el documento aportado con el mismo, referido al certificado de antecedentes penales de Paulino - lleva a considerar que "... no responde la fundamentación hecha por el Tribunal a quo a las reglas de la lógica y del criterio humano por tratarse de un acusado al que, por sus conocimientos y su experiencia como Magistrado Juez Instructor, no se le puede aplicar, en ningún caso, un error de prohibición indirecto vencible como establece la sentencia".

El motivo no puede prosperar.

La defensa -que incorpora una elaborada cita de precedentes de esta Sala acerca del alcance del error de prohibición- no es fiel a la pauta metodológica a la que se compromete en el enunciado del motivo. En efecto, se anticipa el acatamiento al hecho probado y, sin embargo, el desarrollo argumental de la queja, como puede apreciarse por el sentido del fragmento transcrito *supra* y las alegaciones vertidas en la vista, se centra en la discrepancia del recurrente con el respaldo probatorio de la afirmación que se contiene en uno de los pasajes del juicio histórico. Y no es ésta la vía que garantiza el acogimiento de un motivo cuando se articula con invocación del art. 849.1 de la LECrim. Como es sabido, este precepto sólo permite cuestionar el juicio de tipicidad, esto es, la subsunción proclamada por el Tribunal de instancia. No autoriza a censurar el sostén probatorio del *factum*. La discrepancia que habilita el art. 849.1 nada tiene que ver con el significado y la suficiencia incriminatoria de la prueba sobre la que se asientan los hechos, sino con la calificación jurídica de éstos. De lo contrario, se incurre en la causa de inadmisión prevista en los apartados 3 y 4 del art. 885 de la LECrim, que ahora han de operar como presupuestos de la desestimación.

RECURSO DE Gonzalo

3.- La defensa del acusado entabla dos motivos por infracción de derecho fundamental, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim.

A) En el primero de ellos se alega la infracción los derechos de defensa y a ser informado de la acusación (arts. 24.1 y 2 CE). Se aduce que el recurrente ha sido condenado con vulneración del principio acusatorio, "... toda vez que la hipótesis acusatoria fáctica planteada por las partes acusadoras y que ha sido objeto de indagación y prueba de cargo y descargo a lo largo de todo el procedimiento -de hecho, la prueba de descargo ha triunfado habiendo recaído absolución por tal hecho- incluyendo el plenario, ha sido que el Sr. Gonzalo había obtenido con engaño e ilícitamente una hoja histórico-penal, mientras que finalmente ha sido condenado por algo completamente distinto y de lo que no había sido acusado ni, por ende, se había defendido: la simple aportación, que ahora se supone delictiva, de dicha hoja histórico-penal - que ya sí, se reconoce obtenida ilícitamente- a un expediente del CGPJ; ese sería el hecho delictivo del que -empero- ni previamente se acusó, ni por el ende el Sr. Gonzalo se defendió " (sic).

No tiene razón la defensa.

En palabras de la STS 645/2014, 6 de octubre -con cita de la STS 284/2001, 20 de febrero -, "... es doctrina consolidada la de que el verdadero instrumento procesal de la acusación es el escrito de conclusiones definitivas, habiendo de resolver la sentencia penal sobre tales conclusiones de las partes y no sobre las provisionales; (...). De ahí que toda pretendida fijación de la acusación en el escrito de calificación provisional privaría de sentido al art. 732 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y haría inútil la actividad probatoria practicada en el juicio oral. La calificación de que ha de partir el juzgador es la contenida en el escrito de « conclusiones definitivas » que pueden ser distintas de las « provisionales », como consecuencia del resultado del Juicio Oral (artículo 732 LECrim), ya que el verdadero instrumento procesal de la acusación es dicho escrito de « conclusiones definitivas » (SSTC 12/1981, 10 de abril , 20/1987, 19 de febrero ; 21/1989, 16 de mayo ; y SSTS 2389/1992, 11 de noviembre y 1273/1991, 9 de junio " .

En consecuencia, el laborioso esfuerzo argumental de la defensa, encaminado a hacer valer una indefensión que se habría producido por supuestas alteraciones fácticas, tomando para ello como referencia el escrito de querrela, el auto de transformación del procedimiento abreviado o, en fin, alguno de los dictámenes del Ministerio Fiscal durante la fase de instrucción, está encaminado al fracaso. En efecto, la correlación entre la acusación y la defensa, en el ámbito de la subsunción jurídica de los hechos, se desprende de la simple lectura de los antecedentes de hecho de la sentencia recurrida -en los que se indica que el Fiscal y la acusación particular calificaron los hechos en conclusiones definitivas como constitutivos de un delito del art. 198 en relación con el art. 197.2, ambos del CP - y el juicio de tipicidad que se proclama en el FJ 2º de la resolución combatida. Pero no se trata sólo de una correlación jurídica, sino que, como advierte el Fiscal del Tribunal

Supremo en su impugnación del motivo, en el escrito de acusación formulado por el ministerio público se acogían las dos secuencias fácticas sobre las que se sustenta la condena: "... *tras obtener torticeramente la hoja histórico penal mencionada, elacusado, con conocimiento de que el artículo 16 del Real Decreto 95/2009 , que regula el sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia, entre los que se incluye el Registro Central de Penados, impide la emisión de certificación de los datos inscritos en los mismos si no están referidos a causas que se tramiten en el órgano judicial, lo adjuntó al informe que remitió el mismo día 26 de noviembre, al servicio de Inspección del Consejo General , con la finalidad de justificar que el motivo de la queja tenía su origen en la animadversión que sentía el denunciante hacia su persona por haber estado procesado en las Diligencias Previas 840/08, siendo consciente de que perjudicaba la imagen de Paulino* ".

Como expresa el Fiscal en su dictamen, en este párrafo se contempla el uso no autorizado de un certificado emitido por el Registro Central de Penados, con indicación expresa de la norma reglamentaria que regula los presupuestos que confieren legitimidad a esa utilización. Y ese uso no autorizado consistió precisamente en la unión del resultado de esa consulta a un informe remitido al Servicio de Inspección del GGPJ, con ocasión de formular alegaciones sobre una denuncia que había sido presentada por Paulino contra el magistrado recurrente. De acuerdo con tal idea, éste fue el hecho por el que se entabló acusación -con independencia de las dificultades para su subsunción y que van a ser objeto de análisis en los motivos que denuncian error de derecho-, y como tal recogido en el escrito de acusación del Ministerio Fiscal. Y, lo que es más importante, ese fue el hecho del que el recurrente pudo en todo caso defenderse.

B) También se invoca con la misma cobertura la vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE .

La sentencia recurrida -se arguye- no ha valorado adecuada ni racionalmente la prueba de descargo, llegando al extremo de omitir cualquier referencia a las declaraciones de dos testigos que corroboraron la versión de los hechos del recurrente y desmintieron la declaración de una de las testigos de cargo. Por el contrario, los Jueces de instancia han otorgado una gran credibilidad al testimonio de Dulce , que tuvo previamente la condición de imputada en esta misma causa y que, por lo tanto, tenía un evidente interés en mantener la versión autoexculpatoria de los hechos que había ofrecido en su inicial declaración sometida al estatuto de *investigada* . Esta versión, además, contradice crasamente la declaración que como testigo realizara en otra causa sobre los mismos hechos. Asimismo, ni siquiera se menciona que la otra testigo de cargo ha reconocido expresamente tener enemistad con Gonzalo .

El motivo no puede prosperar.

