

GUÍA SOBRE

El delito contra la intimidad por revelación de secretos.

CONTIENE:

- Artículo
- Supuesto práctico
- Modelo de escrito



ECONOMIST&JURIST

ARTÍCULO ESPECIALIZADO

**Guía sobre el delito contra
la intimidad por revelación
de secretos.**



ECONOMIST&JURIST
GROUP



**JUAN LUIS
MARTÍN ROMERO**
Redactor en
ECONOMIST&JURIST

EL TSJA ABSUELVE A UNA PERIODISTA DE HUELVA ACUSADA DE REVELACIÓN DE SECRETOS

La Sala Civil y Penal del TSJA decide absolver a la periodista y al periódico Huelva Información, concluyendo que los hechos no constituyen delito



El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla (TSJA) ha absuelto a Raquel R. R., periodista del diario Huelva Información, quien había sido condenada por la Audiencia de Huelva a dos años de prisión por un presunto delito de revelación de secretos relacionado con el caso del asesinato de la profesora Laura Luelmo. La Sala Civil y Penal del TSJA ha determinado que los hechos probados no sustentan el delito de revelación de secretos, y no hay evidencia de un origen delictivo o ilícito en la información publicada.

Fundamentación de la absolución

Los magistrados de la Sala Civil y Penal del TSJA han basado su decisión en la falta de referencia específica en la sentencia de la Audiencia de Huelva sobre el posible origen delictivo o ilícito de la información divulgada en los artículos. **Este elemento es crucial para configurar el delito de revelación de secretos.** La sentencia de la Audiencia no proporcionó pruebas concretas de que la periodista fuese consciente de la ilicitud en la obtención de los datos publicados, lo que es necesario para establecer dicho delito.

El tribunal de la Audiencia había sostenido que la periodista, dada su profesión, debía conocer el carácter reservado de los datos sumariales y, por tanto, ser consciente de su procedencia ilegítima. Sin embargo, la Sala del TSJA argumentó que una cosa es que la periodista conociera la naturaleza reservada de los datos y otra muy diferente es que supiera de la ilicitud en su obtención. Esta distinción es esencial y no se demostró de manera concluyente en el caso.

TANTO LA PERIODISTA COMO EL PERIÓDICO RECURRIERON LA SENTENCIA ANTE EL TSJA



Condena inicial y recurso

El 6 de junio de 2023, la Sección Tercera de la Audiencia de Huelva había condenado a Raquel María R. R. a dos años de prisión, una multa de 18 meses a razón de 6 euros por día, e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión periodística durante la condena. Además, la periodista debía indemnizar con 15.000 euros a cada uno de los padres de Laura Luelmo, y se declaró la responsabilidad civil subsidiaria de la empresa editora del diario.

Tanto la periodista como el periódico recurrieron la sentencia ante el TSJA, alegando **vulneración del derecho de defensa, una incorrecta calificación de los hechos probados, vulneración del derecho a la presunción de inocencia al no haberse demostrado el origen ilícito de la información y vulneración del derecho a la libertad de información.**

El ministerio fiscal también recurrió la sentencia inicial, alegando infracción de la Ley en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva y por la inaplicación de la eximente incompleta de actuar en el ejercicio de la profesión periodística en relación con el derecho a la información.

Contexto del caso Laura Luelmo

El caso de Laura Luelmo, profesora zamorana, fue especialmente complejo debido a las diferentes versiones que el acusado, Bernardo M., proporcionó a los investigadores. La Audiencia de Huelva lo condenó a prisión permanente revisable tras un veredicto de culpabilidad del jurado popular por los **delitos de asesinato, agresión sexual y detención ilegal.**

La reciente sentencia del TSJA puede ser recurrida en casación ante el Tribunal Supremo. [E&J](#)



Casos Reales

SUPUESTO PRÁCTICO

Guía sobre el delito contra
la intimidad por revelación
de secretos.

Descubrimiento y revelación de secretos

Denuncia por delito contra la intimidad por revelación de secretos, por fotografiar sin consentimiento a la denunciante desnuda y sus zonas genitales después de mantener relaciones sexuales

Especialidad: Derecho Penal

Número: 13953

Tipo de caso: Caso Judicial

Voces: Delitos de descubrimiento y revelación de secretos. Secretos documentales. Instrumentos para interceptar comunicaciones o para grabar imagen y/o sonido., Del descubrimiento y revelación de secretos, DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS, INTIMIDAD, Protección de la privacidad, intimidad y honor de la persona

El caso

Supuesto de hecho.

Granada, 15-08-2021

Andrea, el día 15/08/2021, se persona en estas dependencias policiales para poner en conocimiento un delito de revelación de secretos sufrido.

En junio, Andrea alega que mantuvo relaciones sexuales con un chico, el cual dice que es Pedro, realizando varios encuentros con esta persona, y el día 15/08/2021 se han puesto en contacto con ella desde las redes sociales de él, desde su perfil de Instagram, diciendo que es la novia de este individuo (Verónica), enviándole fotos y vídeos íntimos supuestamente tomados en uno de los encuentros que mantuvo la denunciante con Pedro, en los cuales aparece la denunciante dormida y completamente desnuda, mandando los vídeos como prueba de ello.

Andrea manifiesta que ella en ningún momento dio su consentimiento para que dichas fotos y vídeos fueran tomados y que también el día 15/08/2021 recibió una llamada a través de la referida cuenta de Instagram, siendo la novia de Pedro quien llamaba, diciéndole que las fotos y vídeos estaban en Instagram y Facebook.

Objetivo. Cuestión planteada.

El objetivo del cliente es que se dicte sentencia condenatoria por la que Pedro y Verónica sean condenados por un delito contra la intimidad del artículo 197.1 del Código Penal.

La estrategia. Solución propuesta.

La estrategia del abogado es alegar que el acusado, Pedro, sin el consentimiento de la denunciante, y aprovechando que la misma dormía y, encontrándose bajo los efectos del alcohol, tras haber mantenido relaciones sexuales con el investigado, y con ilícito ánimo de vulnerar su intimidad, fotografió a la misma completamente desnuda, además de a su zona genital y también le realizó un video. Además, indica que todo este material fue posteriormente publicado en las redes sociales.

El procedimiento judicial

Orden Jurisdiccional: Penal

Juzgado de inicio del procedimiento: Juzgado de lo Penal

Tipo de procedimiento: Procedimiento Abreviado

Fecha de inicio del procedimiento: 15-08-2021

Partes

Acusación Particular

- Andrea

Acusación Pública

- Ministerio Fiscal

Acusados

- Pedro y Verónica

Peticiones realizadas

Acusación Particular

Se solicita para él la pena de 2 años y 6 meses de prisión y a su pareja sentimental (quien envió los vídeos) la pena de 2 años de prisión ambos por delito contra la intimidad, solicitando además la indemnización conjunta y solidaria de la responsabilidad civil por el daño moral causado, y condena en costas. Posteriormente, la acusación particular retiró la acusación inicialmente

formulada frente a Verónica y se adhirió a la calificación del Ministerio Público.

Acusación Pública

En sus conclusiones definitivas, estimando penalmente responsable en concepto de autor al encausado Pedro, solicita se imponga la pena de 1 año de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 12 meses a razón de una cuota diaria de 3 euros con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, costas y que indemnice a Andrea en 500 euros, calificando los hechos imputados como constitutivos de un delito contra la intimidad del artículo 197.1 del Código Penal.

Argumentos

Acusación Particular

El acusado, Pedro, sin el consentimiento de la denunciante, y aprovechando que la misma dormía y, encontrándose bajo los efectos del alcohol, tras haber mantenido relaciones sexuales con el investigado, y con ilícito ánimo de vulnerar su intimidad, fotografió a la misma completamente desnuda, además de a su zona genital. También le realizó un video en el que se observa cómo el investigado, estando la denunciante prácticamente inconsciente, introduce el dedo en su zona genital, ofreciendo ella resistencia moviendo las piernas, pese a lo que él continúa con la grabación.

Todo este material fue posteriormente publicado en las redes sociales, de lo que tuvo conocimiento Andrea al contactar con ella personas desde las redes sociales de Pedro, desde su perfil de Instagram, diciendo que es la novia de este individuo, enviándole fotos y vídeos íntimos supuestamente tomados en uno de los encuentros que mantuvo la denunciante con Pedro, en los cuales aparece la denunciante dormida y completamente desnuda, mandando los vídeos como prueba de ello.

La denunciante manifiesta que ella en ningún momento dio su consentimiento para que dichas fotos y vídeos fueran tomados. Más tarde, recibió una llamada a través de la referida cuenta de Instagram, siendo la novia de Pedro quien llamaba, diciéndole que las fotos y vídeos estaban en Instagram y Facebook.

Documental aportada

Acusación Particular

- Reproducción en Juicio del CD con las fotografías y vídeos de Andrea, así como de las conversaciones en Instagram y Facebook aportadas.

Acusación Pública

- Lectura de todos los folios que componen las actuaciones, en especial, los siguientes: 1-2, 13-40, 42-48, 60 (CD con la declaración de la denunciante), 90, 91, 103.

- Reproducción en Juicio del CD con las fotografías de la denunciante y los pantallazos de las conversaciones en instagram y facebook adveradas en los folios 90 y 91 por el LADJ.

Prueba

Prueba documental, testifical y pericial.

Estructura procesal

En primer lugar, la denuncia de Andrea el 15 de agosto de 2021 dio lugar a la apertura de diligencias, por las que tanto la víctima como los investigados fueron llamados a declarar, éstos últimos acogándose a su derecho a no hacerlo.

Posteriormente, se procedió a presentar escrito de acusación, el cual el Ministerio Fiscal modificó y en sus conclusiones definitivas calificó los hechos imputados, como constitutivos de un delito contra la intimidad del artículo 197.1 del Código Penal; estimando penalmente responsable en concepto de autor al encausado Pedro y solicitando se imponga la pena de 1 año de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 12 meses a razón de una cuota diaria de 3 euros con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, costas y que indemnice a Andrea en 500 euros. La acusación particular retiró la acusación inicialmente formulada frente a Verónica y se adhirió a la calificación del Ministerio Público.

Los encausados, con la asistencia de sus Letrados en el acto de la vista oral, se mostraron conformes con las conclusiones de la acusación, tanto con los hechos imputados como con las penas, prohibiciones y demás consecuencias solicitadas, por lo que el Juzgado de lo Penal dictó sentencia en base a este escrito de acusación.

Resolución Judicial

Fecha de la resolución judicial: 28-04-2023

Fallo o parte dispositiva de la resolución judicial:

Absolución de Verónica de los hechos enjuiciados en las actuaciones con declaración de oficio de la mitad de las costas procesales.

Condena a Pedro como autor responsable de un delito contra la intimidad, sin circunstancias modificativas, a la pena de 1 año de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa 12 meses a razón de una cuota diaria de 3 euros con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, así como al pago de la mitad de las costas procesales con inclusión de las causadas a la acusación particular y a que indemnice a Andrea en la cantidad de 500 euros.

Se acuerda la suspensión de la pena privativa de libertad impuesta en la presente causa por tiempo de dos años, condicionado a que el condenado no vuelva a delinquir durante dicho periodo de tiempo y abone la responsabilidad civil impuesta en la presente resolución.

Fundamentos jurídicos de la resolución judicial:

Que por expresa conformidad de las partes se declara probado que el acusado Pedro, sin el consentimiento de la denunciante y ilícito ánimo de vulnerar su intimidad, aprovechando que ésta dormía tras los encuentros sexuales mantenidos por ambos en torno al mes de junio de 2021, le hizo vídeos y fotos desnuda así como de su zona genital. Tanto las fotografías como los vídeos fueron remitidos a la denunciante desde el perfil de Instagram del acusado, probablemente por su pareja sentimental, pero no consta de qué modo la pareja del acusado se hizo con el material o su intervención en la grabación y toma de imágenes. El acusado no compartió las fotografías y vídeos en redes sociales.

Es por esto, que los hechos declarados probados son constitutivos de un delito contra la intimidad del artículo 197.1 del Código Penal, del que es penalmente responsable en concepto de autor el encausado Pedro quien, con asistencia de su Letrado en el acto plenario del juicio, aceptaron tanto los hechos como sus consecuencias jurídicas, de acuerdo con lo solicitado por las acusaciones, por lo que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 787 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debe acogerse lo consensuado por la parte acusadora y acusada y procede dictar sentencia de conformidad con lo convenido por ellas. En cuanto a Verónica procede acordar su absolución por aplicación del principio acusatorio.

Por otro lado, no concurren circunstancias modificativas, aunque toda persona penalmente responsable de un delito lo es también civilmente de la reparación de los daños y perjuicios causados por el ilícito penal cometido, así como el pago de las costas procesales.

Jurisprudencia

Jurisprudencia (Enlaces)

- Audiencia Provincial de Tarragona, núm. 222/2019, de 17-06-2019. CasosReales.Jurisprudencia. Marginal: 71463810
- Audiencia Provincial de Zaragoza, núm. 466/2017, de 05-07-2017. CasosReales.Jurisprudencia. Marginal: 71787679
- Audiencia Provincial de Valencia, núm. 1036/2018, de 22-10-2018. CasosReales.Jurisprudencia. Marginal: 71600610
- Audiencia Provincial de Zaragoza, núm. 340/2018, de 15-05-2018. CasosReales.Jurisprudencia. Marginal: 71562301
- Audiencia Provincial de Granada, núm. 308/2017, de 10-04-2017. CasosReales.Jurisprudencia. Marginal: 71765070
- Audiencia Provincial de Barcelona, núm. 558/2018, de 27-11-2018. CasosReales.Jurisprudencia. Marginal: 71630459

Documentos jurídicos

Documentos jurídicos de este caso

Visualización de documentos:

1. Declaración denunciante
2. Declaraciones denunciados
3. Escrito de acusación Ministerio Fiscal
4. Escrito de acusación Acusación Particular
5. Sentencia

Biblioteca

Libros

- Identidad genética frente a intimidad y pruebas de paternidad

Artículos jurídicos

- El derecho a la intimidad de personajes públicos tras el hackeo masivo de cuentas de Instagram
- Divulgación de fake news en redes sociales sobre el covid-19 y el derecho a la intimidad
- Incapacitados y derechos de personalidad: tratamientos médicos, honor, intimidad e imagen (2003)
- La instalación de cámaras de vigilancia y el derecho a la propia imagen e intimidad (marzo 2008)
- Cámaras ocultas: El Derecho a la información vs. los Derechos al honor, intimidad y propia imagen (mayo 2003)
- La reproducción de imágenes y sonidos como medios de prueba. La conciliación entre el derecho a probar del art. 24 de la ce y el derecho a la intimidad en las grabaciones de imagen y sonido. Valor de las grabaciones de imagen y sonido en el proceso penal (marzo 2019)

Casos relacionados

- Demanda por vulneración de los derechos fundamentales tales como, el derecho al honor, a la intimidad, y a la propia imagen.
- Protección del derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Reclamación de cantidad por daños y perjuicios derivados de una intromisión ilegítima.
- Demanda de juicio declarativo ordinario por vulneración del derecho al honor, intimidad personal y familiar. Programa de televisión en prime time.
- Delito de amenazas en ámbito familiar. Delito contra la libertad e integridad moral por publicación de fotos inapropiadas.
- Delito contra la intimidad
- Falta de vejaciones por parte de un personaje público al intentar quitar la cámara fotográfica a una periodista, tras realizarle fotografías en un lugar público.
- Delito contra la intimidad, derecho a la propia imagen y a la inviolabilidad del domicilio. Auto de sobreseimiento provisional.

Formularios MODELO DE ESCRITO

**Guía sobre el delito contra
la intimidad por revelación
de secretos.**



A LA SALA DEL TRIBUNAL SUPREMO

DOÑA, Procuradora de los Tribunales del Ilustre Colegio de Madrid, actuando en nombre y representación de **DOÑA**, según tengo debidamente acreditado, ante la Sala comparezco y, como mejor proceda en Derecho,

DIGO:

Que, dentro del plazo del emplazamiento, el cual nos fue notificado el día 19 de abril de 2018, interponemos **RECURSO DE CASACIÓN** frente a la **Sentencia de fecha 23 de noviembre de 2017, dictada por la Sección de la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona**, así como **frente al Auto de aclaración de la meritada resolución, fecha 5 de febrero de 2018**, dictado por la Sección Séptima de la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona, en el procedimiento abreviado nº, dimanante de la pieza separada sexta de las Diligencias Previas nº, seguidas ante el Juzgado de Instrucción nº de Barcelona. La impugnación se presenta:

1º.- POR INFRACCION DE PRECEPTO CONSITITUCIONAL, al haberse conculcado en la resolución impugnada, el Derecho Fundamental a la **intimidad del art. 18.1 CE en relación con el art. 18.3 CE, ocasionando la vulneración de este derecho la indefensión de mi principal proscrita en el art. 24.1 CE en su vertiente al derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales, afectándose el derecho a un proceso judicial con todas las garantías del art. 24.2 CE**, todo ello, al amparo del art. 852 LECrim., en relación al art. 5.4º LOPJ.

Esta parte ha solicitado la subsanación de los preceptos constitucionales vulnerados como cuestión previa al inicio de las sesiones de la vista oral.

2º.- POR INFRACCION DE PRECEPTO CONSITITUCIONAL, al haberse conculcado el Derecho Fundamental a **la proporcionalidad entre la acción antijurídica desplegada por mi principal y la pena efectivamente impuesta, principio contenido dentro del art. 25.1º CE.**

Desproporcionalidad que a su vez conculca el derecho fundamental a la igualdad ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna,

consagrado en el art. 14 de la CE, al evidenciarse un trato discriminatorio con el resto de coimputados en las demás piezas separadas. Finalmente, se constata una desproporcionalidad en relación a las penas finalmente impuestas y las conductas antijurídicas desplegadas por los distintos encausados, en la presente pieza sexta. Todo ello, al amparo del art. 852 LECrim., en relación al art. 5.4º LOPJ.

Esta parte no ha podido denunciar la vulneración de los meritados derechos fundamentales al haberse producido los mismos en la Sentencia que es objeto del presente recurso de casación.

3º.- POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL, al haberse conculcado en la resolución impugnada, el Derecho Fundamental a la **presunción de inocencia, consagrado en el art. 24.2º CE**, respecto del delito de revelación de secretos del art. 197.4 y 7 del CP en relación con el párrafo 4º y art. 198 del CP, todo ello, al amparo del art. 852 LECrim., y art. 5.4º LOPJ.

4º.- POR INFRACCIÓN DE LEY EN LA APLICACIÓN DEL ART. 73 CP entre los delitos de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197 CP, en sus modalidades agravadas del ordinal 7º y del art. 198 CP, en relación con el art. 419 CP, por entender que unos mismos elementos, como son el ánimo de lucro, la condición de funcionario público y la realización de un acto contrario a los deberes inherentes del cargo, se utilizan tanto para cualificar la pena del delito de revelación de secretos del art. 197.7 y art. 198, y a la par, para sancionar por el delito de cohecho del art. 419 CP, con lo que se vulnera el principio del «non bis in idem». Concorre un concurso de normas a solventar según el art. 8.3º CP o alternativamente, un concurso medial de delitos, a solventar por el art. 77 CP vigente en la fecha de los hechos.

5º.- POR INFRACCIÓN DE LEY, POR INDEBIDA APLICACIÓN DEL ART. 74.1 CP, por entender que no procede la continuidad delictiva en el delito de cohecho del art. 419 CP, en el caso de autos. Todo ello en base al art. 849.1º de la LECrim.

6º.- POR INFRACCIÓN DE LEY, POR INDEBIDA APLICACIÓN DEL ART. 419 CP, por entender que no concurre el ánimo de lucro requerido por el tipo penal. Todo ello en base al art. 849.1º de la LECrim.

7º.- POR INFRACCIÓN DE LEY AL AMPARO DEL ART. 849.1 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL POR INDEBIDA APLICACIÓN DEL ART.

66.2 CP, en relación con el art. 72 CP, respecto de la atenuante analógica muy cualificada del art. 21.7 respecto del art. 21.4 CP, al entender que procede la reducción de la pena en dos grados.

Se interpone el presente recurso con observancia de los requisitos procesales aplicables y por los motivos casacionales que se exponen,

REQUISITOS PROCESALES

Primero.- Está autorizado el Recurso por el artículo 847, b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al estar interpuesto contra Sentencia dictada en juicio oral y única instancia, por la Sección Séptima de la Sala de lo Penal de la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona.

Segundo.- En la preparación del Recurso se ha cumplido lo que determinan los artículos 855 y ss. De la Ley procesal citada.

Tercero.- Se formaliza el Recurso dentro del plazo conferido al efecto, de acuerdo con los artículos 859 y 873 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Cuarto.- Se da cumplimiento a los requisitos exigidos por el artículo 874 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y a tal efecto se acompañan: Testimonio de la Sentencia recurrida, como **documento señalado de número uno**; Testimonio del Auto de aclaración sobre la antecitada Sentencia, de fecha 5 de febrero de 2018, como **documento señalado de número dos**; Testimonio de la Sentencia de fecha 10/06/2017, recaída en la pieza separada segunda, del procedimiento abreviado nº, seguido ante la Sección Séptima de la Sala de lo Penal de Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona, dimanante de las Diligencias Previas nº seguidas ante el Juzgado de Instrucción nº de Barcelona, como **documento señalado de número tres**; Testimonio de la Sentencia, de fecha 12/07/2017, recaída en la pieza separada tercera, del procedimiento abreviado nº, seguido ante la Sección Séptima de la Sala de lo Penal de Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona, dimanante de las Diligencias Previas nº seguidas ante el Juzgado de Instrucción nº de Barcelona, como **documento señalado de número cuatro**; Testimonio de la Sentencia de fecha 2/03/2017, recaída en la pieza separada cuarta, del procedimiento abreviado nº, seguido ante la Sección de la Sala de lo Penal de Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona, dimanante de las Diligencias Previas nº seguidas ante el Juzgado de Instrucción nº de Barcelona, como **documento señalado de número cinco**; Certificación del escrito de preparación del Recurso de Casación, como **documento señalado de número seis**; Certificación del Auto por el que se tiene por preparado el Recurso de Casación, como **documento señalado de número siete**; y Certificación del apoderamiento "apud acta" a favor del Procurador y Letrado suscribientes, **como documento señalado de número ocho**. Se acompañan las copias ordenadas del presente escrito para cada una de las partes emplazadas.

HECHOS DECLARADOS PROBADOS

1º.- La Sentencia recurrida declara como hechos probados:

"PRIMERO. – Se dirige la acusación contra las siguientes personas, mayores de edad y sin antecedentes penales, a excepción de la primera:

....., titular del DNI número, ejecutoriamente condenada por sentencia firme de 22 de julio de 2002 a la pena de un año de prisión y seis meses de multa con responsabilidad personal subsidiaria de 90 días por un delito de apropiación indebida, habiendo sido suspendida la pena de prisión en fecha 22 de abril de 2008, por un plazo de cinco años, lo que fue notificado en fecha 7 de mayo de 2008. En el momento de los hechos se dedicaba junto a su marido a la comercialización de informes sobre datos personales.

..... En el momento de los hechos se dedicaba junto a su esposa a la comercialización de informes sobre datos reservados.

....., quien en el momento de los hechos se hallaba jubilado desde fecha 22 de enero de 2011, había sido funcionario del cuerpo administrativo de la Generalitat de Cataluña, y había prestado servicios en la Oficina del Servei de Ocupació (SOC) de Badalona, sita en la plaza desde enero de 1998 hasta la fecha de su jubilación.

....., quién en el momento de los hechos era funcionaria interina del Cuerpo General Auxiliar de la Administración del Estado, con destino en la Oficina del INEM Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE), sita en la

..... quien en el momento de los hechos era funcionaria del cuerpo auxiliar administrativo de la Generalitat de Cataluña con destino en la Oficina del Servicio de Ocupación (SOC), sita en la plaza

....., quien en el momento de los hechos era personal laboral técnico administrativo de la Generalitat de Cataluña con destino en la Oficina del Servicio de Ocupación (SOC), sita

..... quien en el momento de los hechos era funcionario del cuerpo auxiliar administrativo de la Generalitat de Cataluña con destino en la oficina del Servicio de Ocupación (SOC) sita

Los acusados a través de las mercantiles de las que era administrador único el acusado, venían dedicándose desde hacía varios años a la comercialización a gran escala de datos de carácter personal reservado, siendo sus clientes empresas

relacionadas con la elaboración de informes comerciales y patrimoniales, tales como entre otras, que a su vez tenían como clientes últimos a entidades bancarias o financieras que utilizarían esos datos para comprobación de solvencia y en supuestos de morosidad.

