

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª)

Sentencia núm. 123/2009 de 3 febrero

DESCUBRIMIENTO Y REVELACION DE SECRETOS: ACCEDER POR CUALQUIER MEDIO A LOS ARCHIVOS: existencia: policía Nacional que accede sin autorización y sin estar en curso investigación a registro oficial obteniendo datos de carácter personal; **DIFUNDIR, REVELAR O CEDER A TERCEROS LOS DATOS O HECHOS DESCUBIERTOS:** inexistencia: policía nacional que accede a registro del cuerpo y obtiene datos de persona que comunica a tercero: son públicos y de general conocimiento.

DETENCION ILEGAL: diferencias con delito de coacciones.

TENENCIA ILICITA DE ARMAS: Tenencia de armas cortas de fuego reglamentadas careciendo de las licencias o permisos necesarios: Acuerdo del Pleno del a Sala Segunda de 25-11-2008: no cabe incluir en la expresión licencias o permisos necesarios el concepto administrativo de guía de pertenencia; inexistencia: policía nacional que posee arma corta además del arma reglamentaria, sin que la carencia de guía de pertenencia de la primera motive la comisión del delito.

I. ANTECEDENTES DE HECHO PROBADOS:

" PRIMERO.- A) El día 29 de abril de 2003 sobre las 11:30 horas el acusado Leovigildo , mayor de edad, en cuanto nacido el 3 de septiembre de 1976, en unión de otros dos hombres no identificados, agarraron dos de ellos por los brazos a Amanda , al tiempo que un tercero le colocaba algo en el costado, justamente en el momento en que ésta bajaba por las escaleras que parten de la "C/ travesía de Campos Das Redes" y conducen directamente a la C/ Crucero, donde tenía su domicilio (ambas calles en Redondela). Advirtiéndole dichos individuos: "cállate, no grites que lo que te van a llevar es flores, venga listilla, sigue, sigue", al tiempo que Leovigildo decía a los otros dos hombres: "es ésta fijo, tiene que ser ésta, los tres camiones y las furgonetas de la "Despensa de Monxi" están a su nombre".- De la forma relatada Amanda fue conducida por los tres hombres, en contra de su voluntad, a la calle Laurel de dicha localidad, en la que tenían aparcado un vehículo BMW 330 DA con la matrículaXXX con el maletero abierto, diciendo uno de los individuos: "ésta se viene para Madrid". Aprovechando Amanda en un momento en que sólo le agarraba uno de los individuos (pues los otros se habían adelantado para abrir las puertas del vehículo) para zafarse del mismo, huyendo en dirección al estanco, situado en la referida c/ Laurel, de Eva María , refugiándose en dicho establecimiento, desde donde Eva María llamó a la Policía.- B) Por su parte, el otro acusado, Miguel , mayor de edad, en los meses de noviembre y diciembre de 2002 realizó diversas consultas de datos relativos al padre y el hermano de Amanda (Teodoro y Jose Luis) en las "aplicaciones informáticas de "Perpol y Objetos" de la Policía Nacional, aprovechándose de su condición de funcionario del Cuerpo Nacional de Policía, para obtener así información relevante sobre los camiones y las furgonetas de la empresa "La Despensa de Monxi", lugar de ubicación de ésta, antecedentes policiales del padre y el referido hermano de Amanda , así como el domicilio de éste. Datos que una vez obtenidos proporcionó a Leovigildo .- C) En el registro practicado, como consecuencia de la investigación de los hechos, en la taquilla

personal del acusado Miguel , situada en dependencias del Complejo Policial de Canillas, Area de Sistemas Especiales, se le intervino un revólver réplica de un "Smith & Wesson", calibre 38, con número de identificación NUM000 , una funda marrón de cuero. Sin que dicho acusado tuviera guía de pertenencia correspondiente al mismo, encontrándose el referido revólver en buen estado de funcionamiento.- Asimismo en posesión de Miguel se encontró un cartucho del calibre 9 largo del año 1973, Santa Bárbara, el cual podría llegar a ser disparado con el revólver antes descrito.". (sic)

SEGUNDO

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

" FALLAMOS - 1º) Que debemos condenar a Leovigildo , como autor de un delito intentado de detención ilegal ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad a la pena de 3 años de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de esta condena privativa de libertad.- 2º) Que debemos condenar a Miguel por un delito de descubrimiento y revelación de secretos, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de 3 años y 4 meses de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de 6 años.- 3º) Que igualmente debemos condenar a Miguel , como autor responsable de un delito de tenencia ilícita de armas, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de 1 año de prisión.- Se condena a Leovigildo , al abono de 1/3 de las costas procesales, y a Miguel al abono de los 2/3 de dichas costas.- Se abona a ambos acusados el tiempo que estuvieron privados de libertad por esta causa.- Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma puede interponer recurso de casación, ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por infracción de Ley o quebrantamiento de forma, en el plazo de CINCO DÍAS, a contar desde la última notificación". (sic)

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por los procesados, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO.- Las representaciones procesales basan sus recursos en los siguientes motivos de casación: [...]