El examen de la queja, a la vista del desenlace ya anunciado de los motivos que denuncian error en la aplicación de la norma penal sustantiva, no debería ir más allá del simple análisis acerca de si en la proclamación del *factum* el Tribunal *a quo* ha contado con prueba de cargo lícita, de neta significación incriminatoria y, por tanto, susceptible de ser valorada conforme al canon constitucional de apreciación probatoria. Conforme al razonamiento de la STC 189/1998, de 28 de septiembre , « *sólo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o por insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado* » (F. 2), criterio reiterado en otras muchas resoluciones del Tribunal Constitucional (cfr. SSTC 117/2007, de 21 de mayo, F. 3 ; 111/2008, de 22 de septiembre, F. 3 , y 109/2009, de 11 de mayo , F. 3).

Conviene precisar que la credibilidad de los testigos no forma parte del objeto del procedimiento casacional, sobre todo, cuando lo que se pretende es desplazar la valoración de la prueba testifical proclamada por los Jueces de instancia por aquella que mejor se acomoda a los legítimos intereses de la defensa (cfr. STS 547/2011, 3 de junio , 1095/2003, 25 de junio y 235/2005, 24 de febrero , entre otras muchas). La defensa no acata esta exigencia asociada a la singular naturaleza del recurso extraordinario de casación. A partir de una glosa crítica de los tres testimonios prestados por la Secretaria Judicial -primero, como testigo en las diligencias incoadas por los mismos hechos; después, como imputada y, por último, como testigo en el juicio oral seguido en exclusiva contra Gonzalo - el motivo reivindica que se prescinda de su versión de los hechos y se niegue toda credibilidad a su testimonio. Nada impide, sin embargo, al Tribunal *a quo* proclamar un relato fáctico a partir del enriquecedor filtro que el principio de inmediación, carente de valor absoluto, puede aportar a quienes integran el órgano decisorio.

La ponderación de la prueba de descargo -decíamos en nuestras SSTS 318/2013, 11 de abril y 258/2010, 12 de marzo - representa un presupuesto *sine qua non* para la racionalidad del desenlace valorativo.

Su toma en consideración por el Tribunal *a quo* es indispensable para que el juicio de autoría pueda formularse con la apoyatura requerida por nuestro sistema constitucional. No se trata, claro es, de abordar todas y cada una de las afirmaciones de descargo ofrecidas por la parte pasiva del proceso. En palabras del Tribunal Constitucional, exige solamente ponderar los distintos elementos probatorios, pero sin que ello implique que esa ponderación se realice de modo pormenorizado, ni que la ponderación se lleve a cabo del modo pretendido por el recurrente, sino solamente que se ofrezca una explicación para su rechazo (cfr. SSTC 148/2009, 15 de junio y 187/2006, de 19 de junio F. 2).

Si bien es cierto que toda omisión valorativa de la prueba de descargo puede introducir una grieta irreparable en el contenido material del derecho a la presunción de inocencia que se dice vulnerado, en el presente caso la Sala no advierte ese déficit valorativo.

En efecto, en el FJ 1º se menciona expresamente el testimonio de Victoria , funcionaria a la que el acusado pidió hiciera una fotocopia de las diligencias previas 840/2008, singularmente, de la hoja histórico penal del denunciante, imputado en años anteriores en ese mismo procedimiento. Según la defensa, aquella llegó a expresar tanto en el plenario, como ya en la instrucción sentir una notoria enemistad hacia él. Sin embargo, esa supuesta enemistad -la propia defensa transcribe las palabras de la testigo, que aludieron a un " *tema desagradable*", a una " *relación muy mala*"- no preexistía al delito, sino que estuvo ocasionada por unas informaciones periodísticas que se hacían eco del testimonio del Juez imputado y que desagradaron a Victoria . Tampoco ahora puede exigir la defensa que esa circunstancia, ese desagrado producido por una información difundida por la prensa inhabilite para declarar como testigo en un proceso penal. La condición de un testigo o coimputado como fuente de prueba -hemos precisado en la STS 786/2015, 4 de diciembre - "... *no exige como presupuesto de validez que quien declara lo haga con una fingida distancia y frialdad respecto de los hechos que narra. De ser así, estaríamos postulando una exigencia que, en la mayoría de las ocasiones, es incompatible con el impacto emocional que el suceso enjuiciado puede haber ocasionado en el declarante*". También hemos dicho que "... *La indiferencia respecto del desenlace del proceso no es un presupuesto sine qua non para proclamar la credibilidad de un testigo. Se puede ser exquisitamente imparcial en la narración de los hechos y, al mismotempo, interesar la condena del imputado. De hecho, nuestro sistema procesal autoriza a la víctima a convertirse, más allá de una distante portadora de la noticia criminis, en verdadera parte acusadora, ejerciendo la acusación particular con el fin de obtener la condena del acusado, sin que ello elimine la validez de su testimonio. Así lo ha entendido la jurisprudencia de esta Sala, que una y otra vez recuerda que la lógica animadversión de la víctima derivada del hecho criminal es irrelevante para poner en duda su versión en cuanto no resulta de causas de resentimiento ajenas al delito*" (cfr., por todas, SSTS 511/2012, 13 de junio y 238/2011, 21 de marzo).

Se alude también al testimonio prestado por la secretaria judicial Dulce , a la que se habría interesado un acceso telemático al registro de penados para la obtención de la hoja histórico penal, aunque sin comentarle nada sobre la existencia de una información previa o expediente disciplinario. El Tribunal *a quo* ha ponderado además el testimonio del acusado, en el que incluye su reconocimiento al hecho de haber solicitado fotocopia de la hoja histórico-penal del denunciante.

En definitiva, la queja del recurrente cuestiona el valor atribuido a la declaración de la secretaria judicial, con anterioridad imputada en ese mismo procedimiento. Sin embargo, como sugiere el Fiscal, se olvida que esa declaración fue prestada con las advertencias legales de incurrir en un delito de falso testimonio. De ahí que la línea argumental que aspira a neutralizar el contenido de lo declarado para hacer prevalecer lo que narró el único imputado -ajeno a ese deber legal de veracidad- carece de sentido. Por si fuera poco, la valoración realizada en la sentencia recurrida, no sólo dista de ser irrazonable, sino que no acepta incondicionalmente la veracidad del testimonio de ambas funcionarias. El Tribunal *a quo* llega a exteriorizar una duda acerca de lo verdaderamente acaecido, tal y como se expresa en las páginas 11 a 13 de la sentencia -FJ 1º-. No puede reprocharse a los Jueces de instancia, como apunta el motivo, haber antepuesto un testimonio y alzaprimado su verdad frente al resto del material probatorio que también ha sido objeto de ponderación.

Extiende la defensa su discurso crítico al hecho de que dos testigos de descargo - Florencia e Tomasa - habían oído afirmar a Victoria que el imputado sólo había pedido una fotocopia de los antecedentes penales, versión que no ha merecido ninguna valoración por parte del órgano decisorio. Sin embargo, se trata de dos testigos de referencia que no afirman los hechos por conocimiento propio, sino por haberlo oído a otra persona. Conforme al tratamiento jurisprudencial del testimonio de referencia (cfr. STS 757/2015, 30 de noviembre) éste sólo adquiere verdadero valor como prueba complementaria, para reforzar lo acreditado por otros elementos probatorios, o bien como prueba subsidiaria, sólo susceptible de valoración cuando es imposible acudir al

testigo directo, porque se desconoce su identidad, ha fallecido o por cualquier otra circunstancia que haga imposible su declaración testifical.