Durante el periodo investigado entre enero de 2011 a mayo de 2012, y más concretamente entre finales de noviembre de 2011 y principios de mayo de 2012, los acusados , puestos de común acuerdo en la acción y en resultado, tanto entre sí como con el , se dedicaron a la obtención, intermediación, comercialización y distribución a gran escala de datos reservados de carácter personal y laboral de cientos de personas.

Dicha información reservada la obtenían a través de este último, quien aprovechándose de la condición de funcionario que había ostentado en la Oficina del SOC de Badalona, organizó una red de contactos entre funcionarios de dicho Servicio así como del Servicio de Empleo Público (SEPE), fundamentalmente con destino en la , siendo éstos como mínimo los acusados

De esta forma, los acusados , éste último como intermediario, teniendo pleno conocimiento de la condición de funcionarios con acceso a las bases de datos oficiales del SOC, SEPE y de la TGSS de todos o algunos de aquéllos cuatro acusados, se especializaron en la obtención ilícita, rápida y masiva de datos personales y laborales, que los dos primeros revendían a sus clientes, a razón de 14 a 20 euros por consulta relativa a una persona física.

El acusado , en cumplimiento de la función de intermediario que tenía encomendada y por la que era gratificado por los acusados , se encargaba de recoger las peticiones de datos reservados que le entregaban prácticamente a diario estos dos acusados, para repartirlas ente los cuatro funcionarios acusados, así como de recoger de éstos los datos ya obtenidos ilícitamente para hacerlos llegar a aquellos.

Los acusados , abusando de su respectiva condición de funcionarios y de su respectiva autorización o de su disponibilidad para consultar la base de datos de la Seguridad Social, del Servicio Estatal de Empleo Público (SEPE) conocida bajo las siglas SILICOI, o del Servicio de Ocupación de la Generalitat de Catalunya conocida bajo las siglas SICAS, contravinieron los deberes propios de su puesto de trabajo al realizar la petición del acusado y por encargo de los acusados centenas de consultas semanales en aquellas bases de datos, teniendo perfecto conocimiento del carácter ilícito de las mismas.

A tales efectos y con la finalidad última de gratificar la obtención ilícita de aquellos datos reservados, los acusados satisfacían la cantidad de entre 8 a 10 euros al acusado por consulta relativa a una persona física, quién a su vez compartía esta contraprestación

económica con cada uno de los funcionarios acusados a razón de 3 euros por consulta.

Durante el periodo comprendido entre finales de noviembre de 2011 a primeros de mayo de 2012, se accedió ilícitamente como mínimo y en la forma descrita a datos reservados de un total de unas 2.061 personas físicas. En concreto:

A.- Durante el periodo comprendido entre los días 16 de abril a 7 de mayo de 2012, los acusados por intermediación del acusado y a través de la acusada, quien accedió en diferentes días y horas a la base de datos de la Seguridad Social mediante su código de usuario y contraseña, obtuvieron para su comercialización datos reservados de 529 personas, consistentes en la fecha de nacimiento, domicilio, fecha de alta o baja en la Seguridad Social como autónomo, como empleado por cuenta ajena con indicación del CIF del empleador o incluso su nombre y DNI, o como empelado agrario, como perceptor de prestación de desempleo o de subsidio, viudedad, maternidad o jubilación, como persona en situación de incapacidad laboral, así como si carecían de datos laborales a pesar de estar afiliados, y en algún caso el nombre y número de DNI correcto.

Entre esas 529 personas se hallaban como mínimo las 99 siguientes: , cuyos datos reservados habían sido solicitados por

..... , cuyos datos habían sido solicitados también respecto del que, a pesar de que no consta acreditado acceso concreto a las bases de datos del SEPE o de la Seguridad Social en el período indicado, la acusada facilitó a aquéllos otros acusados, su fecha de nacimiento, domicilio, fecha en la Seguridad Social, nombre y DNI del empleador.

..... , cuyos respectivos datos reservados habían sido solicitados por un cliente denominado

.....

B.- A primeros de mayo de 2012, los acusados solicitaron a través del acusado, datos reservados para su comercialización de 23 personas, los cuales fueron obtenidos ilícitamente por la acusada en fecha 4 y 7 de mayo de 2012 accediendo a la base de datos de la Seguridad Social mediante su código de usuario y contraseña, consistiendo tales datos en la fecha de nacimiento, domicilio, fecha de alta o baja como autónomo, como empleado por cuenta ajena con indicación por desempleo o subsidio, jubilación, como persona en situación

de incapacidad laboral, así como si carecían de datos laborales a pesar de estar afiliados, y en algún caso el nombre y número de DNI correcto.

Siendo estas personas las siguientes: cuyos respectivos datos reservados habían sido solicitados por un cliente denominado

C.- Asimismo, durante el periodo comprendido entre el 12 de diciembre de 2011 al 28 de febrero de 20102, la acusada entregó al acusado en cumplimiento del encargo realizado por los acusados, datos reservados obtenidos ilícitamente en igual forma de un total de 1.453 personas.

D.- Entre los días 20 y 21 de diciembre de 2011, los acusados para su venta a obtuvieron a través del y sin que conste acreditado el funcionario o funcionarios que accedieron ilícitamente a las bases de datos oficiales, datos reservados consistentes en la situación de alta o baja laboral y en algún caso el CIF del empleador de las siguientes 4 personas.....

E.- En fechas 16 y 17 de enero de 2012, los acusados obtuvieron para su comercialización **a través de la acusada y por intermediación del acusado, los números de teléfono fijos y móviles que no aparecían en redes sociales ni registros públicos de 5 personas.**

Estos datos fueron obtenidos mediante el sistema ilegal de «búsqueda inversa» a través del nombre y/o número de DNI mediante acceso ilegal a la base de datos SICAS del Servicio de Ocupación de la Generalitat de Cataluña, a la que tenía acceso en su puesto de trabajo utilizando para ello su código de usuario y contraseña.

Aquellas cinco personas determinadas son las siguientes.....

F.- Durante el periodo comprendido entre el 13 de diciembre de 2011 y el 9 de febrero de 2012 y al menos en dos ocasiones, los acusados obtuvieron para su comercialización a través de la acusada y por intermediación del acusado, los números de teléfonos fijos y móviles que no aparecían en redes sociales ni registros públicos de un total de 7 personas. Estos datos fueron obtenidos mediante el sistema ilegal de «búsqueda inversa» a través del nombre y número de DNI y mediante acceso ilegal a la base de datos SICAS del Servicio de Ocupación de la Generalitat de Cataluña, a la que tenía acceso en su puesto de trabajo utilizando para ello su código de usuario y contraseña.

Siendo estas personas las siguientes:

G.- Entre los días 31 de enero y 1 de febrero de 2012, los acusados obtuvieron para su comercialización a través del acusado y por intermediación del acusado, los números de teléfono fijos y móviles que no aparecían en redes sociales ni registros públicos de 40 personas no determinadas. Estos datos fueron obtenidos mediante el sistema ilegal de «búsqueda inversa» a través del nombre y/o número de DNI y mediante acceso ilegal a la base de datos SICAS del Servicio de Ocupación de la Generalitat de Cataluña, a la que tenía acceso en su puesto de trabajo utilizando para ello su código de usuario y contraseña.

Todos los acusados tenían conocimiento de que estaban accediendo, obteniendo y cediendo datos reservados obrantes en bases de datos de acceso restringido y a las que directa o indirectamente tuvieron acceso, menoscabando con ello el derecho a la intimidad y la llamada «libertad informática» de los respectivos titulares de esos datos, posibilitando con su respectiva conducta que los datos albergados en las respectivas bases de datos protegidas llegaran a ser conocidos por personas no autorizadas.

El carácter plural, en cuanto que son como mínimo 2.061 las personas afectadas en poco menos de seis meses, y el carácter sistematizado, habitual, reiterado y pertinaz de la conducta atribuida a los acusados en la forma descrita, rebasa el daño evidente en la esfera íntima de personas determinadas, y afecta también al interés general, en cuanto que la conducta que, por lo estructurado y consolidado en el tiempo del sistema empleado, permitía acceder a cualquier dato reservado de los que se hallaban en las bases de datos de la Seguridad Social, del SEPE y del SOC.

El dinero pagado y percibido por cada uno de los acusados en función de la transacción descrita se percibía en efectivo que, al menos en el caso de los acusados, se ingresaba en sus cuentas bancarias, en las que además también recibían continuas transferencias en pago de la información obtenida y entregada.

Teniendo en cuenta los hechos expuestos, las cantidades percibidas por los acusados serían las siguientes:

..... percibieron como mínimo la cantidad de 20.380'00€ (a razón de 20 euros por cada una de las 2.038 consultas realizadas de las 2.061 solicitadas, al no tener en cuenta las 23 consultas que se hallaban en poder de la acusada, y descontados los 10 euros a satisfacer al acusado por cada consulta).

....., percibió la cantidad de 14.266'00 euros (a razón de 10 euros por cada una de las 2.038 consultas realizadas de las 2.061 solicitadas, al no tener en cuenta las 23 consultas que se hallaban en poder

de la acusada, y descontados los 3 euros a satisfacer a cada uno de los funcionarios por cada una de las consultas realizadas).

....., percibió como mínimo la cantidad de 5.946'00 euros (a razón de 3 euros por cada una de las 1.982 consultas realizadas del total de las 2.061 solicitadas, sin tener en cuenta además las 23 consultas que se hallaban aún en su poder).

....., percibió como mínimo la cantidad de 15'00 euros (a razón de 3 euros por cada una de las 5 consultas realizadas del total de las 2.061 solicitadas).

....., percibió como mínimo la cantidad de 21'00 euros (a razón de 3 euros por cada una de las 7 consultas realizadas del total de las 2.061 solicitadas).

....., percibió como mínimo la cantidad de 120'00 euros (a razón de 3 euros por cada una de las 40 consultas realizadas del total de las 2.061 solicitadas).

Durante el juicio oral, todos los acusados han prestado declaración reconociendo su participación criminal en los hechos descritos, lo que ha sido de especial importancia para el esclarecimiento de los hechos enjuiciados.»

MOTIVOS DE CASACIÓN

PRIMER MOTIVO DE CASACIÓN

Al amparo de lo dispuesto en el art. 852 LECrim., en relación al art. 5.4º LOPJ, al **haberse vulnerado el derecho fundamental a la intimidad** del art. 18.1 CE, en relación con el art. 18.3 CE, **ocasionando indefensión** a DOÑA (art. 24.1 CE), **en su vertiente a la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales** del art. 24.1 CE, **afectándose el derecho a un proceso judicial con todas las garantías** del art. 24.2 CE.

BREVE EXTRACTO DE SU CONTENIDO

Esta parte formuló como cuestión previa que las escuchas telefónicas efectuadas sobre el coimputado DON no podían comportar prueba de cargo contra mi poderdante DOÑA, pues sobre ésta no existía resolución judicial alguna que permitiese la injerencia en su derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), ni, por ende, control judicial alguno sobre su persona y comunicaciones telefónicas (art. 18.4 CE).

El Auto judicial del Instructor que autoriza la interceptación, escucha, grabación y transcripción de las llamadas telefónicas realizadas desde el terminal móvil de DON, así como las sucesivas prórrogas de dicho Auto son perfectamente lícitas y despliegan todos sus efectos respecto de la persona objeto de injerencia, esto es, DON

El problema que se plantea es que sus interlocutores cuyas conversaciones son objeto de grabación indirectamente, al estar autorizada la interceptación de las llamadas telefónicas de DON, una vez la policía los identifica como funcionarios que tienen intervención directa en el ilícito investigado, ubicando su puesto de trabajo, su nombre e inclusive su filiación completa, y dirigiendo frente aquellos la investigación, la policía no puede seguir haciendo acopio del material obtenido de las grabaciones telefónicas realizadas sobre la persona de con la intención de obtener prueba de cargo contra estos terceros ya identificados, al menos, sin poner estos extremos en conocimiento del Juez Instructor.

Es obvio, que el control de legalidad que realiza el Juez de Instrucción respecto de la interceptación de las llamadas telefónicas realizadas sobre la persona de DON, que es sobre quien recae el Auto motivado que acuerda la injerencia en el derecho fundamental del art. 18.3 CE, se circunscribe estrictamente a su persona. Ningún control judicial salvaguarda el derecho a la intimidad y a la defensa del interlocutor de DON, que es mi principal DOÑA, básicamente, porque su identidad es totalmente desconocida por el Juez de Instrucción, no así por la policía, como se desarrollará.

Validar que la prueba de cargo obtenida mediante restricción del derecho fundamental a DON será utilizada como prueba de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia de DOÑA es burlar el derecho fundamental a la intimidad (18.1 CE) de DOÑA, huérfana de todo control judicial que garantice su ulterior derecho de defensa (art. 24.1 CE). Cuanto antecede, comporta un evidente menoscabo de su derecho a la tutela judicial efectiva por parte de los jueces y tribunales (art. 24.2 CE), conculcándose como resultado final, el derecho a un proceso judicial con todas las garantías.

DESARROLLO DEL MOTIVO

Previamente cabe señalar a este alto Tribunal que respecto de la Sentencia objeto de la presente casación mi principal DOÑA confesó ante el Tribunal de Instancia que utilizando sus códigos de acceso al sistema informático del SOC, en su condición de funcionaria del mismo, facilitó, por razón de amistad, cinco números de teléfono a su anterior superior jerárquico, un compañero funcionario ya jubilado, DON, y que este en agradecimiento le entregó quince euros para que pagase la comida.

De cuanto antecede, **la defensa en juicio se articuló sobre el reconocimiento de una condena por los hechos confesados**, lo que debía suponer una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal excepcional al entender que la prueba de cargo aportada por el Ministerio Fiscal era ilícita y por ende la condena penal se sustentaba eminentemente en la confesión de mi principal, por lo que procedía la reducción de la pena en dos grados por aplicación del art. 66.2 CP.

El Tribunal de instancia reconoció el valor de la confesión de mi poderdante y aplicó como muy cualificada la atenuante analógica de confesión del art. 21.7 en relación con el art. 21.4 ambos del CP, procediendo a la reducción de la pena en un grado. Aún y así el resultado de la condena es superior a doce años de prisión (sin perjuicio de la aplicación del art. 76 CP a efectos de cumplimiento efectivo de la pena), por haber facilitado cinco números de teléfono a cambio de 15€.

La ilicitud manifestada por esta defensa, sobre la prueba de cargo aportada a la vista oral por el Ministerio Fiscal no tiene conexión de antijuricidad alguna con la confesión consciente y voluntaria de mi poderdante en la vista oral, en este sentido, se ha pronunciado claramente la Sentencia de este alto Tribunal nº, de fecha 4/07/2017, de la que es ponente el Excmo. Sr. Don (La Ley 86306/2017).

Pero es precisamente esa falta de conexión entre la antijuricidad de las escuchas y la confesión de DOÑA, la que al entender de esta defensa cualificará especialmente la atenuante analógica de confesión.

Toda la prueba de cargo aportada por las acusaciones en la vista oral, dimana directamente de unas escuchas telefónicas que esta parte entiende vulneran el derecho de defensa de mi patrocinada por absoluta falta de control judicial sobre su persona, pues no es la destinataria de las escuchas, sino el coimputado, pese a lo cual, la policía judicial recopila la totalidad de la prueba de cargo sobre dichas escuchas, articula las vigilancias policiales sobre mi poderdante en base a aquéllas, y en definitiva toda la prueba de cargo del Ministerio Fiscal se asienta sobre aquéllas, y ello pese haber sido plenamente identificada mi poderdante y recogerse en el atestado policial su implicación en los hechos, pese a lo cual, en ningún momento se solicita la interceptación, grabación y escucha de su terminal móvil, ni tampoco se realiza control alguno por parte del Instructor sobre aquélla, al no ser la destinataria directa del Auto Judicial que acuerda la interceptación.

Esta circunstancia provocaría que la confesión en juicio de mi principal adquiriese una especial cualificación al conformar la única prueba de cargo en que se asienta su condena, extremo que se desarrollará en el motivo séptimo del presente recurso.

Esta parte ya formuló como cuestión previa ante el tribunal el presente motivo, y el mismo fue desestimado en la Sentencia objeto del presente recurso de casación (vid., página 20/34 de la resolución judicial):

«FUNDAMENTO DE DERECHO PRIMERO. Al inicio del juicio oral, todas las defensas, como cuestión previa, plantearon la ilegalidad de las intervenciones telefónicas, por haberse vulnerado el art. 18.3 CE. Alegando falta de motivación de las resoluciones judiciales y falta de control judicial sobre el resultado de las mismas.

El Tribunal Supremo ha dictado las sentencias de fecha 28 de marzo de 2017 y 27 de septiembre de 2017, en relación con las sentencias dictadas por la Sala en fecha 10 de junio de 2016 (pieza separada 2ª Diligencias Previas nº 2179/2011), del Juzgado de Instrucción nº 17 de esta ciudad y fecha 2 de marzo de 2017 (pieza separada 4ª). En las que se establece que los autos dictados por el Instructor acordando las intervenciones telefónicas, limitan legítimamente el derecho reconocido en el art. 18.3 CE, sobre el secreto de las comunicaciones telefónicas. Considerándose, que el control judicial fue conforme con la legalidad y la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo.

Tras la celebración del juicio oral, solo la defensa demantuvo la cuestión previa. En el inicio solicitó la nulidad del Auto de fecha 18/05/2011, que fue el que dio inicio a la causa. Ello quedó resuelto en las sentencias que se han reseñado.

*Por vía de informe modificó su planteamiento, solicitándose la nulidad del auto de fecha 17/12/2011 (folios 6404-6406), que acordó la intervención del terminal telefónico de Nada se alega sobre la falta de motivación del Auto. Lo que se nos dice es que las conversaciones interceptadas de, lo fueron por medio del teléfono de En fecha 1/02/2012, la policía solicita al Instructor que oficie a para que identifique al titular del terminal móvil, resultando que pertenece a Sostiene el proponente que en ese momento el Instructor debió dictar Auto acordando la intervención del citado teléfono, pero no lo hizo, residiendo en ello la nulidad de la interceptación de las comunicaciones en que interviene También se queja de que el Instructor no autorizó expresamente la transcripción de esas conversaciones. No tiene razón el proponente, **la intervención del teléfono de limitaba legalmente el derecho de**. **El Auto amparaba todas las comunicaciones telefónicas de con terceras personas.** No era necesario dictar ese nuevo Auto que pretende el proponente. En cuanto a las transcripciones ya están autorizadas, por la misma razón, por el Instructor. La nulidad pretendida debe ser rechazada».*

Esta parte es plenamente consciente que, en las piezas separadas ya juzgadas sobre estos hechos, la Sección de la Audiencia Provincial de Barcelona ha desestimado en todas ellas la petición de nulidad

formuladas por las defensas sobre la interceptación, grabación, escucha y transcripción de las llamadas telefónicas practicadas sobre determinados coimputados.

Es más, como es de ver, esta parte tanto al formular la cuestión previa, como en su informe (véase Instructa) procedió a señalar el fundamento que motivaba la desestimación de las nulidades invocadas por las defensas en las anteriores piezas separadas, así:

En la pieza Separada Segunda, de fecha 10/06/2016, ponente Ilma. Sra. Doña, se desestima dicha nulidad en el fundamento de derecho tercero.

En la pieza Separada Tercera, de fecha 12 de julio 2017, ponente Ilma. Sra. Doña, se desestima dicha nulidad en el fundamento jurídico primero.

En la pieza Separada Cuarta, de fecha 2 de marzo de 2017, ponente Ilma. Sra. Doña, se desestima la nulidad en el fundamento jurídico segundo, apartado segundo.

A mayor abundamiento, dos de las piezas separadas fueron casadas ante este alto Tribunal Supremo, ratificándose por alto tribunal las resoluciones de instancia y desestimando la pretendida nulidad de las intervenciones realizadas sobre las comunicaciones telefónicas, así:

En la Sentencia Tribunal Supremo sobre la Pieza Separada Segunda: Sentencia nº 201/2017, de fecha 27/03/2017, recurso de casación, ponente Excmo. Sr. Don, se desestima la nulidad en el fundamento jurídico cuarto.

Y en la Sentencia Tribunal Supremo sobre la Pieza Separada Cuarta: Sentencia nº, de fecha 27/09/2017, en recurso de casación nº, ponente el Excmo. Sr. Don -....., vuelve a desestimarse la nulidad de las intervenciones.

Pese a detallar cuanto antecede, esta parte subrayó al formular la cuestión previa (véase instructa) que **en el presente caso existía una diferencia sustancial respecto a las nulidades alegadas en las piezas antecedentes.**

La nulidad sobre la que se asientan las escuchas, grabaciones y transcripciones de las llamadas telefónicas se fundamenta en la ausencia de control judicial respecto de DOÑA, pues no es mi principal la persona sobre la que recae la interceptación de las comunicaciones sino que el Auto se dicta en relación con otro coimputado DON, no obstante, las grabaciones y transcripciones realizadas sobre son utilizadas como prueba de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia de DOÑA, y en base a esa

interceptación de las llamadas se realizan los seguimientos y actas policiales sobre la persona de DOÑA, con total desconocimiento para el Instructor pues mi poderdante no es identificada ante el Instructor hasta que así lo manifiesta la compañía operadora telefónica, en fecha 8/02/2012, como es de ver toda la prueba de cargo sobre RAMOS es muy anterior a dicha fecha.

Cómo puede sostenerse un control judicial sobre la injerencia en la intimidad (18.1 CE) y las telecomunicaciones de DOÑA (art. 18.3 CE), si el Juez desconoce su implicación.

Discrepa esta defensa del criterio seguido al respecto por el Tribunal de Instancia de que la autorización judicial acordando la intervención del teléfono de limitaba legalmente el derecho de, en tanto en cuanto el derecho a la intimidad protegido en el art. 18 CE es un derecho personalísimo.

El planteamiento del Tribunal de Instancia sustentado en que el Auto judicial que acuerda la injerencia en el derecho a las comunicaciones del investigado despliega sus efectos a todos los interlocutores con quien este habla, sólo es válido hasta el momento en que se evidencia que el interlocutor de dichas comunicaciones está implicado en los hechos objeto de investigación, precisamente por ser el derecho a la intimidad regulado en el art. 13 CE un derecho personalísimo que requiere de autorización judicial personalizada cuando la injerencia en el derecho comporta a su vez, una injerencia en el derecho de defensa de dicho interlocutor. Entiende esta defensa que otra interpretación comportaría abonar un camino demasiado fácil para eludir las garantías arbitradas por la norma marco para proteger los derechos fundamentales básicos, pues bastaría con conseguir autorización judicial sobre un coimputado para poder menoscabar el derecho a las comunicaciones de modo indirecto sobre todos los demás.

La antecitada interpretación de la norma contravendría frontalmente el principio de individualidad de los derechos fundamentales, que requiere autorización judicial motivada y ulterior control judicial sobre cada una de las personas que puedan ver sus derechos fundamentales invadidos por la investigación policial.

En el caso de autos (tomo 24 de las actuaciones <folio 6.379>), en fecha 6/12/2011 la policía solicita la interceptación, grabación y escucha del terminal de France Telecom número, titularidad de, autorizándolo el Juez Instructor por Auto de fecha 17/12/2011 (folios 6.404-6.406).

Al tomo 34 (folio 8.081) derivado de una vigilancia realizada el 16/12/2011 se identifica a Acta vigilancia nº

En el mismo tomo 34 (folio 8.101) por Auto de fecha 4/01/2011, se prorroga por un mes, la interceptación, grabación y escucha de las llamadas realizadas por DON

Es en el tomo 37 (folios 8.815, 8.818, 8.819 y 8.822), **en fecha 17/01/2012**, donde **se interceptan las primeras llamadas del terminal móvil de con mi principal**, constan también dichas intervenciones en las Actas

De cuanto antecede, la policía nacional tiene perfecta constancia, en fecha 17/01/2012, de que hay una nueva funcionaria del SOC de Badalona, llamada implicada en los hechos, pese a ello, no se realiza el oficio por parte de la Policía Nacional al Juez para la autorización de la identificación de usuario del terminal móvil de la identificada comon, hasta el 2/02/2012 (folio 8.869, tomo 37).

