



Roj: **AAP BU 598/2024 - ECLI:ES:APBU:2024:598A**

Id Cendoj: **09059370012024200503**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Burgos**

Sección: **1**

Fecha: **24/05/2024**

Nº de Recurso: **143/2024**

Nº de Resolución: **473/2024**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Auto**

Ponente: **MARIA LUISA QUIROS HIDALGO**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

BURGOS

AUTO: 00473/2024

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCIÓN PRIMERA

BURGOS

ROLLO DE APELACIÓN NÚM. 143/24

DILIGENCIAS PREVIAS NÚM. 459/21.

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN NÚM. 4 DE BURGOS.

ILMO/AS. SR/AS. MAGISTRADO/AS:

D. FRANCISCO MANUEL MARÍN IBÁÑEZ.

D^a M^a DOLORES FRESCO RODRÍGUEZ.

D^a M^a LUISA QUIRÓS HIDALGO.

A U T O NÚM. 473/2024

En Burgos, a veinticuatro de mayo de dos mil veinticuatro.

I .- ANTECEDENTES DE HECHO .

PRIMERO.- Por la procuradora Doña Marta Franch Martínez en nombre de Renato se interpuso recurso de Apelación contra el Auto de fecha 7 de marzo de 2023 acordando el sobreseimiento libre y archivo de las actuaciones; resolución dictada por el Juzgado de Briviesca nº 4 de Burgos en las Diligencias Previas nº 459/21, habiéndose desestimado el previo recurso de reforma por auto de fecha 16 de enero de 2024 alegando en el escrito de interposición cuantas razones estimó necesarias como fundamento de su pretensión.



SEGUNDO.- Admitido el recurso de apelación, se dio traslado del mismo al Ministerio Fiscal y partes personadas, alegando lo que a su derecho convino, y remitidas las actuaciones para resolución a esta Sala de la Audiencia Provincial, habiéndose designado como ponente a la Ilma. Sra. Magistrada D^a M^a Luisa Quirós Hidalgo, quedaron las actuaciones pendientes para dictar la resolución oportuna.

II .- RAZONAMIENTOS JURÍDICOS .

PRIMERO.- Las presentes actuaciones se iniciaron en virtud de querrela interpuesta por Renato contra Luciano , Farid , Flavio , Naim , Augusto y Jordán en la que relata los hechos que en síntesis se exponen a continuación:

Que el día 31 de agosto, sobre las 20:45 horas, antes de remitirse al Instructor del procedimiento disciplinario y antes de tener conocimiento el denunciante, la Edición Digital del diario.es publica la siguiente información " Defensa abre una investigación a un teniente coronel por hablar de "solución armada" para Catalunya", habiéndose faltado por parte de un funcionario o de varios a la obligación de reserva y confidencialidad por haberse producido una filtración.

En cuanto al contenido se dice "El Ministerio de Defensa ha abierto una investigación al teniente coronel en la reserva Renato por firmar un artículo de opinión en el diario ultraderechista Alerta Digital". Sobre el resto de particulares nos remitimos a la información publicada. La Orden de Incoación es registrada en el Departamento Subsecretaría de Defensa (del Ministerio de Defensa), con el número Procedimiento Disciplinario SUBSEC 01/2018, cuyo responsable es el Ilmo. Sr. Subsecretario D. Naim .

Sigue diciendo la querrela que en la Orden de Incoación, que le es notificada el día 14 de septiembre de 2028 y aparece un sello de Registro de la DIVOPE-CESEGET SP OTAN/UE-SGPMC ET, siendo que la incoación la efectúa directamente el Ministerio de Defensa, en concreto la misma Excm. Sra. Ministra de Defensa, y que debe ser remitida directamente al Instructor del expediente; faltándose así de nuevo a la reserva y confidencialidad, pasando por una unidad que resulta ser un tercero ajeno al mismo, integrada en el Estado Mayor del Ejército, con sede en el Cuartel General del Ejército, y cuyo responsable se el Ilmo. Coronado Flavio que dada su situación de reserva no dependía del Cuartel General del Ejército, sino a efectos administrativos del Ministerio de Defensa y de la Subdelegación de Defensa de Burgos y de la Subdelegación de Defensa de Burgos.

