T R I B U N A L S U P R E M O
Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA

Sentencia Nº: 553/2015

RECURSO CASACION Nº:456/2015

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial

Fecha Sentencia: 06/10/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Escrito por: AMG

Delito descubrimiento y revelación secretos. Recursos contra autos dictados por Tribunal Superior (o Audiencias Provinciales) resolviendo apelación contra auto del instructor acordando seguir el procedimiento.
Discrepancias jurisprudenciales resueltas por el Pleno de esta Sala, de 4.3.2015 que adoptó el acuerdo de que contra la decisión en apelación que revoca el auto del instructor transformando las Diligencias Previas en Procedimiento Abreviado y ordena el sobreseimiento, cabe casación.
La conducta imputada del querellado -juez de instrucción- de acompañar en unas diligencias informativas del Consejo General del Poder Judicial, una consulta de la base del Registro Central de Penados en relación a la persona del querellante puede ser subsumida indiciariamente en el delito del art. 197.2 CP.
El acceso al Registro de Penados no es un delito imposible para un Magistrado al servirse de la Secretaria Judicial para tal consulta, ocultando la inexistencia de procedimiento judicial en contra del querellante.
La publicación en una revista semanal de que el querellante había sido condenado hace años por colaboración con banda armada, no transforma el dato en público. Derecho a la intimidad personal y a la propia imagen. Evolución Doctrina Tribunal Constitucional. La intimidad se concibe como un bien jurídico que se relaciona con la solicitud de la acción del sujeto, garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a su persona y familia, pudiendo imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información.
Irrelevancia del móvil que guió al sujeto. Producción de perjuicio. Distinción entre datos "sensibles" y los que no lo son. Los primeros, por sí mismos, son capaces para producir el perjuicio típico. En los segundos debe acreditarse. Basta con que la acción se realice con tal finalidad, sin que resulte necesaria para la consumación la producción del resultado lesivo.

Nº: 456/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Fallo: 23/09/2015

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 553/2015

Excmos. Sres.:

D. Andrés Martínez Arrieta
D. José Manuel Maza Martín
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
D. Andrés Palomo Del Arco

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituída 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 seis de Octubre de dos mil quince.

En los recursos de casación por quebrantamiento de forma, e infracción de Ley que ante Nos penden, interpuestos por **EL MINISTERIO FISCAL y JON LOROÑO TRABUDUA,** contra Auto dictado por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 9 febrero de 2015, conociendo del recurso de apelación interpuesto contra auto de 9 diciembre de 2.014; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal y como parte recurrida El Abogado del Estado y en representación de D. Luis Acayro Sánchez Lázaro, y la parte recurrida representado por el Procurador Sr. D.Ignacio Aguilar Fernández.

I. ANTECEDENTES

Primero.- 1.- Con fecha 4 de julio 2014, este Tribunal Superior de Justicia, instruyó querella contra Luis Acayro Sánchez Lázaro, Magistrado Juez titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Castro Urdiales por la comisión de un delito de descubrimiento y revelación de secretos, y con fecha 9 diciembre de 2.014 dictó auto que contiene los siguientes ANTECEDENTES DE HECHO:

ANTECEDENTES DE HECHO: primero: En fecha 4 de julio de 2014 la representación procesal de Don Jon Loroño Trabadua interpuso querella contra Don Luis Acayro Sánchez Lázaro, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Castro Urdiales, como presunto autor de un delito de descubrimiento y revelación de secretos del artículo 198 del Código Penal en relación con el 197.2 y 4 del

mismo texto. A raíz de esta querella se instruyeron las Diligencias Previas 6/2014, y en las mismas se imputaron a otras personas, además del Magistrado, por los mismos hechos.

*SEGUNDO**:** En fecha 9 de diciembre de 2014, la Magistrada Instructora dictó Auto en el que con referencia al Magistrado antes referenciado se acordaba transformar las Diligencias Previas en Procedimiento Abreviado por un delito descrito en el artículo 198 en relación, exclusivamente, con el 197.2 del Código Penal. Se producía el sobreseimiento libre, por los mismos hechos, de la otra imputada Doña Paloma Colsa, Secretaria del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Castro Urdiales.*

TERCERO: El día 16 de diciembre de 2014, el Abogado del Estado, interpuso Recurso de Apelación, contra este Auto de transformación del Procedimiento en Abreviado, solicitando se estimase el mismo, revocando dicha resolución y que se dictase Auto por el que se acordase el sobreseimiento y archivo de la presente causa. El día 22 de diciembre se formularon por la acusación alegaciones al citado recurso de apelación. El 29 de diciembre realizó alegaciones la representación de la Sra. Colsa LLoreda. El 30 de diciembre de 2014 se realizaron alegaciones por parte del Ministerio Fiscal.

Segundo.- El Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Sala de lo Civil y Penal con fecha 9 de febrero de 2.015 dictó el siguiente pronunciamiento:

FALLO: ESTIMAMOS íntegramente el recurso de apelación interpuesto por el Abogado del Estado, en fecha 16 de diciembre de 2014, revocamos el Auto de 9 de diciembre de 2014 y acordamos el sobreseimiento libre y archivo de la presente causa.

Se declaran de oficio las costas de esta instancia, si las hubiere.

Notifiquese este auto al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas.

Con fecha 2 de marzo de 2015 se dictó Voto Particular que de conformidad con el art. 260 LOPJ, formula el Magistrado D. Juan Piqueras Valls, al auto nº 4/2015 de fecha 9 febrero de 2015, dictado en el recurso de apelación nº 1/2015.

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma, e infracción de Ley, por el MINISTERIO FISCAL y por JON LOROÑO TRABUDUA, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

Cuarto.- Los recurrentes, basan sus recursos en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN.

RECURSO INTERPUESTO POR EL MINISTERIO FISCAL

MOTIVO PRIMERO: Al amparo del art. 849.1 LECrim, por falta de aplicación de los arts. 28, 197.2º y 198 CP.

MOTIVO SEGUNDO: Al amparo del art. 849.1º LECrim, por inaplicación del art. 197.2º CP, al afirmar que no nos hallamos ante datos reservados.

MOTIVO TERCERO: Al amparo del art. 849.1 LECrim, por inaplicación del art. 197.2 CP, al afirmar que no se ha producido perjuicio alguno para el querellante.

RECURSO INTERPUESTO POR JON LOROÑO TRABUDUA

MOTIVO ÚNICO: Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, por inaplicación de los arts. 27 y 28 CP, en relación con los arts. 197.2 y 198 del mismo Texto legal.

Quinto.- Instruidas las partes del recurso interpuesto; la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento se celebró la votación prevenida el día veintitrés de septiembre de dos mil quince.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Cuestión previa planteada por el abogado del Estado en representación y defensa de Luis Acayro Sánchez Lázaro, Magistrado Juez del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 2 de Castro Urdiales, en orden a la inadmisibilidad del recurso de casación frente al auto de 9.2.2015.

Como necesarios presupuestos fácticos debemos señalar:

1º Con fecha 4.7.2014, la representación procesal de Jon Loroño Trabudua interpuso querella contra D. Luis Acayro Sánchez Lázaro, Magistrado-Juez del Juzgado 1ª instancia e Instrucción nº 2 de Castro Urdiales como presunto autor de un delito de descubrimiento y revelación de secretos del art. 198 en relación con el art. 197.2 y 4 CP.

2º Con fecha 15.7.2014 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria se acordó declarar su competencia para la instrucción y enjuiciamiento de la causa, la admisión a tramite de la querella –dando lugar a las Diligencias Previas 6/2014- y pasar la causa al instructor delegado del Tribunal que por turno correspondiera, para que diera curso a la investigación pertinente.

3º Con fecha 9.12.2014, la Magistrado Instructora dictó auto por el que se acordaba transformar las diligencias previas en procedimiento abreviado, en relación a D. Luis Acayro por un delito previsto y penado en

el art. 197.2 CP, y el sobreseimiento libre por los mismos hechos respecto a la otra imputada Dª Paloma Colsa, Secretaria Juzgado 1ª Instancia e Instrucción 2 de Castro Urdiales, dando traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal y a la Acusación Particular de las actuaciones, para que, en el plazo común de 10 días, soliciten la apertura del juicio oral, formulando escrito de acusación o el sobreseimiento de la causa.

4º La acusación particular formuló escrito de acusación con proposición de prueba y solicitó la apertura del juicio oral con fecha 19.12.2014. El Ministerio Fiscal solicitó la apertura del juicio oral formulando escrito de acusación considerando al imputado autor de un delito de revelación de secretos, arts. 197 y 197.2 CP. con fecha 23.12.2014.

5º El 16.12.2014, el Abogado del Estado interpuso recurso de apelación contra el auto de transformación a Procedimiento Abreviado, solicitando la revocación de esta resolución y que se dictase auto por el que se acordase el sobreseimiento y archivo de la causa. Con fecha 22.12.2014 se formularon por el querellante alegaciones al citado recurso de apelación. Con fecha 29.12.2014, la representación de la Sra. Colsa realizó alegaciones, y el 30.12.2014, lo hizo el Ministerio Fiscal.

6º Por diligencia de ordenación de la Sra. Secretaria de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ. de Cantabria de fecha 13.1.2015, a instancia del Abogado del Estado, que solicitó suspensión del procedimiento hasta que se resolviese el recurso de apelación interpuesto contra el auto de incoación de Procedimiento abreviado, se accedió a lo solicitado, quedando en suspenso las actuaciones hasta la resolución del referido recurso.