Vea la superioridad que durante estos quince días que transcurren desde que la policía nacional tiene plena constancia de la existencia de un nuevo coautor de los hechos, la funcionaria denominada, sigue ajo grabación y escuchas de las llamadas telefónicas que realiza con DON y en base a estas escuchas la policía organiza un seguimiento sobre la persona de, a raíz del cual identifica plenamente, según se dice por la base de datos del archivo policial, a

De cuanto antecede, se observa al folio 8.885, una llamada de a en fecha 17/01/2012, en la cual el primero solicita a la segunda que le facilite un número de teléfono. En las Actas policiales se recoge el seguimiento policial realizado sobre en el cual está hace entrega a de un sobre que contiene presuntamente el material solicitado.

Al folio 8.886 el apellido y DNI de cinco personas para que se le facilite el número de teléfono de estas.

No es hasta el folio 8.888, en fecha 1/02/2012), en que la PN solicita una nueva prórroga para la interceptación, grabación y escucha del teléfono número de DON y solicita judicialmente el oficio a movistar para **que proceda a **identificar al titular del terminal móvil cuya usuaria es mi principal DOÑA****

Esta identificación de DOÑA, ya le consta a la PN con anterioridad, a raíz de un seguimiento realizado sobre a raíz de una conversación telefónica con en que acuerdan encontrarse para la entrega de unas fotocopias.

Con ocasión de esa vigilancia y seguimiento la PN procede a la plena identificación de DOÑA, con bastante antelación al dictado del Auto del Juez Instructor acordando el oficio a la operadora telefónica para que identifique al usuario del terminal con el que interactúa DON La identificación formal del usuario de ese terminal facilitado por la operadora telefónica es todavía de fecha mucho más tardía, pues la fecha de contestación de la operadora esta data el día 8/02/2012.

El Auto del Instructor ordenando la identificación del titular o usuario del terminal móvil número 646 910 144 obra a los folios 8.912 a 8.915, y es de fecha 2/02/2012. Remarcar el error en la fecha que consta en el Auto Judicial antes referenciado.

Por error en el Auto consta como fecha un año antes, esto es 2/02/2011, pero como es de ver, del propio oficio policial de fecha del día anterior 1/02/2012, así como de los respectivos Decretos del letrado de la administración de justicia remitiendo los requerimientos (todos ellos del 2/02/2012, folios 8.816, 8.817 y 8.818) así como de la propia cronología de los hechos obrantes en el atestado, se adviera que el Auto es de fecha 2/02/2012.

Es en fecha 8/02/2012 (tomo 38, folio 8.996) cuando la compañía Telefónica identifica como titular del terminal móvil a DOÑA

De cuanto antecede, la PN tiene constancia en fecha 17/01/2012, de la aparición de una nueva funcionaria cuyas conversaciones telefónicas con DON podrían ser constitutivas del delito de revelación de secretos objeto de investigación, así consta en el Acta donde se transcriben las llamadas realizadas entre que obran a los folios 8.815 a 8.812.

En fecha 17/01/2012, la PN tiene plena consciencia de que una nueva funcionaria del SOC de Badalona llamada (ya le consta que otros tres funcionarios del SOC de Badalona pasaban información a DON de forma regular desde hacía meses atrás), está también facilitando información reservada a DON

La PN sigue interceptando, grabando y transcribiendo las llamadas telefónicas realizadas entre, en fecha 30/01/2012, Del mismo modo, se interceptan, graban y transcriben las llamadas realizadas entre en fechas 31/01/2012; 1/02/2012 y 2/02/2012 (vid., folios 9.775; 9.782; 9.789 y 9.794).

En atención a las llamadas telefónicas grabadas sobre el terminal de se organiza un dispositivo de vigilancia en fecha 1/02/2012 sobre, como es de ver a los folios 9.595 a 9.597, y en atención a dichos seguimientos sobre se identifica plenamente a mi principal como DOÑA, provista de DNI nº nacida el 10/09/1957, en Madrid, con

Como es de ver, pese a tener conocimiento de que una nueva funcionaria del SOC denominada tiene relación directa con los hechos (tal y como se sostiene en el propio oficio de la PN obrante a los folios 8.869 y siguientes, mi principal es indirectamente objeto de interceptación, escucha, grabación y transcripción de las conversaciones telefónicas que mantiene y en base a dichas escuchas se despliega un aparato policial de seguimiento sobre su persona, identificándosela de modo pleno, sin comunicación alguna al Juez de Instrucción, pues el Auto Judicial que acuerda la identificación del usuario del nuevo terminal móvil con quien habla, es muy posterior a dichos seguimientos y dispositivos judiciales.

A mayor abundamiento, toda la prueba de cargo que aporta el Ministerio Fiscal a la causa se sustenta en dichas escuchas telefónicas realizadas en las conversaciones mantenidas entre

El control judicial que se realiza sobre la injerencia en el derecho a la intimidad protege a, pero en modo alguno a, pues no es la destinataria ni del Auto, ni del posterior control judicial sobre las grabaciones y transcripciones de las escuchas.

Esta parte señaló ante el Tribunal Sentenciador, con cita en las Sentencias de esta Excma. Sala: SSTS 3/06/2002 y 19/09/2004, que el fundamento del control judicial sobre la interceptación de las telecomunicaciones tiene como garantía evitar la indefensión del investigado, quien ignorante de la injerencia sobre su derecho a la intimidad, requerirá del control del Juez Instructor para prevenir cualquier clase de indefensión ulterior, velando para que el sometido a la medida conserve su efectivo derecho de defensa.

En estos términos se manifestó la propia Sección Séptima, en su Sentencia de fecha 10/06/2016, recaída en la pieza segunda de estas mismas diligencias previas (se transcriben brevemente los considerandos obrantes a los folios 14/27 y 15/27):

*«<...> El control judicial debe aplicarse sobre tres extremos fundamentales: <...> 3º) **Que el control deberá tener, como fin, a la evitación de cualquier clase de indefensión para el sometido a la intervención, de modo que, al no haber podido tener este conocimiento previo de la actuación sobre el secreto de las comunicaciones, es el Juez encargado, durante dicho periodo, de tutelar debidamente todo lo relativo a la posibilidad posterior de su ejercicio efectivo del derecho de defensa** (véase entre otras muchas, SSTS 3/06/2002 y 19/09/2004)».*

Desde el 17/01/2012 en que la PN evidencia la colaboración de una nueva funcionaria en los hechos investigados y hasta el Auto Judicial de fecha 2/02/2012, que autoriza el oficio a la operadora telefónica para que proceda a la identificación del titular del terminal móvil, el cual es

facilitado por en fecha 8/02/2012, todas las interceptaciones de las comunicaciones realizadas entre y mi principal DOÑA están ausentes de todo control judicial respecto de DOÑA, persona plenamente identificada por la PN en base a los seguimientos realizados a raíz de las grabaciones telefónicas, pero totalmente desconocida por el Juez de Instrucción, que en esta tesitura mal puede preservar el derecho a la defensa efectiva de mi patrocinada.

A mayor abundamiento, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo 638/2017, de fecha 27/09/2017, relativa a la pieza separada cuarta, en el punto tercero del fundamento jurídico primero hace directa alusión al derecho a la intimidad contenido en el art. 18 CE, para señalar que el derecho a la intimidad, dentro del cual está el derecho a la confidencialidad de las conversaciones telefónicas, es un derecho personalísimo, que impide la aplicación del delito continuado, pues cada persona es titular única de su derecho a la intimidad.

El derecho a la intimidad es un derecho preferente respecto de otros bienes jurídicos, por lo que su limitación o la injerencia en el mismo, no puede descansar en modo alguno en un Auto motivado que acuerda la injerencia sobre el derecho a la intimidad de un tercero, y menos si es para usarse como prueba de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia de mi principal, en línea con lo argumentado por esta Sala en las Sentencias antes referenciadas.

Cuanto antecede, comportaría la nulidad de pleno derecho como pruebas de cargo contra DOÑA de todas las pruebas ilícitas obtenidas vulnerando su derecho a la intimidad, esto es, desde que la PN evidencia en sus informes la participación de una nueva funcionaria en el delito investigado, en fecha 17/01/2012, pese a ello, no cursa el oficio al Juez para que en su caso dicte Auto interesando la identificación del terminal móvil hasta el 2/02/2012, siendo esta información facilitada por la Operadora telefónica en fecha 8/02/2012.

En el ínterin entre el 17/01/2012 y el 8/02/2012, la policía nacional graba y transcribe todas las conversaciones telefónicas entre por tener autorización judicial para interceptar el terminal móvil del primero, pero no pueden reputarse válidos los seguimientos y grabaciones efectuados para enervar la presunción de inocencia de la segunda, por estar dicha prueba de cargo totalmente huérfana de control judicial respecto de mi poderdante, al no constar siquiera identificada en modo alguno ante el Instructor.

A mayor abundamiento, todas las pruebas que dimanen directamente de las grabaciones telefónicas a mi principal, en especial las Actas y seguimientos policiales previos al Auto del Juzgado de Instrucción de fecha 2/02/2012, por aplicación de lo dispuesto en el art. 11.1º LOPJ, en relación con el art. 240 LOPJ, vulnerarían el derecho a la defensa de mi patrocinada (art. 24 CE), así como el derecho a la intimidad de aquélla (art. 13 CE).

Consecuencia de todo lo anterior, sería que la confesión de los hechos reconocida en plenario por mi principal, sería la única prueba que desvirtuaría la presunción de inocencia de DOÑA lo que dotaría a esta confesión de una atenuante muy cualificada, que por aplicación de lo dispuesto en el art. 66.1.2º CP, debe provocar la reducción en dos grados de la pena a imponer, como se desarrollará en el motivo pertinente.

SEGUNDO MOTIVO DE CASACIÓN

Al amparo de lo dispuesto en el art. 852 LECrim., en relación con el art. 5.4 LOPJ, al haberse conculcado el Derecho Fundamental a la Proporcionalidad entre la acción antijurídica desplegada por mi principal y la pena efectivamente impuesta, principio de proporcionalidad contenido en el art. 25.1 CE.

Desproporcionalidad que a su vez conculca el Derecho Fundamental a la igualdad ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna, consagrado en el art. 14 CE, al evidenciarse un trato discriminatorio con el resto de coimputados en las demás piezas separadas.

Finalmente, se constata una desproporcionalidad entre las penas impuestas y las conductas antijurídicas desplegadas por los distintos encausados en la presente pieza sexta.

BREVE EXTRACTO DE SU CONTENIDO

El principio de proporcionalidad establece la necesidad de que la pena a imponer ha de estar necesariamente en función de la gravedad de los hechos tutelados por la norma penal, de tal manera que esta no resulte desproporcionada al hecho cometido. Este principio es el que sirve de base para la graduación de las penas en derecho penal español.

La idea de la proporcionalidad es hasta tal punto imprescindible en la graduación de las penas que se erige en principio general del Derecho Penal, de este modo, el principio de culpabilidad no basta para asegurar la proporcionalidad entre delito y pena. La culpabilidad exige que pueda responsabilizarse al sujeto activo del ataque al bien jurídico penalmente protegido, pero no entra a valorar la intensidad ni la acción acometida, ni tampoco el desvalor del resultado. La pena para ser justa debe ser proporcionada graduándose en función de los indicados conceptos.

El principio de proporcionalidad de las penas debe cumplir los siguientes requisitos: En primer lugar, que la pena sea proporcionada al delito. En segundo lugar, que la pena este en función con la intensidad del hecho, esto es, en función de su nocividad social. En tercer lugar, que la pena este regulada en función del grado o riesgo de desvalor del bien jurídico protegido.

En palabras del catedrático de derecho penal Don Santiago Mir Puig (Derecho Penal, parte general, 4ª edición, pág. 100):

*«Un Estado democrático debe exigir, además, que **la importancia de las normas apoyadas por penas proporcionadas no se determine a espaldas de la trascendencia social efectiva de dichas normas. Se sigue de ello, que un Derecho penal democrático debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos a que se asignan, según el grado de la "nocividad social" del ataque al bien jurídico.»***

La resolución de instancia reconoce en su fundamento jurídico décimo que las penas que impone son desproporcionadas a la culpabilidad de los acusados, adelantando el informe favorable del Tribunal ante una petición de indulto parcial por parte de los condenados.

En el presente motivo se desarrolla esta falta de proporcionalidad que afecta no sólo al marco punitivo legalmente previsto, sino que, en lo que aquí concierne produce un desequilibrio notable con el resto de coacusados en las mismas diligencias previas, seguidas ante el mismo Juzgado de Instrucción, a causa de la separación para su enjuiciamiento de las diligencias previas en distintas piezas separadas.

A mayor abundamiento, la Sentencia de instancia ocasiona un agravio comparativo entre los propios condenados en la misma pieza, al no valorar la intensidad de las acciones desplegadas por cada uno de ellos, ni considerar la diferente lesión del bien jurídico protegido, ni tampoco, el distinto ánimo de lucro obtenido con la comisión del hecho, imponiendo penas privativas de libertad desmesuradas en relación con la gravedad de los hechos cometidos.

La potestad judicial para la individualización concreta de la pena a imponer a cada acusado en función de la gravedad de la lesión causada en el bien jurídico protegido y atendida la intensidad de la acción desplegada por cada uno de los acusados debió motivar la reducción de la pena en dos grados, en lugar de en uno, para aquellos afectados que atendida su conducta de menor intensidad, el exiguo lucro, así como el escaso desvalor del bien jurídico protegido exigían una atenuación respecto a los restantes acusados en que no concurrían estas circunstancias para evitar un agravio comparativo con aquéllos, al castigar igual o incluso más benévolamente conductas lesivas más intensas sobre bienes jurídicos más graves, como acontece en el caso de autos.

A efectos ilustrativos, en lo que concierne a mi principal: Haber facilitado 5 números de teléfono a cambio de 15€, le supone una pena final 6 años, 4 meses y 18 días de privación de libertad, una vez aplicado el art. 76 CP.

Para, Haber descubierto y revelado secretos sobre 2.601 personas, 139 de ellas perfectamente determinadas, comerciando con las altas y bajas de estas personas en Seguridad Social, régimen de tributación, situación de alta o baja, si perciben invalidez o jubilación, facilitando cientos

de números de teléfono, habiendo percibido por ello más de 20.000€, le supone una pena final de 5 años, 3 meses y 3 días, una vez aplicado el art. 76 CP.

En idéntica situación a se encuentra, y en situación parecida

Como es de ver a simple vista, la intensidad en la acción es totalmente desigual, no es lo mismo revelar el número de teléfono de 5 personas que el de 2.061, 139 de ellas perfectamente determinadas. Del mismo modo, no es igual percibir 15€ que más de 20.000€, por último, tampoco es equiparable desvelar un número de teléfono que los datos para la empresa en la que se encuentra trabajando una determinada persona, si está de alta o bajo, percibiendo invalideces o pensiones, etc.

La desproporción entre la intensidad de la culpabilidad, el lucro obtenido y el desvalor final del bien jurídico protegido produce un agravio comparativo entre el cumplimiento efectivo de las penas impuestas a una y a otros.

El ejemplo transcrito no ha sido elegido por esta defensa como una excepción, sino que este dispar tratamiento penológico final se produce respecto de todos y cada uno de los condenados en relación con mi poderdante, estando tan sólo en una situación análoga la condenada DOÑA

Así, respecto de la condenada, los hechos declarados probados afectan a 529 personas, y los datos descubiertos y revelados son tales como:

Su fecha de nacimiento, DNI, fecha de alta o baja en la Seguridad Social, como autónomo, como empleado por cuenta ajena con indicación del CIF del empleador o incluso su nombre y DNI, o como empleado agrario, como perceptor de prestaciones por desempleo o de subsidio, viudedad, maternidad o jubilación, como persona en situación de incapacidad laboral, y haber obtenido por ello más de 5.900€. No obstante, la condena penal final, tras la aplicación del art. 76 CP, es idéntica a la de mi poderdante.

De cuanto antecede, pese a que la Sentencia de Instancia reconoce una grave desproporcionalidad entre las penas impuestas y la culpabilidad de los acusados atendida la trascendencia social de los hechos cometidos, no otorga solución jurídica alguna pese a poder y deber hacerlo, individualizando las penas de modo tal que provoca un gravísimo desequilibrio entre los distintos acusados. Tanto si comparamos las condenas entre los acusados por idénticos hechos en las distintas piezas separadas, donde las penas varían de modo desproporcionado en el presente caso, como si comparamos las penas impuestas a los distintos acusados en esta pieza segunda, donde salen clarísimamente beneficiados los condenados que han desplegado mayor intensidad delictiva y han realizado mayor número de delitos, obteniendo mayor lucro económico, lo que supone un completo despropósito.

DESARROLLO DEL MOTIVO

Dispone el fundamento de derecho décimo de la Sentencia de Instancia:

«DÉCIMO. **La Sala considera que las penas que impone, que son las legalmente establecidas, son desproporcionadas a la culpabilidad de los acusados. Los hechos no revisten la gravedad de estas penas**, por lo que informará favorablemente la petición de un indulto parcial, que, justifiquen, por parte de las defensas de los acusados.»

Mi principal, DOÑA es autora de los siguientes hechos declarados probados en la resolución de instancia (página 17/34 de la Sentencia):

«E. En fechas 16 y 17 de enero de 2012, los acusados obtuvieron para su comercialización a través de la acusada y por intermediación del, **los números de teléfono fijos y móviles que no aparecían en redes sociales ni registros públicos de 5 personas. Estos datos fueron obtenidos mediante el sistema ilegal de "búsqueda inversa" a través del nombre y/o número de DNI, mediante acceso ilegal a la base de datos SICAS del Servicio de Ocupación de la Generalitat de Cataluña, a la que tenía acceso en su puesto de trabajo utilizando para ello, su código de usuario y contraseña.** Aquellas cinco personas determinadas son las siguientes:

.....
....., percibió como mínimo la cantidad de 15€ (a razón de 3€ por cada una de las 5 consultas realizadas del total de las 2.061 solicitadas».

La Sentencia de Instancia reconoce y aplica como muy cualificada la atenuante analógica de confesión del art. 21.7 CP en relación con el art. 21.4 del CP, y por aplicación del art. 66.2 CP procede a reducir las penas en un grado, estableciendo al efecto, en la página 29/34 de la Sentencia:

«SEXTO. Concurren en todos los acusados la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante analógica de confesión de la infracción del art. 21.7 y 4 del CP, muy cualificada. Conforme al art. 66.2º CP, procederá la rebaja de las penas en un grado. Es cierto que en el acto del juicio todos los acusados reconocieron los hechos imputados por la acusación. Ello ha facilitado el enjuiciamiento, pero no es menos cierto que falta el elemento temporal.»

La conducta antijurídica es la de facilitar 5 números de teléfono prevaliéndose de su condición de funcionaria pública, para acceder al sistema informático del Servicio de Ocupación de Badalona, introduciendo el DNI de 5 personas para obtener el número de teléfono asociado al DNI que constaba en la base de datos del SOC, habiendo percibido por ello la cantidad de 15€.

Por esta acción antijurídica mi principal es condenada en el fundamento jurídico séptimo de la Sentencia a una pena de 11 años, 7 meses y 20 días de prisión (página 29/34):

«A: Por 5 delitos de revelación de secretos: 2 años 1 mes y 16 días de prisión [...] inhabilitación absoluta por cinco años y 3 meses, por cada uno de los delitos. Por el delito de cohecho, 1 año de prisión, multa de 6 meses con cuota de 6€, inhabilitación especial para cargo o empelo público por 3 años y 6 meses».

Siendo de aplicación al caso, el art. 76 CP, cuyo tenor literal preceptúa:
«Art. 76.1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde las que ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de 20 años».

Por aplicación del art. 76 CP, el tiempo de cumplimiento de la pena impuesto a mi poderdante por haber cobrado 15€ a cambio de 5 números de teléfono será de: 6 años, 4 meses y 18 días de privación de libertad, más 5 años y 3 meses de inhabilitación absoluta; más 6 meses de multa a cinco euros por el delito de cohecho (900€), más inhabilitación especial por tiempo de 3 años y 6 meses.

Vea la Superioridad, que la conducta de facilitar 5 números de teléfono a cambio de 15€, se castiga con mayor gravedad que unas lesiones dolosas causadas con instrumento peligroso del art. 148 CP (pena de 2 a 5 años); con pena superior a unas lesiones dolosas con pérdida o inutilidad de un órgano no principal del art. 150 CP (pena de 3 a 6 años); con pena superior a un delito doloso de atentado contra la libertad sexual de otra persona del art. 178 CP (pena de 1 a 5 años); con pena superior a un delito de abusos sexuales con mayor de 13 años y menor de 16 años del art. 182 CP (penas de 1 a 2 años); con pena superior a un delito de inducción a la prostitución de un menor de edad del art. 187 CP (pena de 1 a 5 años); con pena muy superior al delito de abandono de un menor de edad o incapaz por parte de la persona encargada de su custodia del art. 229 CP (pena de 1 a 2 años); con pena superior a un delito de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud del art. 368 CP (pena de 3 a 6 años), todos ellos según penalidad vigente al tiempo de su comisión.

De cuanto antecede, la desproporción entre la pena impuesta y la culpabilidad de la acción es absolutamente manifiesta, tal y como recoge la propia Sentencia de Instancia en su fundamento jurídico décimo.

Hay desproporcionalidad manifiesta en la pena en abstracto señalada por los tipos penales. Hay desproporcionalidad evidente entre los acusados en la pieza separada segunda y el resto de imputados juzgados en las piezas separadas cuya vista se ha celebrado con anterioridad. Hay desproporcionalidad manifiesta entre los acusados en la misma pieza separada al beneficiar en la individualización de las penas a quienes han cometido mayor número de delitos, de mayor entidad y obteniendo más lucro respecto a los que su actuación ha sido notablemente inferior, que han sido condenados con penas notablemente superiores.

El presente proceso se incoo como Diligencias Previas nº, que se siguieron ante el Juzgado de Instrucción nº de Barcelona, el cual por Auto de fecha 28/01/2014 (folios 18.670 a 18.674), debido al volumen de la causa, acordó separar la misma, formando nueve piezas separadas, de las que aquí nos interesa destacar las piezas 2ª, 3ª, 4ª y 6ª por haber sido ya objeto de Sentencia Judicial, habiendo sido dos ellas recurridas ante este Excmo. Tribunal, que a su vez también se ha pronunciado al respecto, a saber:

Pieza separada nº 2: (tráfico de historiales médicos), tiene por objeto la investigación de un presunto delito de descubrimiento y revelación de secretos por hechos supuestamente cometidos en el periodo comprendido entre el mes de enero de 2011 y el mes de mayo de 2012, en el que aparece como figura central el imputado Don

De esta pieza separada recayó Sentencia de la Sección de la Ilma. APB, de fecha 10/06/2016, en rollo de, en cuyo fallo, se condena en su punto 4º, a Don de nueve delitos de revelación de secretos en sus modalidades agravadas del art. 197.6º y 7º CP, de los que venía acusado, absolviéndose al resto de imputados. Como es de ver, en dicha resolución (FJ 7º) no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y se impone al acusado la condena por 9 delitos de revelación de secretos, haciendo constar la comisión en su modalidad agravada del ordinal sexto, al contener los datos revelados información sobre la salud de las víctimas, al acceder a su historial médico, así como la finalidad lucrativa que motivó la comisión del hecho delictivo (FJ 5º, página 24/27), imponiéndole una pena total de cuatro años de prisión (la penalidad viene referida a lo dispuesto en el ordinal 4º, esto es, de dos a cinco años de prisión por cada uno de los nueve delitos cometidos, con el límite de pena establecido en el art. 76 CP).

Dicha Sentencia es casada ante este Excmo. Tribunal, mediante Sentencia nº, de 27/03/2017, ponente Excmo. Sr. Don, que estima el motivo séptimo del recurso al entender que no consta acreditado el fin lucrativo exigido en el ordinal 7º del tipo penal, dictando nueva Sentencia, de fecha 27/03/2017, cuyo fundamento único se pronuncia sobre la necesidad de excluir la aplicación del subtipo agravado del ordinal 6º del art. 197, condenando a Don, por la comisión de 9 delitos de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197.2.4.7 CP a la pena de dos años de prisión.

Pieza separada nº 3:, tiene por objeto esta pieza separada el esclarecimiento de los hechos supuestamente cometidos en el periodo comprendido entre el mes de enero de 2011 y el mes de mayo 2012, que podrían ser constitutivos de delito de descubrimiento y revelación de secretos, cohecho y receptación y blanqueo de capitales, apareciendo como figura nuclear el imputado

De esta pieza recayó Sentencia de la Sección Séptima de la Ilma. APB, de fecha 12/07/2017, en rollo de, en virtud de la cual se procede a la absolución de todos los imputados al entender la resolución que los datos objeto de tráfico mercantil no podían ser subsumibles en el tipo penal de descubrimiento y revelación de secretos al obrar en archivos abiertos accesibles al público.