Asimismo, se señala que el día 3 de diciembre de 2029, como responsable de la Asesoría Jurídica del Cuartel General del Ejército, el Excmo. Sr. General Auditor D. Farid firmó oficio evacuando consulta en el marco del recurso 204/72/2019 que se sigue ante la Sala V del Tribunal Supremo; en el cual se pone de manifiesto que "obran antecedentes digitalizados del procedimiento" en cuestión en esa dependencia de Asesoría Jurídica del Cuartel General del Ejército; que ni es el órgano incoador del expediente administrativo ni tiene relación con el instructor del mismo.

Como segunda parte de la querrela se relatan hechos contra Luciano , instructor del expediente, manifestando que le entró una serie de fotocopias de manera desordenada, sin índice, ni numeración ni foliado y observándose una mala ejecución de la apertura del expediente con probable nulidad del expediente, sin embargo, no se pese a que se solicitó la suspensión de la declaración del querellante no se hizo caso a tal petición.

En relación con dicho querrellado se califican los hechos como constitutivos de un delito de prevaricación tipificado y penado en el artículo 404 del Código Penal.

Igualmente, se formula querrela contra Augusto , señalándose que se facilitan siete informes periciales en los que se observa la falta de formación del perito que lo realiza, no consta dirección, datos personales alguno de ninguna índole, faltan datos tanto de las titulaciones que dice tener como del lugar de realización y fecha de obtención.

Los hechos en relación a este querrellado los califica de delito de intrusismo profesional del artículo 403 del Código Penal y delito de incompatibilidad de funcionarios del artículo 441 del Código Penal.

Se alega que existe falsedad en el informe de 8 de septiembre de 2020 formulado en Madrid por el General Auditor, Asesor Jurídico, Farid en relación a la solicitud realizada por el Tribunal Supremo Sala V de lo Militar, motivada por el recurso 204/000072/2019.

Se señala en la querella como conclusión:

1º.- El expediente fue remitido por el Órgano responsable de materias clasificadas del MINISDEF, con oficio de remisión, que figura en el expediente de prueba, al MAPER que, a su vez, lo remitió con oficio de remisión, según figura en el expediente de prueba, a la Asesoría del Cuartel General de la División San Marcial cuando, realmente, el original fue a parar a la Asesoría del Cuartel General del Ejército, del que posiblemente hizo una copia informática irregular, ya que este organismo no puede realizarlas en material RESERVADO; de otro modo nunca podía haber llegado a esta Unidad como se puede comprobar en el cajetín de los oficios y que no sólo no es el conducto reglamentario para hacer llegar una documentación clasificada por no ser el Órgano de Control del Instructor que se encuentra en Burgos, Cuartel General de la División San Marcial, sino que tampoco tiene "necesidad de conocer".

2º.- Esta vez el expediente clasificado no fue recepcionado en el SGPIC de materias clasificadas del ET con sello de SPIC DIVOPE/SINTSEG de materias clasificadas de carácter internacional, como lo fue al inicio del procedimiento, sino que esta fue proporcionada irregularmente a la Asesoría Jurídica del ET por el MAPER, como se desprende del escrito de la pruebas documentales; el General D. Farid, a la sazón jefe de la misma, informa a la Sala V de lo Militar que en la Asesoría a su cargo y en el expediente de la falta grave que consta en sus archivos..., por lo que se deduce del citado escrito existe una copia del material RESERVADO en su Organismo, que no debía estar ni conocer y que, ahora, saben por su contestación en nombre del MINISDEF, diferente prueba documental, que son dos las copias que tiene su Organismo, UNA EN PAPEL Y OTRA DIGITAL.