7º Con fecha 9.2.2005, la Sala de lo Civil y Penal del TSJ. Cantabria dictó auto estimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por el Abogado del Estado en fecha 16.12.2014, revocando el auto de 9.12.2014, y acordando el sobreseimiento libre y archivo de la presente causa.

8º Con fecha 20.3.2015 por la acusación particular de Jon Loroño se interpuso contra esta resolución recurso de casación por **infracción de ley, art. 849.1 LECrim, por inaplicación de los arts. 27 y 28 CP, en relación con los arts. 197.2 y 198 CP, y por el Ministerio Fiscal el 17.3.2015, recurso de casación, por infracción de Ley, art. 849.1 LECrim, por falta de aplicación de los arts. 28, 197.2 y 198 CP,** al excluir al Magistrado de la autoría en la revelación de secretos; **por infracción de Ley, art. 849.1 LECrim, por inaplicación del art. 197.2 CP, al afirmar el auto recurrido que no nos hallamos ante datos reservados, y por infracción de Ley, art. 849.1 LECrim, por inaplicación del art. 197.2 CP,** al afirmar que no se ha producido perjuicio alguno para el querellante, solicitando ambos recurrentes la revocación del auto de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ. Cantabria de 9.2.2015, ordenando que las actuaciones vuelvan al estado en que se hallaban cuando el Magistrado-instructor dictó el auto de transformación de 9.12.2014.

SEGUNDO: Efectuadas estas premisa fácticas sostiene la parte recurrida siguiendo la doctrina expuesta en la STS. 815/2012 de 26.10, que no cabe recurso de casación frente al auto de 9.2.2005, por no existir resolución equivalente al procesamiento, al haber sido dicha resolución revocada.

Dicha sentencia tras señalar los requisitos que por acuerdo de la Sala General de 9.2.2005, son necesarios para que los autos dictados en el procedimiento abreviado sean recurribles en casación, concluye que el auto que revoca la transformación del procedimiento abreviado “no es susceptible de recurso de casación como no lo son otros equivalentes (auto de inadmisión de la querella, v. gr.), añadiendo que en el diseño legal la decisión final en ese caso está residenciada en el Tribunal Superior de Justicia sin que sea posible la revisión en casación.

En la referida sentencia en la que se había interpuesto recurso de casación al amparo del art. 848 LECrim, contra un auto que estimo el recurso de apelación formulado contra el auto de transformación del procedimiento en abreviado dictado al amparo del art. 779.1.4º LECrim, se razona sobre la concurrencia de los requisitos indicados en el Acuerdo de 9.2.2009, pero considera que no puede incardinarse el auto de Procedimiento en Abreviado revocado a través de los correspondientes recursos entre las resoluciones equivalentes al procedimiento. Así señala que "si bien la resolución prevista en el art. 779.1.4, cumple las funciones del procesamiento a los efectos del art. 848.2, es imprescindible que la resolución no haya sido legalmente privada de eficacia a través de un recurso y añade, partiendo de la naturaleza extraordinaria del recurso de casación y de que no cabe una interpretación amplia de su ámbito de aplicación, que "el auto de prosecución dictado por el Instructor, aún luego revocado ¿permite tener por cumplimentado el requisito de que exista un procesamiento a los efectos del art. 848.2?.

Más allá de ejercicios especulativos, la solución surgirá con naturalidad si proyectamos la secuencia procesal seguida en este caso sobre la regulación del procedimiento ordinario en el que está pensando el original art. 848. Si las actuaciones hubiesen seguido la tramitación de tal tipo procesal, el instructor hubiese dictado el correspondiente auto de procesamiento al amparo del art. 384 de la Ley Procesal. Ese auto hubiese sido susceptible de recurso de apelación (art. 384). Frente al auto estimatorio del recurso ("desprocesamiento") no cabría ulterior recurso (art. 384). Y llegada la fase intermedia, si no se hubiese producido otra decisión de procesamiento en el trámite de instrucción (arts. 627, 630 y párrafos antepenúltimo y penúltimo del art. 384 LECrim.) atendiendo la reproducción de la petición de procesamiento, la causa estaría abocada a un auto de sobreseimiento que no sería en ningún caso recurrible en casación por faltar el presupuesto de un auto de procesamiento vigente.

Estas consideraciones hacen concluir que si bien la resolución prevista en el art. 779.1.4ª cumple las funciones del procesamiento a los efectos del art. 848.2º, es imprescindible que la resolución no haya sido legalmente privada de eficacia a través de un recurso.

No sería coherente que la aplicación analógica del art. 848.2 llegase a producir como resultado que una decisión que no hubiese podido recurrirse en casación en un procedimiento ordinario, sí lo sea en un procedimiento abreviado. Si estuviésemos ante una infracción que por su penalidad rebasase los contornos legales del procedimiento abreviado, sería el Tribunal Superior de Justicia quien tendría la última palabra en este momento procesal sobre la cuestión dilucidada. No cabría casación ni contra el auto que estimando el recurso de apelación hubiese dejado sin efecto el procesamiento (art. 384); ni contra el auto rechazando la revocación del auto de conclusión ante la reproducción de la petición de procesamiento (arts. 384 y 632); ni contra el auto de sobreseimiento dictado ante la ausencia de procesamiento (art. 848.2º).

No puede hacerse más fiscalizable esa decisión estando en un procedimiento abreviado. El auto estimando el recurso de apelación frente a la decisión de proseguir el procedimiento dando traslado a las acusaciones no puede tener un régimen de impugnación más generoso que la estimación de una apelación frente al procesamiento; o que el sobreseimiento dictado en un procedimiento ordinario donde no está procesada la persona frente a la que se quiere ejercitar la acusación.

No obstante la antedicha doctrina no tuvo la necesaria continuidad en esta Sala Segunda, y así en STS. 149/2014, de 10.6, en un caso en que el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado formularon recurso de casación contra auto Sección Tercera, Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que acordó el sobreseimiento libre y archivo de la causa dejando sin efecto auto de incoación de procedimiento abreviado del Juzgado Central nº 5, precisa que: “La competencia atribuida, como órgano *ad quem*, a la Audiencia para revisar en apelación la decisión del instructor no permite

excluir la naturaleza de **acto relativo a la fase previa a la de enjuiciamiento,** aunque quien la dicte pudiera asumir competencia en esa otra fase ya de juicio, cualquiera que fuesen las necesarias reservas sobre la composición personal en esa ulterior función.

La resolución del recurso nos obliga a recordar que: *Esa decisión constituye la manifestación jurisdiccional del* ***control sobre el alcance que puede tener la acusación.*** *De suerte que los hechos sobre los que haya podido versar las diligencias previas solamente podrán erigirse en objeto de la acusación en la medida que esta resolución lo determine, y no sobre otros diversos. Obviamente entendiendo por hecho diverso el que tiene por sí relevancia para dar lugar a un determinado tipo penal. Es decir, en expresión de la ley en el citado precepto un hecho punible* (STS nº 836/2008 de 11 de diciembre).

Aquel control, que presupone la previa decisión sobre la suficiencia de la fase de investigación en diligencias previas, puede resolverse positivamente, autorizando la acusación, o negativamente haciéndola inviable.

Así pues el presupuesto de tal resolución es doble: **a)** que se considere que han sido practicadas las diligencias pertinentes, según deriva del inciso inicial del citado precepto y **b)** que el Juez estime que los hechos son susceptibles de ser calificados como constitutivos de alguno de los delitos a que se refiere el *art. 757 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, determinación realizada exclusivamente en función de la pena imponible.

Y el contenido de la resolución es también doble: **a)** identificación de la persona imputada y **b)** determinación de los hechos punibles. Tal contenido tiene un límite: no podrá identificar persona ni determinar hecho, si éste no fue atribuido a aquélla con anterioridad, dando lugar a la primera comparecencia a que se refiere el *art. 775 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.*

En todo caso la resolución que examinamos debe ser motivada y hacer una descripción de los hechos que se reputan como punibles, y también formulando su calificación jurídica.

Así lo adelantaba ya alguna Sentencia del Tribunal Supremo como la de 25 de noviembre de 1996, más atinada que alguna otra, como la de 2 de julio de 1999. Y es que ello está lejos de una supuesta intromisión en las funciones de acusación, aún cuando se vaya más allá de una simple remisión a las diligencias que con tal resolución se clausuraba o de expresar sucintamente el criterio del Instructor de que el hecho originario del procedimiento podría constituir alguno de los delitos para los que estaba indicado el procedimiento abreviado. El criterio de la primera de aquellas sentencias ha venido a ser ratificado por la reforma de este procedimiento por Ley 38/2002 que incluyó en el *art. 784.1.4ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.* El contenido antes indicado es de obligada inclusión. La determinación de hecho punible y la indicación de quien resulta imputado por razón de los mismos, es ahora de expresión ineludible.

Es cierto sin embargo que, por lo que concierne a la calificación de tales hechos, la norma indicada solamente menciona la referencia a que el Juez estime que constituye alguno de los previstos en el *art. 757*, pero sin reclamar una precisa tipificación.

Sin duda porque el objeto del proceso se configura por el elemento fáctico y la persona del imputado. Sin que las variaciones en cuanto a las calificaciones supongan una mutación del objeto. Ello con independencia de las exigencias que, en su caso y momento, deriven del derecho de defensa.

Lo que también lleva a una menor vinculación de las acusaciones respecto de este particular, bastando que no incluyan en sus escritos de calificación hechos justiciables, punibles en el texto legal, diversos, ni acusen a persona diferente de aquéllos respecto de los que la resolución

que examinamos autorizó la acusación. (vid la citada STS nº 836/2008 de 11 de diciembre).