Pieza separada nº 4: tiene por objeto esta pieza separada la investigación de hechos supuestamente cometidos en el período comprendido entre el mes de enero de 2011 y el mes de mayo de 2012, y presuntamente constitutivos de delitos de descubrimiento y revelación de secretos, cohecho y blanqueo de capitales, en los que aparece como figura nuclear de la trama de tráfico de datos reservados a gran escala el imputado

De esta pieza recayó Sentencia de la Sección Séptima de la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 2/03/2017, en rollo de, cuyo fallo condena a:

..... como autor criminalmente responsable de un delito contra la intimidad, previsto y penado en el art. 197.2.4 y 7 el CP, **que afectó a una pluralidad de personas**, con la concurrencia atenuante muy cualificada de los arts. 21.4 en relación con el art. 21.7 ambos del CP, y **se le impone la pena de 1 año y 8 meses de prisión.**

....., como autor criminalmente responsable de un delito contra la intimidad, previsto y penado en el art. 197.2.4 y art. 198 ambos del CP, **que afectó a una pluralidad de personas**, con la concurrencia de la atenuante muy cualificada de los arts. 21.7 en relación con el art. 21.4, ambos del CP, **imponiéndole una pena de 1 año y 11 meses de prisión.**

....., como autora criminalmente responsable de un delito contra la intimidad, previsto y penado en el art. 197.2.4 del CP, **que afectó a una pluralidad de personas**, con la concurrencia de la atenuante muy cualificada de los arts. 21.7 en relación con el art. 21.4, ambos del CP, **imponiéndole una pena de 1 año y 25 días de prisión.**

Esta Sentencia fue recurrida por el Ministerio Fiscal que denunció la indebida aplicación del art. 74 respecto de los tres acusados condenados, por entender que los hechos describían una conducta que debía ser considerada constitutiva de un delito continuado, dado que se repitió respecto de numerosas personas, entre octubre y diciembre de 2011, en diversas ocasiones. La Sentencia es objeto de casación por este Excmo. Tribunal, que dictó la Sentencia nº, de fecha 27/09/2017, ponente Excmo. Sr. Don

En el apartado 2, del FJ primero de la resolución de este alto tribunal se describe:

«2. En el caso, se declara probado que el acusado propuso al coacusado, funcionario en activo en la TGSS, Delegación Provincial de Barcelona, que le facilitara datos obrantes en las bases informáticas de la TGSS para su cesión a terceros, de modo que este, aceptando la propuesta, accedió en distintas fechas comprendidas entre octubre y diciembre del año 2011 y le cedió después dichos datos sobre la vida laboral o la situación de afiliación a la Seguridad Social, relativos a varias personas distintas, cuya identidad aparece consignada en el relato fáctico. La acusada obtuvo, de la misma forma, información similar. Se trata pues, de un delito del art. 198 respecto del acusado, y de un delito que afecta a una pluralidad de personas respecto de los tres acusados.

El Ministerio Fiscal entendió que se trataba de delitos continuados, lo que reitera ante este Sala, de modo que no es posible una condena por varios delitos independientes. La cuestión, pues, se limita a optar entre el mantenimiento de la condena por un delito como acordó la Audiencia, o la condena por un delito continuado, como pretende el recurrente [...] Además, no se trata de un caso en el que los ataques al bien jurídico protegido afectarán a una sola persona en ocasiones distintas, ni tampoco de un supuesto en el que el acceso hubiera afectado a una colectividad integrada por personas cuya identidad no se hubiera precisado, sino que afecta a un alto número de personas que han sido totalmente identificadas en el relato fáctico de la Sentencia. Ha de concluirse, por lo tanto, que no es posible la aplicación de la continuidad delictiva.»

De cuanto antecede, este Alto Tribunal tras señalar la imposibilidad para apreciar la continuidad delictiva del art. 74 en relación con el art. 197 y 198 CP, desestima el recurso de casación del Ministerio Fiscal, dejando señalado que los ataques al bien jurídico de la intimidad constituirán tantos ilícitos penales como afectados determinados en la resolución de instancia consten afectados.

La Pieza separada nº 6: (INEM Barcelona), es la que es objeto del presente recurso de casación. La fecha para la vista oral del presente recurso estaba señalada para los días 13 al 22 de febrero de 2017, pero por razones

organizativas de la Sala, se suspendió la vista oral prevista para febrero, señalándose como nueva fecha para las sesiones del juicio oral, los días 16 a 25 de octubre de 2017, tal y como es de ver, en la Providencia de la Sección Séptima, de fecha 3/02/2017.

El aplazamiento de la vista oral por causas organizativas de la Sala provoca la publicación y notificación en forma de la Sentencia nº, de fecha 27/09/2017, de este alto Tribunal del que fue su ponente, el Excmo. Sr. Don, la cual es notificada a las partes el tercer día de la vista oral.

En atención a la Sentencia de este Alto Tribunal, la Sección Séptima de la Ilma. Audiencia Provincial cambia su criterio, y en vez de castigar por un único delito de descubrimiento y revelación de Secretos, en la modalidad correspondiente a cada caso, que era lo que había venido practicando hasta la fecha, procede a imponer la pena por cada uno de los datos de carácter personal revelados, lo que comporta un resultado penológico desproporcionado, y un evidente agravio comparativo respecto de los acusados que han tenido la suerte de ser juzgados con anterioridad en las antecedentes piezas separadas.

Como es de ver, **frente a condenas inferiores a los dos años de privación de libertad por haber descubierto y revelado una ingente pluralidad de datos de carácter sanitario y médico, en la actual pieza se castiga a mi principal con más de doce años de prisión por haber cedido 5 números de teléfono.**

Esta parte es plenamente consciente de que el principio de igualdad en la aplicación de la Ley no comporta un derecho a una interpretación judicial constante, sino que su finalidad es evitar interpretaciones arbitrarias que incurran en desigualdades no justificadas que presupongan un cambio de criterio frente a determinadas personas carente de justificación o razonamiento, por ello un cambio de criterio jurisprudencial exige, según manifestación explícita del TC, una interpretación ponderada de las razones que la motivan, así la STC 67/2008, de 23 de junio, establece al respecto:

«Como recuerda la STC 58/2006, de 27 de febrero, FJ 3 "en una línea jurisprudencial iniciado en la STC 8/1981, de 30 de marzo (FJ 6), este Tribunal ha venido señalando que la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley se produce cuando un mismo órgano judicial se aparta de forma inmotivada de la interpretación de la ley seguida en casos esencialmente iguales; de modo que son requisitos de la apreciación de dicha vulneración la existencia de igualdad de hechos (por todas, STC 91/2004, de 19 de mayo, FJ 7; 132/2005, de 23 de mayo (FJ 3), de alteridad personal (SSTC 150/1997, de 29 septiembre (FJ 2); 64/2000, de 13 de marzo (FJ 5); 162/2001, de 5 de julio (FJ 4); 229/2001, de 11 de noviembre (FJ 2); 46/2003, de 3 de marzo (FJ 3); de identidad de órgano judicial, entendiéndose

por tal la misma Sección o Sala aunque tenga una composición diferente (SSTC 161/1989, de 16 de octubre (FJ 2); 102/2000, de 10 de abril (FJ 2); 66/2003, de 7 de abril (FJ 5); De una línea jurisprudencial consolidada que es carga del recurrente acreditar (por todas, SSTC 132/1997, de 15 de julio (FJ 7), 117/2004, de 12 de julio (FFJJ 3 y 4); 76/2005, de 4 de abril (FJ 2); y finalmente, el apartamiento de dicha línea de interpretación de forma inmotivada, pues lo que prohíbe el principio de igualdad en la aplicación de la ley "es el cambio irreflexivo o arbitrario, lo cual equivale a mantener que el cambio es legítimo cuando es razonado, razonable y con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución "ad personam" (STC 117/2004, de 12 de julio (FJ 3); en sentido similar, entre muchas, SSTC 150/2004, de 20 de septiembre (FJ 4); 76/2005, de 4 de abril (FJ 2)».

Pero cuanto antecede no obsta a que **un determinado número de personas juzgadas por hechos análogos en el seno de unas mismas diligencias previas, a causa de la separación de piezas, provocado por el volumen de la causa, vean condenas que difieren en más de diez años de privación de libertad**, antes de la aplicación del art. 76 CP, o en más del triplo, una vez aplicado dicho límite punitivo, **a causa de un cambio de criterio jurisprudencial realizado por la misma Sala sentenciadora**, lo que provoca un fuerte quebranto al principio de seguridad, en cuanto a las expectativas razonables que podían esperar los acusados, y que finalmente comporta **un flagrante agravio comparativo, dejando en entredicho la aplicación del principio de Justicia material**.

Entiende esta defensa que el Tribunal de Instancia podía haber corregido esta desproporcionalidad a la hora de individualizar la penas, mediante la reducción en dos grados de la atenuante muy cualificada imponiendo la pena final en su extensión mínima, de conformidad con las reglas de aplicación de penas previstas en el Código Penal.

En lugar de ello, el Tribunal de Instancia remite a los condenados a suplicar el Derecho de Gracia ante el Ministerio de Justicia, para paliar mediante la tramitación de un indulto parcial, la grave desproporcionalidad entre la pena impuesta y la acción antijurídica desplegada.

Como es de ver, la desproporcionalidad reconocida en Sentencia, lo es, en primer lugar, en relación con el castigo previsto por la norma penal, en segundo lugar, en relación con las personas juzgadas por la misma Sala, dentro de las mismas Diligencias Previas, pero en distintas piezas separadas, y, en tercer lugar, por el agravio comparativo entre los propios acusados en la misma pieza, atendido el desvalor de la acción y de resultado predicables de cada uno de los acusados.

Como es de ver en la resolución de instancia, en el fundamento jurídico primero (página 13/34) se establece:

«Durante el periodo comprendido entre finales de noviembre de 2011 a primeros de mayo de 2012, se accedió ilícitamente como mínimo y en la forma descrita a datos reservados de un total de unas 2.061 personas físicas.

En concreto:

A.- Durante el periodo comprendido entre los días 16 de abril a 7 de mayo de 2012, los acusados por intermediación del acusado y a través de la acusada, quien accedió en diferentes días y horas a la base de datos de la Seguridad Social mediante su código de usuario y contraseña, obtuvieron para su comercialización datos reservados de 529 personas, consistentes en la fecha de nacimiento, domicilio, fecha de alta o baja en la Seguridad Social como autónomo, como empleado por cuenta ajena con indicación del CIF del empleador o incluso su nombre y DNI, o como empleado agrario, como perceptor de prestación por desempleo o de subsidio, viudedad, maternidad o jubilación, como persona en situación de incapacidad laboral, así como si carecían de datos laborales a pesar de estar afiliados, y en algún caso, el nombre y número de DNI correcto. De entre esas 529 personas se hallaban como mínimo las 99 siguientes: [...]

B.- A primeros de mayo de 2012, los acusados solicitaron a través del acusado, datos reservados para su comercialización de 23 personas, los cuales fueron obtenidos ilícitamente por la acusada en fechas 4 y 7 de mayo de 2012 accediendo a la base de datos de la Seguridad Social mediante su código de usuario y contraseña, consistiendo tales datos en la fecha de nacimiento, domicilio, fecha de alta o baja como autónomo, como empleado por cuenta ajena con indicación de desempleo o subsidio, jubilación, como persona en situación de incapacidad laboral, así como si carecían de datos laborales a pesar de estar afiliados, y en algún caso el nombre y número de DNI concreto. Siendo estas personas las siguientes: [...]

C.- Asimismo, durante el periodo comprendido entre el 12 de diciembre de 2011 al 28 de febrero de 2012, la acusada entregó al acusado en cumplimiento del encargo realizado por los acusados, datos reservados obtenidos ilícitamente en igual forma de un total de 1.453 personas.

D.- Entre los días 20 y 21 de diciembre de 2011, los acusados , para su venta a SL”, obtuvieron a través del acusado y sin que conste acreditado el funcionario o funcionarios que accedieron ilícitamente a las bases de datos oficiales, datos reservados consistentes en la situación de alta o baja laboral y en algún caso el CIF del empleador de las siguientes 4 personas [...]

E.- En fechas 16 y 17 de enero de 2012, los acusados obtuvieron para su comercialización a través de la acusada y por intermediación del, los números de teléfono fijos y móviles que no aparecían en redes sociales ni registros públicos de 5 personas [...]

F.- Durante el periodo comprendido entre el 13 de diciembre de 2011 y el 9 de febrero de 2012 y al menos en dos ocasiones, los acusados obtuvieron para su comercialización a través de la acusada y por intermediación del acusado, los números de teléfonos fijos y móviles que no aparecían en redes sociales ni registros públicos de un total de 7 personas [...]

G.- Entre los días 31 de enero y 1 de febrero de 2012, los obtuvieron para su comercialización a través del acusado y por intermediación del acusado, los números de teléfonos fijos y móviles que no aparecían en redes sociales ni registros públicos de 40 personas no determinadas [...]

Teniendo en cuenta los hechos expuestos, las cantidades percibidas por los acusados serían las siguientes:

..... percibieron como mínimo la cantidad de 20.380€ [...] , percibió la cantidad de 14.266€ [...] , percibió como mínimo la cantidad de 5.946€ [...] , percibió como mínimo la cantidad de 15€ [...] , percibió como mínimo la cantidad de 21€ [...] , percibió como mínimo la cantidad de 120€ [...]».

De cuanto antecede, los hechos declarados probados respecto de cada imputado recogidos en la Sentencia de Instancia son:

.....: Del apartado A: Obtienen datos reservados de carácter personal de 529 personas relativos a altas y bajas del INEM, desempleos, subsidios o jubilaciones, nombres, apellidos y DNI o CIF de los usuarios del INEM, números de teléfono, viudedad o maternidad.

Del apartado B, de otras 1.453, de las cuales 23 de ellas constan perfectamente determinadas y de las cuales se obtuvieron datos del tipo de régimen general o autónomo, altas, bajas, jubilaciones.

Del Apartado D, otros datos de filiación en el INEM de 4 personas más. Del apartado E números de teléfono de 5 personas más. Del apartado F números de teléfono de 7 personas más. Del apartado G números de teléfono de 40

personas más, habiendo percibido por ello la cantidad de 20.380€, y habiendo sobornado por ello a cuatro funcionarios públicos.

La pena impuesta en la Sentencia de Instancia quedará tras la aplicación del art. 76 CP en la aplicación de la pena más grave multiplicada por tres, lo que arroja una condena final de privación de libertad de 5 años, 3 meses y 3 días afectando la acción a 2.061 personas físicas, habiendo sido perfectamente determinadas 139 personas entre estas.

A su vez, el desvalor de la acción, o la naturaleza de los datos reservados cedidos a terceros tienen mucha mayor incidencia en el derecho a la intimidad, que el haber facilitado mi principal 5 números de teléfono por 15€, y pese a ello, la condena es mucho menor que la impuesta a mi poderdante, idéntico proceder respecto del coimputado

En relación con sus compañeras funcionarias, por virtud de la aplicación del art. 76, a efectos penológicos resulta indistinto que los datos facilitados sean números de teléfono de 5 personas, 7, 23 ó 40, pues el cumplimiento de la pena es idéntico en todos ellos, cuando el desvalor de resultado es manifiestamente desproporcional, en este sentido subrayar, que ha resultado absuelto de los 40 delitos de descubrimiento y revelación de secretos al no haberse podido determinar por la acusación particular, única que le imputaba este delito por olvido del Ministerio Fiscal, las concretas personas afectadas.

Cuanto antecede dibuja un marco penológico absolutamente desbordado, el desvalor de resultado y el ánimo de lucro son totalmente desproporcionados en relación con las penas finalmente impuestas a cada uno de los acusados.

De este modo, tiene mucha mayor pena por facilitar 5 números de teléfono a cambio de 15€, que los inductores de los hechos que han cobrado más de 20.000€ y han descubierto y revelado más de dos mil datos cuya naturaleza es mucho más sensible a la intimidad que facilitar un número de teléfono.

..... tiene en la práctica, idéntica pena que otra funcionaria que ha descubierto y revelado datos de naturaleza muchas más sensible a la intimidad personal sobre 23 personas y que percibido más de 5.900€, o de otro funcionario que tras descubrir y revelar datos de naturaleza personal de 40 personas es finalmente absuelto de este delito, al no poderse individualizar las personas afectadas.

En resumen, las penas previstas por el tipo penal no se corresponden con la antijuricidad del hecho ni con la culpabilidad imputable a los acusados, tal y como reconoce en el fundamento jurídico décimo la resolución de instancia, pero es que tampoco las penas impuestas, son proporcionales entre los acusados en las piezas separadas anteriores que han sido juzgadas por la misma Sala por idénticos hechos, y pese a ello las penas son en más del triplo respecto a mi principal, por último la desproporcionalidad entre el desvalor

del resultado, la intensidad en la antijuricidad y el lucro finalmente obtenido, entre los coacusados en la misma pieza separada que equipara las penas ante conductas absolutamente dispares.

Entiende esta defensa, que el Tribunal de instancia debió ponderar todas estas circunstancias personales en la determinación concreta de las penas a imponer a cada uno de estos, en primer lugar, por disponer de las herramientas jurídico técnicas adecuadas para ello, y en segundo lugar por imperativo de justicia material, evitando distorsiones tan desproporcionadas como las que finalmente ocasiona la sentencia recurrida.

No es justo imponer idéntico castigo a conductas abismales tanto en el desvalor del resultado como en la antijuricidad de la acción, como en el ánimo de lucro.

El agravio comparativo que despliega la Sentencia es muy difícil de entender para el justiciable.

Por las razones expuestas entiende esta defensa que solicitándose inclusive por el Ministerio Fiscal la aplicación de la circunstancia analógica modificativa de la responsabilidad criminal, prevista en el art. 21.7 CP en relación con el art. 21.4 CP, como muy cualificada, procedía la reducción en dos grados de las penas impuestas por aplicación del art. 66.2 CP.

El Tribunal de Instancia tras ponderar los principios generales del derecho antecitados, así como a la vista de la antijuricidad del hecho, la poca intensidad de la culpabilidad, y el escaso desvalor de resultado (facilitar 5 números de teléfono), debió de reducir la pena en dos grados para evitar los efectos tan distorsionantes e injustos que dimanaban de la resolución de instancia, y que el propio tribunal reconoce en su fundamento jurídico décimo.

De cuanto antecede, la aplicación de la pena de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197.2.4.7 CP en relación con el art. 198 CP, viene referida a la pena descrita en el ordinal 4º en su mitad superior, esto es, una pena privativa de libertad de 2 años a 5 años e inhabilitación absoluta de 6 años a 12 años, en su mitad superior. De donde la pena marco a imponer sin atenuantes sería de 3 años y cinco meses a cinco años de privación de libertad más inhabilitación absoluta por tiempo de 9 años a 12 años. Sobre esta pena marco procedía la reducción en dos grados por aplicación de los arts. 66.1.2ª y 8ª y art. 72 ambos del CP.

TERCER MOTIVO DE CASACIÓN

Al amparo de lo dispuesto en el art. 852 LECrim., en relación con el art. 5.4 LOPJ, por infracción de precepto constitucional por haberse conculcado en la resolución impugnada, el Derecho Fundamental a la Presunción de Inocencia, consagrado en el art. 24.2º CE, respecto del delito de Revelación de Secretos del art. 197.4 y 7 del CP y art. 198 CP.

BREVE EXTRACTO DE SU CONTENIDO

El presente motivo casacional se formula por entender vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la Constitución por parte de la Sentencia impugnada.

Esta defensa entiende que de la prueba practicada en plenario no es posible encontrar los elementos fácticos necesarios que permitan subsumir los hechos en el tipo penal por el que se condena.

No cabe, en base a la prueba practicada, realizar una valoración lógica y razonable de la prueba que permita desvirtuar la presunción de inocencia, de tal modo que se alcance una certeza objetiva sobre la que asentar la culpabilidad de mi principal, excluyendo otras valoraciones igualmente lógicas y razonables que comportarían la necesaria absolución de mi patrocinado.

A mi principal se le imputan cinco delitos de revelación de secretos del art. 198 CP en relación con el art. 197.5 ambos del CP de 2010, por haber facilitado cinco números de teléfono al coencausado DON, funcionario jubilado y superior de mi principal justo antes de la fecha de los hechos, al cual le unía una antigua relación de amistad.

Dichos números de teléfono los habría obtenido accediendo al sistema informático SICAS que dispone el SOC de Badalona, mediante la introducción del DNI de la persona afectada.

Ha quedado plenamente probado, que mi principal facilitó el número de teléfono, y que la identificación del DNI sobre el que debía asociar el número de teléfono era suministrado por el coencausado DON

El núcleo del presente motivo pivota en la apreciación del Tribunal de Instancia sobre el carácter reservado del dato, elemento necesario e imprescindible para que su cesión tenga relevancia penal, sobre este extremo ya se pronunció la Sección de la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona, en su Sentencia de fecha 12/07/2017, recaída en la pieza separada número 3, disponiendo entonces, a este efecto (folio 31/48):

«La STS de 2/03/2016, establece como requisito del dato: "Respecto del delito de revelación de secretos señala que el único sentido que puede darse a la exigencia legal de que los datos familiares o personales sean reservados es la de entender que afecten a la intimidad personal, es decir, como secretos o no públicos, y en el caso, no solo han podido ser conocidos por DNI sino porque así constan en registros que son públicos y accesibles a cualquiera.

*Tal elemento objetivo del tipo comprende la obtención de **datos reservados** entre los que cabe considerar **aquellos relativos al nombre y domicilio, así como otros que hagan referencia a la identidad de una determinada persona.**»*

El principio de «última ratio del derecho penal», unido al «principio de taxatividad de la norma penal» que prohíbe la interpretación extensiva de los tipos penales lo que comporta que no todos los descubrimientos de datos tienen relevancia a efectos penales, sólo quedarán circunscritos a este ámbito aquellos que tengan la condición de secretos, esto es, que no sean accesibles a cualquier persona. Entiende esta defensa, que esta condición de secreto requerida por el tipo penal no es predicable sobre el número de teléfono, máxime teniendo en cuenta que un número de teléfono puede obtenerse a través de diversas páginas de internet que permiten su averiguación por el público en general.

Esta parte acompañó cinco documentos, de entre otros muchos que constan en Internet, donde se ofrece públicamente el teléfono de personas previamente identificadas, la razón de que los coencausados no acudiesen a estos medios es por la simple razón de que el precio que ha de pagarse para la obtención del número de teléfono es bastante más elevada que el coste solicitado por el encausado (vid., documento 1.b aportado al inicio de la vista oral, donde varias páginas de internet facilitan el número de teléfono a partir del nombre y apellidos de su titular, previo pago de 12€ por cada número de teléfono que se desea averiguar).

No estamos ante un dato personal «secreto» “per se”, sino ante la divulgación de un número de teléfono que pudo haber sido obtenido acudiendo a otras fuentes, de donde los hechos podrán ser castigados administrativa o civilmente, pero no son susceptibles de su incardinación en el art. 197.1 y 2 del CP.

No concurre al entender de esta parte, la conexión necesaria de antijuricidad entre ceder un número de teléfono y la injerencia en el ámbito de un dato reservado, y ello por la razón de que ni el dato es reservado o solamente obtenible a través de las bases informáticas del servicio público de ocupación, ni por cuanto la cesión del número exclusivamente podría considerarse identificación individual de la persona o de su intimidad, en tanto en cuanto, ésta ya ha sido plenamente identificada con sus nombres, apellidos y DNI.

DESARROLLO DEL MOTIVO

El principio a la presunción de inocencia, explícitamente reconocido en el art. 24.2 de la Constitución, es un derecho esencial que ampara al acusado a lo largo de todo el proceso penal, hasta el punto de configurarse como un Principio General del Derecho.

El ATS 531/2017, de 16 de febrero de 2017, recurso de casación 1589/2016, ponente Excmo. Sr. Andrés Palomo del Arco (la Ley 28074/2017) lo define a la perfección:

«El derecho a la presunción de inocencia reconocido en el art. 24 de la Constitución, implica que toda persona acusada de un delito debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley [...]