3º.- Que el jefe de seguridad de un órgano es la persona que, propuesta por el jefe o responsable del organismo o entidad al que da servicio dicho órgano, y una vez aprobado su nombramiento, responde de la concreta aplicación de las normas para protección de la información clasificada.

4º.- Los jefes de seguridad de servicio de protección u órgano de control tiene, con carácter general, unas misiones de las que se derivan una serie de cometidos concretos entre ellas efectuar seguimiento y tener acceso a los documentos clasificados objeto de uso y consulta por parte de los usuarios, numerar y controlar las copias de dichos documentos y comprobar que su transporte se realice con las debidas garantías de seguridad.

Ante lo cual, por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Burgos se incoaron las diligencias de instrucción nº 459/21 y se dictó auto acordando la inhibición del conocimiento de las mismas al Juzgado de Instrucción de Madrid que por turno corresponda, dictándose por el Juzgado de Instrucción nº 49 de Madrid auto rechazando la inhibición.

Por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Burgos se dictó auto de fecha 7 de marzo de 2023 acordando el sobreseimiento libre de la causa.

Resolución con la que la parte recurrente muestra su disconformidad interponiendo recurso de reforma que fue desestimado por auto de fecha 7 de marzo de 2023.

Frente a la resolución que resuelve el recurso de reforma se interpone recurso de apelación alegando:

- a) Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), por absoluta falta de motivación del auto objeto de recurso.
- b) Improcedencia de decretar la inadmisión de la querella y el archivo de las presentes actuaciones, alegando que la resolución recurrida se ha dictado sin siquiera haber tomado declaración a los propios investigados.
- c) Que de los hechos relatado sen la querella se desprende que nos encontramos ante hechos que sí son constitutivos de delito, refiriendo que los informes técnicos incorporados como documentos 15 y 20 de la querella acreditan que nos encontramos en presencia de un delito de falsedad documental.

En cuanto al delito de revelación de secretos se alega que el carácter de material reservado y material clasificado se deduce de los propios sellos que se recogen en al documentación aportada y del informe técnico que se recoge en el documento 20 de la querella.

Respecto al delito de violación de secretos queda acreditado también con el documento 20 de la querella.

En cuanto al delito de usurpación de funciones y al delito de abuso en el ejercicio de la función al igual que el resto de delitos denunciados se sostiene por el querellante que se desprenden del documento nº 15 de la querella.

Se alega que el delito de prevaricación administrativa también se desprende de los informes periciales presentados.



d) Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su manifestación de derecho de acceso a la jurisdicción al causar la resolución recurrida una clara indefensión.

Por todo ello, se solicita la revocación del auto recurrido y se ordene la reapertura del procedimiento a fin de practicar las diligencias de investigación propuestas por el recurrente.

SEGUNDO.- El art. 779.1.1ª de la L.E.Cr. dispone: "1. *Practicadas sin demora las diligencias pertinentes, el Juez adoptará mediante auto alguna de las siguientes resoluciones:*

1ª Si estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no aparece suficientemente justificada su perpetración, acordará el sobreseimiento que corresponda notificando dicha resolución a quienes pudiera causar perjuicio, aunque no se hayan mostrado parte en la causa. Si, aun estimando que el hecho puede ser constitutivo de delito, no hubiere autor conocido, acordará el sobreseimiento provisional y ordenará el archivo."

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sección 1, de 7 de Abril 2015 (Ponente Andrés Palomo del Arco) se refiere a la doctrina constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, señalando que conforme reiterada doctrina constitucional y casacional (vd. por todas STC 50/2014, de 7 de abril de 2014), comprende el derecho de los justiciables a obtener de los órganos judiciales una respuesta congruente, motivada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas en el proceso. Ello supone, en primer lugar, que la resolución judicial ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 58/1997, de 18 de marzo y 25/2000, de 31 de enero). En segundo lugar , que la motivación esté fundada en Derecho (SSTC 276/2006, de 25 de septiembre y 64/2010, de 18 de octubre) o, lo que es lo mismo, que sea consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de un error patente o de la arbitrariedad (por todas, STC 146/2005, de 6 de junio).