No es acogible, por tanto, intentar desplazar el contenido de la declaración del testigo directo que se somete en el plenario a contradicción por la versión de un testigo de referencia. Todo ello al margen de que el propio Tribunal *a quo* no descarta como cierta la versión que reivindica el recurrente, que se habría limitado a la simple petición de una fotocopia de los antecedentes penales. Cuestión distinta es que ese hecho, de irrelevante trascendencia para el órgano decisorio, impida la aplicación del art. 197.2 del CP, tal y como se denuncia en los motivos que ahora van a ser abordados.

El motivo ha de ser desestimado (art. 885.1 y 2 LECrim).

4 .- El motivo tercero se hace valer con la cobertura del art. 849.1 de la LECrim . Denuncia error de derecho en el juicio de subsunción.

Se alega la existencia de una indebida aplicación del art. 197.2 del CP y correlativa inaplicación del art. 14.1 del CP . Entiende la defensa que Gonzalo erró sobre el elemento típico " *fichero*" contenido en el art. 197.2 del CP , conforme a la interpretación que al mismo se ha dado por la jurisprudencia de esta Sala, así como por la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Incluso la STS 553/2015, 6 de octubre , dictada en esta misma causa, estimó como tal un " *conjunto organizado de información*". Se insiste por el recurrente que al carecer de la calidad de fichero ordenado con datos personales susceptibles de tratamiento, el expediente judicial no puede configurar el elemento típico imprescindible para fundamentar la condena por el delito tipificado en el art. 197.2 del CP . Concluye su razonamiento la defensa sosteniendo que el error del acusado sobre un elemento del tipo objetivo -el concepto de *fichero*- ha de conducir necesariamente a la no punibilidad, ya sea el error vencible o invencible, al no existir modalidad imprudente del delito del art. 197.2 del CP .

En la misma línea, los restantes motivos sirven de vehículo para denunciar la equivocación del Tribunal Superior de Justicia en la calificación jurídica de los hechos. Se cuestiona así -cuarto motivo- que concurra un error de prohibición vencible cuando, en realidad, lo que verdaderamente se produjo fue un error de tipo -no de prohibición- que, fuera vencible o no, habría de conducir necesariamente a la no punibilidad. Se critica también -motivo quinto- la indebida aplicación del art. 20.7 del CP , en la medida en que su aplicación es el resultado de un error en la ponderación de los intereses del querellante y del acusado. El acusado sólo provocó una afectación extremadamente leve del derecho a la intimidad del querellante, puesto que no dio publicidad a sus antecedentes ante la colectividad, ni siquiera ante una pluralidad de personas. Esos datos sólo fueron conocidos por el instructor del expediente del CGPJ y con fines de defensa. Concluye su argumentario la defensa de Gonzalo -motivo sexto- expresando su discrepancia frente a la afirmación de que en el acusado concurrió un error de prohibición evitable, cuando en el peor de los casos debió entenderse que el error de prohibición era inevitable o invencible, es decir, siempre conducente a la no punibilidad.

La formulación de cuatro motivos encaminados a demostrar, desde distintas perspectivas jurídicas, la equivocación del órgano de instancia en el momento de proclamar el juicio de tipicidad, lleva a la Sala a la estimación del recurso. Más allá del carácter vencible o invencible del error de prohibición apreciado y más allá incluso de la discusión dogmática acerca del tratamiento jurídico del error sobre los elementos normativos del tipo, lo cierto es que la falta de concurrencia de los presupuestos del tipo objetivo del art. 197.2 del CP , no admite otro desenlace que la absolución del acusado Gonzalo .

A) la falta de tipicidad de los hechos se advierte en las dos alternativas abiertas que el Tribunal *a quo* refleja en la redacción del juicio histórico: "... *para realizar la incorporación del certificado de antecedentes penales del Sr. Paulino , el acusado, bien solicitó directamente a la Señora Secretaria Judicial que accediese al registro de penados y rebeldes para obtenerlo, o bien acordó que se realizase copia del certificado cuya obtención se ordenó mediante providencia de 14 de diciembre de 2009 respecto de todos los imputados en las diligencias previas 840/2008, siendo lo cierto que la Señora Secretaria Judicial accedió al registro de penados y rebeldes y obtuvo una nueva certificación el día 26 de noviembre de 2013 a las 11:27:10 horas, haciendo entrega de la misma a D. Gonzalo con expresa mención a que los antecedentes estaban cancelados*".

En principio, los términos disyuntivos con los que el Tribunal Superior de Justicia ha proclamado el juicio histórico invitan a adentrarse de lleno en el debate dogmático acerca de la posibilidad de una *subsunción alternativa de condena*. Se alude así a aquellos supuestos en los que el órgano jurisdiccional tiene la plena certeza de que el acusado cometió uno de entre varios tipos penales o, como sucede en el presente caso, el Tribunal acoge en el relato fáctico una descripción basada en disyunciones, todas ellas con encaje en el mismo tipo penal. En este último caso, la alternatividad es impropia. La duda recae, no sobre el delito cometido, sino sobre cuál de los comportamientos imputados debe servir de base para configurar el tipo penal.

La incertidumbre, en definitiva, gira en torno a qué modalidad de ejecución, entre las distintas posibles, ha tenido efectivamente lugar.

No faltan en la jurisprudencia de esta Sala precedentes que abordan, aunque con distinta terminología - *determinación optativa del hecho* - esta cuestión . Hemos admitido en tales casos, en sintonía con la doctrina más extendida, que "... *si se proyecta el principio in dubio pro reo aisladamente sobre cada uno de los hechos que entran en consideración, se llegaría a una salida inasumible desde la lógica y totalmente insatisfactoria: la absolución pese a que concurre la certeza más allá de toda duda razonable de que cometió una infracción penal. En virtud de la determinación optativa, el Tribunal ha de efectuar esa declaración de hechos probados alternativa y elegir la calificación menos gravosa para el reo*" (cfr. SSTS 408/2015, 8 de julio ; 378/2012, 17 de mayo ; 427/2014, 29 de mayo ; 128/2015, 25 de febrero ; 170/2016) . La jurisprudencia constitucional también ha avalado este entendimiento de opciones fácticas alternativas siempre que se opte por la más beneficiosa para el acusado (STC 62/1994, 28 de febrero) .

Sin embargo, más allá de las censuras del sector doctrinal que ve en esa solución una fórmula contraria al principio de legalidad, lo cierto es que el criterio de esta Sala cuenta con el respaldo que proporciona un desenlace interpretativo ajustado al *in dubio pro reo*, que lleva a optar por el hecho más favorable al acusado.

Sea como fuere, en el supuesto que centra nuestra atención la Sala entiende que no estamos en presencia de un problema de subsunción alternativa impropia. Lo sería si cualquiera de las dos opciones fácticas que se dibujan en el juicio histórico -petición de fotocopia del certificado de antecedentes penales *versus* solicitud a la Secretaria Judicial para que accediera al Registro de Penados y Rebeldes- tuviera alcance típico. El problema radica en que ninguna de esas disyuntivas fácticas es subsumible en los preceptos por los que se ha formulado condena.

A esa conclusión conduce el examen detenido de ambas alternativas.

A.1.- Centrándonos en la primera de ellas -la obtención de una fotocopia obrante en unas diligencias previas ya sobreeseadas- y en su posible subsunción en el art. 197.2 del CP , recordemos que en este precepto se castiga 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*".