Lo cual supone que se haya desarrollado una actividad probatoria de cargo con arreglo a las previsiones constitucionales y legales, y por lo tanto válida, cuyo contenido incriminatorio, racionalmente valorado de acuerdo con las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, sea suficiente para desvirtuar aquella presunción inicial, en cuanto que permita al Tribunal alcanzar una certeza objetiva, en tanto que asumible por la generalidad, sobre la realidad de los hechos ocurridos y la participación del acusado, de manera que con base en la misma pueda declararlos probados, excluyendo sobre los mismos la existencia de dudas que puedan calificarse como razonables».

El derecho a la presunción de inocencia adquiere su máxima trascendencia al dictarse la Sentencia Judicial, toda vez que, el Tribunal partiendo de este derecho fundamental que ampara al acusado, entiende acreditado, en base a la libre valoración de la prueba, que las acusaciones personadas han aportado prueba incriminatoria de cargo suficiente y eficaz para desvirtuar dicha presunción.

El Tribunal Constitucional ha declarado que la presunción de inocencia va ligada a la prueba como medio y opera cuando se constata una deficiencia respecto a la clase y calidad de las pruebas en que el Tribunal de Instancia fundamenta su enervación.

La prueba capaz de desvirtuar la presunción de inocencia debe acreditar la existencia real del ilícito penal y la culpabilidad del acusado, debiendo el Tribunal motivar ambos elementos de enjuiciamiento en relación con la prueba de cargo practicada en el acto de la vista oral, en caso contrario, el Tribunal de Instancia deberá absolver al acusado.

En el caso de autos, el acceso a los teléfonos no lo es para obtener un dato que consta solo reservado en un fichero público, y que por tanto permanece ajeno a la información pública en general, sino que se acude a la base de datos pública porque esta proporciona un medio más rápido y económico para

obtener el dato que acudiendo a su obtención a través de páginas de internet donde el coste y el tiempo son más elevados.

Como esta defensa sostuvo en el plenario en base a los cinco documentos aportados como cuestión previa, la obtención del número de teléfono disponiendo del nombre, apellidos y DNI de la persona, puede realizarse a través de la propia guía telefónica denominada «páginas blancas».

Existen varios buscadores en internet, que facilitan los números de teléfono al público en general, además de los documentos aportados en la Audiencia Previa, esta defensa citó en su Instructa, una serie de links en internet que también se dedican a tal fin, entre otros: telefonosespaña.com/paginasblancas; europatelefono.com/paginasblancas; buscanumerodetelefono.net y paginasblancas.net; entre otros muchos.

Es un hecho público y notorio en este sentido, que los números de teléfono forman parte de o de grandes bases de datos que son cedidas usualmente en el tráfico mercantil, para fines comerciales, como acontece con las frecuentes llamadas telefónicas que se reciben en el móvil, de otras compañías telefónicas o aseguradoras que ofertan mejores precios o ventajas si el usuario cambia de compañía.

En similar sentido, campañas comerciales que acceden a estas----
- para ofrecer diversos productos o colaborar con entidades, compañías de seguros, etc.

La comercialización de grandes bases de datos telefónicas es habitual en el uso comercial y la misma no incurre en vulneración alguna al derecho a la intimidad individual, salvo que el titular del número haya prohibido expresamente su cesión a terceros, extremo que no es predicable de ninguno de los afectados en el presente caso.

A mayor abundamiento, los cinco números de teléfono facilitados por mi principal, no sólo no se había prohibido su cesión a terceros, sino las cinco personas afectadas facilitaron sus números de teléfono para que los mismos fuesen cedidos a todos los empresarios que mostrasen interés en su contratación laboral.

Al respecto, la Sentencia de Instancia declara en su fundamento jurídico tercero (pág. 26/34):

«La defensa de Alega que facilitar números de teléfono es atípico. Porque no se trata de un dato reservado personal. La ya citada Sentencia nº 961/2016, recoge entre otros muchos datos de carácter personal los números de teléfono. Además,, declaró que solo solicitaba los teléfonos, que ella no podía conseguir por otros medios»

La prueba de cargo que sirve para enervar la presunción de inocencia se asienta pues en las manifestaciones de una de las coimputadas, pero las manifestaciones realizadas por no desvirtúan las pruebas

aportadas por esta defensa al inicio de las sesiones de la vista oral, pues la habilidad de la deponente para encontrar un número de teléfono no presupone la ineficacia de las páginas de internet señaladas por esta defensa para obtener un número de teléfono disponiendo del nombre completo, DNI y domicilio de la persona objeto de búsqueda, ni tampoco que los números de teléfono de autos no estén incluidos en estas grandes bases de datos de teléfonos accesibles para el público en general.

A mayor abundamiento, tenía un acuerdo con a través del cual, podía obtener con inmediatez, a través del citado coacusado cualquier número de teléfono previo pago entre 8€-10€, siendo de observar que la mayoría de bases de datos de internet, cobran por facilitar dicho número de teléfono entre 12€ y 20€, de donde, cualquier búsqueda por internet que supusiere un coste económico de más del doble al que tenía pre acordado con, es obvio, que no era ni tan siquiera objeto de averiguación, por un simple asunto de costes.

La presunción de inocencia va estrechamente ligada a la prueba como medio, de modo tal que si el Tribunal fundamenta la Sentencia condenatoria en una prueba cuya valoración racional no permita subsumir el hecho probado dentro del tipo penal por el que se condena, se conculcará el derecho fundamental contenido en el art. 24.2º CE. Así lo expone el ATS 1247/2016, de 30/06/2016, en recurso de casación 2176/2015, siendo ponente el Excmo. Sr. Don (la Ley 119469/2016):

«El derecho a la presunción de inocencia, proclamado en el art. 24.2º de la Constitución gira sobre las siguientes ideas esenciales: 1º) El principio de libre valoración de prueba en el proceso penal, que corresponde efectuar a los Jueces y Tribunales por imperativo del art. 117.3º de la Constitución; 2º) que la Sentencia condenatoria se fundamente en auténticos actos de prueba, suficientes para desvirtuar tal derecho presuntivo, que han de ser relacionados y valorados por el Tribunal de Instancia, en términos de racionalidad, indicando sus componentes incriminatorios por cada uno de los acusados; 3º) que tales pruebas se han de practicar en el acto del juicio oral[...]; 4º) dichas pruebas incriminatorias han de estar a cargo de las acusaciones personadas (públicas o privadas);

5º) que solamente la ausencia o vacío probatorio puede originar la infracción de tal derecho fundamental, pues la función de este Tribunal Supremo, al dar respuesta casacional a un motivo como el invocado, no puede consistir en llevar a cabo una nueva valoración probatoria, imposible dada la estructura y fines de este extraordinario recurso de casación, y lo dispuesto en el art. 741 de la LECrim, debiendo este Tribunal verificar y comprobar la correcta función jurisdiccional.»

El art. 197.2 CP vigente en la realización de los hechos establecía:

*«197.2- Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, **datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o***

soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero».

La condena a mi principal es por los hechos descritos en el ordinal segundo del art. 197 CP, que requieren una doble condición del dato para su punición penal. En primer lugar, **que sea un dato reservado**, entendiéndose por tal el que no es accesible a cualquiera, y en segundo lugar que **el dato revele información sobre la familia o la personalidad del afectado**.

No todos los datos que obran en registros o ficheros públicos ostentan ambas características, siendo prueba de cargo de las acusaciones el advenir la concurrencia de ambos requisitos sobre el dato objeto de apoderamiento por el sujeto activo del delito, para que pueda el Tribunal subsumir la conducta dentro del tipo del art. 197.2 CP.

Cuando la Sentencia de Instancia razona en el hecho probado primero (vid. Pág. 17/34):

*«E. En fechas 16 y 17 de enero de 2012, los acusadosobtuvieron para su comercialización a través de la acusada .. y por intermediación del acusado, los números de teléfono fijos y móviles **que no aparecían en redes sociales ni registros públicos de 5 personas** [...]»*

El presupuesto del que parte la resolución condenatoria no está acreditado, ciertamente las víctimas a las que pertenecían los números de teléfono facilitados por mi poderdante manifestaron que no estaban dadas de alta en redes sociales como o, pero no es menos cierto, que todos los números de teléfono que facilitó mi principal eran, salvo en un caso, números de teléfono fijos, y que el acceso a redes sociales se hace a través de números de teléfono móvil, al estar pensadas para este tipo de celulares y no para los teléfonos fijos, pero en lo que aquí interesa, ninguno de las víctimas al ser interrogadas manifestó haber prohibido a su compañía telefónica la inclusión de su respectivo número de teléfono en las grandes bases de datos que aquélla dispone, tales como los listines telefónicos en sus dos modalidades: soporte papel o soporte digital.

La prueba capaz de desvirtuar la presunción de inocencia debe acreditar el elemento nuclear del tipo penal, así como la culpabilidad del acusado. La culpabilidad del acusado es plenamente reconocida por mi poderdante, por lo que su confesión da por colmado este requisito, pero no sucede otro tanto respecto del elemento nuclear del tipo penal, que no se culmina con el apoderamiento de un dato, siendo necesario que dicho dato reúna las dos características exigidas por el tipo, a saber, que es un dato reservado, y que es de carácter personal o familiar, esto es, que incide o puede desvelar conocimientos que afecten a la personalidad de la víctima o de su familia.

El Tribunal debe tener por acreditada la existencia de ambos elementos típicos en relación con la prueba de cargo practicada en el acto de la vista oral, de no ser así, el Tribunal de Instancia deberá absolver al acusado (STC nº 26/2006, de 30 de enero):

«En numerosas ocasiones hemos declarado que "solo cabe constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carentes de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado (STC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 2 y, citándola, entre otras muchas, SSTC 120/1999, de 28 de junio, FJ 2; 249/2000, de 30 de octubre, FJ 3; 155/2002, de 22 de julio, FJ 7; 209/2002, de 11 de noviembre, FJ 3)»

El derecho a la presunción de inocencia comporta la exigencia de que toda la prueba de cargo debe ser aportada por las acusaciones quedando prohibida la «probatio diabólica» que exige a la defensa la demostración de hechos negativos, Rotundamente se ha manifestado en este sentido el Tribunal Constitucional en Sentencia número 34/96, de 11 de marzo:

«[...] La presunción de inocencia comporta en el orden penal, al menos, las cuatro siguientes exigencias: 1. La carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde exclusivamente a la acusación, sin que sea exigible a la defensa una probatio diabólica de los hechos negativos [...]»

En lo que afecta al motivo invocado, esta defensa entiende que de la prueba practicada en plenario no es posible advenir, más allá de toda duda razonable, que, disponiendo del nombre, apellidos y DNI de las personas afectadas, cualquier persona pudiese hallar el número de teléfono de las víctimas mediante su búsqueda a través de las páginas de internet facilitadas por esta defensa mediante documental aportada como cuestión previa (documentos uno al cinco), o mediante su búsqueda a través de los links señalados en la Instructa de esta defensa.

Las meras manifestaciones de la acusada no son suficientes para sostener el carácter secreto del número fijo facilitado por mi principal.

La subsunción de los hechos en el tipo penal del art. 197.2 CP, requiere tener por acreditado con una certeza objetiva, que los cinco números de teléfono facilitados por mi poderdante no podían ser extraídos de las aplicaciones que al efecto están disponibles al público en general a través de internet, pues la duda razonable sobre este extremo comportaría la necesaria absolución de

mi patrocinado, al faltar uno de los requisitos esenciales exigidos por el tipo penal.

Ciertamente, hay que señalar que mi principal confesó los hechos tal y como reconoce la Sentencia de Instancia en el fundamento de derecho Segundo, página 22/34:

«[...] Los cuatro acusados restantes reconocieron que facilitaron a los datos pedidos por él, que cobraron por dato entregado entre 2 ó 3 euros. Reconocieron que utilizaron la base de datos a las que podían acceder con sus claves, pues ello formaba parte de su trabajo. Reconocieron que lo que hacían no era legal y estaban arrepentidos.»

Dicho reconocimiento respecto de los hechos no comporta una conformidad con la calificación jurídica realizada por las acusaciones personadas, pues como se viene desarrollando para que los hechos sean subsumibles en el tipo penal del art. 197.2 CP, los datos además de personales deben ser reservados o no accesibles por cualquiera, pues de lo contrario, no habrá revelación o descubrimiento alguno, no pudiendo estos hechos ser susceptibles de incardinación en tipo del art. 197.2 CP de descubrimiento y revelación de secretos.

Por esta razón las defensas, como argumento principal solicitaron la absolución pese a la explícita confesión de los hechos por parte de los acusados, al entender que los hechos reconocidos, en sus elementos fácticos no eran subsumibles en el tipo penal de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197.2 CP, por ello, el fundamento de derecho tercero la Sentencia de Instancia transcribe (página 25/30):

«TERCERO. Las defensas, que solicitaron en primer lugar la absolución, aceptando alternativamente la calificación del Ministerio Fiscal. En relación con el delito de Revelación de Secretos alegan lo siguiente: [...] La defensaalega que facilitar los números de teléfono es atípico. Porque no se trata de un dato reservado personal. La ya citada Sentencia 961/2016, recoge entre otros muchos datos de carácter personal los números de teléfono. Además, declaró que solo solicitaba los teléfonos que ella no podía conseguir por otros medios.»

Sobre este particular, la Sentencia de fecha 12/07/2017 de la Sección Séptima de la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona, en rollo de apelación nº, dimanante de las mismas Diligencias Previas que las que aquí se siguen, contiene en sus apartados 4º y 5º de los hechos probados, como un funcionario público, en el caso, un agente de la policía local, utilizando sus claves de acceso entra en la base de datos informatizada de la policía para facilitar el número de matrícula de un vehículo, su propietario y la tara de los vehículos que le son consultados.

A cambio de ello cobra un precio que le satisface un detective privado, que a su vez cede estos datos a terceros (vid., páginas 11/48 a 13/48):

«4-c) El acusado comunicó la información obtenida a la acusada, Sra., el día 11/09/2011, insistiendo ésta en que el vehículo respecto del que se requería aquella característica técnica era un Ello motivó que el acusado se pusiera en contacto con quién en fecha 12/09/2011, a las 10:18:21 horas le informó de que el vehículo marca estaba a nombre de un ayuntamiento, y que iba a hacer "la consulta de este". A las 13:46:18 horas de ese mismo día,, llamó a y le facilitó las características técnicas sobre el vehículo propiedad de, con matrícula, consistentes en tara, peso máximo, tarjeta de transporte, vigencia de la misma, domiciliación del mismo, otros vehículos a su nombre y el domicilio de sito en la localidad de L'Hospitalet de Llobregat.

d) A las 13:32 horas del día 12/09/2011, se accedió a la base de datos policial propia de la Guardia Civil, mediante el código de usuario y clave personal, pertenecientes al acusado, y desde la IP terminal 10.51.150.129, siendo el dato consultado una matrícula [...]

5-b) La Dirección General de Tráfico tiene un registro público en el que se pueden consultar gratuitamente por todos los ciudadanos, las matrículas de cualquier vehículo, sus distintos titulares, las incidencias relacionadas con el mismo, y sus características técnicas.

Los particulares con un interés legítimo y los profesionales (periodistas, abogados, detectives, gestores, centros médicos, asesorías, etc.), además de poder acceder al registro gratuito, pueden obtener un certificado de datos, previo pago de una tasa (la número 4.1-Mod. 9.01D), con ese impreso, pueden acceder a partir de un DNI o matrícula, a los vehículos vinculados a ese documento. El impreso permite consultar (de manera opcional) hasta treinta documentos de identidad o matrículas.»

En la meritada resolución hace expresa mención a la atipicidad de los hechos toda vez que los datos cedidos obran en archivos de acceso público con lo cual no puede predicarse de ellos el carácter de secretos exigido por el tipo penal, así en la página 29/48, se sostiene al respecto que:

«Las comunicaciones y los accesos han sido probados por las acusaciones. **El dato, es reservado, pero de acceso público** a partir de la matrícula y para cualquiera que alegue interés legítimo, también a partir del DNI»

Prosigue la citada Sentencia recaída en la pieza separada tercera de la presente causa, en su fundamento jurídico cuarto, que:

«El pronunciamiento absolutorio ya anunciado, tiene su fruto en el análisis previo de cuatro cuestiones jurídicas que, a su vez parten de la valoración de la prueba y que, escalonadas, nos arrastrarían a la atipicidad de los hechos declarados probados. De hecho, el Ministerio Fiscal en su informe, reconoció que, ante la duda con respecto al acceso a la titularidad de los vehículos, para el caso de ser público los hechos 3 y 4 -del escrito de conclusiones- serían

atípicos. En definitiva, deben resolverse en cascada las cuatro cuestiones que conducirían a la atipicidad, y son: A partir de la valoración de la prueba anterior, estamos en condiciones de resolver en primer lugar: a) La naturaleza del dato, analizaremos que, la obtención de la titularidad de los vehículos a partir de la placa de matrícula, o el conocimiento de la tara de los mismos, es un dato reservado -no sensible- al que se puede acceder a través de un registro de la DGT [...]»

De cuanto antecede, sólo aquellos datos de carácter personal o familiar que permanezcan reservados, esto es, que no sean accesibles para cualquier persona con interés legítimo en su obtención, podrán constituir el núcleo de protección del art. 197.2 CP, sin que estas características sean predicables de los números de teléfono facilitados por mi principal.

En el caso de autos, la Sentencia de Instancia declara como hecho probado en su página 11/34 que:

«Los acusados, a través de las mercantiles de las que era administrador único el acusado, venían dedicándose desde hacía varios años a la comercialización a gran escala de datos de carácter personal reservado, siendo sus clientes empresas relacionadas con la elaboración de informes comerciales y patrimoniales, tales como entre otras, que a su vez tenían como clientes últimos a entidades bancarias o financieras que utilizarían esos datos para comprobación de solvencia y en supuestos de morosidad».

De cuanto antecede..... disponían como mínimo del nombre, apellidos y DNI de las personas afectadas, toda vez que éstas venían debidamente identificadas por sus clientes finales, que eran Bancos y entidades financieras, interesadas en actualizar los datos de sus clientes morosos.

Al contactar con, funcionario jubilado del SOC de Badalona, este a causa de su experiencia en el manejo del sistema SICAS del que dispone el Servicio de Ocupación de Badalona, y por razones de operatividad, facilita a mi poderdante el número de DNI o el NIE, al ser conocedor de que a través del sistema de búsqueda inversa, la localización de los datos de la persona es igualmente rápida y más eficiente, al evitar confusiones por errores en el nombre o apellidos de las personas consultadas.

Esto se evidencia claramente en el supuesto de, que mi principal recoge como, y pese a ello da por bueno, pues la identificación completa del afectado ya obra en poder de, el objeto de búsqueda por mi principal no es la identificación final del sujeto pasivo, sino la obtención del número de teléfono asociado al DNI, y este dato se obtiene casi instantáneamente mediante la introducción del DNI o NIE al sistema SICAS, evitando así facilitar datos erróneos por confusión en los nombres.

Si puede intentar el acceso de forma individual a través de las redes sociales o de internet, es por la única razón de que está en posesión de la filiación completa de los sujetos investigados.

Disponiendo sólo del nombre y del primer apellido la búsqueda del teléfono por internet es del todo imposible atendido lo común de los apellidos facilitados a mi poderdante:

En idéntico sentido, el propio escrito de calificación provisional del Ministerio Fiscal (folios 10.413 y 10.414 de la causa) relaciona a las cinco víctimas partiendo tan sólo de los datos facilitados por

*«E. En fechas 16 y 17 de enero de 2012, los acusados
..... obtuvieron para su comercialización a través de la acusada
..... y por intermediación del acusado, los
números de teléfono de 5 personas. Este dato fue obtenido mediante el
sistema ilegal de "búsqueda inversa" a través del número de DNI y mediante
acceso ilegal a las bases de datos a las que se tenía acceso en su puesto de
trabajo utilizando para ello las claves de dos compañeras.*

Siendo estas personas las siguientes:

Cuanto antecede hizo plantear a esta defensa una doble cuestión, en primer lugar, si cabía entender que las personas afectadas, en base a los datos que obraban de estas en el atestado policial, podían ser consideradas como personas identificables, toda vez que de estas personas sólo se conocía uno de sus apellidos y su DNI o NIE, sin más datos sobre las mismas, resultando además que el apellido facilitado era tan común en España como Gómez, González o Torres.

El propio Ministerio Fiscal sólo puede identificar a las víctimas tras solicitar al Juez que oficie a la policía judicial a estos extremos. La determinación o identificación de la persona concreta no es viable disponiendo de los datos que constan en el atestado policial, es necesario que el Ministerio Fiscal en su escrito de proposición de prueba solicite al Juez que acuerde oficiar a la policía judicial para poder identificar a las víctimas. De cuanto antecede, el riesgo de desvalor del bien jurídico, que es la intimidad de las personas concretas, individualizadas (art. 18 CE) requeriría de nuevas acciones antijurídicas para poder ser lesionado. De cuanto antecede, se colige que el grado de ejecución desplegado no se habría agotado.

En esta línea de argumentación, la propia resolución de instancia argumenta que la indeterminación de la persona concretamente afectada comporta la absolución del delito, así acontece respecto del funcionario al que se le imputa el haber facilitado los números de teléfono de 40 personas, pero al no estar estas determinadas en la causa, el Tribunal procede a dictar Sentencia absolutoria respecto del mismo. Vea la superioridad que la causa de indeterminación de las víctimas que lleva a la absolución del coacusado no es otra que el olvido por el Ministerio Fiscal de solicitar al Juez para que oficie a la policía judicial, para que a través del DNI de las 40 personas afectadas obtenga la filiación completa de aquéllas.

En idéntico sentido acontece respecto de los restantes acusados, salvo en el caso de mi principal y la también funcionaria

La absolución se sustenta en que ante la falta de concreción y determinación de las personas afectadas no puede vulnerarse su derecho a la intimidad, al estar este íntimamente asociado a la individualidad, por lo que mal puede sostenerse la injerencia en la intimidad de alguien desconocido, pues su anonimato salvaguarda precisamente su derecho a la intimidad.

En base a este planteamiento, los acusados, pese ser acusados por el Ministerio Fiscal de haber descubierto y revelado 2.061 datos reservados de terceros, como tan sólo se concretan y determinan como personas afectadas las 138 que constan en la causa, la condena se circunscribe a imponer las penas establecidas en el art. 197.2.4 y 7 respecto de cada una de las 138 personas determinadas y concretas, absolviendo a los dos acusados sobre las demás.

Otro tanto sucede respecto del acusado al que se le imputa el descubrimiento y revelación de datos concernientes a 2.038 personas, pero finalmente es condenado por los datos cedidos que afectan a las 138 personas perfectamente identificadas en la causa.

El mismo proceder respecto de la funcionaria, quien, sobre los 1.982 datos descubiertos y revelados, es condenada por los que afectan a las 122 personas físicas identificadas en la causa, absolviéndola respecto de las restantes.

Todos los casos descritos parten de los mismos presupuestos de investigación cuyo origen está en las grabaciones telefónicas donde se constata que DON facilita un DNI o un NIE y a través del sistema de búsqueda inversa los funcionarios del SOC extraen la información requerida.

No obstante, como es de ver, la condena o absolución no depende de la actividad desplegada por los funcionarios afectados, la cual es completamente dispar tanto en cantidad como en calidad de los datos extraídos. Lo cierto es que la sentencia condena con mayores penas a las dos funcionarias cuya actividad es menor (5 números de teléfono) y el dato facilitado es menos relevante (número de teléfono frente a datos concretos sobre prestaciones, altas, bajas, invalideces, etc).

Lo relevante para la absolución o condena es el trabajo ulterior desplegado por el Ministerio Fiscal, no la acción antijurídica desplegada por el funcionario.

Así, verá la superioridad que el argumento esgrimido en la resolución judicial para condenar o absolver será que la mera cesión de un número de teléfono no constituiría delito alguno de revelación de secretos, si dichos números de teléfono no van directamente asociados a una persona concreta y determinada, pues el mero dato por sí sólo, sin relación a una persona, no puede inferir en el derecho a la intimidad.

Pero como es de ver, la identificación e individualización de las personas afectadas, al menos en relación con los cinco teléfonos facilitados por mi poderdante, solo es posible "ex post", pivotando la absolución o la condena en la habilidad o en el olvido del Ministerio Fiscal a la hora de solicitar al juez los oficios a la policía judicial en su escrito de proposición de prueba, así acontece claramente respecto de

De la prueba practicada en la vista oral, se desprende que las personas afectadas no podían ser suficientemente determinadas en el momento de comisión de los hechos por un tercero interesado, para que su intimidad corriese ningún peligro, toda vez que las mismas, no podían ser individualizadas, para que su derecho a la intimidad se viese comprometido, o cuanto menos, el riesgo de desvalor del bien jurídico protegido sería idéntico al desplegado por los funcionarios antes citados que finalmente han resultado absueltos por dicha causa.