En consecuencia cabe una primera conclusión: la decisión ante nosotros recurrida, que es dictada en fase previa a la de enjuiciamiento, por más que decida el órgano competente para éste, no extravasa la función que corresponde a aquella fase previa. Y tampoco infringe el derecho a la tutela judicial por cerrar el paso a la pretendida acusación, sí de manera razonada estima que no hay méritos para enjuiciar o que los hay para sobreseer.

Como dijimos en nuestra STS nº 613/2013 de 8 de julio, en caso similar ninguna infracción constitucional existe del derecho a obtener una tutela judicial efectiva, que no supone desde luego la satisfacción de los intereses particulares del recurrente, si se hace una aplicación razonada y motivada del ordenamiento jurídico, y mucho menos existe infracción o cualquier vicio de procedimiento si la denegación del enjuiciamiento es fruto de esa aplicación.

Tesis que es indudable cuando el motivo del sobreseimiento es la calificación jurídica del hecho como no delictivo y que incluso debiera sostenerse, si la motivación es atinada, cuando el sobreseimiento libre se funde en el ordinal primero del art 637, siquiera en tal caso no cabe el acceso a la casación. Lo que no debe olvidarse en la lectura de Sentencias de este Tribunal Supremo como la nº 301/2007 de 24 de abril.

El principio acusatorio, por otra parte, impide juzgar obre hecho que no impute una acusación diversa del juzgador. Pero no implica que esta imputación obligue a juzgar, lo que atañe al derecho a la tutela judicial, pero no a la garantía que el acusatorio impone.

En todo caso, como dice esa STS 301/2007, *el Tribunal tiene facultad para acordar el sobreseimiento libre previsto en el art. 637.2, a pesar de la pretensión acusatoria del Ministerio Fiscal o del acusador particular, tal como se previene en el art. 645.1 , pues al tratarse de una cuestión de derecho y no de hecho, que no puede variar a lo largo del acto*

del juicio oral, la economía procesal y la protección de los derechos fundamentales del proceso exigen la existencia de esta facultad del Tribunal, siendo la resolución de éste susceptible de recurso de casación en base al art. 848.2 LECrim.

Por otro lado el acceso a la casación viene circunscrito a la determinación de la concurrencia o no de una eventual infracción de ley, sin que pueda discutirse la premisa fáctica de la resolución. Así se desprende de lo dispuesto en el artículo 848 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal".

En consecuencia en dicha sentencia esta Sala refiere que la decisión de la Audiencia no discrepa de la del Instructor en cuanto a los hechos como comportamientos determinados atribuidos al imputado. Lo que discute –y entiende que es susceptible de recurso de casación- es su valoración y las consecuencias de este en cuanto a la calificación jurídica de aquellos.

3º En orden a dirimir tal controversia se sometió la misma al Pleno no jurisdiccional de esta Sala celebrado el 4.3.2015, que analizó el recurso de queja interpuesto contra resolución del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que acordó la inadmisión del recurso de casación contra el auto que acordó el sobreseimiento libre de las actuaciones dejando sin efecto el dictado por el Instructor de continuación de las Diligencias previas por los tramites del Procedimiento Abreviado, recayendo el auto de fecha 29.4.2015, que resolvió la cuestión planteada en los siguientes términos:

"**PRIMERO: Objeto de la queja.**

El Tribunal Superior de Justicia decidió el sobreseimiento de la causa e inadmitió el recurso de casación intentado preparado contra tal decisión por la acusación no pública. El recurrente en queja denuncia esa inadmisión

Nos encontramos ante una resolución caracterizada por:

a) Ha sido dictada por un Tribunal Superior de Justicia

b) Resolviendo una apelación formulada contra la decisión de uno de sus componentes, que instruía la causa contra un **aforado**

c) Por los trámites del procedimiento **abreviado**

d) En el cual el instructor había decidido: 1º: **continuar la preparación del juicio oral contra persona determinada** y 2º: **no hacerlo por otros delitos** objeto de imputación.

e) El TSJ por medio de la Sala de lo Civil y Penal decidió **resolviendo sendas apelaciones formuladas por acusación e imputado**, **confirmar** el segundo de los pronunciamientos y **revocar** el primero; **ordenado**, en consecuencia, el **sobreseimiento libre** de la causa.

SEGUNDO: Fundamentos de la queja.

Precisa que, además de ser recurrible el auto del TSJ en casación por haber ordenado *ex novo* el sobreseimiento de la causa en cuanto a un delito respecto del que el Instructor había mantenido la imputación del querellado, también lo es la parte de la resolución del TSJ que ratifica la decisión de sobreseimiento dictada por dicho Instructor en relación a otros delitos que se le atribuían en la querella. En particular, en este segundo caso, cuando los fundamentos de la ratificación por el TSJ disienten de los considerados por el Instructor, ya que de esa suerte deriva indefensión para el acusador que no habría tenido opción a alegar respecto de esos nuevos fundamentos.

Invoca lo **acordado por el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de este Tribunal Supremo en 9 de febrero de 2005**, al que no cabría oponer, por aislada, la resolución de la Sala Segunda en 26 de octubre de 2012.

La parte que se queja invoca también el **derecho al recurso**. La inadmisión a trámite de la casación vulneraría, en su parecer, el **artículo 848** de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

TERCERO.- Sistema de recursos en las causas contra aforados.

La exigencia de preservar el contenido de la garantía constitucional del juez imparcial, supuso la introducción de la previsión específica, en

cuanto a la determinación de la figura del instructor de dichas causas, establecida en los artículos 53.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial *(En las causas a que se refieren los números segundo y tercero del párrafo anterior se designará de entre los miembros de la Sala, conforme a un turno preestablecido, un instructor, que no formará parte de la misma para enjuiciarlas)* y 73.4 de la misma Ley Orgánica del Poder Judicial *(Para la instrucción de las causas a que se refieren los párrafos a) y b) del apartado anterior se designará de entre los miembros de la Sala, conforme a un turno preestablecido, un instructor que no formará parte de la misma para enjuiciarlas)* según el aforado lo sea al Tribunal Supremo o a un Tribunal Superior de Justicia.

En lo que se refiere a los recursos contra las resoluciones recaídas en las respectivas causas, **en defecto de norma específica** debe partirse de las disposiciones que regulan los respectivos procedimientos ordinario, abreviado o el específico para las causas ante el Tribunal del Jurado. Así, contra las decisiones del Instructor, designado conforme a las normas antes citadas, de entre los Magistrados del Tribunal competente, procederán respectivamente **los mismos recursos que proceden en los respectivos tipos de procedimiento contra las decisiones del Juez de Instrucción** que tramita el sumario, las diligencias previas, la fase de preparación del juicio oral o la fase previa a la remisión de la causa a la Audiencia para el juicio ante Tribunal del Jurado.

Y, por otro lado, contra las decisiones del Tribunal que enjuicia al aforado, procederán también **los mismos recursos que proceden en los respectivos tipos de procedimiento contra las decisiones de la Audiencia, Juez de lo Penal o Tribunal del Jurado**. En este último caso, cuando se trate de resoluciones del Magistrado del Tribunal del aforamiento, en el desempeño de la función de Magistrado Presidente, procederán los mismos recursos que contra el Magistrado-Presidente en causas contra no aforados, debiendo los recursos devolutivos entenderse admitidos, no para ante la Audiencia, sino para ante el Tribunal del juicio

del aforado. Y cuando la resolución se adopte contra la decisión del Tribunal del Jurado, si el recurso, previsto de manera común en dichos procedimientos, es devolutivo, en el caso del aforado ante el Tribunal Superior de Justicia, el competente para resolver será, en su caso, el Tribunal Supremo.

Conforme a este criterio, y teniendo en cuenta el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda invocado por el recurrente en queja, debemos examinar si existe norma específica autorizante de la casación o ha de estarse a la analogía que dejamos expuesta.

CUARTO.- Norma reguladora de la admisión de recurso de casación contra la decisión en apelación ordenando el sobreseimiento de la causa.

Es necesaria una advertencia previa: en el marco de un procedimiento ordinario no cabe el supuesto de decisión de sobreseimiento **al resolver la apelación**. En dicho procedimiento el sobreseimiento siempre y sólo lo puede ordenar el Tribunal del juicio. Pero no con ocasión de una apelación. Aunque, por estimación de ésta, puede dejar sin efecto un procesamiento. Pero la decisión de sobreseer será siempre de su exclusiva competencia. Y ello precisamente durante la tramitación de la denominada fase intermedia.

Cuando el trámite seguido es el propio del denominado procedimiento abreviado, la decisión puede adoptarse ya inicialmente por el Juez de Instrucción o y también por la Audiencia (sea o no ésta la competente para el juicio), en vía de recurso, ya sea, en este caso, confirmando el sobreseimiento previamente acordado por el Juez de Instrucción, lo adopte éste en el trámite de conclusión de diligencias previas o lo adopte al denegar la apertura del juicio, ya sea, en otro caso, revocando la decisión al respecto de aquél por la que ordena seguir el procedimiento a la fase preparatoria del juicio oral.

Conforme a la **analogía** entre procedimientos contra aforados y los demás, las resoluciones de la **Audiencia** en procedimientos contra no

aforados deben equipararse a las del **Tribunal Superior de Justicia** competente para el juicio en las causas contra aforados.