Lo anterior conlleva la garantía de que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso. Tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 147/1999, de 4 de agosto ; 25/2000, de 31 de enero ; 221/2001, de 31 de octubre ; 308/2006, de 23 de octubre ; 134/2008, de 27 de octubre ; por todas).

En definitiva, el art. 24.1 CE impone a los órganos judiciales no sólo la obligación de ofrecer una respuesta motivada a las pretensiones deducidas, sino que, además, ésta ha de tener contenido jurídico y no resultar arbitraria (SSTC 8/2005, de 17 de enero ; 13/2012, de 30 de enero y 27/2013, de 11 de febrero , etc.).

El Auto de la AP de Madrid, sección 2ª, de 30 de Octubre de 2014 nos dice que ha de recordarse, a este respecto, como ha señalado un sector de la doctrina, de forma irreprochable desde un punto de vista estrictamente técnico-jurídico, que existe una consolidada doctrina en relación con la admisión a trámite de querellas, fijada en sentencias del TC y del TS como dijera la STC 148/1987, de 28 de septiembre, quien ejercita una querella "no tiene... un derecho incondicionado a la apertura y sustanciación del proceso penal, sino sólo a un pronunciamiento motivado del Juez en la fase instructora sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos".

Y es que, en relación a esta cuestión, todo justiciable sólo tiene un derecho a un pronunciamiento motivado del Juez en la fase instructora sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos, en la que indudablemente cabe la consideración de su irrelevancia penal y la denegación de la tramitación del proceso o su terminación anticipada de acuerdo con las propias precisiones de la LECrim, (AATC 191/89 y 849/97).

Dicho deber de motivación no obliga constitucionalmente al Juez o Tribunal a efectuar una exhaustiva descripción del proceso intelectual que le lleva a resolver en un determinado sentido, ni le impone un concreto alcance o intensidad en el razonamiento empleado, basta, por el contrario, que la motivación cumpla la doble finalidad de exteriorizar, de un lado, el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que ésta responde a una determinada interpretación y aplicación del Derecho, y de permitir, de otro, su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos previstos por el ordenamiento jurídico, sin que sea necesario el análisis pormenorizado de los elementos integrantes del tipo o tipos penales por los que se formula una querella (ATC 246/2007, de 22 de mayo EDJ 2007/57776).

También, cabe recordar el auto del TS de 9/05/2000, respecto de la inadmisión de una querella en la que "no se ofrecen datos o elementos fácticos que indiciariamente pudieran aparecer como constitutivos de los numerosos delitos que se citan".



En definitiva, como señala el Tribunal Constitucional tiene declarado que la decisión judicial de archivar unas diligencias previas por estimar que los hechos no son constitutivos de infracción penal no lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva, pues el derecho al ejercicio de la acción penal no supone un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino que es compatible con un pronunciamiento motivado del órgano judicial en fase instructora que la ponga término anticipadamente, de conformidad con las previsiones de la Ley de enjuiciamiento criminal, siempre que el órgano judicial entienda razonadamente que los hechos imputados carecen de ilicitud penal.

Esta Sala considera acertados los razonamientos contenidos en la resolución recurrida y aras a evitar reiteraciones no vamos a referirnos a los elementos de todos los tipos a que se hace referencia en la querella, a saber, falsedad documental del artículo 390 y siguientes del Código Penal, descubrimiento y revelación de secretos del artículo 197 del Código Penal, delito de violación de secretos de los artículos 417 y 418 del Código Penal, usurpación de funciones del artículo 402 del Código Penal, abuso en el ejercicio de su función del artículo 442 del Código Penal, intrusismo del artículo 403 del Código Penal e incompatibilidades del artículo 441 del Código Penal.