La acción desplegada por es insuficiente para causar el desvalor de resultado sobre el bien jurídico protegido, y, por ende, no es susceptible de subsunción dentro del tipo del art. 197.2.4 y 7 por el que se la condena.

Las grabaciones telefónicas realizadas en las conversaciones mantenidas entre y mi principal, se facilitan números de teléfono (folios 8.816, 8.820 y 8.886 de la causa), más concretamente tres números de teléfono fijo y un número de teléfono móvil:

Así respecto de los datos facilitados por: E..... mi principal obtiene un número de teléfono fijo:

Respecto de los datos facilitados por: Sr/Sra. (obrante al folio 8.821 de la causa), mi principal obtiene el mismo número de teléfono fijo anterior.

Respecto de los datos facilitados por: Sr/Sra., el nombre facilitado es erróneo (como se evidencia en el escrito de conclusiones definitivas del Ministerio Fiscal), siendo el nombre correcto Sra. (obrante al folio 8.821 de las actuaciones), mi principal obtiene un número de teléfono móvil:

En cuanto a los datos facilitados porF (obrante al folio 8.821 de la causa) mi principal obtiene un número de teléfono fijo:

Por último, respecto del Sr./Sra. (obrante a los folios 8.821 de la causa), este teléfono no puede ser facilitado por mi principal, al observar un error en el mismo (folio 8.886 de la causa).

A mayor abundamiento, el propio Ministerio Fiscal, en su escrito de acusación provisional hace referencia a las cinco víctimas de descubrimiento y revelación de secretos, refiriéndose a las mismas como..... es erróneo.

Para poder determinar e individualizar a las personas afectadas es necesaria la realización de una prueba anticipada, por ello es interesado por el Ministerio Público a través del Otrosí cuarto de su escrito de acusación provisional, al Tribunal de Instancia (vid., folios 10.423 y 10.430 de la causa), que libre oficio a la Policía de Investigación Judicial para obtener la concreta individualización de las personas afectadas, extremo imposible sin dicho oficio.

«OTROSI DICE IV: Que, por parte del Juzgado de Instrucción o en su defecto **como PRUEBA ANTICIPADA** de conformidad con el art. 781.1 párrafo segundo de la LECrim., **se oficie a la Unidad de Policía Investigadora a fin de que faciliten la identificación completa** y/o domicilio actual **de las siguientes personas:** [...]

.....
.....
.....
.....
.....
.....

Cuanto antecede corrobora que, acudiendo a los sistemas de búsqueda por internet, o a las páginas blancas, o redes sociales, es imposible obtener los números de teléfono disponiendo tan sólo de apellidos tan comunes en España como, por más que al apellido se asocie un número de DNI.

Sólo a través del mandato judicial a la policía de investigación, solicitado por medio de su Otrosí IV del escrito de acusación provisional, el Ministerio Fiscal puede identificar las personas concretas cuyos números de teléfono han sido revelados por mi principal, de cuanto antecede, la individualización de los afectados no es posible por cualquier persona interesada, sino que para su determinación es imprescindible el acceso a bases de datos públicas reservadas.

De este modo, sólo después de la prueba anticipada ante la policía judicial de investigación, el Ministerio Fiscal dispone de la identificación completa de las cinco personas afectadas, siendo estas las siguientes:

.....

En este sentido, entiende esta defensa que habrá que valorar, si facilitar un número de teléfono asociado al Sr/Sra., al Sr/Sra....., al Sr/Sra., o al Sr/Sra., sin más datos identificativos que el número del DNI, llega a trascender realmente al derecho a la intimidad de

De cuanto antecede, esta defensa entiende que la condena o absolución sobre los distintos imputados depende de circunstancias posteriores a la ejecución de los hechos y de la conducta desplegada por los acusados, pivotando exclusivamente en el acierto u olvido del Ministerio Fiscal a la hora de solicitar la prueba anticipada, generando un agravio comparativo entre unos y otros acusados, pues sólo a través de esta prueba anticipada quedarán delimitados o no los afectados por las cesiones de los datos, pues como es de ver, mi principal, al igual a como acontece respecto de, sólo con la información obrante en el atestado policial no es posible desvelar la identidad de las personas afectadas, diferenciándose el caso de mi principal respecto de los otros dos, en la elaboración de una prueba anticipada que sí se produce respecto de y que se olvida respecto de, o que sólo se produce en una pequeña parte respecto de

En cierto modo, sería como si varias personas publicasen una resolución judicial donde consta el Juzgado y las Diligencias habiendo borrado el resto de datos que permitan identificar al justiciable afectado, sólo con la información facilitada no podrá individualizarse a ninguno de los afectados en concreto, pero ciertamente, si se comparece en dicho proceso judicial y se tiene acceso a la causa relacionada en la resolución judicial, podrá identificarse plenamente a las personas afectadas por dicha resolución. En el caso de autos se condenan con fuertes penas privativas de libertad a las personas sobre las que se ha practicado prueba anticipada, en el ejemplo solicitando el Fiscal la determinación de las víctimas afectadas por la difusión de la revelación, y se absolviese a aquéllas sobre las que simplemente la fiscalía no ha interesado prueba anticipada alguna, dándose la circunstancia añadida, que las personas sobre las que se ha practicado la prueba anticipada son las que han desplegado menor acción antijurídica y revelado los datos menos sensibles, resultando absueltas las demás, o viéndose absueltas de un gran número de delitos.

En cuanto a la segunda reflexión de esta defensa, ligada a la naturaleza secreta del dato para su protección penal, establece la STC 134/1999, de 15 de julio (la Ley 10041/1999), así como las SSTS 1045/2011, de 14 de octubre y 358/2007, de 30 de abril (la Ley 51946/2007), que **lo que se protege en el tipo penal del art. 197.2 CP, es un derecho al secreto, a ser desconocido**, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada.

En esta línea, el bien jurídico protegido es el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), por ello, el art. 197.2 CP se encuentra ubicado en el capítulo primero del Título X del Libro II del CP, cuyo título es: «Del Descubrimiento y Revelación **de Secretos**».

El principio de «última ratio del derecho penal» conduce a que la acción material del sujeto activo recaiga sobre un dato secreto, entendiéndose por tal el acceso a conocimientos que sólo son conocidos por un círculo reducido, a contrario sensu, que no pueden ser conocidos por cualquiera, pues de ser así, los hechos penalmente serían atípicos, según se desprende de la dicción literal del propio capítulo (STS 666/2006, de 19 de junio <la Ley 70398/2006>).

En esta línea apunta la STS 534/2011, de 10 de junio, que:

«[...] **La idea de secreto en el art. 197.1 CP resulta conceptualmente indisociable de la intimidad**: ese ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás».

El desvalor de resultado se atenuará cuando los documentos obtenidos se extraigan de registros públicos o sean accesibles al público en general, aún sin consentimiento de su titular, toda vez que los documentos así descubiertos o revelados no podrán ser considerados como secretos, quedando por imperativo del principio de taxatividad penal extramuros del art. 197.2 CP.

En resumen, de lo expuesto entiende esta defensa que, de la prueba de cargo valorada por el Tribunal de Instancia, no puede colegirse más allá de toda duda razonable, que los números de teléfono facilitados por mi poderdante eran secretos, y que estuviesen excluidos de las grandes bases de datos de las Compañías telefónicas en la elaboración de sus listines de teléfono. Tampoco existe prueba alguna en autos, que permita rechazar más allá de toda duda razonable, que, disponiendo, como disponíande los datos completos de filiación y DNI de las cinco víctimas, no pudiesen acceder previo pago de las tarifas requeridas al efecto, a la obtención de los cinco números de teléfono facilitados por mi poderdante.

CUARTO MOTIVO DE CASACIÓN

Por infracción de Ley en la aplicación del art. 73 CP entre los delitos de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197 CP, en sus modalidades agravadas del ordinal 7º y del art. 198 CP, en relación con el art. 419 CP, por entender que unos mismos elementos, como son el ánimo de lucro, la condición de funcionario público, y la realización de un acto contrario a los deberes inherentes al cargo, se utilizan tanto para cualificar la pena del delito de descubrimiento y revelación de secretos de los arts. 197.7 CP y 198 CP, y a la par, para sancionar por el delito de cohecho del art. 419 CP, con lo que se vulnera el Principio del «Non bis in Idem».

Concorre un concurso de normas a solventar según el art. 8.3 CP ó alternativamente, un concurso medial de delitos, a solventar por el art. 77 CP vigente en la fecha de los hechos.

BREVE EXTRACTO DE SU CONTENIDO

Esta defensa entiende que la Sentencia de Instancia al condenar a mi principal como autor de un delito de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197.4º CP concurriendo el ordinal 7º de ánimo de lucro, así como el subtipo agravado de comisión por funcionario público del art. 198 CP se encuentra en concurso de leyes, que no de delitos, con el cohecho del art. 419 CP.

Entiende esta defensa que el bien jurídico protegido en el delito de cohecho, ya se encuentra protegido indirectamente por el subtipo agravado del art. 198 CP cuando este es objeto de castigo conjuntamente con el tipo agravado de ánimo de lucro del 197.7º CP, y ello toda vez que los mismos elementos (ánimo de lucro, condición de funcionario público y realización de un acto contrario a los deberes inherentes en el cargo), son los que caracterizan la actuación fáctica en ambos tipos penales.

A mayor abundamiento, valorar los mismos elementos fácticos dos veces para castigar otras tantas una misma conducta y unos mismos elementos subjetivos del injusto vulneraría el «non bis in idem» implícito en art. 25 CE.

De cuanto antecede, esta defensa entiende que el delito de revelación de secretos en su modalidad de precio y comisión por un funcionario público encargado del archivo, engloba al ilícito penal castigado en el delito de cohecho, por lo que nos hallaríamos ante un concurso de normas, no de delitos y sería de aplicación el art. 8.3º CP al ser este el precepto penal más amplio que absorbería al art. 419 CP que castiga una infracción consumida por el art. 197.4.7 y art. 198 CP, o en última instancia, por aplicación del art. 8.4 CP, el art. 197.2.4 y 7 en relación con el art. 198 CP, como preceptos más grave excluirían el castigo del art. 419 CP.

Alternativamente, nos encontraríamos ante un concurso ideal de delitos del art. 77 CP, que obligaría tan sólo a penar por el delito de revelación de secretos del art. 197.4º y 7º en relación con el art. 198 CP, vigente en el momento de los hechos.

DESARROLLO DEL MOTIVO

Dispone el art. 419 del Código Penal vigente en la fecha de los hechos:

«Art. 419 CP: La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado, omitido o retrasado en razón de la retribución o promesa, si fuera constitutivo de delito.»

A su vez, preceptúa el art. 197.2,4º y 7º del CP vigente en la fecha de los hechos:

«Art. 197.2 CP: Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero [...]

4. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores [...]

*7. **Si los hechos se realizan con fines lucrativos**, se impondrán las penas respectivamente previstas en los apartados 1 al 4 de este artículo en su mitad superior. Si además afectan a datos de los mencionados en el apartado anterior, la pena a imponer será la de prisión de cuatro a siete años.»*

Dispone el art. 198 CP vigente en la fecha de los hechos:

«Artículo 198 CP: La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, sin mediar causa legal por delito, y prevaliéndose de

su cargo, realizare cualquiera de las conductas descritas en el artículo anterior, será castigado con las penas respectivamente previstas en el mismo, en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años.»

En el delito de cohecho el legislador ha querido proteger la legalidad del Estado y la imparcialidad en el ejercicio de la función pública, así como la dignidad de esta (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1319/2002, de fecha 11/07/2002, Rec. 4008/2000 <FJ 3º>, Ponente: Excmo. Sr. Don Enrique Bacigalupo Zapater (la LEY 10150/2003).

Esta Excm. Sala, vienen señalando que la jurisprudencia más generalizada de este alto Tribunal ha venido aplicando el concurso real de delitos entre el cohecho y el delito que motiva aquél, si bien, también ha señalado que no en pocas ocasiones, el TS ha considerado la existencia de un concurso medial de delitos, o incluso, concurso de normas, así la Sentencia 990/2013, de 30 de diciembre, en recurso de casación 434/2012 <FJ 9º>, Ponente: Excmo. Sr. Don Luciano Varela Castro (la LEY 251687/2013) al efecto dispone:

«2.- La jurisprudencia más generalizada aplica las reglas del concurso real entre el cohecho y el delito cometido; aunque en algún supuesto se ha considerado que existe un concurso medial o, incluso, un concurso de normas».

Preceptúa el art. 8 CP:

«Art. 8 Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los arts. 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas:

1º.- El Precepto especial se aplicará con preferencia al general.

2º.- El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea tácitamente deducible.

3º.- El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél.

4º.- En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor.»

En el presente caso se presenta como cuestión principal la existencia de un concurso de normas que excluiría el concurso de delitos y la aplicación, en este caso, del concurso medial.

El concurso de normas se predicará cuando diversos preceptos penales protegen el mismo bien jurídico, o bien, cuando una norma penal, abarque el

bien jurídico protegido por otra norma, y además despliegue sus efectos sobre otros bienes, de tal modo, que la norma más compleja absorberá las infracciones de la norma más simple, que se entenderá consumida o tutelada por la conducta más compleja.

En estos supuestos nos encontramos ante un conflicto aparente de leyes o normas penales, supuesto explícitamente regulado en el art. 8.3 CP.

Por su parte, el concurso medial de delitos se producirá cuando para producir el desvalor de resultado perseguido por el sujeto activo sea necesario previamente lesionar otro bien jurídico, de tal modo, que cada tipo penal cubre un bien jurídico diferenciado, aunque la realización del segundo sea medio necesario para la producción del primero, como acontece con el delito de falsedad en la estafa.

En estos casos será de aplicación el art. 77CP (SSTS 778/2003, de 29 de mayo <la Ley 13092/2003>; 887/2004, de 6 de julio <la Ley 160688/2004>; 722/2005 de 6 de junio <la Ley 12793/2005>), entre muchas otras.

Esta defensa es consciente que esta Sala ha manifestado que la presente cuestión no puede resolverse en casación si no ha sido planteada previamente en la instancia (STS 398/2009 de 11 de abril <la Ley 40417/2009>). En el caso de autos este hecho es objeto de específico planteamiento por parte de la acusación particular desarrollada por la Abogada de la Generalidad de Cataluña quien tanto en sus conclusiones provisionales de la acusación, como ulteriormente en sus conclusiones definitivas al respecto sostiene:

«SEGUNDA: Los hechos anteriormente descritos son constitutivos de los siguientes delitos: [...]

2. Por lo que respecta a los acusados los siguientes delitos: [...]

•:

- a) 5 delitos de revelación de secretos del art. 197.2.4.5 y 7 del Código Penal en relación con el art. 198 del mismo texto legal.*
- b) Un delito de cohecho del art. 419 del mismo texto legal.*

De conformidad con el art. 8.3 del Código Penal, procede apreciar únicamente el delito a)»

Esta defensa manifestó en su informe que coincidía con el planteamiento llevado a cabo por la abogada de la Generalidad de Cataluña, y que no cabía sancionar a mi principal por el delito de cohecho, además de otras manifestaciones que no vienen ahora al caso.

Para resolver si nos encontramos ante un concurso de normas o de delitos habrá que analizar sí un único hecho, material y jurídicamente considerado, puede ser subsumido en el precepto penal más amplio, para ello, este precepto deberá proteger todo el desvalor de resultado protegido por ambas

normas penales, en este sentido, STS 1493/1999, de 21 de diciembre (la Ley 4019/2000).

Señala este alto Tribunal que si el precepto aplicado agota la «total significación antijurídica» del hecho quedará absorbido por el precepto con contenido más amplio, produciéndose un concurso de normas (SSTS 1424/2005 de 5 de diciembre <la Ley 163/2006> y 1323/2009 de 30 de diciembre <la Ley 247569/2009>).

El concurso de normas tiene su fundamento en el principio general del derecho del «non bis in ídem» que impide sancionar dos veces una misma conducta, siempre y cuando aquélla no lesione dos bienes jurídicos de distinta naturaleza, en este sentido, STC 154/1990 de 15 de octubre (la Ley 55905/JF/0000).

Son numerosas las Sentencias de este Alto Tribunal que estiman el concurso de normas al quedar absorbido el precepto más concreto por el más amplio, conteniendo ambos una misma conducta, así en el caso del robo en casa habitada el precepto penal absorbe el tipo delictivo del allanamiento de morada (vid., STS 244/2000, de 15 de febrero <la Ley 5490/2000>), o en relación con el delito de cohecho que ahora nos ocupa, el delito fiscal por enriquecimiento no declarado a consecuencia del meritado cohecho (vid., STS 20/2001, de 28 de marzo <la Ley 3306/2001>).

Esta Sala ha acogido con restricciones el concurso de normas en relación con el delito de cohecho por la dicción literal del mismo, al establecer el art. 419 «in fine»:

«sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado, omitido o retrasado en razón de la retribución o promesa, si fuera constitutivo de delito»

La STS 788/2003, de 29 de mayo (la Ley 2736/2003) ha manifestado que se entenderá que existe concurso ideal, conforme al 77.1 CP, cuando un solo hecho constituya dos o más infracciones, si bien en el concurso ideal impropio, denominado por el legislador concurso medial, realmente lo que se contempla es la comisión de un concurso real, pero con la penalidad del concurso ideal (SSTS 504/2003, de 2 de abril (la Ley 12755/2003 y 590/2004, de 6 de mayo).

Las SSTS 580/2006, de 23 de mayo (la Ley 62742/2006) y 892/2008, de 26 de diciembre (la Ley 198357/2008), que:

«[...] Sabida es la grave dificultad que hay, en general, para distinguir entre concurso de leyes o normas y concurso de delitos, particularmente cuando se trata de examinar si se produjo absorción de un delito más simple en otro de mayor complejidad (art. 8.3 CP). En estos casos, ha dicho y repetido la Sala Segunda (875/2004, de 29 de junio y 1706/2002, de 9 de octubre) que de acuerdo con la doctrina, sólo cabe un criterio de valoración jurídica sumamente impreciso; si la aplicación de una norma cubre la totalidad de la significación antijurídica del hecho, nos encontramos ante un concurso de

normas; si para abarcar toda esa significación antijurídica es preciso acudir al castigo conforme a las dos leyes en juego, estamos ante un concurso de delitos, real o ideal, según las características de cada hecho. **La cuestión planteada está íntimamente relacionada con el principio**

"non bis in ídem" que como señala la STC 221/1997 de 4 de diciembre (la Ley 214/1998), si bien no aparece expresamente recogió en el texto constitucional, ha de estimarse comprendido en su art. 25.1 en cuanto integrado en el derecho fundamental a la legalidad penal con el que guarda íntima relación (SSTC 2/1981 (la Ley 7092-NS-0000); 154/1990 (la Ley 55905/JF/0000) y 204/1996 (la Ley 960/1997) entre otras.

En lo que concierne a la esfera jurídico-penal el principio "non bis in ídem" aparece vinculado a la problemática referida al concurso de delitos y a la pluralidad de procesos penales, así como a la excepción procesal de cosa juzgada. Pues bien, hemos de afirmar que, **si se constata adecuadamente del doble castigo penal por un mismo hecho, a un mismo sujeto y por idéntica infracción delictiva, tal actuación punitiva habría de reputarse contraria al art. 25.1 CE, sin que la observancia de ese mandato constitucional pueda quedar eliminada o paliada por la naturaleza más o menos compleja del delito cuya imputación ha determinado la doble condena penal.** Siempre que exista identidad fáctica, de ilícito penal reprochado y de sujeto activo de la conducta incriminada, la duplicidad de penas, y un resultado constitucionalmente proscrito y ello con independencia de que el origen de tal indeseado efecto sea de carácter sustantivo o bien se asiente en consideraciones de naturaleza procesal».

En este sentido, la STS 458/2003, de 31 de marzo, reitera que:

«[...] cuando los hechos delictivos encajen en dos disposiciones penales y no es necesario aplicar las dos para abarcar la total antijuricidad del suceso, nos hallamos ante un concurso de normas a resolver por lo regulado en el art. 8 CP, concretamente por la regla 3ª, que recoge el criterio de la absorción, a aplicar cuando el precepto penal más amplio consume a otro más simple [...]».

De cuanto antecede, si con la aplicación de las reglas del art. 8 CP se puede dar solución punitiva a todos los aspectos desvalorativos relevantes del hecho, podemos afirmar la existencia de un solo delito, prevaleciendo en estas situaciones el escrupuloso respeto al principio constitucional del «non bis in ídem» (STS 1385/1998, de 17 de noviembre (la Ley 493/1999).

En idéntico sentido, las SSTS 372/2003, de 14 de marzo (la Ley 1653/2003); 48/2003, de 23 de enero (la Ley 1388/2003); 1706/2002, de 9 de octubre (la Ley 10557/2003) y 1400/2005, de 23 de noviembre (la Ley 122/2006), han señalado que la regla fundamental para conocer si estamos ante un concurso de normas a resolver, conforme al art. 8 CP, o un concurso de

delitos: real (art. 73 CP), o ideal (art. 77 CP), ha de ser necesariamente una valoración jurídica por la cual, **si la sanción por uno de los dos delitos fuera suficiente para abarcar la total significación antijurídica del comportamiento punible, nos hallaríamos ante un concurso de normas; y en el caso contrario, ante un concurso de delitos.**

En el delito de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197.4 y 7 CP en relación con el art. 198 CP, la acción antijurídica que mueve a cometer el ilícito al funcionario público en ejercicio de su cargo, es precisamente la promesa de obtener un lucro, que se le ofrece por su condición de funcionario público.

Esta condición de funcionario público es la que provoca la redacción del art. 201 CP, que exige al Fiscal del requisito de procedibilidad de interposición de denuncia por la víctima. Del mismo modo, es la condición de funcionario público la que impide la extinción de la acción penal, aunque medie el perdón del ofendido (art. 201.3 CP).

«Art. 201 CP: 1. Para proceder por los delitos previstos en este Capítulo será necesaria denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior para proceder por los hechos descritos en el artículo 198 de este Código, ni cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas.

3. El perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 5º del apartado 1 del artículo 130.»

De cuanto antecede, si los mismos hechos hubiesen sido cometidos por mi principal sin ser funcionario público, la falta de denuncia de las cinco personas ofendidas hubiese comportado la absolución directa de mi poderdante, de conformidad con lo preceptuado en el art. 201.1 CP, toda vez que cinco personas afectadas no pueden ser consideradas pluralidad a los efectos prevenidos en el tipo, ni tampoco concurriría la afectación de los intereses generales de la población.

Del mismo modo, si mi principal no hubiese ostentado la condición de funcionario público, el perdón de los cinco ofendidos por dicho delito hubiese comportado necesariamente la extinción de la responsabilidad penal.

Ninguna de ambas situaciones (que provocarían la absolución de mi clienta) es posible en el caso de autos, al vetarlo de modo expreso el art. 201.2 CP que lo impide precisamente, por ostentar el sujeto activo del delito la condición de funcionario público.

Además, por dicha condición de funcionario público, el art. 198 CP, prevé la imposición de la pena en su grado máximo.

En resumen, el ánimo de lucro (197.7 CP) a un funcionario público (art. 198 CP), para cometer el ilícito del art. 197.4 CP, comporta la valoración de una misma circunstancia «ser funcionario público» que se aplica hasta cuatro veces para incrementar las penas y evitar la extinción de la acción penal, y el ánimo de lucro, se aplica hasta dos veces para castigar por el art. 197.7 y 419 CP.

A mayor abundamiento, la condición de «funcionario público» comporta la aplicación de la pena prevista en el art. 197.4 CP en su grado máximo.

La condición de «funcionario público» comporta la imposibilidad de beneficiarse del requisito previo de procedibilidad del art. 201.1 CP (esto es permite al Ministerio Fiscal la acusación pública sin denuncia de la persona agraviada).

La condición de «funcionario público» impide la posibilidad de extinguir la acción penal a través del perdón del ofendido (art. 201.3 CP).

La condición de «funcionario público» impone la sanción de los hechos por el delito del art. 419 CP, además de por el art. 197.7 y 198 CP.

A su vez el «ánimo de lucro» comporta la imposición del subtipo agravado del art. 197.7 CP, y paralelamente el mismo «ánimo de lucro», la imposición de la pena prevista en el art. 419 CP.