Descartado que esas diligencias documentadas conforme al formato convencional puedan identificarse con un *soporte informático, electrónico o telemático* , resta por conocer si pueden ser etiquetadas como un *fichero*. Anticipemos que la tutela del derecho a la autodeterminación informativa o, lo que es lo mismo, el derecho a conocer y controlar lo que los demás conocen de nosotros mismos, se extiende en determinados supuestos a ficheros operados con arreglo a un modelo convencional (art. 2.2.a). Pero por más artesanal que sea el sistema de acceso a esos datos, la posibilidad de su tratamiento constituye un presupuesto *sine qua non*. De hecho, el ámbito de aplicación de la LO 15/1999 se circunscribe "... *a los datos de carácter personal registrados en soporte físico, que los haga susceptibles de tratamiento*".

Pues bien, tiene razón el recurrente cuando aduce que un expediente judicial, de cuyo contenido se obtiene la fotocopia de un certificado, no es encajable en el concepto de fichero. En efecto, el art. 3.b de la LO 15/1999 , 13 de diciembre, contiene una definición auténtica de lo que por *fichero* ha de entenderse. Para el legislador *fichero* es " *todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso*". Y más recientemente, conforme al art. 4.6 del Reglamento (UE)2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE , fichero es " *todo conjunto estructurado de datos personales, accesibles con arreglo a criterios determinados, ya sea centralizado, descentralizado o repartido de forma funcional o geográfica*".

Más allá del apoyo normativo que proporcionan esos dos preceptos, la sentencia de esta Sala (STS 553/2015, 6 de octubre) , dictada en este mismo procedimiento, añadió una segunda exigencia a efectos penales para la catalogación como *fichero* de un conjunto de documentos en los que se contienen datos, a saber, "... *que se trate de un conjunto organizado de información relativa a una generalidad de personas*". Así se desprendería del art. 3.b de la LO 15/1999 . De ahí que el expediente en el que se recogen los actos procesales practicados en la fase de investigación de un proceso penal, no puede reputarse *fichero* a efectos del juicio de tipicidad que ofrece el art. 197.2 del CP . En ese expediente, desde luego, no faltan *datos reservados de carácter personal* que pueden afectar al imputado o a terceros que, por una u otra circunstancia, han sido identificados para el esclarecimiento del hecho . Y la hoja histórico-penal, por supuesto, es un dato

personal susceptible de protección (cfr. art. 3 LO 15/1999, 13 de diciembre). Pero ese dato personal, obtenido mediante el encargo de fotocopiar el documento en el que se contiene, no está integrado en un fichero, ni informático, ni telemático.

La necesidad de condicionar la defensa penal del derecho de autodeterminación informativa a los datos que constan en un fichero es, por tanto, consecuencia obligada del tenor literal del art. 197.2, a su vez, coherente con la naturaleza jurídica del bien jurídico tutelado en aquel precepto.

A.2.- Pero en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo también se ha condicionado el ejercicio de los derechos de acceso y cancelación de determinados datos relacionados con las creencias religiosas, a que esos datos obren incorporados a un fichero, en los términos descritos por la LO 15/1999, 13 de diciembre. Es cierto que entre los libros de bautismo y unas diligencias penales existen algunos puntos de coincidencia, pero también sustanciales diferencias, tanto funcionales como de formato. Pero la doctrina sentada por la STS 19 de septiembre de 2008, dictada por la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso, aporta sugerentes elementos interpretativos que no deben ser desdeñados cuando el problema se suscita en la jurisdicción penal. La referida sentencia proclamó que "... no cabe aceptar que esos datos personales, a que se refiere la Sala de instancia, estén recogidos en los Libros de Bautismo, como un conjunto organizado tal y como exige el art. 3.b) de la LO 15/99, sino que resultan ser una pura acumulación de estos que comporta una difícil búsqueda, acceso e identificación en cuanto no están ordenados ni alfabéticamente, ni por fecha de nacimiento, sino sólo por las fechas de bautismo, siendo absolutamente necesario el conocimiento previo de la Parroquia donde aquel tuvo lugar, no resultando además accesibles para terceros distintos del bautizado, que no podrían solicitar ajenas partidas de bautismo".

En consecuencia, carece de relevancia típica la primera de las alternativas fácticas que se contienen en relato de hechos probados de la sentencia recurrida: "... para realizar la incorporación del certificado de antecedentes penales del Sr. Paulino, el acusado (...) acordó que se realizase copia del certificado cuya obtención se ordenó mediante providencia de 14 de diciembre de 2009 respecto de todos los imputados en las diligencias previas 840/2008".

B) Como hemos razonado *supra*, tampoco es susceptible de subsunción en el tipo previsto en el art. 197.2 del CP la segunda de las secuencias alternativas que se proclaman en el *factum*, esto es, la solicitud por parte del acusado de un certificado de antecedentes penales, que fue obtenido del Registro Central de Penados mediante acceso por la Secretaria Judicial del Juzgado en el que Gonzalo desempeñaba sus funciones. Esa certificación, a su vez, fue incorporada al escrito de alegaciones que el acusado remitió al Consejo General del Poder Judicial, en respuesta al expediente que le había sido abierto por una posible infracción disciplinaria.

La sentencia de instancia califica los hechos declarados probados como constitutivos de un delito del art. 197.2 del CP. El acceso al dato relativo a los antecedentes penales del querellante o la utilización para su injustificado envío al órgano disciplinario del CGPJ, colmaría las exigencias del tipo. Así se razona en el FJ 1º de la resolución recurrida: "... el ámbito de enjuiciamiento se ha extendido no solamente a la modalidad de <acceso> -a nuestro juicio no autorizado- sino a la de posterior <utilización> -tampoco autorizada- mediante su transmisión al Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial. Resulta obvio que si se entiende probada la conducta de <acceso> ya no cabe aludir a la modalidad de <utilización> y ello por cuanto el art. 197.2 del Código Penal es un tipo mixto alternativo de manera que quien realiza una u otra de las conductas descritas en el mismo o bien varias de ellas realiza solamente una vez el tipo en cuestión, pues todas las modalidades de comisión responden al mismo motivo de incriminación. Pero si no se considerase acreditado haberse realizado la conducta de <acceso> y sí sin embargo la de <utilización> -en perjuicio del titular de los datos o de un tercero-, el tipo objetivo del delito se colmaría igualmente".

Construida la acción típica a partir de un acceso o, en otro caso, de la utilización de datos personales relacionados con la hoja histórico penal de Paulino, entienden los Jueces de instancia que esa acción nunca estuvo justificada. En el FJ 3º se razona en los siguientes términos: "... tampoco es cuestionable que el acusado carecía de todo amparo legal o reglamentario para la aportación del certificado de antecedentes penales del Sr. Paulino a una información previa incoada por el Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial. Dicha información previa no se inicia por el Sr. Paulino sino por el letrado que asiste a una entidad mercantil administrada por aquel, que no interviene en ella; la información previa carece de toda relación con el procedimiento penal o con los hechos investigados en las diligencias previas 840/2008 en las que figuró como imputado el Sr. Paulino hasta que fue sobreseída la causa respecto del mismo el 29 de julio de 2011 por la Audiencia Provincial de Cantabria; los antecedentes penales del Sr. Paulino estaban

cancelados y por tanto se reputaban inexistentes a todos los efectos desde el año 2003, y tal aportación no resultaba objetivamente necesaria para defenderse de la denuncia administrativa formulada".