Por otra parte ha de partirse de que el artículo 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (tras su reforma por la LOTJ), establece que**:** *Procede el recurso de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma contra: a) las sentencias dictadas por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia en única o en segunda instancia.*

Y el artículo 848 (tras su reforma por la LOTJ), añade: *Contra los **autos** dictados, bien **en apelación por las Salas de lo Civil y Penal** de los Tribunales Superiores de Justicia bien con carácter definitivo* por las Audiencias, *sólo procede el recurso de casación, y únicamente por infracción de **ley**, en los casos en que ésta **lo autorice de modo expreso**.*

*A los fines de este recurso, los autos de **sobreseimiento** se reputarán definitivos en el solo caso de que fuere **libre** el acordado, por entenderse que los **hechos** sumariales **no** son constitutivos de **delito** y **alguien** se hallare **procesado** como culpable de los mismos.*

Los artículos de previo pronunciamiento ¬artículos 666 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal¬ pueden culminar en decisión de sobreseimiento artículo 675 de la misma Ley a dictar por las Audiencias, en el marco del procedimiento ordinario. Tales resoluciones son recurribles en apelación, en caso de que mande seguir la causa, como reza literalmente el artículo 676 de aquella ley procesal. La apelación solamente puede competer al Tribunal Superior de Justicia. Y la decisión de esta apelación es susceptible de casación, si el Tribunal Superior de Justicia, estimando que no procede seguir la causa, ordena el sobreseimiento libre y se encontrare procesado algún imputado (artículo 848).

Y lo mismo cabe decir si quien ordena seguir la causa es el Magistrado- Presidente, en causa contra aforado, y, conforme al artículo 676 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, su decisión es recurrida en apelación ante el Tribunal Superior de Justicia. Si éste revoca la decisión

del Instructor y ordena el sobreseimiento libre de la causa, respecto de aquél contra el que se ordenó la apertura del juicio oral, su decisión es recurrible en casación, de conformidad con el artículo 848 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículos 36.1 y 36.2 de la LOTJ).

Así pues, análogamente, los **requisitos para admitir la casación contra decisiones del Tribunal Superior de Justicia**, en supuestos como el que dio lugar a la queja que ahora examinamos, en los que se sigue **procedimiento abreviado contra aforado**, serán:

a) Auto dictado por el Tribunal Superior de Justicia.

b) En procedimiento que sigue los trámites del abreviado.

c) La resolución recae al resolver la apelación.

d) Imponiendo el sobreseimiento libre.

e) Preexistencia de una decisión del Magistrado que instruía en la que ordenaba la continuación a la fase de preparación de juicio oral y se indicaban hechos, delito y persona a la que se atribuían, es decir, equivalente al procesamiento.

Por lo que se refiere a la existencia de norma legal autorizante de la casación, en causas acomodadas al trámite del abreviado, ha de estarse al acuerdo del **Pleno de esta Sala de 9 de febrero de 2005**.

En él acordamos:

Los autos de sobreseimiento dictados en apelación en un procedimiento abreviado sólo son recurribles en casación cuando concurran estas tres condiciones:

Se trata de un auto de sobreseimiento libre.

Haya recaído imputación judicial equivalente a procesamiento, entendiéndose por tal resolución judicial en la que se describa el hecho, se consigne el derecho aplicable y se indiquen las personas responsables.

El auto haya sido dictado en procedimiento cuya sentencia sea recurrible en casación.

Estas tres condiciones concurren en el presente caso:

a) El Tribunal Superior de Justicia ordenó, al resolver la apelación, el sobreseimiento libre por auto de 18 de junio de 2014.

b) En la causa seguida contra D. Luis Acayro y respecto del cual el Magistrado que desempeñaba las funciones de Instructor ordenó seguir la fase preparatoria de juicio oral por auto de fecha 9 de febrero de 2015.

c) El delito que se le imputaba por el Instructor era el previsto en el art. 197.2 del Código Penal consistente en descubrimiento y revelación de secretos.

d) La sentencia que habría de poner fin a la causa, en cuanto dictada por el Tribunal Superior de Justicia, al tratarse de aforado, sería recurrible en casación, conforme al artículo 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El debate se puede suscitar si se entiende que, al dictar el sobreseimiento el órgano de la apelación, previamente decide dejar sin efecto la resolución del Juez Instructor que, al modo del procesamiento, mandaba seguir contra el imputado a la fase de preparación del juicio oral. Tal secuencia en la conformación de la decisión, implicaría que, cuando se pasa a ordenar el sobreseimiento, **ya ha decaído la imputación formal** insita en el auto de transformación o en el que ordena el pase a la fase de preparación del juicio oral. Por tanto el sobreseimiento se ordena cuando ya no existe persona imputada al modo equivalente al procesamiento.

Tal secuencia, sin embargo, no es específica de las causas contra aforados. La situación es idéntica a la que se produce cuando la Audiencia, en caso de apelación dentro del procedimiento abreviado, revoca la decisión del Instructor, por la que ordenaba seguir a la fase de preparación del juicio oral y, como consecuencia, decide el sobreseimiento.

Ni en uno ni en otro caso existe una *doble* decisión al resolver la apelación. Existe **solamente una decisión**: la que se funda en la inexistencia de razones para seguir causa contra persona determinada.

De ahí la falacia de construir una solución de continuidad en el procedimiento, escindiendo la única decisión no seguir causa contra un imputado para considerar lo que son solamente sus efectos sobreseimiento como otra decisión separada de aquélla y posterior.

QUINTO: Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Este Tribunal Supremo, conforme a su previa decisión por el Pleno, ha admitido el recurso de casación cuando la Audiencia revoca la imputación insita en el auto de transformación e impone el sobreseimiento al resolver en apelación.

No acepta la más o menos ingeniosa **tesis** de que, al **revocar el auto de transformación** de Previas **y**, a continuación, **sobreseer**, esto último ocurre **sin que subsista ya, y por eso, la imputación formal**.

En la STS núm. 613/2013 de 8 julio se admitió la casación instada por la acusación particular, y se entró en el fondo (desestimando el recurso), pese a que el sobreseimiento se titulaba provisional, por entender que era en realidad libre. La Audiencia había revocado la imputación de unos querellados al estimar la apelación de éstos, ordenando el sobreseimiento respecto de los mismos.

En la Sentencia Tribunal Supremo núm. 405/2009 de 13 abril la Audiencia había estimado íntegramente el recurso de apelación interpuesto contra el auto dictado por el Juzgado de Instrucción y, en consecuencia, revocó íntegramente dicha resolución y acordó el sobreseimiento libre y archivo del proceso. Se dijo entonces, examinado la evolución de la doctrina jurisprudencial que *la posibilidad de recurrir en casación una resolución jurisdiccional de cierre -sobreseimiento libre por no ser los hechos constitutivos de delito, art. 637.2 LECrim -, dictada en el ámbito del procedimiento abreviado, ha sido abordada en numerosas ocasiones por esta Sala. La admisibilidad del recurso de casación no ha sido siempre cuestión pacífica. El art. 848 de la LECrim prescribe que contra los autos dictados con carácter definitivo por las Audiencias sólo procede el recurso de casación, y únicamente por infracción de ley, en los casos en que ésta lo*

autorice de modo expreso. Añade el párrafo segundo del mismo precepto que los autos de sobreseimiento se reputarán definitivos en el solo caso de que fuere libre el acordado, por entenderse que los hechos sumariales no son constitutivos de delito y alguien se hallare procesado como culpable de los mismos.

La jurisprudencia de la Sala Segunda ha negado, en no pocas resoluciones, la viabilidad procesal del recurso de casación contra el auto de archivo dictado en Diligencias Previas (cfr., entre otros, AATS 27.12.99, 14.10.99, 20.7.99, 8.6.99,25.3.99, 22.3.99, 8.2.99, y 5.2.99). En otros supuestos, poniendo el acento en el significado jurídico del principio pro actione, como expresión del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, ha propugnado un criterio flexible en la interpretación del art. 848 de la LECrim (LEG 1882, 16), abriendo la puerta al recurso más allá de las exigencias que parecen desprenderse de la literalidad de aquel precepto (cfr. AATS 2.3.89 ó 17.5.99).

Un criterio intermedio es el acogido por el auto de 5 de abril de 1999, conforme al cual y pese a que la literalidad del art. 848 de la LECrim parece limitar su posible apreciación al ámbito del sumario ordinario, admite la transposición a sus equivalencias en el procedimiento abreviado a través de dos exigencias básicas: a) que incoado ya tal procedimiento abreviado conforme al artículo 789.5º exista escrito de acusación de alguna de las partes actoras, lo que equivaldría al requisito del auto de procesamiento a estos efectos del párrafo segundo del artículo 848 (SSTS 424/1997, 5 de mayo y 1206/1993, 21 de mayo, y las que en ésta se mencionan); b) Que el sobreseimiento recaiga en un procedimiento abreviado del que en su caso hubiera de conocer la Audiencia por sistema de juicio oral y en única instancia según las reglas de competencia objetiva del artículo 14.4º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (STS 1437/1998, 18 de noviembre),pues carecería de sentido admitir casación contra un sobreseimiento libre en procesos donde no cabe casación contra la sentencia absolutoria dictada, como ocurre con

las de las Audiencias Provinciales dictadas en apelación interpuesta contra la sentencia del Juzgado de lo Penal.

El acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda, adoptado en su reunión del día 9 de febrero de 2005 , ha confirmado la línea interpretativa propugnada, entre otras, por la resolución antes transcrita. Conforme a esta idea, los autos de sobreseimiento dictados en apelación en un procedimiento abreviado sólo son recurribles en casación cuando concurran estas tres condiciones: a) que se trate de un auto de sobreseimiento libre; b) que haya recaído imputación judicial equivalente a procesamiento, entendiéndose por tal resolución judicial en la que se describa el hecho, se consigne el derecho aplicable y se indiquen las personas responsables; c) el auto haya sido dictado en procedimiento cuya sentencia sea recurrible en casación.

Esta idea ha sido reiterada en una línea jurisprudencial que puede considerarse plenamente consolidada y de la que las SSTS 836/2008, 11 de diciembre,705/2008, 4 de noviembre, y 612/2007, 1 de junio, son fieles exponentes.

Cuando se trata de aforados, como veremos en el fundamento siguiente, el régimen no varía. Y se ha **inadmitido** la casación cuando es el Tribunal Superior de Justicia el que decide el sobreseimiento pero **solamente** porque **confirma idéntica previa decisión del instructor.** Así en el caso de la Sentencia Tribunal Supremo núm. 129/2010 de 19 febrero.

Pero, incluso antes del acuerdo Plenario de esta Sala Segunda de 2005, la Sentencia Tribunal Supremo núm. 605/2004 de 7 mayo (Sr. Andrés Ibáñez), examina el caso en el que el Auto de magistrado **instructor** del TSJ (Magistrado de éste) **acordó seguir** las actuaciones por procedimiento **abreviado** contra la imputada, dejándose sin efecto por la **Sala de lo Penal de TSJ** por Auto de 04-12-2002, que decretó el **archivo** de las actuaciones. Contra esta última resolución recurrió en casación la acusación particular.

Pues bien ya entonces éste Tribunal Supremo **declara haber lugar al recurso,** y acuerda la nulidad del citado Auto del Tribunal Superior de Justicia y manda continuar las actuaciones por el procedimiento abreviado.

También antes de nuestro acuerdo plenario, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1097/1999 de 1 septiembre examinó un caso en el que la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior acordó la aceptación de la inhibición y la incoación de diligencias previas, y nombró de entre sus miembros un Instructor, el cual acordó seguir la tramitación prevenida en el Capítulo I del Título III del Libro IV de la LECrim y tras la práctica de varias diligencias, dictó Auto por el que desestimaba la denuncia sustantiva.

Interpuso recurso de apelación el acusador particular ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia que por Auto de 30 de enero de 1998 desestimó el recurso y ratificó el recurrido y acordó el archivo de las diligencias previas 12/1997, se interpuso recurso de casación por infracción de ley, por el acusador particular.

Ciertamente el recurso se declaró inadmisible, pero no porque el procedimiento fuera el abreviado, sino porque **no concurrió el requisito de que hubiese habido una imputación formal o una acusación contra los denunciados** no habiéndose adoptado algunas de las medidas cautelares previstas en los apartados a) y b) de la regla octava del art. 785 de la LECrim, ni el auto de pase a la fase preparatoria del juicio.

La STS nº 815/2012 de 26 de octubre abandona el paralelismo, establecido por la jurisprudencia constante y uniforme, entre las decisiones de los órganos intervinientes en los procedimientos, con independencia de que se sigan o no contra aforados, que equiparaba a la Audiencia con el Tribunal Superior de Justicia y la Audiencia, y al Juez de Instrucción con el Magistrado del Tribunal Superior de Justicia designado para instruir. Adopta otro criterio comparativo basado en la naturaleza de sumario ordinario o procedimiento abreviado. Y advierte que en el ordinario la decisión de la Audiencia que decide en apelación dejar sin efecto el

procesamiento -con la consecuencia *posterior* de abocar en la fase intermedia al sobreseimiento- no es recurrible en casación. Para concluir que no es **coherente** abrir en el abreviado una vía casacional vetada en el ordinario.

Lo que, no resiste el canon de la Lógica es comparar realidades antológicamente diversas. La diversidad de esas dos hipótesis, confundidas en esa singular resolución, no estriba solamente en la censura cronológica que, en el procedimiento ordinario, existe entre el decaimiento del procesamiento y el posterior sobreseimiento. Lo esencial es tras aquél decaimiento, el sobreseimiento es una eventualidad que puede acaecer, o no. Basta recordar que tras la exitosa apelación, la instrucción del sumario puede continuar y dar lugar a nuevas decisiones, incluso de reiteración del procesamiento, pues la decisión, que dejó sin efecto el anterior, en modo alguno determina necesariamente el sobreseimiento respecto del inicialmente procesado. Es decir que revocar el procesamiento y sobreseer son **dos decisiones autónomas** y separadas en el **tiempo** e incluso, potencialmente, diferenciadas en su **fundamento**.

En el procedimiento abreviado, si, al decidir la apelación contra la decisión del instructor pasando a la fase de preparación de juicio contra el imputado, se resuelve en una única decisión y con el mismo fundamento, **no cabe decir que se dictan dos resoluciones autónomas**. Ni separadas en tiempo ni de diverso fundamento.

De querer inspirarse en una respuesta legal más afín a la estructura del abreviado, cabe acudir a la ya indicada de la resolución del artículo de previo pronunciamiento antes referida: decisión en instancia de continuación de causa contra procesado y revocación, seguida de orden de sobreseimiento en apelación, a que se refiere el artículo 676. Resulta indudable que en tal caso es admisible a trámite la casación.

No se trata, en fin, de mayor *generosidad,* en la apertura de vía de recurso, según el canon expresado en dicha resolución. Se trata, eludiendo confundir lo disímil con lo análogo, de la **interpretación más favorable**

al derecho al recurso. Como manifestación de la **garantía constitucional** de tutela judicial, que incluye aquel derecho, que no gratuita liberalidad, si existe la previsión legal.

En Pleno no jurisdiccional del pasado día 4 del mes de marzo se adoptó, con un solo voto en contra, el siguiente acuerdo: *En interpretación del Acuerdo del Pleno de 9 de febrero de 2005* -es decir no como doctrina nueva- *contra la decisión en apelación que revoca el Auto del Instructor transformando las Diligencias Previas en Procedimiento Abreviado y ordena el sobreseimiento, cabe casación.*

Consecuentemente en el estado actual de la jurisprudencia los autos dictados en apelación ordenando, en contra del criterio del instructor, el sobreseimiento de la causa, pueden ser susceptibles de casación. Cuestión distinta –que no afecta al presente recurso- es la inadmisibilidad de la casación, si la resolución recurrida fue dictada en apelación y confirma la decisión del instructor de no mantener imputación formal (SSTS. 129/2010 de 19.2, 515/2012 de 21.6).

TERCERO: Analizando, por tanto, los recursos interpuestos contra el auto de fecha 9.4.2015, cuestionan los argumentos recogidos en dicha resolución para declarar atípica la conducta imputada al querellado Sr. Sánchez Lázaro, recogida en el relato de hechos del auto de 9.12.2014, no discutida en el auto hoy recurrido, esto es que:"como documento 7, el Sr. (Acayro) Sánchez Lázaro acompañó una consulta realizada a la base del registro central de penados, en relación con la persona del querellante, consulta en la que constan los antecedentes penales cancelados desde el 30.3.2003, y que se obtiene directamente por parte de la Secretaria Judicial del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 2 de Castro Urdiales, Dª Paloma Colza, el día 26.11.2013, a las 11:27:10.

Esta consulta fue solicitada a la Sra. Secretaria, mediante la petición de un simple "post-it" en el que se hizo constar el nombre y DNI del

querellante y fue entregada por ésta al Magistrado Juez, sin comprobar la existencia de resolución judicial dictada en procedimiento alguno seguido frente al querellante en el Juzgado de Instrucción nº 2 de Castro Urdiales, que autorizase esa consulta, siendo que en aquella fecha no se tramitaba procedimiento alguno en el que estuviera imputado el querellante y argumentos, que pueden sintetizarse en:

1º.- El acceso al Registro de Penados es un delito imposible para un Magistrado, pues solo la Secretaria tenia acceso al Registro (art. 5.1 a, del R.D. 95/99, y tampoco el Magistrado Presidente pudo apoderarse de la "consulta" del Registro, pues no se alega que limitase la voluntad de la Secretaria y el archivo de la causa respecto a esta excluye toda responsabilidad a titulo de inductor.

2º.- No se ha producido utilización penal de los datos pues los mismos eran públicos, al referirse a datos ya divulgados por una Revista de tirada nacional en su número de 11.2.2009.

3º.- La falta de perjuicio al querellante.

1. Respecto a la primera objeción, debemos recordar que el delito del art. 197.2 puede ser cometido por cualquier persona,"no autorizada" o por "una autorizada" fuera de su legitimo ámbito funcional.

En este sentido la STS. 525/2014 de 17.6, destacó que "el acusado utilizara la clave de acceso que tenía atribuida para el desempeño de sus funciones, podrá ser valorado a otros fines, paro no implica que estuviera "autorizado" en términos que descarten la aplicación del tipo previsto en el artículo 197.2 y 198". Es decir, que lo estuviera en particular para las consultas que no derivaran de su actuación como funcionario en el ejercicio de sus funciones que le correspondía en el desempeño de las funciones que tenia encomendadas, y no funcionario de la Tesorería de la Seguridad Social estuviera autorizado para acceder a determinadas bases, y otra es que esa autorización ampare el acceso a tales bases al margen de cualquier expediente o actuación oficial. En este sentido se han pronunciado la STS. 1328/2009 de 30.12 ó la STS. 941/2005 de 18.7... que

afirmó en la interpretación de este presupuesto “el acusado podía estar autorizado para acceder a la información de que se trata, pero solamente en el desempeño de su función y, desde luego, nunca para hacer a aquella objeto de un apoderamiento ilícito, según esta sala ha tenido ocasión de decir, entre otras, en sentencia 725/2004, 11 de junio”.

