

## **Jurisdicción: Penal**

Recurso de Casación núm. **3845/1998**.

### **INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE DOCUMENTOS Y VIOLACIÓN DE SECRETOS:**

Autoridad o funcionario público que revelare secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados: bien jurídico protegido; diferencia entre el ilícito penal y administrativo; existencia: agente de Policía que avisa a ocupantes de vivienda del inminente registro de la misma. PRINCIPIOS JURIDICOS: «Non bis in idem»: vulneración inexistente: coexistencia de condena a agente de Policía por delito de violación de secretos junto a sanción disciplinario-administrativa.

La Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Badajoz condenó a R.A. F. D., como autor de un delito de revelación de secretos, concurriendo la atenuante de arrepentimiento espontáneo, a las penas de multa de doce meses, con una cuota diaria de 1.000 ptas. e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de un año. Contra la anterior Resolución el condenado interpuso recurso de casación. El TS declara no haber lugar al recurso.

En la Villa de Madrid, a trece de julio de mil novecientos noventa y nueve.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **PRIMERO.-**

El Juzgado de Instrucción núm. 7 de Badajoz incoó procedimiento abreviado con el núm. 81/1997, contra R. A. F. D., y una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección Primera, que con fecha 7 de julio de 1998, dictó Sentencia que contiene los siguientes hechos probados:

«El día 4 de marzo de 1997, por parte del Grupo de Estupefacientes de la Comisaría de Badajoz, en la persona de su Comisario Jefe Provincial, se interesó del Juzgado de Instrucción Número Dos de Badajoz, en servicio de guardia a la sazón, se concediera autorización para efectuar registro en el domicilio, en C/ Río Záncara núm. ... de esta ciudad, de E. M. S., conocida como "La Quina", fundamentándose dicha solicitud en el hecho de tratarse de persona que con carácter habitual se dedicaba a la venta de sustancias estupefacientes; habiéndose observado previamente los días 4, 5, 6, 7 y 10 del mes de febrero, innumerables visitas de habituales consumidores al indicado domicilio, y como el hijo de aquella adoptaba inequívocas y elocuentes medidas de prevención a la hora de dar entrada a aquéllos en el domicilio hasta comprobar la falta aparente de presencia policial en los alrededores. Se indicaba entonces, y después se ha acreditado, que la referida E. sufrió en el año 1993 un registro en su domicilio que produjo como resultado la incautación de ciertas cantidades de heroína, cocaína, dinero y otros efectos de ilícita procedencia. El referido Juzgado, con fecha 13 de febrero de 1997, dictó Auto autorizando la entrada y registro en el domicilio de la referida E. M. S., a realizar a partir de las 18.30 horas de aquel día, e incoó diligencias previas, dándoles el núm. 44/1997. II.- El acusado R. A. F. D., mayor de edad y sin antecedentes penales, miembro del Cuerpo Nacional de Policía desde 1971, y adscrito al referido Grupo de Estupefacientes desde el año 1988, con conocimiento como miembro de éste de que, solicitada y autorizada judicialmente, se iba a practicar la descrita diligencia, procedió a telefonar a E. M. S. la misma tarde del día acordado para llevar a efecto aquella, informándole y avisándole en tal sentido. Poco rato después, sobre las 19.30 horas de ese día, 13 de febrero de 1997, se llevaría a cabo la mencionada diligencia, que arrojó un resultado negativo. III.- Transcurridos dos días de la tantas veces reseñada diligencia de Entrada y Registro, y sin que se haya acreditado existieran en ese momento sospechas o motivos de desconfianza en la persona del acusado; éste, comoquiera que atravesaba momentos de gran preocupación, sentimientos de haber obrado mal y desasosiego interior, procedió a convocar a sus inmediatos superiores, a los cuales narró lo sucedido y su concreta intervención, manifestándoles de igual forma -como ha venido haciendo a lo largo de esta causa- que la razón de su proceder fue el ganarse la confianza de "la Quina", al disponer de datos y elementos que podían hacerle pensar que ésta a su vez le suministraría datos para la obtención de resultados, en una mayor escala, en la lucha contra el tráfico de estupefacientes en la ciudad de Badajoz. Una vez transmitidos por el acusado a sus superiores, tales datos, elementos e indicios, se procedió a organizar y desarrollar la oportuna investigación policial sobre persona o personas que no han sido identificadas en la presente causa habida cuenta que las mismas arrojaron un resultado definitivamente negativo, sin que los agentes policiales recabaran dato o

conclusión alguna ni motivo para sostener la comisión de hecho delictivo alguno en relación con tal o tales personas».

## **SEGUNDO.-**

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

### **FALLAMOS:**

«Que debemos condenar y condenamos a R. A. F. D. (procedimiento abreviado núm. 81/1997, rollo de Sala núm. 52/1998, Juzgado de Instrucción de Badajoz-7), en quien concurre la circunstancia atenuante de arrepentimiento espontáneo, como autor criminalmente responsable de un delito de revelación de secreto o información no divulgable conocida por razón del cargo de funcionario, en grado de consumación, ya definido,

Remítase testimonio de esta resolución, con expresión de si es o no firme, a la Dirección General de la Policía, División de Personal, Instrucción de Expedientes.