La Sala no puede coincidir con este análisis.

Lo que el Tribunal Superior de Justicia denomina un *acceso* o una *utilización injustificada* de datos por parte del magistrado acusado, no es tal. Se trata más bien de un supuesto de *cesión de datos* obtenidos por el funcionario responsable del tratamiento -en este caso, la Secretaria Judicial, ahora Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de instrucción núm. 2 de Castro Urdiales-, a petición del titular del órgano jurisdiccional, que luego son remitidos al Consejo General del Poder Judicial en el marco de unas diligencias de contenido disciplinario. Es en esta secuencia fáctica -no en otra- en la que ha de ser ponderada la tipicidad de la acción declarada probada. Y es que conforme a la norma reguladora de la cesión o comunicación de datos personales, no siempre la cesión incontestada de datos puede dar lugar a una infracción legal y, en su caso, a un delito.

Según se establece en el art. 3.i) de la LO 15/1999, 15 de diciembre, por cesión o comunicación de datos ha de entenderse " *toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado*". Pues bien, la comunicación de datos sólo está autorizada "... *para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado*" (art. 11). La necesidad de ese consentimiento del interesado está excluida, según precisa el apartado 2.a) del referido art. 11, "... *cuando la cesión está autorizada en una ley*".

Se impone, por tanto, un examen acerca de tres extremos imprescindibles para derivar una conclusión acerca de la tipicidad de la conducta imputada. El primero, si los datos fueron obtenidos por quien podía hacerlo, esto es, por quien se hallaba legitimado en su calidad de responsable de seguridad del tratamiento. En segundo lugar, si quien cedió esos datos a un tercero actuaba legítimamente y en el ejercicio de sus funciones. Por último, si el cesionario de esos datos podía acceder a ellos porque una ley así se lo autorizaba. Pues bien, a todas estas cuestiones dan respuestas los arts. 236 *quinquies* y 236 *sexies* de la LOPJ.

Estos preceptos han sido redactados conforme a la reciente reforma de la LO 7/2015, 21 de julio, y son expresión de la singularidad normativa de los ficheros relacionados, directa o indirectamente, con el ejercicio de la función jurisdiccional. La *Relación de Ficheros Automatizados de Datos de Carácter Personal dependientes del Consejo General del Poder Judicial* (BOE núm. 166, 13 julio 1995) -entre los que se incluye el llamado " *fichero de expedientes disciplinarios*"-; la Instrucción 2/2003, por la que se aprobó el *Código de Conducta para Usuarios de Equipos Informáticos y Sistemas Informáticos al Servicio de la Administración de Justicia*; el art. 95 del Reglamento 1/2005, 15 de septiembre, sobre *Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales*; el Acuerdo de 3 de noviembre de 2006, por el que se crea el *Fichero de denuncias y quejas de los ciudadanos sobre la Administración de Justicia* (BOE núm. 275, 17 noviembre 2006) y, en fin, el Acuerdo de 26 de marzo de 2009, son sólo algunos de los textos normativos preexistentes a la novedosa reforma de 2015.

El art. 236 *quinquies* de la LOPJ contempla en sus apartados 3 y 4 la cesión de dos tipos de datos. De una parte, " *los tratados con fines jurisdiccionales*", de otra, los " *tratados con fines no jurisdiccionales*". Esta diversificación legal entre dos categorías de datos relativiza la fuerza argumental del razonamiento del que se vale el Tribunal Superior de Justicia para el juicio de subsunción: "... *porque la legitimidad que en su día justificó el acceso no existía el día en que se solicitó la copia, transcurridos casi cuatro años desde la providencia de 14 de diciembre de 2009 y con el procedimiento sobrepasado respecto del Sr. Paulino hacía más de dos. A estos efectos resulta indiferente que el certificado se hubiese obtenido mediante acceso directo al registro - como efectivamente sucedió- o mediante orden de acceso al expediente en el que supuestamente constaban los antecedentes solicitados en su día. En todo caso, este acceso y, desde luego, su posterior utilización no estarían autorizados*".

La lectura de ese fragmento de la sentencia recurrida da a entender que para el órgano de instancia la legitimidad de toda cesión o tratamiento de los datos generados como consecuencia de la actividad judicial, sólo puede predicarse cuando el fin que los justifica es estrictamente jurisdiccional. Aquí reside el error jurídico que desenfoca el juicio de tipicidad proclamado por el Tribunal Superior de Justicia. La LOPJ admite la cesión de datos para fines jurisdiccionales o no jurisdiccionales. Y en ambos casos su cesión al Consejo General del Poder Judicial está autorizada cuando este órgano actúa "... *en el ejercicio de sus funciones de inspección y control*" o "... *en el ejercicio de las competencias que tenga(n) legalmente atribuidas*". La transcripción literal de los apartados 3 y 4 del art. 236 *quinquies* permite concluir la legitimidad de la cesión imputada al acusado Gonzalo y que ha sido reputada delictiva en la resolución objeto de recurso: " *3.- Podrán cederse al Consejo General del Poder Judicial (...) los datos tratados con fines jurisdiccionales que sean estrictamente necesarios*

para el ejercicio de las funciones de inspección y control establecidas en esta Ley. 4.- Los datos tratados con fines no jurisdiccionales podrán cederse entre los órganos jurisdiccionales o por éstos al Consejo General del Poder Judicial (...) cuando ello esté justificado por la interposición de un recurso o sea necesario para el ejercicio de las competencias que tengan legalmente atribuidas".

En consecuencia, la transferencia de datos personales referidos a la hoja histórico-penal de Paulino tiene adecuado encaje en el régimen jurídico que disciplina la cesión de datos en el ámbito de la actividad judicial, ya se ejecute esa cesión con fines jurisdiccionales o no jurisdiccionales. Ni el Juez Gonzalo que solicitó el certificado, ni la Letrada de la Administración de Justicia que accedió con sus claves al Registro Central de Penados ni, por supuesto, el Consejo General del Poder Judicial que había incoado una información previa a través del Servicio de Inspección, pueden considerarse actores de una ilegítima injerencia en el derecho a la autodeterminación informativa que proclama el art. 18.4 de la CE y que tutela penalmente el art. 197.2 del CP. No se olvide que los apartados 1º y 2º del art. 236 sexies declaran responsables de los ficheros jurisdiccionales o no jurisdiccionales al órgano jurisdiccional u Oficina judicial ante el que se tramiten los procesos cuyos datos se incorporen al fichero. Y el apartado 3 del mismo precepto adjudica al Letrado de la Administración de Justicia la condición de responsable de seguridad a los efectos previstos en la legislación de protección de datos. Esta responsabilidad no es sino confirmatoria de la que ya proclamara el párrafo

2º del art. 102.2 del Reglamento 1/2005, 15 de septiembre : " los secretarios judiciales, en el marco de las competencias contempladas en el art. 454 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , velarán por la adecuada utilización de los sistemas y programas informáticos. El manejo de los mismos corresponde al personal adscrito a las distintas oficinas de la Oficina Judicial, bajo la superior dirección del secretario judicial correspondiente".

En síntesis, el Magistrado Gonzalo solicitó -de quien podía solicitar- el acceso al Registro Central de Penados y cedió -a quien podía ceder- los antecedentes penales y demás datos personales que incluían aquella certificación. Esos datos fueron, además, transferidos al órgano de gobierno de los Jueces que a través del Servicio de Inspección había incoado una información previa al acusado. Y fueron recibidos, por tanto, en el estricto ámbito del ejercicio de la función inspectora que le encomienda la Ley Orgánica del Poder Judicial.