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Leovigildo

PRIMERO

En el primero de los motivos, denunciando infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pretende el recurrente que los hechos no sean calificados de delito de detención ilegal, sino de coacciones.

El argumento gira en torno a la idea de que el tipo de detención ilegal no se satisface por las privaciones de libertad de deambulación que son de escasa duración, para las

que el tipo aplicable sería el de la genérica afectación de la libertad bajo la modalidad del delito de coacciones.

Hemos venido manteniendo de manera reiterada que entre los delitos de coacciones y el de detención ilegal existe una relación de género (coacciones) a especie (detención ilegal). Lo que nos ha permitido condenar por coacciones conductas constitutivas de detención ilegal aún cuando este tipo no había sido imputado por la acusación (Sentencia de esta Sala 2ª núms. 648/2008, de 13-10-2008; 167/2007, de 27 de febrero, y la 790/2007, de 8-10-2007).

La especificidad típica de la detención ilegal exige encerrar o detener a otro privándole de su libertad, detención o inmovilización que puede ser más o menos duradera, y que puede abarcar también el supuesto en el que se obliga al sujeto pasivo a trasladarse a un determinado lugar, o de un lugar a otro, pues en este caso se le está impidiendo realmente trasladarse desde donde se encuentra hasta donde querría encontrarse (STS núm. 465/94, de 1 de marzo).

Cuando concurre esa específica conducta, puede surgir un concurso de posibilidades de subsunción, ya que cabe considerar cometido el delito de detención ilegal y el de coacciones. Tal conflicto lo es de normas y se dirime conforme al artículo 8 del Código Penal acudiendo al criterio de la especialidad.

Pero en el bien entendido de que la especialidad deriva, no del elemento meramente cronológico del tiempo en que la libertad ha sido afectada, sino atendiendo a los elementos típicos -objetivos y subjetivos- de la detención, cuya concurrencia ha de valorarse prescindiendo del citado dato de la duración.

Así cuando, objetivamente, la manifestación del bien jurídico atacado, libertad, es la que concierne a la posibilidad de trasladarse la víctima en el espacio y, subjetivamente, esa es la voluntad del autor, el delito cometido es el de detención ilegal, sin que la duración de la limitación de la libertad de la víctima implique variación alguna del tipo penal.

Ciertamente el delito puede excluirse en los supuestos de cobertura jurídica de la conducta del agente -caso de detenciones legales- o en supuestos en que por su entidad pueda considerarse absorbida la lesión al bien libertad en la sanción que el comportamiento merece como constitutivo del otro delito, cual es el caso de las privaciones de libertad deambulatoria poco relevantes con ocasión del delito de robo violento.

Cuando la lesión a la libertad de trasladarse en el espacio de la víctima es tan fugaz que cabe valorarla como insignificante, la conducta no habrá satisfecho la exigencia típica objetiva y, por ello, será penalmente impune, salvo que la conducta, además, haya afectado a otro bien jurídico, incluida la libertad genérica. En tal caso podrá ser objeto de sanción bajo la tipicidad que corresponda, incluida la de coacciones. Pero la exclusión del tipo de detención ilegal no habrá ocurrido tanto por razón de la medida cronológica cuanto por la inexistencia de lesión del bien jurídico que dicho tipo penal protege.

Plantea también el recurrente la exigencia de que el delito que se le imputa se estime cometido en grado de tentativa.

Pretensión vana, porque el Tribunal estimó ya ese imperfecto grado de ejecución, imponiendo la pena en grado inferior al del tipo consumado, siquiera protestando que se separaba del autorizado criterio de que la detención ilegal se consuma desde que la posibilidad de deambular la víctima queda anulada a consecuencia de que así lo instaba la acusación.

SEGUNDO

El segundo motivo no es sino el corolario del anterior. El recurrente pretende que, estimada la infracción por aplicación indebida del delito de detención ilegal se imponga la condena obviando la inaplicación indebida del delito de coacciones.