En relación con el *delito de descubrimiento y revelación de secretos* del artículo 197 del Código Penal sí que hemos de señalar que la STS nº 586/2016 de 04/07/2016, Rec 74/2016, nos dice que la gravedad de las penas asociadas al art. 197.2 del CP son bien expresivas de la necesidad de una fundada y grave afectación del bien jurídico protegido, que no es la intimidad, entendida en el sentido que proclama el art. 18.1 de la CE, sino la autodeterminación informativa a que se refiere el art. 18.4 del texto constitucional. Se trata de una mutación histórica de innegable trascendencia conceptual, de un derecho de nueva generación que otorgaría a cada ciudadano el control sobre la información que nos concierne personalmente, sea íntima o no, para preservar, de este modo y en último extremo, la propia identidad, nuestra dignidad y libertad.

Los hechos relatados en la querella no pueden ser calificados en ningún caso como constitutivos de dicho delito y ellos sin perjuicio de la valoración que de las conductas aquí denunciadas pudiera realizarse fuera del orden jurisdiccional penal si de la conducta denunciada se pudiesen haber generado daños y perjuicios en el honor del denunciante una vez finalice el expediente administrativo.

En relación con el delito de *violación de secretos del artículo 417 y 418 del Código Penal* que es contrapuesto del anterior ya que en este se parte de la legalidad del acceso al dato o información reservada (SSTs 214/2020 de 22 de mayo, 525/2014 de 17 de junio, SSTS 377/2023 de 3 de mayo) y que sanciona su divulgación hemos de recordar que en relación con los elementos del tipo penal de revelación de secretos, la STS, Sala 2ª, 499/2014 de 17 Jun. 2014, afirma: "Por último, en relación al delito del art. 417 CP, no resulta ocioso precisar -como hemos dicho en STS. 773/2013 de 22.10, el bien jurídico 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, (SSTS. 1191/99 de 13.7, 1249/2003 de 30.9). Pero junto a ello, y estrechamente imbricado en la protección de esos abstractos valores, el bien jurídico tutelado por el tipo, consiste en impedir que la revelación de secretos e informaciones no divulgables irroguen un perjuicio de mayor o menor relevancia al servicio de la Administración presta a sus ciudadanos (STS. 1144/2009 de 12.11).

El tipo penal del art. 417 es 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, 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 (SSTS. 1191/99 de 13.7, 1249/2003 de 30.9).

Ciertamente, como en otras muchas ocasiones nos encontramos en una materia fronteriza entre la infracción administrativa, conforme a la regulación de la Ley Orgánica de Protección de Datos 15/1999 de 13 de diciembre (artículo 3 c) y 6 en sus apartados 1 y 2) y el derecho penal. Conviene aclarar que los hechos se han de regir por la citada Ley Orgánica por cuanto la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales es posterior.



Tal y como establece el TS en la Sentencia de 10 de Junio de 2016, "la jurisprudencia de esta Sala viene estableciendo los criterios para diferenciar el delito de revelación de secretos, tipificado en ese artículo 417, de lo que constituiría una mera infracción administrativa. Así, en la Sentencia 114/2009, de 13 de julio, se declara que en la STS de 30 de septiembre de 2.003 decíamos que el bien jurídico protegido por la norma es, con carácter general, el buen funcionamiento de las Administraciones Publicas y, en definitiva, el bien común como objetivo prioritario del desempeño de la actividad de los funcionarios que las integran. Pero junto a ello, y estrechamente imbricado en la protección de esos abstractos valores, el bien tutelado por el tipo consiste en impedir que la revelación de secretos e informaciones no divulgables irroguen un perjuicio de mayor o menor relevancia, al servicio que la Administración presta a sus ciudadanos. En la misma resolución - con cita de la STS 1191/1999, de 13 de julio - se aplicaba el tipo básico previsto en el párrafo primero del número 1º del art. 417 C.P. y no el subtipo agravado porque dicho tipo básico se extiende a aquellas conductas típicas cuyas consecuencias aun siendo relevantes para el interés de la Administración y para la causa pública no alcanzan la gravedad requerida para el subtipo agravado, sirviendo así de puente entre el ilícito administrativo y el repetido subtipo agravado. Y añadíamos: "En el supuesto que examinamos, el Tribunal sentenciador razona sobre la concurrencia de cuantos elementos caracterizan esta figura delictiva, y en concreto se refiere a que el daño generado al servicio público o al tercero ha adquirido una cierta relevancia en cuanto se tratan de datos sensibles como son las informaciones relativas a operaciones comerciales intracomunitarias de diversas compañías mercantiles y satisfacción de tributos, información reservada que lógicamente estaba destinada a informar a otras compañías competidoras. Información que fue transmitida a terceros consumándose la conducta delictiva". En la misma línea, esta Sala tiene declarado que 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 ocasiona 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 C.P. , 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, y tales parámetros nos servirán para resolver la ilicitud penal o administrativa del hecho concreto que estamos analizando.