C) Son muchas las razones que agrietan el juicio de subsunción proclamado por el Tribunal Superior de Justicia. Dos de ellas han sido ya analizadas en los apartados precedentes. Por una parte, la ausencia de un elemento del tipo objetivo -el concepto de fichero aplicado a una fotocopia obtenida de una causa penal sobreeséida-; por otra, la concurrencia de un elemento negativo del tipo, a saber, la autorización legal que nuestro sistema confiere para la cesión de datos entre los órganos jurisdiccionales y el Consejo General del Poder Judicial, siempre que esa cesión esté justificada por el desarrollo de sus funciones inspectoras.

Frente a lo que sugiere el razonamiento del Tribunal Superior de Justicia, el delito por el que se ha formulado condena no identifica su tipicidad con el incumplimiento formal de algunos de los presupuestos o finalidades que justifican el acceso al Registro Central de Penados y Rebeldes. Y esto es lo que parece desprenderse del fragmento nuclear del juicio histórico de la sentencia recurrida. En él puede leerse: "... *no obstante lo anterior y pese a ser consciente de que el Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero regulador del Registro Central de Penados establece como finalidad fundamental del mismo la de servir de apoyo a la actividad de los órganos judiciales y del Ministerio Fiscal, D. Gonzalo decidió incorporar al escrito que iba a remitir al Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial la consulta realizada a la base de datos del registro central de penados respecto de los antecedentes penales cancelados de D. Paulino ...*".

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, FJ 6 ; y 254/2000, de 30 de noviembre, FJ 5, 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 , FJ 5).

Así centrada la tutela del bien jurídico protegido por el art. 197.2 del CP , es entendible la ausencia de relieve penal de los hechos imputados al acusado Gonzalo . 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, 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, 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).

Por cuanto antecede, procede la estimación del motivo, con la consecuente absolución del acusado.

5 .- Conforme al art. 901 de la LECrim , procede la declaración de oficio de las costas procesales generadas por el recurso formalizado por el acusado y la condena de la acusación particular por las costas causadas su instancia, con la consiguiente pérdida del depósito para recurrir, si hubiere sido constituido.

III. FALLO

Que **debemos declarar y declaramos HABER LUGAR** al recurso de casación promovido por la representación legal de **Gonzalo** , contra la sentencia de fecha 14 de diciembre de 2015, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria , en causa seguida contra el mismo por un delito de descubrimiento y revelación de secretos, **casando** y **anulando** dicha resolución y procediendo a dictar segunda sentencia.

Que **debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR** al recurso de casación promovido por la representación legal de la **acusación particular** ejercida por Paulino .

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

D. Manuel Marchena Gómez D. Luciano Varela Castro **D. Antonio del Moral García D^a. Ana María Ferrer García D. Juan Saavedra Ruiz**

74/2016

Ponente Excmo. Sr. D.: Manuel Marchena Gómez

Vista: 15/06/2016

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA Nº: 586/2016

Excmos. Sres.:

D. Manuel Marchena Gómez

D. Luciano Varela Castro

D. Antonio del Moral García

Dª. Ana María Ferrer García

D. Juan Saavedra Ruiz

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Julio de dos mil dieciséis.

Por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en el procedimiento abreviado núm. 6/2014, se dictó sentencia de fecha 14 de diciembre de 2015, que ha sido **casada y anulada** por sentencia pronunciada el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la **ponencia** del Excmo. Sr. D. **Manuel Marchena Gómez**, se hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por las razones expuestas en el FJ 4 de nuestra sentencia precedente, resulta obligada la estimación del tercero de los motivos entablados por la defensa, declarando que los hechos probados que han sido proclamados en la instancia no son calificables conforme al art. 197.2 del CP.

III. FALLO

Que **debemos ABSOLVER** al acusado Gonzalo del delito de descubrimiento y revelación de secretos por el que venía siendo acusado.

Declaramos de oficio las costas causadas por el acusado y **condenamos en costas a la acusación particular** respecto de las

ocasionadas a su instancia, con la obligada pérdida del depósito para recurrir si ya hubiera sido prestado.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

D. Manuel Marchena Gómez D. Luciano Varela Castro D. Antonio del Moral García

Dª. Ana María Ferrer García D. Juan Saavedra Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

VOTO PARTICULAR

FECHA:04/07/2016

VOTO PARTICULAR QUE SUSCRIBE EL MAGISTRADO Juan Saavedra Ruiz a la sentencia dictada en el recurso de casación nº 74/2016.

Con el respeto debido a mis compañeros de Sala formulo el presente ciñéndome en su exposición a la metodología seguida en la sentencia de la mayoría.

1. Mi conformidad con la desestimación del único motivo de casación formalizado por la acusación particular (fundamento segundo).

2. Igualmente comparto las razones aducidas en la sentencia para desestimar los dos primeros motivos del acusado por infracción de derechos fundamentales, concretamente, de defensa, a ser informado de la acusación y presunción de inocencia (apartados A) y B) del fundamento de derecho tercero).

3. En relación con lo que se dice en el apartado A) mencionado quiero subrayar que de acuerdo con el escrito de acusación del Ministerio Fiscal el hecho " *por el que se entabló acusación* " consistió en " *el uso no autorizado de un certificado emitido por el Registro Central de Penados* ", uniendo el resultado de esa consulta a " *un informe remitido al Servicio de Inspección del CGPJ, con ocasión de formular alegaciones sobre una denuncia que había sido presentada contra el Magistrado recurrente* ".

4. El resto de los motivos formalizados por éste se sirven del cauce de la infracción de ley del artículo 849.1 LECrim . y en el fundamento jurídico cuarto se da respuesta global a los mismos, anunciando previamente aquélla en los siguientes términos: " *La formulación de cuatro motivos encaminados a demostrar, desde distintas perspectivas jurídicas, la equivocación del órgano de instancia en el momento de proclamar el juicio de tipicidad, lleva a la Sala a la estimación del recurso. Más allá del carácter vencible o invencible del error de prohibición apreciado y más allá incluso de la discusión dogmática acerca del tratamiento jurídico del error sobre los elementos normativos del tipo, lo cierto es que la falta de concurrencia de los presupuestos del tipo objetivo del artículo 197.2 del CP , no admite otro desenlace que la absolución del acusado* ".

5.1. En el apartado A) de su desarrollo, partiendo de la disyuntiva acogida por el Tribunal de instancia en el relato fáctico -" *.... para realizar la incorporación del certificado de antecedentes penales, el acusado, bien solicitó directamente a la Señora Secretaria Judicial que accediese al registro de penados y rebeldes para obtenerlo, o bien acordó que se realizase copia del certificado cuya obtención se ordenó mediante providencia de 14 de diciembre de 2009 respecto de todos los imputados en las diligencias previas 840/2008, siendo lo cierto que la Señora Secretaria Judicial accedió al registro de penados y rebeldes y obtuvo una nueva certificación el día 26 de noviembre de 2013 a las 11:27:10 horas, haciendo entrega de la misma (al acusado) con expresa mención a que los antecedentes estaban cancelados* "-, argumentamos en la sentencia de casación " *que no estamos en presencia de un problema de subsunción alternativa impropia. Lo sería si cualquiera de las dos opciones fácticas que se dibujan en el juicio histórico -petición de fotocopia del certificado de antecedentes penales versus solicitud a la Secretaria Judicial para que accediera al Registro de Penados y Rebeldes- tuviera alcance típico. El problema radica en que ninguna de esas disyuntivas fácticas es subsumible en los preceptos por los que se ha formulado condena* ". Este es el primer punto de mi respetuosa discrepancia con la mayoría: la cualidad típica del soporte que alberga los datos personales reservados ex artículo 197.2 CP .