Desestimado el anterior motivo queda este descartado.

Recurso de Miguel

TERCERO

El error consiste, según el recurrente, en proclamar que el recurrente no facilitó datos policiales al coacusado, ni a nadie.

La sentencia recurrida motiva la proclamación de esa transmisión de información como probada, diciendo que, las "reglas del criterio humano", refiriéndose, quizás, a axiomas de la lógica, le llevan a inferir que, si accedió a los datos por un problema de su amigo, el coacusado, una vez logrado el acceso, "los comunicó".

Y eso se refuerza por la admisión por el acusado recurrente de que él sabía que la familia de la víctima tenía un vehículo en el que figuraba el rótulo "La despensa de Monxi".

Ahora bien, esa argumentación de la recurrida resulta insuficiente ya que los tipos penales exigen mayor precisión. **El artículo 197.3 del Código Penal exige que se difundan, revelen o cedan a terceros los datos, hechos o imágenes a que se refieren los apartados anteriores.**

El apartado concernido en el caso que juzgamos es el nº 2 del citado artículo 197 del Código Penal. Tales datos son los que puedan ser calificados como reservados y, además, de carácter personal o familiar. Es decir que, aunque el fichero, archivo o registro contenga otras muchas informaciones, el acceso a las mismas y, por supuesto, su difusión, no satisfacen la exigencia típica del artículo 197.3 citado.

Pues bien, la argumentación de la recurrida puede tenerse por bastante para acreditar que información a la que el acusado accedió, la cedió luego al coacusado. Pero para aplicar ese tipo debió razonar que esa información era la calificable de reservada y, además, de personal o familiar. Y ello ni siquiera alcanza la sentencia recurrida a tenerlo por objeto necesario de su motivación. Sencillamente ignora esa necesidad del tipo penal.

Los documentos aportados en este motivo acreditan, sin contradicción proveniente de otro medio, que el dato concreto a que se refiere la sentencia es de público y general acceso y por todos cognoscible.

Ciertamente, el registro al que se accede por el acusado, contiene otra información revestida por las antes dichas notas típicas -reserva y naturaleza personal o familiar- pero nada expone la recurrida que justifique que la misma también fue cedida al coacusado.

[...]

CUARTO[...]

El examen de los hechos probados, tras la estimación de los anteriores motivos, nos permite advertir que existió acceso por parte del acusado a un registro -"aplicaciones informáticas de Perpol y Objetos de la Policía Nacional "- que contenía, entre otros datos, los que reflejaban "antecedentes policiales del padre y hermano de Amanda".

El mismo acusado no discute la realidad de ese acceso.

El artículo 197 del Código Penal establece un amplio catálogo de tipos penales, todos ellos tendentes a la protección del bien jurídico constituido por el derecho a la intimidad respecto a los ataques al mismo constituidos por actos que supongan el descubrimiento o la revelación del secreto.

Así deriva de la ubicación sistemática del precepto y de la rotulación del título y capítulo de aquélla dentro del Código Penal. También lo hemos dicho en nuestras resoluciones. Valga recordar al efecto la núm. 358/2007 de 30 de abril y la núm. 666/2006, de 19 de junio, donde se insistía en la indisociabilidad de intimidad y secreto a estos efectos como ese "ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás".

Las modalidades típicas básicas (1) difieren según el objeto sobre el que se despliega el comportamiento sea: a) " papeles cartas, mensajes de correo electrónico, documentos o efectos personales, telecomunicaciones, o sonidos, imágenes o señales de comunicación que se puedan escuchar, transmitir, grabar o reproducir, mediante artificios técnicos (artículo 197.1) y b) datos reservados de naturaleza personal o familiar que sean localizados precisamente en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos o en archivos o registros tanto públicos como privados (197.2).

Otra modalidad básica c) viene constituida por la difusión, revelación o cesión de lo descubierto o captado, distinguiendo en este caso según que el sujeto activo sea el mismo que accedió al dato o captó la imagen (197.3).

Finalmente se tipifican conductas agravadas (2) a) por la condición del sujeto activo, (197.4 b) la naturaleza del dato como perteneciente al núcleo duro de la intimidad (197.5) o c) por mediar precio (197.6).