Por los motivos apuntados, entiende esta defensa que el castigo a mi principal por los tipos delictivos del art. 197.4 y 7 y 198 CP, absorben la antijuricidad de la acción del art. 419 CP. No se pueden valorar las mismas condiciones fácticas dos veces: ser funcionario público y actuar con ánimo de lucro, para poder subsumir una misma conducta antijurídica en dos tipos penales distintos, pues este proceder vulnera el principio general del derecho del «non bis in idem», contenido en el art. 25.1 CE.

De cuanto antecede, procede aplicar al caso un concurso de normas entre los delitos del art. 197.4 y 7 CP y art. 198 CP, en relación con el delito de cohecho del art. 419 CP, para evitar una desproporcionalidad en la aplicación de las penas, al sancionarse un mismo elemento fáctico varias veces para imponer diferentes penas, por lo que será de aplicación el art. 8.3º CP, castigándose los hechos por el delito más amplio y complejo que será el de descubrimiento y revelación de secretos de los arts. 197.4 y 7 CP en relación con el art. 198 CP, que absorberán la totalidad de la antijuricidad de la acción contemplada en el art. 419 CP, conducta que a su vez, quedará subsumida por aquélla.

Alternativamente, y para el caso de que este Alto Tribunal entienda que no hay vulneración del «non bis in idem», entiende esta defensa que sería de aplicación un concurso medial de delitos (art. 77 CP) entre los artículos

relativos al descubrimiento y revelación de secretos y el delito de cohecho, al ser el cohecho medio necesario para cometer el delito del art. 197.7 CP y del art. 198 CP.

El concurso medial ha sido bautizado por esta Sala como «concurso ideal impropio» (STS 504/2003, de 2 de abril <la Ley 12755/2003>, entre otras, al constituir «de facto» una modalidad de concurso real, al desplegar el sujeto activo más de una acción, si bien, por la finalidad de una de las acciones antijurídicas es presupuesto necesario para la realización de la otra.

La razón del aplicar al concurso medial los beneficios penológicos del concurso ideal estriba en que el delito final ya contempla que la acción antijurídica comporta la comisión de un delito previo, que queda absorbido en el tipo y por ende castigado por aquél, con lo que la aplicación de ambos tipos penales de modo consecutivo comportaría una desproporcionalidad de las penas, en palabras de esta Excma. Sala (STS 504/2003, de 2 de abril <la Ley: 12755/2003>):

«[...] La fundamentación del tratamiento punitivo radica en la existencia de una unidad de intención delictiva a la que el legislador trata como unidad de acción.»

Obviamente, la voluntad del sujeto activo no define por sí sola la configuración del concurso ideal impropio, al requerir esta Sala que la relación concursal medial sea necesaria para la comisión del ilícito final (STS504/2003, de 2 de abril <la Ley: 12755/2003>).

En este sentido, ha manifestado esta Excma. Sala en SSTs: 1289/2000, de 12 de julio (la Ley 9886/2000); 326/1998, de 2 de marzo (la Ley 7535/1998); 522/1996, de 19 de septiembre (la Ley 9420/1996):

«[...] El concurso medial que se contempla parte de que las diversas acciones no sólo aparezcan concatenadas por un propósito delictivo penal, sino que resulta inexcusable que se hallen ligadas por elementos lógicos, temporales y espaciales, o, cual expresa el texto legal, que uno de los delitos sea medio necesario para cometer el otro, conexidad de medio a fin que dota de unidad a la plural iniciativa delictuosa»

El «medio necesario» al que alude el art. 77 CP no cabe entenderlo desde un prisma subjetivo del autor del delito sino en un sentido objetivo en relación directa con la situación fáctica, de tal modo que la acción medial sea necesaria objetivamente, en una apreciación racional de los hechos, para la comisión con éxito de la segunda infracción penal, en el caso que nos ocupa, la redacción del tipo contenida en el art. 197.7 CP y la del art. 198 CP presuponen necesariamente que el sujeto activo del delito reúna la condición de funcionario público y que realice la acción antijurídica movido por un ánimo de lucro.

Estos presupuestos fácticos son idénticos a los exigidos en el art. 419 CP, de tal manera que:

«[...] Al aplicar el juicio hipotético resulte que el segundo delito no se hubiere producido de no haber realizado previamente el o los que le hubieren precedido, pues el precepto atiende a la unidad del hecho en el aspecto ontológico del ser y su causalidad efectiva y no en el orden teleológico individual» (SSTS 1394/2009, de 25 de enero <la Ley 1547/2010>; 147/2009, de 12 de febrero <la Ley 14630/2009>; 123/2003, de 3 de febrero <la Ley 1390/2003>; 1289/2000, de 12 de julio <la Ley 9886/2000>; 172/1998, de 14 de febrero, 326/1998, de 2 de marzo <la Ley 7535/1998> y 522/1996, de 19 de septiembre <la Ley 9420/1996>.

La condición de «funcionario público» del art. 419 CP es necesaria inexcusablemente para poder aplicarse el tipo agravado del art. 198 CP, del mismo modo, el «ánimo de lucro» es también presupuesto indispensable para que pueda aplicarse el subtipo agravado del art. 197.7 CP, por último, «realizar un acto contrario a las obligaciones inherentes a los deberes de su cargo» es presupuesto indispensable para la relevancia penal del hecho, por exigencia explícita del art. 197.2 CP, pues de no ser así el hecho sería atípico.

De cuanto antecede, el delito de cohecho sería un delito instrumental necesario, entendiendo esta conexidad en un sentido objetivo y directo, para la comisión de los tipos penales del art. 197.4 y 7 CP y art. 198 CP, es presupuesto indispensable ostentar la condición de funcionario público y actuar motivado por un interés económico, siendo el hecho ilícito castigado la realización de un acto contrario a las obligaciones inherentes al cargo. Estos tres elementos son los que conforman el delito de cohecho del art. 419 CP.

QUINTO MOTIVO DE CASACIÓN

Subsidiario del motivo cuarto y para el caso de que aquél fuese desestimado.

Por Infracción de Ley al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 de la LECrim., **por indebida aplicación del art. 74.1 CP**, por entender que no procede la continuidad delictiva en el delito de cohecho del art. 419 CP.

BREVE EXTRACTO DE SU CONTENIDO

Esta defensa entiende, al hilo de la Sentencia de este Alto Tribunal número 472/2011, de 19 de mayo (LA LEY 83114/2011) que los hechos que se imputan a mi principal por el Tribunal de Instancia constituyen una sola

oferta, por un precio concreto, y que por lo tanto, el delito de cohecho es un delito único, no siendo susceptible su valoración como delito continuado, al ser independiente el delito de cohecho del número de delitos finales cometidos por el sujeto activo a causa del soborno, por lo que no procede la aplicación del art. 74 CP.

Esta parte es consciente que esta Sala, en la generalidad de los casos, se ha decantado por aplicar la continuidad delictiva en el cohecho, pero no es menos cierto, que también esta Sala ha manifestado que dicha continuidad delictiva lo es con independencia del reflejo posterior en el comportamiento del funcionario (STS nº 513/2008, de 23 de julio (LA LEY 116096/2008), en la cual se citan las Sentencias números 1335/2001, de 19 de julio (LA LEY 6624/2001) y 2052/2001, de 7 de noviembre.

En esta línea jurisprudencial, la Sentencia de esta Sala número 82/1999 de 25 de enero, entiende que **hay un único delito de cohecho cuando la entrega de dádiva es única, y el pago efectivo de aquélla también es único**, aunque el delito de cohecho tenga relación directa con una sucesión de falsedades documentales. Señala este Alto Tribunal, que ambos ilícitos penales gozan de independencia entre sí, de tal forma que, aunque hubieran sido múltiples las falsedades cometidas, no por ello el delito de cohecho deberá ostentar necesariamente este mismo carácter (Sentencia TS, Sala Segunda, número 990/2013, de 30 diciembre 2013, Recurso de casación número 434/2012 <FJ 9º>).

Como es de ver a los folios 8.885, 8.886, 9.775, 9.782, 9.789 y 9.794, mi principal recibe una única proposición cual es facilitar el número de teléfono de cinco personas, mediante el sistema de búsqueda inversa, esto es, introduciendo el DNI en la base de datos SICA del Servicio de Ocupación de Badalona y facilitando el número de teléfono asociado a dicho documento, por la realización de esta acción se ofrece a mi principal la cantidad de 15€.

Al hilo de la jurisprudencia de esta Sala, el cohecho es un delito de mera actividad, el cual se consuma con la mera aceptación de la dádiva, las ulteriores infracciones cometidas por el funcionario se penarán por separado, tal y como el propio precepto contempla al final del meritado artículo.

En el caso de autos, el desvalor de resultado se produciría cuando ofrece a mi principal el pago de 15€ por la obtención de cinco números de teléfono, lo que evidencia una unidad en el propósito, así como que el pago de la dádiva fue realizado también en un solo acto, extremo reconocido por ambos acusados el día del juicio oral.

A mayor abundamiento, los hechos probados de la resolución de instancia declaran que la finalidad del pago de los 15€ era obtener los cinco números de teléfono, lo que constata una única unidad de acción en relación con el soborno, para apreciar la figura continuada, mi principal debió haber recibido reiteradas propuestas de soborno a cambio de otras tantas actuaciones

ilícitas, pero no es esto lo que declaran los hechos probados de la resolución de instancia.

El soborno es único y el pago de este también es único, que las acciones desplegadas para llevar a cabo lo que motiva la propuesta son objeto de penas independientes y separadas que no tienen por qué compartir la misma naturaleza del delito del art. 419 CP.

De cuanto antecede, entiende esta defensa que no concurre en el supuesto de autos la continuidad delictiva del art. 74 CP, en el delito de cohecho que se imputa a mi poderdante.

DESARROLLO DEL MOTIVO

Dispone el tenor literal del art. 74.1 CP vigente en la fecha de comisión de los hechos:

«Art. 74.1 CP: No obstante, lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.»

Esta defensa entiende que el delito de cohecho que se imputa a mi principal se consuma con el ofrecimiento por parte de de pagar 15€ a mi principal, a cambio de que este realice una conducta contraria a los deberes de su función pública, facilitándole cinco números de teléfono asociados a 5 números de DNI previamente facilitados.

Como es de ver en las actuaciones (folios 8.885, 8.886, 9.775, 9.782, 9.789 y 9.794), el ofrecimiento que se hizo por parte de es único, al igual que la dádiva ofertada, así como el pago final del soborno, lo que consuma y agota el hecho típico contemplado en el art. 419 CP.

Que la propuesta ilícita requiriese desplegar una pluralidad de acciones no afecta a la antijuricidad del soborno, que sigue siendo único, de este modo, la necesidad de acceder en cinco ocasiones para verificar los números de teléfono de las cinco víctimas desplegará sus efectos penológicos en el concurso real de delitos de descubrimiento y revelación de secretos que se penará independientemente al soborno, pero no transmutará la naturaleza del delito de cohecho.

No es aplicable la continuidad delictiva al consumarse el soborno con un único ofrecimiento de dádiva que consta acreditado en los hechos probados, sin que consten probados posteriores ofrecimientos a mi poderdante, ni ulteriores nuevos pagos para la realización de otras conductas o para reiterar las ya realizadas sobre nuevas personas.

La aceptación a la propuesta por mi principal también es única, facilitar cinco números de teléfono a cambio de 15€, este es el núcleo del delito de cohecho: una sola propuesta, una sola aceptación, una sola dádiva y un solo pago, esto es, un único delito.

En este sentido, ha manifestado este alto Tribunal, en Sentencia número 472/2011, de 19 May. 2011, Rec. 1717/2010, Ponente: Excmo. Sr. Don (la Ley 83114/2011), que la realización del acto injusto en el ejercicio de su cargo por parte del funcionario a cambio de una dádiva es independiente de los ulteriores actos ilícitos desplegados por aquél, los cuales serán objeto de sanción independiente:

*«XVII- En el presente caso, el corruptor fue un particular y lo solicitado del Concejal (que no aceptó el soborno) fue **la realización de un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo, injusticia que por lo razonado no se proyecta sobre la resolución a adoptar** (la autorización de un campo de golf) **sino que la injusticia se refiere al acto que se le solicitaba dentro de su cargo** - -el votar de una u otra manera en el tema concernido-- **se convierte en injusto por la motivación espúrea consistente en el percibo de una cantidad de dinero, un soborno.**»*

El delito de cohecho es un delito de mera actividad que se consuma anticipadamente con la simple aceptación del ofrecimiento de la dádiva, con independencia de las ulteriores actuaciones delictivas del funcionario, que por esta razón se penarán por separado. El delito se consuma en el mismo momento en que se acepta la propuesta por el funcionario de realizar un acto injusto o contrario a los deberes de su cargo.

En este sentido se pronuncia la jurisprudencia de este alto Tribunal, en Sentencia número 990/2013, de 30 diciembre 2013, Rec. 434/2012 Ponente: Excmo. Sr. Don Luciano Varela Castro (la Ley 251687/2013):

«NOVENO [...] Como diverso es el caso de la STS 82/1999, de 25 de enero, en que la entrega de dádiva fue única y por eso se pudo decir allí que aunque tengan relación con el delito de cohecho, gozan de independencia uno respecto a los otros, de tal forma que aunque hubieran sido múltiples las falsedades cometidas, como es el caso que nos ocupa, y su comisión tenga el carácter de continuidad, no por ello el delito de cohecho que es el que interesa tenga que "gozar" de ese mismo carácter, cuando la acción fue única por ser únicos, primero el ofrecimiento de pago y después la entrega de la cantidad prometida.»

Por cuanto antecede, entiende esta defensa que no procede la continuidad delictiva del art. 74 CP, respecto del delito de cohecho por el que se condena a mi principal.

SEXTO MOTIVO DE CASACIÓN

Por infracción de Ley, en la aplicación del art. 419 CP, por entender que no concurre el ánimo de lucro requerido por el tipo penal. Todo ello en base al art. 849.1º de la LECrim.

BREVE EXTRACTO DE SU CONTENIDO

En el presente motivo esta defensa entiende que no concurre el ánimo de lucro requerido por el art. 419 CP y por ende falta uno de los elementos esenciales que caracterizan este delito.

Mostrando esta parte un respeto absoluto a los hechos declarados probados en la resolución de instancia, mi principal en su declaración en el plenario manifestó ante la Sala la existencia de una larga relación personal entre, al haber sido el Sr. durante más de veinte años el superior jerárquico de mi poderdante en la oficina del Servicio de Ocupación de Badalona, desarrollándose durante estos más de veinte años una relación de amistad no sólo entre las partes sino entre las familias de ambos.

Al hilo de esta amistad, mi poderdante manifestó que no actuó impulsada por la promesa de percibir los 15€ que efectivamente le fueron satisfechos por al hacerle entrega de los números de teléfono solicitados. Mi poderdante, siempre entendió dicho pago (producido en un restaurante después de comer un menú ambos acusados), más como una cortesía que como una recompensa dineraria.

Sin pago alguno de dádiva, mi poderdante habría actuado exactamente igual respecto a una petición similar de

Para valorar la concurrencia en el delito del art. 419 CP de los elementos subjetivos del injusto, en concreto de la presencia del ánimo de lucro que subyace en la figura del soborno, es imprescindible valorar si el pago de 15€ fueron los que determinaron la actuación de mi poderdante, o por el contrario, sus motivaciones fueron otras, por lo que faltaría un elemento nuclear esencial en el tipo para poder subsumir los hechos en el mismo.

En este sentido, resultará esencial determinar si la oferta de pago de los 15€ fue realizada "ex ante" de la ejecución del acto ilegítimo o la misma se pagó sin concreción previa alguna, después de realizar los hechos, al ser consustancial con el tipo delictivo que el ofrecimiento del soborno sea previo al acto ilegítimo que se solicita del funcionario.

El tipo penal regulado en el art. 419 CP castiga al funcionario que corrompe su rectitud en el cumplimiento de las obligaciones de su cargo, movido por un ánimo de lucro. Mi principal, en modo alguno se sintió sobornada por parte de, sino presionada a facilitar a su antiguo jefe y amigo personal, cinco números de teléfono que ambos sabían que podía obtener con mucha facilidad.

Lo que se tilda de dádiva es para mi principal un detalle de por el favor realizado. De hecho, los 15€ son destinados por mi poderdante a pagar el menú de ambos cuando se encuentran en el restaurante donde le facilita los cinco números de teléfono.

En el presente motivo se desarrolla la falta de un elemento esencial del injusto, como es la ausencia de ánimo de lucro en ----- que impediría la subsunción de los hechos declarados probados en la resolución de instancia, dentro del art. 419 CP.

DESARROLLO DEL MOTIVO

Dispone el tenor literal del art. 419 CP vigente al tiempo de los hechos:

«La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado, omitido o retrasado en razón de la retribución o promesa, si fuera constitutivo de delito.»

Lo que exige el tipo legal es que el acto que ejecute el funcionario guarde relación o conexión con las actividades públicas que desempeña, de modo que a él se dirija el particular por cuanto entiende que le es posible la realización del acto solicitado con especial facilidad atendida la función que desempeña, sin que haya de ser precisamente un acto que le corresponda ejecutar en el uso de sus específicas competencias, bastando, tan sólo que esté relacionado con aquéllas (STS 421/2014, de 16 de mayo, 186/2012, de 14 de marzo; 1149/2009, de 26 de octubre (la Ley 223170/2009); con cita de las sentencias 1618/2005, de 22 de diciembre (la Ley 10841/2006) y 701/1994, de 4 de abril.

La estructura típica requiere la aceptación o exigencia de algo económicamente evaluable para la realización del hecho delictivo (STS 504/2003, de 2 de abril (la Ley 12755/2003).

En nuestro ordenamiento el delito de cohecho se consuma por la mera solicitud u ofrecimiento de la dádiva, sin que sea necesario para su sanción, ni la aceptación de la solicitud, ni el abono de la dádiva, ni la realización del acto injusto ofrecido como contraprestación (STS 1114/2002, de 12 de junio (la Ley 7676/2002) y 676/2012, de 26 de julio (la Ley 10150/2003).

Por acto injusto debe entenderse todo aquel que es contrario a lo que es debido (SSTS 1701/2001, de 24 de septiembre (la Ley 167056/2001) y 893/2002, de 16 de mayo (la Ley 5962/2002).

No se trata de identificar la injusticia del acto con la propia percepción de la dádiva, sino que el acto desplegado por el funcionario no se adopte sobre la base de los principios de imparcialidad y objetividad que deben presidir la función pública, sino que sus actos estén predeterminados por un aliciente económico, que corrompe la objetividad e imparcialidad que deber promover la actuación pública (STS 1096/2006, de 16 de noviembre <la Ley 154758/2006>, con cita de la STS 20/2001, de 28 de marzo (la Ley 3306/2001).

En palabras de la Sentencia de este alto Tribunal número 21096/2006, de 16 de noviembre (la Ley 154758/2006), con cita de la STS 20/2001, de 28 de marzo (la Ley 3306/2001):

*«No se trata de identificar la injusticia del acto con la propia percepción de la dádiva, sino el propio hecho del dictamen no se adopte sobre la base de los principios de imparcialidad y objetividad que deben presidir su función, **siendo referido y predeterminado por el aliciente económico, que determina la injusticia del acto**».*

Mi principal ha reconocido en su declaración ante el Tribunal de Instancia que había facilitado cinco números de teléfono relacionados con cinco DNI previamente facilitados por

Según manifestación de mi poderdante ante el Tribunal de Instancia, el motivo que le lleva a realizar el acto injusto facilitando así los cinco números de teléfono, no es en modo alguno la promesa de una retribución de 15€, sino que la realización del acto injusto es a causa de la relación de amistad que le vincula con de más de veinte años.

Mi poderdante conoció a al ser éste su superior jerárquico en el Servicio de Ocupación de Badalona durante más de veinte años. Mi principal ha estado en casa de en repetidas ocasiones, inclusive asistió a la primera comunión de una de las hijas de aquél.

Mi principal ha comprado alhajas a la esposa de, la cual se dedica a vender bisutería como actividad profesional.

Todos estos detalles fueron manifestados por mi poderdante ante el Tribunal de instancia, añadiendo que, de haber venido la propuesta de cualquier otra

persona, sin duda alguna la habría declinado de inmediato, pues «nadie pone en riesgo su carrera como funcionario a cambio de 15€». Mi principal acepta realizar el acto injusto por razón de la persona que se lo solicita. Conoce sobradamente a y entiende o valora que los números de teléfono facilitados no serán utilizados con fines delictivos, es a los ojos de mi principal una persona responsable y respetada tanto en su ámbito personal como profesional.

En cuanto a la entrega de la dádiva, mi principal reconoció ante el Tribunal de instancia que percibió los 15€ tras facilitarle los cinco números de teléfono en un restaurante, y que destinó el pago del dinero para pagar el coste del menú de ambos. Mi principal explicó que para ella la entrega de los 15€ con los que abonó el coste de los menús obedecía a una cortesía o gentileza de: favor con favor se paga. No anidaba en su ánimo la conciencia de haber sido sobornada sino la de haber realizado un favor a un amigo cruzando la línea de la legalidad.

La estructura típica del delito del art. 419 CP requiere preceptivamente la aceptación de una contraprestación evaluable económicamente para la subsunción de los hechos típicos en el delito (STS 504/2003, de 2 de abril (la Ley 12755/2003), el ánimo del funcionario debe ser corrompido por la recompensa prometida, no fue esta la causa que movió a mi principal.

Entiende esta defensa que la conducta antijurídica desplegada por mi principal no tiene su origen en el ofrecimiento de una dádiva, que por su escasa cuantía es más bien asimilable a un agradecimiento o a un detalle de cortesía. Un importe de 15€ no tiene «per se» potencialidad alguna para torcer la voluntad de un funcionario público en el ejercicio de su cargo.

La acción antijurídica tiene su causa en la personalidad del ofertante, que ha sido durante más de veinte años el superior jerárquico de mi principal en el Servicio de Ocupación de Badalona, y con el que mantiene una larga y estrecha relación de amistad, conociendo sobradamente a la familia de aquél, hasta el punto de adquirir diversas joyas a la esposa de, o ser una de las personas invitadas a la comunión de la hija menor.

Ante la información solicitada (cinco números de teléfono), y la persona concreta que lo pide (su ex jefe y amigo personal), mi principal pese a ser plenamente consciente que va a realizar un acto claramente ilegítimo, por razón de la amistad accede a superar el límite legal, pero lo hace también de modo condicionado, esto es, accediendo a ello como excepción puntual, sin que vuelva a procurar favor alguno al Sr., extremo que evidencia que lo que motivó la actuación de mi poderdante, no fue un móvil económico, sino la realización de un favor ilegal que jamás debió haberse prestado a realizar.

Que mi principal obró así por razón de la persona que le solicita el favor lo evidencia el hecho que de haberle pedido el mismo favor cualquier otra persona, ofreciéndole mucho más dinero, le hubiese contestado rotundamente que no.

Mi principal realiza la conducta motivada para ayudar a, y es consciente de la extralimitación de sus funciones y del riesgo que corre por hacer el favor solicitado, por ello, con posterioridad comunica a que no podrá en un futuro facilitar más información sobre números de teléfono a su antiguo jefe, como así sucede efectivamente.

Vea este alto tribunal que en relación con los demás funcionarios acusados en la presente pieza, a mi principal se le imputa la cesión a de cinco números de teléfono a cambio de un precio global de 15€ que no se negocia "ex ante" como condición o beneficio a obtener por la actividad ilícita propuesta, sino que **el pago de los 15€ es satisfecho "ex post", sin haberse pactado previamente cifra alguna**, y que los 15€ son entregados en un restaurante tras facilitar mi principal los números de teléfono a

Esta falta de prueba de que se hubiese ofrecido dinero alguno a mi principal "ex ante" a la petición de para que mi poderdante le facilite cinco números de teléfono, y la escasísima cuantía económica con que se dice se corrompió a mi principal, apuntan como más probable causa de motivación de la conducta de, la realización de un favor sobrepasando la legalidad, el cual es aceptado ante la personalidad concreta de quien se lo pide.

De cuanto antecede, entiende esta defensa que no concurre ánimo de lucro alguno que incline a a incumplir las obligaciones inherentes a su cargo. La falta la acreditación de un elemento esencial del injusto, cual es el ánimo de lucro, comporta la necesaria absolucón del delito del art. 419 CP.

SÉPTIMO MOTIVO DE CASACIÓN

Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim., **por indebida aplicación del art. 66.2 CP, en relación con el art. 72 CP**, respecto de la atenuante analógica muy cualificada del art. 21.7 CP, respecto del art. 21.4 CP, **al proceder la reducción de la pena en dos grados**.