5.2. Se sostiene que la obtención de una fotocopia obrante en unas diligencias previas sobreesídas no es subsumible en el tipo mencionado, por cuanto dichas diligencias documentadas no pueden ser etiquetadas como un fichero, admitiendo que la tutela del derecho a la autodeterminación informativa " *se extiende en determinados supuestos a ficheros operados con arreglo a un modelo convencional* ", añadiendo " *por más artesanal que sea el sistema de acceso a esos datos, la posibilidad de su tratamiento constituye un presupuesto sine qua non* ", con cita de la L.O. 15/1999 que circunscribe su ámbito de aplicación " *... a los datos de carácter personal registrados en soporte físico, que los haga susceptibles de tratamiento* ". Por ello se afirma que un expediente judicial no es encajable en el concepto de fichero, definición auténtica contenida en el artículo 3.b) de la L.O. 15/1999 , lo cual como tal no es discutible por cuanto la cuestión desde el punto de vista del soporte típico es si además del fichero lo son "cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado".

Admite la sentencia, no obstante, que en los expedientes judiciales " *no faltan datos reservados de carácter personal que pueden afectar al imputado o a terceros que, por una u otra circunstancia, han sido identificados para el esclarecimiento del hecho. Y la hoja histórico-penal, por supuesto, es un dato personal susceptible de protección (cfr. art. 3 LO15/1999 , 13 de diciembre)* ".

5.3. Las acciones típicas descritas en el artículo 197.2, primer inciso, CP , que no es un precepto penal en blanco, apoderarse, utilizar o modificar datos reservados de carácter personal o familiar de otro,

serán delictivas siempre que éstos se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Se trata de un tipo mixto alternativo destinado a proteger lo que se ha denominado autodeterminación informativa, es decir, el derecho de control sobre los datos personales automatizados, bien jurídico específico independiente pero conectado con el derecho a la intimidad. Por ello con carácter general se afirma que este tipo va dirigido a la represión en el orden penal de los abusos informáticos. Pero no se agota en el círculo de los datos personales automatizados, es decir, también protege los registrados en soporte no automatizado (como admite STS 553/2015 , página 34).

En primer lugar, porque así lo dice el legislador cuando antepone la conjunción disyuntiva **o** , que denota diferencia, separación o alternativa, al referirse a los datos registrados "en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado", cuando la oración precedente menciona los "ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos". La LOPDP, 15/1999, contiene una definición auténtica de fichero pero ello no significa que la misma comprenda todos los sistemas de almacenamiento de datos personales incluyendo los no automatizados, como son los archivos y registros tradicionales, convencionales o manuales a los que se refiere inequívocamente el precepto penal mencionado, que insisto no es un precepto penal en blanco.

En segundo lugar, debo señalar que el Código Penal de 1995 fue más allá de las previsiones de la LORTAD de 1992 cuando incluyó los datos personales no automatizados en la protección penal del texto del

197.2. Pero es el caso que tanto la Directiva Comunitaria 95/46 del Parlamento de la Unión Europea relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de éstos (derogada muy recientemente por el Reglamento UE 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27/04/2016), en su artículo 3 , prevé la extensión de la protección también a los registros o archivos convencionales, cuando declara que "*l as disposiciones de la presente Directiva se aplicarán al tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero* ", texto reproducido literalmente en el artículo 2.1 del Reglamento derogante. De la misma forma que la posterior LO 15/1999 extiende también la protección a los ficheros de tipo manual (artículos 2.1 y 3 b)).

Por lo tanto nada hay que objetar a la inclusión de los archivos y registros convencionales en el texto legal. Lo que sucede es que el ciclo operativo y funcional de los ficheros automatizados y los convencionales es distinto y por ello el tratamiento de los datos personales contenidos en los mismos también está sujeto a distintos modos operativos, pero ello no quiere decir que los segundos carezcan del mismo.

A falta de definición legal debemos acudir a la usual en lengua española (DRAE) para definir archivo como conjunto orgánico de documentos que una persona, sociedad o institución produce en el ejercicio de sus funciones o actividades, definición aplicable a un archivo judicial, conjunto de expedientes de este carácter, cuyo tratamiento se rige por las disposiciones orgánicas, procesales y reglamentarias atinentes a los mismos a cargo y bajo la responsabilidad del funcionario correspondiente conforme a aquéllas (especialmente el nuevo artículo 236 sexies LOPJ y Real Decreto 937/2003, de 18 de julio, de Modernización de los Archivos Judiciales, artículo 1.2 y 5 , artículo 7.1 y 2 , entre otros, remitiéndose en lo pertinente las disposiciones mencionadas a la Ley Orgánica 15/1999 tantas veces citada).

En cualquier caso: a) el soporte del que se extraen los datos personales registrados para su incorporación al expediente es un fichero automatizado regulado por el Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, que regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia, como es el Registro Central de Penados; b) de lo que se acusa al hoy recurrente además no es de acceder al soporte sino del "*uso no autorizado de un certificado emitido por el Registro Central de Penados*"; y c) tampoco se advierten razones de fondo para discriminar el sistema de protección penal según se trate de datos personales registrados en soportes informáticos o en archivos convencionales.

6.1. La segunda disyuntiva se refiere a la solicitud a la Secretaría Judicial para que accediera al Registro de Penados y Rebeldes, que el Tribunal Superior denomina "*un acceso o una utilización injustificada* ", lo que la sentencia de la mayoría afirma que "*se trata más bien de un supuesto de cesión de datos obtenidos por el funcionario responsable del tratamiento a petición del titular del órgano jurisdiccional, que luego son remitidos ... en el marco de unas diligencias de contenido disciplinario* ", añadiendo que es "*esta secuencia fáctica -no en otra- en la que ha de ser ponderada la tipicidad de la acción declarada probada*". A continuación la sentencia se pregunta si los datos fueron obtenidos por quien podría hacerlo, si quien los cedió a un tercero actuaba legítimamente y en el ejercicio de sus funciones y si el cesionario podía acceder a ellos porque una ley así lo autorizaba, respondiendo afirmativamente ex artículos 236 quinquies y 236 sexies de la LOPJ .