## **TERCERO.-**

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS**

### **PRIMERO.-**

La Audiencia Provincial de Badajoz (Sección Primera) condenó al acusado R. A. F. D., miembro del Cuerpo Nacional de Policía desde 1971 y adscrito en la fecha de autos al Grupo de Estupefacientes de la Comisaría de Badajoz desde 1988, como autor de un delito de revelación de información de la que tuviera conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgadas, previsto y penado en el art. 417 CP, a las penas de multa de doce meses, con una cuota diaria de 1.000 pesetas, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de un año.

Los hechos de que traen causa la citada sentencia, en lo que aquí interesa, figuran relatados en el «factum» de la misma de la siguiente manera:

«Primero.-El día 4 de marzo de 1997, por parte del Grupo de Estupefacientes de la Comisaría de Badajoz, en la persona de su Comisario Jefe Provincial, se interesó del Juzgado de Instrucción Número Dos de Badajoz, en servicio de guardia a la sazón, se concediera autorización para efectuar registro en el domicilio, en C/ Río Záncara núm. ... de esta ciudad, de Emilia M. S., conocida como "La Quinta", fundamentándose dicha solicitud en el hecho de tratarse de persona que con carácter habitual se dedicaba a la venta de sustancias estupefacientes; habiéndose observado previamente los días 4, 5, 6, 7 y 10 del mes de febrero, innumerables visitas de habituales consumidores al indicado domicilio, y cómo el hijo de aquélla adoptaba inequívocas y elocuentes medidas de prevención a la hora de dar entrada a aquéllos en el domicilio hasta comprobar la falta aparente de presencia policial en los alrededores. Se indicaba entonces, y después se ha acreditado, que la referida E. sufrió en el año 1993 un registro en su domicilio que produjo como resultado la incautación de ciertas cantidades heroína, cocaína, dinero y otros efectos de ilícita procedencia. El referido Juzgado, con fecha 13 de febrero de 1997, dictó Auto autorizando la entrada y registro en el domicilio de la referida E. M. S., a realizar a partir de las 18.30 horas de aquel día, e incoó diligencias previas, dándoles el núm. 44/1997. II.-El acusado R. A. F. D., mayor de edad y sin antecedentes penales, miembro del Cuerpo Nacional de Policía desde 1971, y adscrito al referido Grupo de Estupefacientes desde el año 1988, con conocimiento como miembro de éste de que, solicitada y autorizada judicialmente, se iba a practicar la descrita diligencia, procedió a telefonar a E. M. S. la misma tarde del día acordado para llevar a efecto aquélla, informándole y avisándole en tal sentido. Poco rato después, sobre las 19.30 horas de ese día, 13 de febrero de 1997, se llevaría a cabo la mencionada diligencia, que arrojó un resultado negativo».

## **SEGUNDO.-**

Contra la sentencia condenatoria de instancia se alza en casación el representante legal del acusado formulando un único motivo al amparo del art. 849.1º LECrim por indebida aplicación del art. 417.1 CP. Sostiene el recurrente como núcleo de sus alegaciones que los hechos probados por el Tribunal Juzgador, «que en modo alguno son objeto de ningún cuestionamiento, no son constitutivos de infracción penal, sino, y en todo caso, de una falta grave de índole administrativo» (sic). Tras una primera incursión

dialéctica en el concepto del Derecho Penal como la «última ratio» del sistema punitivo del Estado, que se funda en el principio de intervención mínima, aborda el recurrente el análisis del tipo delictivo recogido en el art. 417 CP, distinguiendo los conceptos de «secreto» e «información» contenido en el precepto, estimando que la cuestión a dilucidar está en distinguir «entre el ámbito del secreto y la información que no debe ser divulgada al amparo del art. 417, con respecto al deber de sigilo exigible a los funcionarios públicos...» que se sanciona como falta grave por el art. 7.1 j) del RD 33/1986, de 10 de enero, del Régimen Disciplinario de la Administración del Estado, llegando a la conclusión de que el precepto penal solamente sería aplicable cuando la información indebidamente revelada, por su entidad, genera daño a la causa pública, lo que, según la parte, no ha tenido lugar en el supuesto examinado al calificar los hechos el Ministerio Fiscal como constitutivos del tipo previsto en el art. 417.1, párrafo primero que no contempla el «grave daño para la causa pública».

### **TERCERO.-**

Es claro que el reproche casacional no puede prosperar.

Ciertamente, el bien jurídico protegido por la figura delictiva tipificada en el art. 417.1 CP es, con carácter general, el buen funcionamiento de las Administraciones Públicas y, en definitiva, el bien común como prioritario objetivo a que va dirigido el desempeño de la actividad de los funcionarios que las integran, en tanto que la revelación de los secretos e informaciones no divulgables irrogan un perjuicio de mayor o menor relevancia al servicio que la Administración presta a los ciudadanos.