Siendo así debe incluirse en la ausencia de autorización, tanto el acceso a un registro, sin previa autorización, como el acceso con autorización, excediéndose de los límites de la misma y por cualquier medio.

-en el caso que se analiza no se discute que fue la Secretaria del Juzgado quien accedió al Registro de Penados, utilizando su clave, para la que tenia autorización, motivada por la petición previamente solicitada por el querellado, sin que por parte de aquella se comprobase su correspondencia con una solicitud previamente avalada por una resolución judicial recaída en un concreto procedimiento judicial en tramitación en el Juzgado.

Consideran los recurrentes que con ello se está describiendo un caso que de forma indiciaria podría constituir una autoría mediata por parte del querellado.

Razonamiento que debe ser asumido en esta sede casacional. El art. 28 CP, al definir la autoría entiende por autores “quienes realizan un hecho… por medio de otro del que se sirven como instrumento”.

En efecto la autoría del hecho supone e implica la titularidad de la acción, o dominio del hecho, o sea la determinación del sujeto que promueve, realiza, ejecute y lleva a efecto la ideación criminal. Prescindiendo del inductor o del cooperador necesario, la autoría se proyecta a través de diversas y distintas modalidades, ya sea la autoría directa o indirecta, ya sea la autoría mediata o inmediata. En todo caso implica, la titularidad de la acción criminal.

Como se ha dicho el autor mediato tiene también el dominio del hecho, aunque a través del dominio de la voluntad de otro, llamado instrumento, que es el que realiza el tipo en forma inmediata.

Esta autoría se dará en los siguientes supuestos:

a) cuando "el instrumento", esto es el que obra directamente, lo hace sin dolo

b) cuando el "instrumento" obre con error de tipo o con error de prohibición, en cuyo caso aquél, al no conocer la prohibición no domina su voluntad, sino tan solo su acción, lo que es aprovechado por el autor mediato;

c) cuando obre coaccionado, debiendo apreciarse aquí la intensidad de la coacción para estimar si hay autoría mediata o inducción.

En la doctrina la diferencia entre inducción y autoría mediata suele residenciarse en la acción del inducido, en tanto que se actúa con dolo se trata de inducción, y si no lo hace con dolo, ante la autoría mediata, que se explica mediante la teoría del dominio funcional del hecho.

Conforme esta teoría no puede descartarse a priori la autoría mediata del querellado Sr. Acayro. El acceso a los datos del Registro de Penados se hizo a través de la Secretaria Judicial, pero lo fue a instancia de aquel, quien seria el autor intelectual –"el nombre de atrás"- de la acción típica, siendo consciente por su propia condición, de que no existía ningún procedimiento judicial contra el querellante Sr. Loroño , debía conocer que el acceso a aquel Registro no podía realizarse al margen de tal situación, valiéndose de aquella para obtener la información.

2. En segundo lugar el auto recurrido considera atípica la conducta del querellado, al no encontrarnos ante un secreto, dado el carácter público de los datos, evidenciado por:

-la noticia aparecida en un semanario de difusión nacional, el 11.2.2009, en la que se hacia constar que el Sr. Loroño "fue condenado hace años por colaboración con banda armada".

-la inclusión de dicha noticia en el dossier de prensa del TSJ. de Cantabria.

-la accesibilidad actual de la información en las paginas de la revista y en Internet, al ocurrir los hechos antes de la sentencia del TJUE. de 13.5.2014 que implantó el "derecho al olvido".

La Sala no puede compartir esta argumentación.

En efecto en SSTS. 1328/2009 de 30.12, 990/2012 de 18.10, 525/2014 de 17.6, y ATS. 1945/2014 de 27.11, hemos recordado que el art. 197.2 se encuentra ubicado en el capitulo primero "Del descubrimiento y revelación de secretos, del Titulo X del Libro II del Código Penal que se rotula como "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio".

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

Por intimidad, por tanto, se pueden entender diversos conceptos, siendo significativo a estos efectos que la terminología usada para referirse a dicho concepto varia en los distintos países, así en Italia se habla de "riservatezza", en Francia de "vie priveé", en los países anglosajones de "privacy", y en Alemania de "privatsphare", pero que vienen a coincidir en la existencia de una esfera de privacidad que cabe considerar secreto en el sentido de ser facultad de la persona su exclusión del conocimiento de terceros. El Código actual ha hecho además especial referencia a la llamada "libertad informática, ante la necesidad de conceder a la persona facultades de control sobre sus datos en una sociedad informatizada, siguiendo las pautas de la Ley Orgánica de Regulación del tratamiento Automatizado de

Datos personas (LORTAD) 5/92 de 29.10, relacionada con el Convenio del Consejo de Europa de 28.1.81, y la Directiva 95/46 del Parlamento de la Unión Europea relativos a la protección de tales datos y a su libre circulación.

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

Esta evolución del concepto de intimidad puede apreciarse en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional así en un primer momento la intimidad se configura como el derecho del titular a exigir la no injerencia de terceros en la esfera privada, concibiéndola pues, como un derecho de corte garantista o de defensa. En un segundo momento a partir de la STC. 134/99 de 15.7, la intimidad pasa a ser concebida como un bien jurídico que se relaciona con la libertad de acción del sujeto, con las facultades positivas de actuación para controlar la información relativa a su persona y su familia en el ámbito público: "el derecho a la intimidad garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a una persona o a su familia, pudiendo imponer a terceros (sean estos simples particulares o poderes públicos, su voluntad de no dar a conocer dicha información,

prohibiendo su difusión no consentida" (SSTC. 134/99 de 15.7 y 144/99 de 22.7).

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

También sanciona a quien, sin estar autorizado, se apodere, en perjuicio de tercero, de datos reservados de carácter personal o familiar de otro, que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Así como a quien simplemente acceda a ellos por cualquier medio sin estar autorizado y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

El bien jurídico protegido es la intimidad individual. Aunque la idea de secreto puede ser más amplia, como conocimientos solo al alcance de unos pocos, en realidad deben estar vinculados precisamente a la intimidad pues esa es la finalidad protectora del tipo. En este sentido, la STS nº 666/2006, de 19 de junio, en la que se dice que "la idea de secreto en el art. 197, 1º CP resulta conceptualmente indisociable de la de intimidad: ese «ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los

demás» (SSTC 73/1982 y 57/1994 entre muchas)". Así se desprende de la ubicación del precepto en el Título dedicado a los delitos contra la intimidad, y es coherente con su propia redacción, pues en el primer apartado relaciona los papeles, cartas o mensajes de correo electrónico con otros documentos o efectos personales. Y en el segundo apartado se refiere a datos reservados de carácter personal o familiar.

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

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

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

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

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

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

Los datos, además, ha de estar **"recogidos (registrados) en ficheros o soportes** informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. **Fichero** es todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso (art. 3 b. LPDP). En el sentido del art. 197.2 debe exigirse que se trate de un conjunto organizado de información relativa a una generalidad de personas. Dado el carácter reservado de los datos, los ficheros o registros han de ser de acceso y utilización limitada a personas concretas y con finalidades especificas, siendo indiferente, su naturaleza: personal, académica o laboral, medica, económica, etc… Se trata, en realidad de informaciones de carácter personal relacionadas más con la privacidad que

con la intimidad. No tienen por qué ser informativos, porque se acoge también a **cualquier otro tipo de archivo o registro** público o privado.

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

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

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

-Partiendo de la anterior doctrina habrá que analizar la infracción denunciada que cuestiona que los datos del Registro de antecedentes no sea un dato protegido penalmente al ser ya público su contenido por las razones que expone el auto recurrido al referirse a datos ya divulgados, para ello es necesario realizar unas consideraciones previas, tal como preciso la STS. 1461/2001 de 11.7.

a) En principio, todos los datos personales automatizados, son "sensibles" porque la Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento de Datos Personales (LORTAD) 5/92 de 29.10, no distingue a la hora de

ofrecerles protección (veáse art. 2.1º y 3º de dicha Ley). Datos en principio, inocuos al informatizarlos, pueden ser objeto de manipulación, permitiendo la obtención de información.

No existen, por consiguiente, datos personales automatizados reservados y no reservados, por lo que debe interpretarse que todos los datos personales automatizados quedan protegidos por la comunicación punitiva del art. 197.2 CP.

b) Tampoco hacen distinción alguna, ni la Ley vigente de Protección de Datos Personales, LO. 15/99 de 13.12, que ha sustituido a la LORTAD, ni la Directiva 95/46 de la Unión Europea, ni el Convenio del Consejo de Europa, en la propia LORTAD.

c) No es posible, a su vez, interpretar que “los datos reservados” son únicamente lo más sensibles, comprendidos en el “núcleo duro de la privacidad”, (v.g. ideología, creencias, etc.) para quedar los no reservados en el grupo de los sancionables administrativamente, por cuanto dicho enfoque hermenéutico chocaría con una interpretación sistemática del art. 197 CP, ya que si en él se prevé un tipo agravado para esta clase de datos (numero 5) “a sensu contrario” los datos tutelados en el tipo básico, serian los no especialmente protegidos (o “no reservados”) en la terminología de la Ley.