6.2. También siento disentir de esta respuesta a pesar de su interesante planteamiento.

Ante todo no debemos perder la perspectiva de los datos personales de que se trata, los registrados en la hoja histórico-penal del acusador particular que estaban cancelados. Pues bien, el Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, regula específicamente el tratamiento de los datos personales incorporados al Registro Central de Penados, limitando su acceso y señalando las condiciones del mismo. Su artículo 5.1 a) establece la autorización por el Ministerio de Justicia para acceder al mismo a " *los órganos judiciales, a través del personal de cada oficina judicial autorizado por el Secretario Judicial, a los efectos de su utilización en los procedimientos y actuaciones de los que están conociendo en el ámbito de sus respectivas competencias, conforme a las disposiciones legales vigentes* ", también está previsto que puedan hacerlo el Ministerio Fiscal, apartado b), y la Policía Judicial y las Unidades de Intervención de Armas y Explosivos de la Guardia Civil y del Cuerpo Nacional de Policía que se citan en los apartados c) y d) del artículo 6, en relación desde luego con los fines que tienen encomendados en sus respectivos casos. Ahora bien, el apartado primero del artículo que acabamos de citar contiene la salvedad " *siempre que en uno y otro caso (se refiere a los dos Registros citados en el mismo párrafo) se refiera a inscripciones no canceladas* ". Por último, el artículo 19.3 del Real Decreto establece " *la información relativa a las inscripciones canceladas se conservará en una sección especial y separada a disposición únicamente de los Juzgados y Tribunales españoles* ". De lo anterior se desprenden dos conclusiones: a) que el acceso será legítimo en relación con los órganos judiciales siempre y cuando lo sea a efectos de su utilización en los procedimientos y actuaciones de los que conozcan en el ámbito de sus respectivas competencias; y b) que el Consejo General del Poder Judicial no tiene acceso directo a la información contenida en el Registro y mucho menos cuando se trate de inscripciones canceladas.

Por lo tanto no creo que pueda afirmarse que la Secretaria Judicial y el Magistrado titular del mismo órgano judicial estuviesen autorizados para acceder en el primer caso y utilizar en el segundo los datos del Registro fuera del ejercicio de sus funciones en procedimientos y actuaciones judiciales de las que estuviesen conociendo en el ámbito de sus respectivas competencias, de forma que no actúa legítimamente el funcionario autorizado que obtiene los datos al margen de cualquier procedimiento en marcha e igualmente no está autorizado a la cesión de esos datos a un tercero el que lejos de hacerlo en el ejercicio de su función jurisdiccional o gubernativa legítima lo hace prevaliéndose de su cargo en función de sus intereses personales.

La STS 553/2015, ya mencionada, en relación con estos hechos exponía (página 39 y 40): << *por tanto si los antecedentes penales del querellado habían sido cancelados el 30.3.2003, ello implica como señala el voto particular del auto recurrido, que ex lege habrían desaparecido para todos salvo para los jueces y tribunales españoles en el ejercicio de sus funciones, a los efectos, según la Exposición de Motivos del RD. 95/99, de la individualización (art. 66.1.6 CP), y ejecución de las penas que pudieran imponerse al interesado.*

Siendo así, la transmisión a un órgano gubernativo (el servicio de inspección de CGPJ), de los antecedentes penales cancelados de una persona, obtenidos al margen de un proceso penal con la finalidad de "justificar como alega el informe que se adjunta, la animadversión que le tiene el querellante... por haber estado procesado en las diligencias previas 840/08... así como la voluntad del querellante de perjudicarlo, no permite descartar ab initio la revelación de datos reservados sancionada en el art. 197.2 CP .

En efecto, de una parte, no hay principio alguno en nuestro ordenamiento procesal penal que imponga la investigación de la verdad a cualquier precio. De ahí la literalidad del art. 11 LOPJ ("no surtirán efecto") que supone que la infracción del citado precepto comporta la ineficacia jurídica por nulidad absoluta, de las actuaciones procesales, resoluciones judiciales incluidas que tengan su fundamento en la prueba ilícita. Precepto que indudablemente entra en juego cuando la ilicitud se haya cometido en el momento de obtención de la fuente probatoria, cuya pertinencia en el caso presente debe ser cuestionada, por cuanto la aportación de los antecedentes penales, ya cancelados, por colaboración con banda armada de quien se afirma estar detrás de la denuncia objeto de las diligencias informáticas de la Inspección del Consejo General del Poder Judicial, no parece ser un hecho necesario para determinar y comprobar si una determinada Resolución judicial incurre, o no, en intromisión en la potestad jurisdiccional de otro Juez (art. 417.4 LOPJ) >>.

La cesión de datos al Consejo General del Poder Judicial, artículo 236 quinquies, se refiere a los personales incorporados a los documentos unidos a los expedientes judiciales y ciertamente podrán cederse al Consejo " *en lo que proceda, los datos tratados con fines jurisdiccionales que sean estrictamente necesarios para el ejercicio de las funciones de inspección y control establecidos en esta ley* ". También pueden cederse los obrantes en los expedientes judiciales al Consejo General del Poder Judicial o al Ministerio de Justicia " *con fines no jurisdiccionales ... cuando ello esté justificado por la interposición de un recurso o sea necesario para el ejercicio de las competencias que tengan legalmente atribuidas* ", pero en todo caso los datos tratados se ceden " *entre los órganos jurisdiccionales o por éstos al Consejo General del Poder Judicial o al Ministerio de Justicia* ". Ni las condiciones de la cesión en uno y otro caso están justificadas ni aquélla se ha llevado

a cabo por órgano jurisdiccional alguno en el seno de un procedimiento jurisdiccional abierto como hemos señalado más arriba.

Se puede suscitar la cuestión de la cesión o utilización de datos del Registro Central de Penados incorporados a un expediente judicial por parte del encargado de su tratamiento o del titular del órgano, lo cual no niego que sea admisible, pero siempre y cuando lo sea en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales y no en función del interés personal del cedente, que deberá acudir a otras vías procedimentales para hacer llegar la información al órgano disciplinario.

En orden a la tipicidad del artículo 197.2 CP lo anterior significa que el acusado carecía de la autorización necesaria aludida en el mismo, que efectivamente no equivale a la falta de consentimiento del titular sino a la ilegalidad de la acción en sentido general, es decir, contraria a la previsión de las normas aplicables.

En síntesis, las consecuencias de la interpretación del tipo del artículo mencionado conforme a la sentencia de la mayoría, entiendo que podría llevarnos: a) excluir de la tutela de la norma penal los datos personales registrados en los archivos convencionales; b) que una vez que los datos de los ficheros o archivos informatizados se extraen de los mismos o se traspasan a un archivo común o su utilización posterior, quedarían excluidos del ámbito de la tipicidad del 197.2; y c) que cualquier funcionario que tenga a su cargo un fichero o archivo podría utilizar los datos personales registrados con fines personales con independencia de quien sea el cesionario de los mismos.

7.1. En la última parte del fundamento cuarto, apartado C), se hace alusión a la gravedad de las penas asociadas al artículo 197.2 CP y a " *la necesidad de una fundada y grave afectación del bien jurídico protegido, que no es la intimidad, entendida en el sentido que proclama el artículo 18.1 de la CE, sino la autodeterminación informativa a que se refiere el artículo 18.4 del texto constitucional* ", añadiendo más adelante " *así centrada la tutela del bien jurídico protegido por el art. 197.2 del CP, 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* ".

7.2. Comparto en general el razonamiento pero no sus consecuencias para diluir el tipo objetivo. He señalado más arriba que el bien jurídico protegido es efectivamente independiente de la intimidad pero no está desconectado de ésta. En el caso concreto no se trata de la utilización de cualquier dato registrado sino de la hoja histórico-penal que contiene antecedentes cancelados " *a disposición únicamente de los Juzgados y Tribunales españoles* ", En cuanto al relieve penal de los hechos imputados, habiéndose estimado por la Sala de instancia la existencia de un error de prohibición indirecto vencible, que era lo más a que podía llegar a la vista del "factum", junto a la calificación como leve de la incidencia en la intimidad del querellante, podría haberse considerado la rebaja en dos grados de la pena ex artículo 14.3 CP .

Por ello entiendo que el recurso debe ser desestimado.

Fdo.: Juan Saavedra Ruiz

PUBLICACIÓN .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.