BREVE EXTRACTO DE SU CONTENIDO

En el presente motivo esta defensa entiende que procedía aplicar en el presente caso la reducción en dos grados de la pena, en lugar de hacerlo en un solo grado, que es lo aplicado por el Tribunal de Instancia.

El fundamento jurídico décimo de la presente resolución reconoce que de la aplicación de las penas legales se obtiene una sanción absolutamente desproporcionada atendida la antijuricidad desplegada en la acción por parte de los acusados.

Entiende esta defensa que estaba en manos del Tribunal de instancia realizar una determinación judicial de la pena que respetuosa con el marco punitivo establecido por el legislador, fijase una pena proporcionada a la antijuricidad del hecho, mediante la aplicación del art. 66.1. regla segunda CP, siendo para ello necesario la reducción de la pena en dos grados y la aplicación ulterior del art. 76 CP en el momento de la ejecución.

De cuanto antecede, esta defensa entiende que no basta con la aplicación rigorista del marco punitivo fijado por el legislador, sino que procede una concreta individualización de las penas, utilizando para ello las reglas de aplicación establecidas en el Código Penal, que permiten equiparar el desvalor de resultado y la intensidad de la acción antijurídica con las circunstancias personales del autor para aplicar una pena proporcional a la gravedad del delito.

El Tribunal de Instancia podía y debía aplicar la reducción de la pena en dos grados atendidas las circunstancias personales de mi principal, su situación próxima a la jubilación, la realización de los hechos a petición de su ex jefe durante más de veinte años y con el que mantiene una fuerte relación de amistad y en especial, atendidas las circunstancias del delito, la poca o escasa intensidad en la antijuricidad de la acción y el escaso lucro obtenido, debían haber sido valoradas conjuntamente con la confesión de los hechos y su arrepentimiento en la vista oral.

Se dan aquí por reproducidas por motivos de economía procesal los razonamientos vertidos en los seis motivos antecedentes, los cuales son motivos de peso para apoyar una reducción en dos grados de las penas impuestas a mi principal.

Por todo cuanto antecede, esta defensa entiende que el Tribunal de Instancia debió aplicar la reducción en dos grados de la pena, atendido lo dispuesto en el art. 66.1.2ª CP.

DESARROLLO DEL MOTIVO

En el fundamento jurídico segundo de la resolución de instancia se recoge la atenuante analógica muy cualificada del art. 21.7 CP, en relación con la atenuante de confesión de los hechos del art. 21.4 CP, la cual se entiende como muy cualificada al haber sido realizada por todos y cada uno de los siete procesados en la causa (página 22/34):

«SEGUNDO. En el enjuiciamiento de los ilícitos penales hay que partir del principio de presunción de inocencia consagrado en el art. 24 CE, que obliga a la acusación a aportar prueba de cargo acreditativa de los hechos imputados y de la participación en los mismos de los acusados. En este caso se declaran

probados los hechos imputados por el Ministerio Fiscal, porque fueron los reconocidos por los siete acusados en el acto del juicio oral [...] Los cuatro acusados restantes reconocieron, que facilitaron a los datos pedidos por él, que cobraron entre 2 ó 3 euros. Reconocieron que utilizaron la base de datos a las que podían acceder con sus claves, pues ello formaba parte de su trabajo. Reconocieron que lo que hacían no era legal y estaban arrepentidos. **Este reconocimiento de hechos es prueba fundamental.** Pero en el acto del juicio oral se presentaron otras muchas pruebas de cargo, todas ellas obran en la causa y fueron sometidas a contradicción en el acto del juicio.»

El tribunal de instancia, aplicando el art. 66.1.2ª CP, procede a la reducción de la pena en un grado, por entender que falta el elemento de la temporalidad requerido en el art. 21.4 CP, así en el fundamento jurídico sexto se manifiesta (pág. 29/34):

«SEXTO. Concorre en todos los acusados la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante analógica de confesión de la infracción del art. 21.7 y 4 del CP, muy cualificada. Conforme al art. 66.2º CP, procederá la rebaja de las penas en un grado. Es cierto que en el acto del juicio todos los acusados reconocieron los hechos imputados por la acusación. Ello ha facilitado el enjuiciamiento, pero **no es menos cierto que falta el elemento temporal.**»

La circunstancia atenuante que se alega por todas las defensas y que viene también reconocida en el escrito de acusación definitivo del Ministerio Fiscal, se fundamenta en el art. 21.7 CP, en relación de analogía con el art. 21.4 CP. Preceptúan los meritados artículos:

«Artículo 21: Son circunstancias atenuantes: [...] 4.ª La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades [...] 7.ª Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores.»

Señala la Sentencia del TC de 15 de octubre de 1982 (RTC 1982/62) que **la pena debe ser proporcionada a la necesidad de tutela**, restringiendo la libertad (valor superior del ordenamiento) en lo estrictamente imprescindible para ello, es decir, la protección de un determinado bien jurídico mediante la aplicación de una concreta pena vendrá limitado por el principio de proporcionalidad.

A efectos de la prevención general y la protección del bien jurídico, la pena proporcional vendrá fijada por el legislador en el ámbito de la política criminal, pero será función del Juzgador, evitar una desproporción en la aplicación de la pena con la que se vulnere el Principio del Estado de Derecho, por comportar su aplicación una quiebra de los valores superiores del Ordenamiento, tales como la Justicia, la dignidad de la persona humana o el

principio de culpabilidad, en este sentido se ha pronunciado la STC 22 de mayo de 1986 (RTC 1986/65).

Este alto Tribunal ha venido señalando que **será motivo de casación la resolución de instancia que haya establecido una pena manifiestamente desproporcionada**, así SSTS 390/1998, de 21 de marzo; 56/2009, de 3 de febrero y 588/2013 de 24 de junio.

En el caso de autos **la pena finalmente impuesta a mi principal es manifiestamente desproporcionada, extremo reconocido por la propia resolución de instancia en su fundamento jurídico décimo:**

*«DÉCIMO. **La Sala considera que las penas que impone, que son las legalmente establecidas, son desproporcionadas a la culpabilidad de los acusados.** Los hechos no revisten la gravedad de esas penas, por lo que informará favorablemente la petición de un indulto parcial, que justifiquen, por parte de las defensas».*

De este modo, la proporcionalidad opera como límite, máximo o mínimo, a la intervención penal, **correspondiendo al arbitrio judicial hallar el equilibrio justo entre el principio de legalidad, por un lado, y la antijuricidad de la acción y la culpabilidad del sujeto activo del delito, por el otro.**

Dentro del marco penológico definido por el legislador el Juez Penal deberá valorar que pena en concreto procede imponer al individuo en particular.

Este equilibrio deberá ser objeto de especial motivación por el Juez, dando con ello cumplimiento al mandato contenido en el art. 120.3º CE y art. 66.1 CP, **encontrándose el justo equilibrio en la equivalencia entre la gravedad de la pena y la gravedad del delito.**

En esta función de individualización de las penas por el Juez penal, las SSTS 251/2013, de 20 de marzo y 767/2009, de 16 de julio <la Ley 125096/2009>, han venido manifestando, que **esta individualización de la pena realizada por el Tribunal de instancia es revisable en casación** por el cauce del ordinal primero del art. 849 LECrim. Esta revisión no se limita sólo a los grados o mitades a que hace referencia el art. 66 CP, sino que también se circunscribe a la valoración de los criterios jurídicos que han sido objeto de valoración por el Tribunal de Instancia, para poder determinar la concreta individualización de la pena.

Preceptúa el art. 66.2º y 8º CP:

«Artículo 66.1 En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces y tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas: [...] 2º.- Cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concorra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes [...] 6ª.- Cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la Ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho [...] 8º.- Cuando los jueces o tribunales apliquen la pena inferior en más de un grado podrán hacerlo en toda su extensión.»

El art. 66.1 CP impone expresamente al Juez la obligación de razonar en la Sentencia como han sido valorados los factores de determinación de la pena, y en especial, la gravedad del hecho y las circunstancias personales del culpable.

En consecuencia, la determinación individual de la pena vendrá integrada por las circunstancias del delito y las del autor.

El hecho de que la pena deba ser proporcional a las circunstancias del delito y de su autor, supone, a su vez, la existencia de diferentes grados de culpabilidad en el delito, cuya intensidad deberá ser valorada por el Juez y razonada en la resolución, y ello es así por la existencia de evidentes desigualdades en la antijuricidad de la acción desplegada entre los distintos condenados que requiere necesariamente de un tratamiento judicial desigual.

El Juez deberá velar porque la elección de la pena concreta module por un lado la específica lesión del bien jurídico protegido y por otro la intensidad de la acción antijurídica desplegada por el autor. Esta modulación entre la gravedad del hecho y la culpabilidad del autor para determinar la pena concreta a imponer debe realizarla el Juez a través de las reglas arbitradas en el art. 66 del CP.

En este sentido, señala la Sentencia 206/2017, de fecha 28/03/2017, Rec. 1687/2016, Ponente: (la Ley 15281/2017), fundamento jurídico sexto:

«SEXTO.- [...] El Código Penal en el artículo 66 establece las reglas generales de individualización y en el artículo 72 concluye disponiendo que los Jueces y Tribunales razonen en la sentencia el grado y la extensión de la pena concretamente impuesta [...] En esta tarea individualizadora de la pena, el art. 68 CP establece que debemos atenernos al número y la entidad de los requisitos que falten o concurren, y las circunstancias personales de su autor, sin perjuicio de la aplicación del artículo 66 CP donde en su regla primera, establece como criterios de adecuación, las circunstancias personales del

delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho; si bien, en Acuerdo de Pleno de 1 de marzo de 2005, establecimos que el art. 68 CP, cuando remite al art. 66, no excluye ninguna de sus reglas, entre ellas, la 8ª: cuando los jueces o tribunales apliquen la pena inferior en más de un grado podrán hacerlo en toda su extensión [...]»

La graduación de los elementos del delito a través de las circunstancias modificativas se concreta en el art. 66.1 CP atendiendo al concepto de «gravedad del hecho» y a las «circunstancias personales del delincuente», de donde se establece la necesidad de valorar conjuntamente todos los elementos del delito para la determinación de la pena judicial concreta.

En cuanto a la valoración de la gravedad del hecho como factor genérico de determinación de la pena deben incluirse las circunstancias, tanto objetivas como subjetivas, que pertenecen al delito concretamente cometido y que suponen mayor o menor afectación al bien jurídico protegido, tales como el grado de intensidad en la acción antijurídica desplegada por el autor.

De cuanto antecede, la pena proporcionada a esta concreta gravedad (tras valorar las circunstancias del delito) es una pena que produce efectos preventivos generales, pero también especiales, puesto que sólo si es proporcionada está en condiciones de evitar un nuevo delito. Estas estimaciones preventivas pueden determinar la aplicación de una pena inferior a la proporcional a la gravedad del delito.

La decisión judicial debe asignar una pena a un individuo concreto que ha realizado un hecho delictivo, de donde prevalecerá siempre la consideración de lo individual sobre lo colectivo, es decir, la prevención general no es un objetivo a perseguir por el Juez, debiendo necesariamente prevalecer las circunstancias personales del delincuente y las circunstancias que rodean al ilícito cometido, como pauta de valoración por el Juez penal, a la hora de individualizar la sanción penal, pues esta se aplica al caso concreto.

El art. 66.1.2ª CP, permite una rebaja excepcional en el caso de que concurra varias atenuantes o una de ellas sea muy cualificada. **La jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido de apoyar la obligatoriedad de descender la pena inferior en un grado, resultando facultativo rebajarla en dos, acudiendo fundamentalmente a argumentos propios de la necesaria proporcionalidad que se vería burlada de imponerse la pena básica en un supuesto de evidente disminución de gravedad.**

La aplicación de circunstancias modificativas supone la individualización de la pena, a partir, de la intensidad en la antijuricidad del injusto y del grado de culpabilidad del autor, de tal modo que la pena guarde relación entre ambos conceptos, hasta el punto que la propia Ley establece en el art. 66.1.2ª CP, unos márgenes muy amplios, que facultan al Juez penal, para rebajar la pena hasta en dos grados, y recorrerla en toda su extensión, si aquél lo entiende proporcionado en función de las necesidades de prevención especial al caso concreto.

En este sentido, esta Sala Segunda, recuerda en sus (SSTS 1225/1988 de 26 de junio, 254/1999 de 23 de marzo, 782/1998 de 5 de junio, 385/97 de 18 de marzo), los acuerdos adoptados en el Pleno no Jurisdiccional de 23/03/1998:

«[...] Esta Sala acordó en el Pleno no jurisdiccional de 23 de marzo de 1998, que la rebaja en un grado, lo es por imperativo legal, quedando la Sala dispensada de fundamentación, lo que sí debería realizar de modo inexcusable si se acoge a la facultad discrecional de rebajar la pena en dos grados».

A mayor abundamiento, esta excelentísima Sala ha argumentado la reducción de la pena en dos grados en aplicación del art. 66.1, regla segunda:

«[...] en función de la adecuación o proporcionalidad entre la antijuricidad de la acción y la menor culpabilidad del condenado».

A este respecto, ha señalado este alto Tribunal (STS 859/2013, de 21 de octubre) que una muy poderosa razón para la imposición de la pena en su grado mínimo es la de carecer de motivos para la elevación de aquélla, de tal modo, que no encontrar, ni exponer razones para otra opción más grave, implícitamente comporta la adopción de un argumento de enorme fuerza jurídica: el «favor libertatis».

En lo que concierne a la atenuante del art. 21.4 CP, que se invoca por analogía con base en el art. 21.7 CP, la confesión del art. 21.4º CP no reside en la contrición o arrepentimiento del sujeto activo del delito, sino en el hecho objetivo de la colaboración de aquél en la investigación del delito, así lo ha manifestado este alto Tribunal en Sentencia de fecha 8/11/2006, recurso 84/2006 (la Ley 3996/1995).

Es decir, no se trata de una atenuante que premia el arrepentimiento del sujeto activo, sino que premia la colaboración con la administración de justicia en el sentido de facilitar el ejercicio del «ius puniendi» del Estado como garante de los bienes jurídicos tutelados en el Código Penal, en idéntico sentido, STS de fecha 30/03/2006.

Entendido en esos términos, la confesión del art. 21.4 CP cobra especial relevancia para su apreciación como circunstancia muy cualificada de la responsabilidad, no sólo por el hecho cierto de que todos y cada uno de los acusados reconoce los hechos contenidos en el escrito de acusación del Ministerio Fiscal, sino esencialmente, en tanto en cuanto se configura como el único medio de prueba de que dispondría el Ministerio Público para enervar la presunción de inocencia que ampara a mi poderdante, atendidos los razonamientos vertidos en el motivo primero del presente del presente recurso, así como en función de los razonamientos contenidos en los motivos segundo y tercero del mismo.

Respecto de los motivos alegados en el motivo primero del presente recurso de casación, los principales efectos de la confesión de todos y cada uno de los siete imputados en la pieza separada sexta, tiene como finalidad primordial la de enervar la presunción de inocencia del art. 24.2 CE que les ampara a todos y cada uno de ellos al inicio de las sesiones de la vista oral, y en relación con todos y cada uno de los hechos que se les imputa por el Ministerio Público en su escrito de acusación.

El reconocimiento de los hechos, en una causa compleja como la de autos, con siete imputados en diferentes roles y situaciones comporta la pérdida del derecho fundamental de todos ellos a hacer valer no sólo su derecho a la presunción de inocencia, sino en puridad, exime a la acusación pública de validar ante el Tribunal aquellas pruebas de cargo cuya validez habían sido cuestionadas por las defensas, por lo que queda exento el Ministerio Fiscal de acreditar, más allá de toda duda razonable, los hechos objeto de acusación.

De cuanto antecede, el reconocimiento de los hechos por todos los acusados, más allá de constatar el arrepentimiento de estos, dando cumplimiento a la finalidad de prevención especial de la pena, favorece el ejercicio del «ius puniendi» del Estado en su obligación de tutela de los bienes jurídicos protegidos por la norma penal, garantizando la aplicación de la justicia material al caso.

La finalidad y efectos de la confesión de todos y cada uno de los acusados ante el Tribunal que enjuicia los hechos, tiene pues unas connotaciones especialmente cualificadas, van más allá de una simple circunstancia atenuante, vea la superioridad que la declaración de cada acusado enerva por sí la presunción de inocencia sobre los demás coacusados, y la declaración en bloque de todos ellos, reconociendo los hechos descritos por el Ministerio Fiscal, deben ser valoradas conjuntamente con la intensidad de la acción antijurídica desplegada por cada uno de dichos acusados, a efectos de imponer una pena concreta proporcional a la antijuricidad del hecho y a la gravedad del delito, que en el caso de mi poderdante, se circunscribe a facilitar cinco números de teléfono a cambio de 15€.

La Sentencia de este Alto Tribunal número 4/2018, de fecha 10/01/2018, Rec. 342/2017, Ponente Excmo. Sr. Don <la Ley 21/2018>, en su fundamento jurídico séptimo destaca:

«SÉPTIMO.- 3. [...] Consideraciones que conducen a estimar el recurso, no como consecuencia de matizaciones en la estimación de los tipos agravados o de error de prohibición sobre una causa de justificación o de no exigibilidad de otra conducta, cuestiones que restan fuera del objeto del recurso, sino por la ponderación omitida en la motivación de elementos contenidos en la sentencia que revelan además de una menor culpabilidad, mayor que la ponderada y también una relevante menor antijuricidad en los términos expresados, que determinarán una relevante y especial intensidad lógicamente tributaria de la degradación en dos grados.»

De cuanto antecede, constatada una menor antijuricidad de la acción y una menor culpabilidad de mi principal, y de conformidad con lo que se ha venido desarrollando en los antecedentes motivos del presente recurso de casación, procede para evitar la desproporción de la pena impuesta reconocida en Sentencia, la aplicación del art. 66.1.2ª CP, reduciendo la pena en dos grados respecto de DOÑA

La antijuricidad de la acción, esto es, facilitar cinco números de teléfono a cambio de 15€ es absolutamente desproporcionada con la desorbitada pena finalmente impuesta, pero también es desproporcionada en relación con las conductas antijurídicas desplegadas por el resto de los acusados.

Razones de justicia material abogan por la reducción de la pena en dos grados toda vez que no es justo que DOÑA sea la que facilita el menor número de datos (cinco números de teléfono), perciba la «dádiva» menor (quince euros) y acabe finalmente con una condena de más del doble respecto de tres de los condenados e idéntica a la de otros funcionarios que han facilitado datos mucho más sensibles, a cambio de una «dádiva» muy superior y sobre cientos de personas.

En virtud de todo lo expuesto,

SUPLICO A LA SALA: Que tenga por presentado este escrito junto con los documentos y las copias que se acompañan, y que tenga por interpuesto en tiempo y forma el presente **RECURSO DE CASACION** por los motivos citados de infracción de precepto constitucional e infracción de Ley contra la **Sentencia nº dictada por la Sección de la Sala de lo Penal de la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona, en fecha 23 de noviembre de 2017**, en juicio oral y única instancia en procedimiento abreviado nº, **así como frente al Auto de Aclaración de la meritada Sentencia, de fecha cinco de febrero de 2018**, fallado por el citado Tribunal, en el procedimiento abreviado nº, dimanante de la pieza separada sexta de las Diligencias Previas nº, seguidas ante el Juzgado de Instrucción de Barcelona, y previa admisión del Recurso, dicte sentencia por la que:

Estimando el primer motivo de casación, por el cauce del art. 852 LECrim., por infracción del Derecho Fundamental a la intimidad del art. 18.1

CE en relación con el art. 18.3 CE, declare la vulneración del derecho de defensa de DOÑA, causando efectiva indefensión a mi principal, con vulneración del art. 24.1 CE, ante la falta de control judicial sobre las interceptaciones telefónicas que afectan a la intimidad y defensa de mi poderdante, reestableciendo la tutela judicial efectiva, así como el derecho a un proceso judicial con todas las garantías del art. 24.2 CE, declarando la nulidad de las pruebas de grabación, escucha y transcripción de las llamadas telefónicas como prueba de cargo enervatoria de la presunción de inocencia de DOÑA así como de las Actas y seguimientos policiales derivados de dichas interceptaciones telefónicas, de conformidad con lo preceptuado en el art. 11.1º LOPJ, revocando la Sentencia de Instancia, y dictando otra nueva por la que apreciando la especial cualificación de la confesión de mi poderdante el día de la vista oral, aplique la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal del art. 21.7 en relación con el art. 21.4 ambos del CP, de conformidad con lo dispuesto en el art. 66.2 CP, reduciendo en dos grados la pena que sea procedente e imponiendo la misma en su grado de extensión mínimo, con el límite máximo a los efectos de ejecución de la pena establecidos en el art. 76 del Código Penal.

Estimando el segundo motivo casacional, por el cauce del art. 852 LECrim., por vulneración de Derecho Fundamental a la proporcionalidad (art. 25.1º CE) entre la acción antijurídica desplegada por mi principal y la pena efectivamente impuesta, declare la desproporcionalidad de la pena impuesta con conculcación del derecho a la igualdad consagrado en el art. 14 CE, al evidenciarse un trato discriminatorio con el resto de coimputados en las demás piezas separadas, así como discriminación respecto al trato penológico dispensado a mi principal en relación con los distintos encausados en la presente pieza sexta, revocando la Sentencia de instancia, dictando otra nueva por la que, apreciando la confesión de mi principal como muy cualificada, y valorando las circunstancias personales de mi principal, así como, la antijuricidad de la acción desplegada, subsane el derecho fundamental a la proporcionalidad, reduciendo la pena en dos grados, e imponiéndola en su extensión mínima, por aplicación del art. 66.2 CP.

Estimando el tercer motivo casacional, por el cauce del art. 852 LECrim., por vulneración de Derecho Fundamental a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE, respecto del delito de revelación de secretos del art. 197.2.4 y 7 del CP, case este Alto Tribunal la Sentencia de Instancia y dicte otra nueva por la que reestableciendo el derecho fundamental a la presunción de inocencia vulnerado, absuelva a mi poderdante del delito de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197.2.4 y 7 CP por el que ha sido condenada.

Estimando el cuarto motivo de casación, por el cauce del art. 849.1º LECrim., por infracción de Ley, al conculcarse el art. 73 CP por existir un concurso de normas entre los delitos de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197 CP, en sus modalidades agravadas del ordinal 7º y del art. 198 CP, en relación con el delito de cohecho del art. 419 CP, declarando

que el delito de cohecho del art. 419 CP queda absorbido por el delito de descubrimiento y revelación de Secretos, procediendo la aplicación del art. 8.3 CP.

Subsidiariamente, caso de entender que existe un concurso de delitos de descubrimiento y revelación de secretos de los arts. 197.7 CP y 198 CP, en relación con un delito de cohecho del 419 CP, declare que dicho concurso es un concurso medial, a solventar por el art. 77 CP vigente en la fecha de los hechos, dictando Sentencia condenatoria respecto de mi principal DOÑA como autora de un delito de revelación de secretos del art. 197.2.4 y 7 CP en relación con el art. 198 ambos del CP, con el límite penológico establecido en el art. 76 CP.

Estimando el quinto motivo casacional, por el cauce del art. 849.1º LECrim., por infracción de Ley, revoque la resolución de instancia en relación con la continuidad delictiva (art. 74.1 CP) en el delito de cohecho del art. 419 CP, por entender que no procede la continuidad delictiva en el caso de autos, dictando nueva Sentencia por la que se declare que no concurre la continuidad delictiva del art. 74 en relación con el delito de cohecho del art. 419 CP.

Estimando el sexto motivo de casación, por el cauce del art. 849.1º LECrim., por infracción de Ley, por indebida aplicación del art. 419 CP, por entender que no concurre el ánimo de lucro requerido por el tipo penal, dictando nueva sentencia por la que mi principal sea absuelta del delito de cohecho.

Estimando el séptimo motivo de casación, por el cauce del art. 849.1º LECrim., por infracción de Ley, revoque la resolución de instancia por conculcar el art. 66.2 CP, al ser procedente la reducción de la pena en dos grados, atendida la atenuante analógica muy cualificada del art. 21.7 CP en relación con el art. 21.4 CP, dictando nueva resolución por la que establezca la aplicación del art. 66.2º y 8º CP reduciendo la pena en dos grados y fijando su extensión en el grado mínimo.

Es Justicia que pido en Madrid, a 24 de febrero de 2.018.