Nos encontramos, efectivamente, con un tipo penal abierto por imperativo de la realidad, toda vez que no resulta posible establecer casuísticamente en la norma los secretos e informaciones concretas cuya revelación integre la conducta típica. Por ello mismo, el quebrantamiento del deber de sigilo y discreción que se impone al funcionario público por el art. 80 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado constituirá una infracción administrativa o un ilícito penal según la relevancia del hecho, de suerte que cuando la infracción del deber funcional ocasione un perjuicio de menor entidad a la causa pública, la conducta permanecerá en el ámbito de la infracción administrativa [art. 7.1 j)] del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, del Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado: («1. Son faltas graves:... j): no guardar el debido sigilo respecto a los asuntos que se conozcan por razón del cargo, cuando causen perjuicio a la Administración o se utilice en beneficio propio»), siendo objeto, en tal caso, de la potestad sancionadora de la Administración. Pero cuando el daño generado al servicio público -o a un tercero- adquiera una cierta relevancia la conducta del funcionario desbordará el marco de la ilicitud administrativa para integrar un ilícito penal que, a su vez, será incardinable bien en el párrafo segundo del apartado 1 del art. 417 CP, cuando de la revelación «resultare grave daño para la causa pública o para tercero», o bien en el párrafo primero de dicho epígrafe, en el caso de que el daño ocasionado no deba calificarse de «grave».

Precisamente en la determinación de la entidad del perjuicio y en la relevancia mayor o menor de la información revelada radica la aplicación del principio de intervención mínima del Derecho Penal, o la «última ratio» a que se refiere el recurrente, y habrá de ser el Juez o Tribunal el encargado de resolver la ilicitud penal o administrativa del hecho concreto enjuiciado. En el caso actual, el Tribunal sentenciador decidió hacer uso de la «última ratio» porque apreció la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos objetivos, normativos y subjetivos del tipo penal, que analiza en una extensa y rigurosa fundamentación jurídica a cuyas consideraciones nos remitimos en este momento. Es de destacar, por otra parte, que el Tribunal de instancia considera en su sentencia (fundamento de derecho tercero y sexto) que la conducta del acusado se integra en el párrafo segundo del núm. 1 del precepto penal, al entender y explicar, que aquélla constituye el subtipo agravado de ocasionar «grave daño» a la causa pública toda vez que «a resultas de la revelación del secreto o información, la diligencia de entrada y registro se vio frustrada y, con ello, la investigación de un delito, y a la postre, el servicio se prestó mal y sin éxito, con las consecuencias a las que ya se aludió, vinculadas al concepto de causa pública y servicio a la comunidad...» No obstante lo cual, el juzgador excluye esa agravación específica al no haber sido considerada por el Ministerio Fiscal -que sólo acusó por el primer párrafo del art. 417 CP- en aras del respeto al principio acusatorio.

Pero la postura procesal del Fiscal no puede tener las consecuencias exculpatorias de la responsabilidad criminal del acusado que defiende el recurrente, según el cual, al descartarse por la acusación pública que el hecho hubiera ocasionado un «grave daño» al interés común a que se dirige la actividad de la Administración, la conducta de aquél no habría de exceder el ámbito de una mera infracción administrativa de carácter disciplinario. Porque si se aceptara la tesis de la parte recurrente, el párrafo primero del apartado 1 del art. 417 CP quedaría vacío de contenido y totalmente superfluo e inútil, burlándose de esta manera la voluntad del legislador que, según se sostiene por la doctrina, establece en el precepto un subtipo agravado por un resultado particularmente dañoso al interés público, pero

manteniendo como tipo penal básico la conducta típica cuando la consecuencia objetiva de la acción, aun siendo relevante por el perjuicio ocasionado no alcance la gravedad requerida para el subtipo agravado, sirviendo así de puente entre el ilícito administrativo y el repetido subtipo agravado. Por eso, y aunque el Fiscal no apreciara en la actuación del acusado un resultado de grave daño a la causa pública, ello no empece en absoluto la constatación de que la consecuencia de la acción fue notablemente perjudicial para el bien jurídico protegido, adquiriendo el hecho una inequívoca relevancia penal que, por la trascendencia del suceso, excede con mucho la ilicitud administrativa.

Pero es que, aun en el caso de que el mismo hecho se encuentre simultáneamente previsto en el Ordenamiento como constitutivo de infracción disciplinaria y como ilícito penal, el Juez o Tribunal competente en este orden habrá de proceder a su enjuiciamiento como consecuencia del principio de prevalencia del Derecho Penal con independencia de la respuesta que la Administración pueda dar a esa misma conducta en el ejercicio de su potestad sancionadora, que puede coexistir con la sanción penal sin que por ello se resienta el principio «non bis in idem» que emana del principio de legalidad recogido en el art. 25 CE, pues, como es suficientemente sabido, nada empece a esa doble consecuencia punitiva, penal y disciplinario-administrativa, en el marco de la relación del funcionario con la Administración caracterizada por la especial supremacía de ésta que justifica el «ius puniendi» de los Tribunales y, a la vez, la potestad sancionadora de la Administración.

## **PARTE DISPOSITIVA**

### **FALLAMOS:**

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el acusado R. A. F. D., contra Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección Primera, de fecha 7 de julio de 1998, en causa seguida contra el mismo, por delito de revelación de secretos o informaciones.