El hecho -acceso- a que se refiere el recurso se ubica en la modalidad básica (1) b): **No obstante conviene también indicar que esa modalidad básica incluye, a su vez, tres figuras diversas: (1) b) 1ª: apoderamiento, utilización o modificación de datos, (1) b) 2ª: el mero acceso (1) b) 3ª: la alteración o utilización.**

Pues bien, por difícil que resulte comprenderlo, **las modalidades 1ª y 2ª exigen que el sujeto actúe sin autorización, lo que no se traslada a la modalidad 3ª. La 1ª exige que se actúe 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.**

El debate, tal como se configura en el motivo, se centra en dos cuestiones: a) **inexistencia de perjuicio para tercero y b) licitud del acceso.**

Respecto a la primera cuestión baste advertir que el supuesto típico imputado -mero acceso, es decir la modalidad b) 2ª.- no exige tal perjuicio de tercero. El perjuicio de tercero es presupuesto de las otras modalidades típicas del apartado segundo del artículo 197 del Código Penal, constituido por la conducta de "apoderarse, utilizar 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 existentes 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 2 del citado artículo 197 del Código Penal, es decir el acceso a los datos por cualquier medio, no exige el perjuicio de tercero.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión suscitada en el motivo, es incuestionable la exigencia específica de la ausencia de autorización. El recurrente pretende que la condición de agente de policía que tenía el acusado era bastante para llevar a cabo el acceso que se le reprocha. Para ello invoca que el acceso se produjo dentro del ejercicio de aquella función.

No obstante, como razona la recurrida, **no cabe amparar el acceso en la supuesta búsqueda de datos para constatar la comisión por los titulares de los datos reservados de un delito de estafa. Porque no existen datos sobre el inespecífico hecho supuestamente constitutivo de tal delito, ni precedió denuncia alguna, ni el acusado comunicó a la institución la existencia de tal sospecha de delito para que se incoasen las diligencias oportunas.**

En consecuencia cabe establecer las **dos conclusiones siguientes: a) que existió acceso en las condiciones típicas, es decir sin legitimación y con independencia de si causó o no perjuicio a otras personas, y b) que, si bien el acceso lo fue a datos reservados de naturaleza personal, también alcanzó a otros datos, sin que conste que la posterior transmisión a terceros, de parte de la información así accedida, incluyera este ultimo tipo de datos.**

Por ello, si bien los hechos son atinadamente tipificables como constitutivos del delito del artículo 197, en el primer inciso del párrafo segundo del apartado 2, no puede estimarse que constituyan el tipo del apartado 3 de dicho artículo.

Resulta asimismo aplicable lo dispuesto en el artículo 198 ya que el acusado era funcionario, actuó fuera de los supuestos de autorización legal y prevaliéndose de su cargo.

Lo anterior lleva a la parcial estimación de este motivo, con las consecuencias en cuanto a pena que se dirán en la segunda sentencia.

[...]

SEXTO

En el quinto motivo se denuncia infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por estimar que el artículo 564.1 del Código Penal no debió aplicarse ya que la tenencia de armas estaba amparada por la necesaria licencia, aunque careciese de la guía de pertenencia. El penado, se advierte, en su calidad de funcionario policial disfruta de la denominada licencia tipo A, que autoriza a disponer de al menos otra arma corta distinta de la reglamentaria. Así deriva de lo dispuesto, se dice, en los artículos 96.3, 114.1.c) y 116.2 del Reglamento de armas aprobado por Real Decreto 137/1993 de 29 de enero.

El legislador penal de 1995, al fijar el tipo delictivo del artículo 564.1 consideró oportuno no mencionar la guía de pertenencia como necesaria, junto con la licencia al poseedor, para excluir el delito de tenencia ilícita de armas. Marcó así una diferencia indiscutible en la letra respecto al tipo penal del Código Penal de 1973 (artículo 254). Bastaría ello para hacer innecesarias interpretaciones. [...]

No cabe incluir en la expresión "licencias o permisos necesarios", cuya titularidad excluye el tipo penal, el concepto administrativo de "guía de pertenencia".

Así deriva de la lectura del Reglamento citado. Para éste la guía de pertenencia se incluye en el capítulo titulado documentación de la titularidad del arma. Por el contrario remite a otro capítulo la regulación de licencias y autorizaciones especiales (artículos 96 y siguientes).

De ello deriva que, en la terminología de la norma reguladora, aquélla y éstas son conceptos diferentes.

Por lo que la terminología empleada por el legislador penal no puede asimilar términos que esa norma, a la que, por otra parte, remite la penal, utiliza con alcance diverso.