En consecuencia y en línea de principio, no importa la trascendencia e importancia objetiva de los datos personales y familiares. No cabe, pues, diferenciar a efectos de protección entre datos o elementos “objetivamente” relevantes para la intimidad que serian los únicos susceptibles de protección penal y datos “inocuos” cuya escasa significación los situaría directamente fuera de la intimidad penalmente protegida. En esta dirección la STS. 725/2004 de 11.6 nos dice que el art. 197. 2 CP no hace distinciones respecto del objeto de la acción que tengan fundamento en normas no penales y se refiere a "datos reservados de carácter personal o familiar" registrados en soportes informáticos, electrónicos o telemáticos de archivos o registros públicos o privados. Es decir, que el legislador ha

querido alcanzar todos los datos de estas características porque, indudablemente, todos son merecedores de protección penal.

Ahora bien si debe exigirse que los datos o información pertenezcan al ámbito privado y personal o familiar del sujeto. La STS. 358/2007 de 30.4, recordó que aunque en el segundo apartado del art. 197 se refiere a datos reservados de carácter personal o familiar, no siendo preciso que pertenezcan al núcleo duro de la privacidad, pues de ser así se aplicaría la agravación del apartado quinto del artículo 197, si es necesario que afecten a la intimidad personal.

Hay que distinguir entre la irrelevancia "objetiva" del contenido e importancia de la información para que la protección penal opere en el caso de datos de carácter personal o familiar, a que se refiere el art. 197.2, que, desde el punto de vista sustancial y aisladamente considerados, son generalmente inocuos; y la necesaria equiparación que debe establecerse entre "secreto" y "reservados" a efectos de la intimidad personal y familiar. En efecto de una interpretación teleológica y sistemática se debe concluir que el término reservados" que utiliza el Código hay que entenderlo como "Secretos" o "no públicos", parificándose de este modo el concepto con el art. 197.1 CP. Secreto será lo desconocido u oculto, refiriéndose a todo conocimiento reservado que el sujeto activo no conozca o no esté seguro de conocer y que el sujeto pasivo no desea que se conozca.

En el caso presente los datos que figuran en el Registro de Penados tienen carácter reservado, desde el momento que su acceso está limitado a terceros.

En efecto la STC. 144/99 de 22.7, que analizó los problemas que planteaba el tratamiento relativo a los antecedentes penales y la necesidad de que existan garantías en su utilización, de suerte que se garantiza que se proceda a un tratamiento adecuado a los fines que justifican la existencia del Registro al considerar que "la información relativa a un aspecto tan sensible de la vida de un individuo, como son sus antecedentes penales, que indudablemente afectan a su integridad moral, debe estar a recaudo de

una publicidad indebida y no consentida por el afectado, y, aún en el caso de que una norma de rango legal autorice a determinados sujetos el acceso a la misma, con o sin el consentimiento del afectado, ese acceso sólo está justificado si responde a alguna de las finalidades que explican la existencia del archivo o registro en el que estén contenidas; fines que deberán coincidir con alguna de las limitaciones constitucionalmente impuestas a la esfera íntima del individuo y su familia.

En consonancia con tal doctrina el RD. 95/2009 de 6.2 regulador del mencionado Registro señala que su actividad fundamental es servir de apoyo a la actividad de los órganos judiciales y del Ministerio Fiscal (art. 2.1).

Por ello el acceso a los "datos del Registro de Penados solo está permitido a los órganos judiciales, el Ministerio Fiscal, a la Policía Judicial, la intervención de armas y las Unidades de la Policía responsables de los pasaportes y del control de entrada y salida del territorio nacional en el ejercicio de sus respectivas funciones, también puede acceder el titular de los datos en cuestión (art. 5 y 6 RD. 95/2009).

Llegados a este punto y en orden a la atipicidad de la conducta por referirse a datos ya divulgados, la consulta realizada en la Base de datos del Registro de Penados y aportada al Consejo General del Poder Judicial en el seno de unas diligencias informativas, fue una certificación oficial en la que constan:

-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 numero del DNI

-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 numero de la causa y de la ejecutoria, la fecha de la cancelación de antecedentes y la norma en que se amparó.

-el numero 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.

Todos estos datos, al menos a nivel indiciario, integran el concepto de “datos reservados de carácter personal” registrados en un fichero de acceso restringido, cuya utilización está protegida por el citado RD. 95/2009 de 6.2.

Por su parte la noticia publicada en una revista semanal de tirada nacional el 11.2.2009 recogía textualmente que el Sr. Loroño “fue condenado hace años por colaboración con banda armada”, lo que como con indudable acierto resalta el Ministerio Fiscal en su recurso, no supone identidad ni en cuanto al contenido ni en cuanto a la autenticidad y credibilidad de la información.

Así la noticia publicada no menciona ni la fecha de comisión de los hechos, ni la gravedad de la conducta, ni la duración **de** la **pena** impuesta, ni si la misma fue cumplida o suspendida, ni si se trata de un hecho reciente o muy antiguo, ni tampoco si adquirió firmeza, pero, además de estas diferencias que suponen el desvelo de datos inéditos que forman parte de la esfera de intimidad del querellante, es importante resaltar la diferente credibilidad que ofrecen una información periodística inconcreta, y una certificación registral, como lo demuestra el hecho de que el Sr. Acayro optase por aportar esta segunda, aun sabiendo que no podía acceder directamente al Registro y tuviera que hacerlo "utilizando" a la Secretaria Judicial, en lugar de unir el recorte periodístico como ha tenido a bien efectuar eh la presente causa, al ser consciente de que para desacreditar al Sr. Loroño aportaba mayor credibilidad que un recorte periodístico que en muchas ocasiones tan solo obedece a un rumor.

Además no resulta ocioso destacar que los antecedentes penales del Sr. Loroño estaban cancelados. Cancelación de antecedentes que implica la rehabilitación penal lo que supone la desaparición legal de sus efectos en

los ámbitos de la reincidencia (art. 22.8), y de la investigación de delitos, así como en el acceso a los cargos públicos, la función publica y a todos aquellos derechos o situaciones que requieran la carencia de antecedentes penales (art. 136 CP, y art. 19 RD. 95/2009) y la información de las inscripciones canceladas solo estará a disposición de Jueces y Tribunales españoles (art. 19.3 RD. 95/2009 y 136.4 CP.

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 perjudicarle, 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 entre 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).

Y de otra parte la manifestación del querellado sobre la inexistencia del elemento subjetivo del delito, alegándose que el móvil que guió su conducta fue acreditar la animadversión que le tenia el querellante, resulta insostenible porque confunde la voluntariedad de la acción con su propio propósito, sentido o móvil, que inspiro precisamente su acción voluntaria.

El hecho de que la acción se realizara con dicha finalidad, no implica la ausencia de dolo, pues el recurrente, voluntaria y conscientemente accedió a través de un tercero a los datos reservados del Registro de Penados y los transmitió al Servicio de Inspección del Consejo.

Esta acción no queda desvirtuada por la naturaleza del fin u objetivo perseguido por el recurrente en última instancia. Uno u otro pudiera tener relevancia para operar como móvil de su acción y para activar su voluntad, pero como tales son un factor externo que no excluyen el conocimiento y voluntariedad de su acción. Se daban pues los elementos propios del dolo.

En este sentido SSTS. 85/2009 de 6.2, 890/2010 de 8.10, 990/2012 de 18.10, hemos indicado que los móviles que guían la conducta del autor son irrelevantes en la construcción dogmática del tipo subjetivo. En otras palabras, carece de relevancia si el imputado realiza la acción con intención de hacer un favor, de complacencia, por afinidad personal o para cualquier causa, lo relevante es si cuando realiza la acción comprendía el alcance de la norma prohibitiva y si era capaz de actuar conforme a esa comprensión, y a esa conclusión se llega cuando se constata que el imputado guió su conducta a la realización del tipo penal (STS 1106/06, de 10 de noviembre). En consecuencia, la consideración de los motivos es irrelevante a efectos penales, salvo cuando se recoge como elemento del tipo penal o se tiene en cuenta en circunstancias modificativas de la

responsabilidad penal (STS 1479/98, de 30 de noviembre; STS 46/2009, de 27 de enero).

3. En tercer lugar cuestionan los recurrentes el contenido del fundamento jurídico tercero del auto recurrido, en el sentido de que en el auto de incoación del procedimiento abreviado no se describe perjuicio concreto alguno.

Es necesario, por tanto, conforme se expone en la STS. 1328/2009 de 30.12, analizar el sentido y alcance de la expresión “en perjuicio de un tercero” del inciso primero del art. 197.2, y “en perjuicio del titular de los datos o de un tercero” de su inciso final.

Un sector doctrinal considera que “en perjuicio” es un elemento subjetivo del injusto, de manera que el propósito de perjudicar a otro debe presidir el apoderamiento, la utilización o modificación de los datos. El inconveniente que tiene esta postura es que aunque anticipa el momento de la intervención penal –pues la consumación ya no tiene que esperar a la efectiva producción de resultado alguno-, a la vez limita el ámbito de lo punible, pues solo los comportamientos que vayan presididos de esa particular intención resultan típicos. Por ello otro sector de opinión estima que el “en perjuicio de tercero” no debe ser interpretado como un elemento subjetivo del injusto, sino como el resultado de la conducta, causalmente añadido a la simple utilización, modificación o al apoderamiento de los datos. Esta es la línea que siguió esta Sala en la STS. 234/99 de 18.2, al matizar que parece razonable que no todos los datos reservados de carácter personal o familiar puedan ser objeto del delito contra la libertad informática, puesto que, precisamente porque el delito se consuma tan pronto el sujeto activo "accede" a los datos, esto es, tan pronto los conoce y tiene a su disposición (…), es por lo que debe entenderse que la norma requiere la existencia de un perjuicio añadido para que la violación de la reserva integre el tipo, un perjuicio que puede afectar, como hemos visto, al titular de los datos o a un tercero, perjuicio que se produce siempre que

se trata de un dato considerado "sensible" por ser inherente al ámbito de su intimidad más estricta.