Conforme al artículo 114, **dentro de la regulación de las licencias, al personal del Cuerpo de Policía Nacional, siempre que se encuentre en servicio activo o disponible, le será considerada como licencia A su tarjeta de identidad militar o carné profesional.**

Y, conforme al artículo 118 con la licencia A, los integrantes de las Escalas Superior, Ejecutiva y de Subinspección del Cuerpo Nacional de Policía equivalentes de los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas, podrán poseer tres armas cortas, aparte de las que reciban como dotación reglamentaria

para el ejercicio de sus funciones y los integrantes de la Escala Básica del Cuerpo Nacional de Policía sólo podrán poseer un arma corta, aparte de las que reciban como dotación reglamentaria para el ejercicio de sus funciones.

La guía debe acompañar al arma en caso de uso, depósito o transporte, conforme al artículo 89 del Reglamento que venimos citando y conforme al artículo 92 las armas no pueden enajenarse, prestarse ni pasar por ningún concepto a poder de otro que no sea el titular de la guía de pertenencia, salvo en los casos que se regulan en los arts. 90.4 y 91 y en los supuestos contemplados en los artículos siguientes, con el cumplimiento de los requisitos respectivos. La infracción de tales prescripciones, como la de otras muchas, conforme a los artículos 155 y siguientes constituye infracciones de diversa gravedad y se sancionarán como tales si no constituyera delito, tal como salva dichos preceptos.

Esa salvedad deja, como no podía ser de otra manera, al legislador orgánico especificar cuales de tales infracciones merecen la sanción penal. Y, si reglamentariamente se distingue la falta de licencia respecto de la falta de guía, la previsión de legislador penal habría de enunciar, también de manera tan diferenciada como inequívoca, uno y otro supuesto al enunciar los comportamientos sancionables como delitos.

Por ello la Sala II del Tribunal Supremo constituida en Sala General, no jurisdiccional acordó en sesión del día 25 de noviembre de 2008. "La falta de guía de pertenencia, cuando se dispone de licencia o permiso de armas, no integra el delito del art. 564 del Código Penal."

De esta forma, y por las antedichas razones se ha venido a fijar el criterio al que ha de atenderse nuestra posterior jurisprudencia. Abandonando pues criterios como el sostenido en la Sentencia de esta Sala nº 878/2007, de 8 de noviembre.

Y conforme al criterio que hemos fijado, estando el acusado provisto de la licencia A), no puede estimarse cometido el delito que se le imputa, por lo que, con estimación de este motivo, se dictará segunda sentencia con la correspondiente absolución por este título.

[...] Por ello

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por Leovigildo, contra la sentencia dictada por la Sección quinta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, con fecha 30 de abril de 2007, que le condenó por un delito de detención ilegal. Con expresa imposición de la costas causadas en su recurso.

Asimismo declaramos HABER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación interpuesto por Miguel, contra la misma sentencia, que le condenó por delito intentado de descubrimiento y revelación de secretos y tenencia ilícita de armas. Con declaración

de oficio de las costas causadas en su recurso. Sentencia que se casa, para ser sustituida por la que a continuación se dicta.

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

SEGUNDA SENTENCIA [...]

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se mantiene la declaración de hechos probados de la recurrida a excepción de lo siguiente: no consta que en los datos facilitados por el acusado D. Miguel, se incluyera alguno de naturaleza reservada y alcance personal o familiar de los interesados.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- Los hechos probados, con la advertencia que se deja establecida, no constituyen el delito previsto y penado en el art 197.3 del Código Penal, sino únicamente el establecido en el artículo 197.2 constituido por el acceso a datos reservados de naturaleza personal. En consecuencia ha de modificarse la pena impuesta que lo será en la mitad superior de la indicada en dicho precepto por imperativo de lo dispuesto en el art 198 del Código Penal al ser el acusado funcionario y haber accedido prevaliéndose de su condición de tal sin que mediara supuesto que legitimase ese acceso. [...]

2.- Asimismo, a diferencia de lo estimado por la recurrida, los hechos no constituyen el delito de tenencia ilícita de armas imputado por lo que procede la absolución de dicha imputación.

III. FALLO

Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** a Miguel, como autor de un delito de revelación de secretos ya definido a la pena de dos años y seis meses de prisión y a inhabilitación absoluta por tiempo de seis años y al pago de un tercio de las costas de la instancia.

Y ABSOLVEMOS al mismo acusado del delito de tenencia ilícita de armas por el que venía condenado declarando de oficio un tercio de las costas de la instancia.

VOTO PARTICULAR