Es cierto que esta postura ha sido objeto de criticas al limitar los datos que causan un perjuicio apreciable a los datos “sensibles”, los de mayor relevancia para la intimidad y ha sido matizada en otras posteriores, como la 1461/2001 de 11.7, que a la pregunta de si la expresión de tercero debe interpretarse como un plus en la lesión del bien jurídico protegido, entendió que existían argumentos para responder negativamente:

a) Si el ámbito de la intimidad protegida se restringe mucho, se produce el efecto de asimilar el perjuicio a la parte más básica de la intimidad (“núcleo duro de la privacidad”): salud, ideología, vida sexual, creencias, etc. que ya se castiga como subtipo agravado en el art. 197.5, lo que conllevaría la inaplicación del art. 197.2.

b) De la sentencia 18.2.99, parece colegirse que ese posible mayor perjuicio proviene y se traduce en el desvelamiento de un dato personal o familiar, exclusivamente.

c) La conducta se consuma, sin necesidad de que un ulterior perjuicio se produzca como textualmente exprese las tantas veces referida sentencia de esta Sala.

d) Derivada de la anterior afirmación hemos de entender que sí el perjuicio se materializa habría que acudir a un concurso medial de infracciones penales.

e) El precepto analizado tutela o protege exclusivamente la intimidad y no contempla con tal previsión penal la lesión de otros bienes jurídicos. En realidad se trata de poner freno a los abusos informáticos contra la intimidad, es decir, contra aquellas manifestaciones de la personalidad individual o familiar cuyo conocimiento queda reservado a su titular.

f) En una interpretación sistemática, si quisiéramos establecer una simetría con las descripciones típicas contenidas en el art. 197.1 y referidas al aspecto subjetivo del tipo, advertiríamos que en esta figura

delictiva, la acción típica se dirige “a descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro”, que en cierto modo estaría sustituida por la frase “en perjuicio de otro”, contenida en el tipo penal previsto en el art. 197.2, habida cuenta de que ambas infracciones penales, tratan de proteger idénticos bienes jurídicos.

g) Asimismo la STS. 123/2009 de 3.2 al analizar el hecho del “acceso” que se ubica en la modalidad básica del art. 197.2, indica que ésta modalidad básica incluye, a su vez, tres figuras diversas: 1ª apoderamiento, utilización o modificación de datos; 2ª el mero acceso, y 3ª la alteración o utilización.

h) Pues bien, por difícil que resulta comprenderlo, las modalidades 1ª exigen que el sujeto actué en perjuicio de tercero, la 3ª que se haga en perjuicio de tercero o del titular del dato, y lo que aquí es relevante, en la 2ª no se exige perjuicio alguno…

Baste advertir que el supuesto típico imputado –mero acceso-, es decir la modalidad 2ª, no exige tal perjuicio de tercero. El perjuicio de tercero es presupuesto de las otras modalidades típicas del apartado 2º del art. 197 CP. constituido por la conducta de “apoderarse, utiliza o modificar” y la de “alterar o utilizar” los datos a los que nos venimos refiriendo. Es decir reservados y de carácter personal o familiar existente en los ficheros o archivos allí indicados.

Pero cuando la conducta típica es la descrita en la primera parte del inciso segundo del mismo apartado 2º del citado art. 197 CP. es decir el acceso a los datos por cualquier medio, no exige el perjuicio del tercero.

Pues bien creemos que es necesario realizar una interpretación integradora en el sentido de que como en el inciso primero, se castigan idénticos comportamientos objetivos que el inciso 2º (apodere, utilice, modifique) no tendría sentido de que en el mero acceso no se exija perjuicio alguno y en conductas que precisan ese previo acceso añadiendo otros comportamientos, se exija ese perjuicio, cuando tales conductas ya serian punibles –y con la misma pena- en el inciso segundo.

La solución seria –partiendo de que en el termino “tercero” debe incluirse el afectado, en su intimidad, sujeto pasivo, al que esencialmente se refiere el tipo- entender que los apoderamientos, accesos, utilizaciones o modificaciones de datos de carácter personal, realizadas en perjuicio de tercero se incluirían en el inciso inicial del art. 197.2, y en cambio, en el inciso segundo deberían ser subsumidas las conductas de acceso en perjuicio del titular de los datos.

Y en cuanto a la distinción entre datos “sensibles” y los que no lo son, debe hacerse en el sentido de que los primeros son por sí mismos capaces para producir el perjuicio típico, por lo que el acceso a los mismos, su apoderamiento o divulgación, poniéndolos al descubierto comporta ya ese daño a su derecho a mantenerlos secretos u ocultos (intimidad) integrando el “perjuicio” exigido, mientras que en los datos “no sensibles”, no es que no tengan virtualidad lesiva suficiente para provocar o producir el perjuicio, sino que debería acreditarse su efectiva concurrencia.

Asimismo debemos insistir, siguiendo la doctrina expuesta en SSTS. 234/99 de 18.10 y 525/2014 de 17.6, en que el perjuicio producido por la acción tiene que estar naturalmente abarcado por el dolo, pero no tiene que ser el único ni el prioritario móvil de la acción. Conclusión que a la que se llega no solo a partir de la ubicación sistemática del art. 197.2, sino también de la propia relevancia constitucional del bien jurídico lesionado por el delito, cuya protección penal no puede estar condicionada, so pena de verse convertida prácticamente en ilusoria, por la improbable hipótesis de que se acredite en quien atente contra él, sin deliberado y especial propósito de lesionarlo.

Para la STS. 1084/2010, subjetivamente se exige que la conducta se lleve a cabo *en perjuicio de tercero*, aunque no haya un ánimo específico de perjudicar y basta con que la acción se realice con la finalidad dicha, sin que resulte necesaria para la consumación la producción del resultado lesivo. Se trata por tanto de un delito de peligro que no requiere la ulterior producción de un resultado de lesión.

En el presente caso se infiere –al menos de forma provisional e indiciaria- que el querellado activo de forma voluntaria, con conocimiento del carácter reservado de los datos a los que accedió al margen de cualquier procedimiento o expediente.

Solo así puede afirmarse a la vista de su profesión de Juez de instrucción. La dinámica de su comportamiento pone de relieve que actuó consecuentemente en perjuicio del titular de los datos que, no solo obtuvo ilegalmente, sino que transmitió a terceros.

Y además, hemos de entender que en este caso en principio el perjuicio existió, pues el querellado con su acción puso al descubierto los datos obrantes en el Registro de Penados, que se encontraban cancelados, cuyo carácter reservado está fuera de toda duda y con ello dañó el derecho de su titular a mantenerlos secretos u ocultos (en este sentido se pronunció la STS. 990/2012 de 18.10).

CUARTO: En base a lo razonado los recursos deben ser estimados con retroacción de las actuaciones al momento posterior al auto de 9 diciembre 2.014, continuando el procedimiento, con declaración de oficio costas de los recursos (art. 901 LECrim).

III. FALLO

Que debemos **declarar y declaramos haber lugar a los recurso des casación,** interpuestos por **EL MINISTERIO FISCAL y La Acusación Particular de JON LOROÑO TRABUDUA,** contra Auto dictado por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 9 febrero de 2015, que estimó el recurso de apelación interpuesto por el Abogado del Estado, contra el auto del Instructor de 9.12.2014, que acordó la incoación de procedimiento abreviado, revocando esta resolución y acordando el sobreseimiento libre y archivo de la presente causa, y en su virtud dejamos sin efecto referida resolución, dictando nueva

sentencia más acorde a derecho con declaración de oficio de las costas de los respectivos recursos.

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. Andrés Martínez Arrieta **D. José Manuel Maza Martín**

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca **D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre**

D. Andrés Palomo Del Arco

456/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: **Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre**

Fallo: **23/09/2015**

Secretaría de Sala: **Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río**

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA Nº: **553/2015**

Excmos. Sres.:

D. Andrés Martínez Arrieta
D. José Manuel Maza Martín
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
D. Andrés Palomo Del Arco

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituída 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 seis de Octubre de dos mil quince.

En la causa incoada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 9 febrero de 2015**,** contra Auto dictado por , conociendo del recurso de apelación interpuesto contra auto de 9 diciembre de 2.014 **por EL MINISTERIO FISCAL y JON LOROÑO TRABUDUA**; se ha dictado sentencia que ha sido CASADA Y ANULADA por la pronunciada en 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. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, hace constar los siguientes:

I. ANTECEDENTES

Se aceptan los de la resolución recurrida.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Tal como se ha razonado en la sentencia precedente los hechos imputados al querellante pueden ser indiciariamente constitutivos de un delito del art. 197.2 CP.

III. FALLO

Se deja sin efecto el auto de 9.2.2015 dictado por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria y se acuerda retrotraer las actuaciones al momento posterior al auto dictado por el Instructor de fecha 9 diciembre 2014, continuando la tramitación de la causa, conforme lo acordado en esta resolución.

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

D. Andrés Martínez Arrieta **D. José Manuel Maza Martín**

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca **D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre**

D. Andrés Palomo Del Arco

PUBLICACIÓN.- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.