Como se expone en la Sentencia 476/2019 de 19 de septiembre de la Sección 29 de la Audiencia Provincial de Madrid, el bien jurídico protegido, en el delito tipificado por el artículo 417 del Código Penal : " ... es el buen funcionamiento de la Administración Pública que se ve alterado a causa de semejante revelación, es un delito especial restringido (MORILLAS CUEVA), en el que el sujeto activo es un funcionario público que debe conocer dicho secreto o información por razón de su oficio o cargo, lo cual implica una relación con el ejercicio de sus funciones, si bien el tipo no exige que se trate precisamente del funcionario formalmente responsable de la custodia del secreto, sino que bastará con que el acceso al mismo se produzca a través de o con ocasión del ejercicio de su función (CRESPO BARQUERO/CAMARERO GONZALEZ). Se trata de un tipo penal objetivo positivo (QUERALT JIMÉNEZ), estribando la conducta típica en revelar un secreto o una información, esto es, en comunicarlos a personas no autorizadas para conocerlos, revelación que puede ser llevada a cabo por acción o por omisión (VELEIJE ALVAREZ), sancionándose el delito sólo en su modalidad dolosa (MESTRE DELGADO), siendo un delito de resultado (ORTS BERENGUER), que se consuma cuando el tercero no autorizado conoce su contenido (NICOLÁS JIMÉNEZ). Por " secreto" debe entenderse todo aquello, ya sea con constancia documental o sin ella, que se encuentre declarado como tal en una disposición legal o al amparo de la misma, sancionándose en el precepto penal citado también la revelación de "informaciones" que no deban ser divulgadas, es decir, confidenciales o reservadas sujetas al deber de sigilo que incumbe a los funcionarios (TOMÁS-VALIENTE LANUZA). Aun tratándose de una información susceptible de calificarse como reservada o confidencial, se hace necesario realizar un juicio de relevancia que permita considerar su revelación como penalmente sancionable y rebasar el ámbito del ilícito administrativo , así en relación al principio de intervención mínima la jurisprudencia señala que "para discernir, entre las distintas informaciones de las que puede disponer un funcionario público, cuáles de aquéllas son merecedoras de protección penal frente a una injustificada difusión pública, resulta indispensable una ponderación de los valores en juego, en definitiva, de aquellos bienes jurídicos que podrían verse afectados o comprometidos si la información llegara a propagarse (STS 887/2008, de 10 de diciembre), entrando de lleno en la conducta sancionada por el tipo penal

las revelaciones relacionadas con diligencias policiales de investigación, cuyo conocimiento previo por quienes van a ser sometidas a ellas sí puede perjudicar de modo palmario el buen curso de la investigación y con ello el correcto funcionamiento de la Administración de justicia: avisos de inmediatos registros domiciliarios, detenciones, de la existencia de vigilancia personal o intervenciones telefónicas, de la ubicación y horarios de controles, etc. (SSTS 1191/1999, de 13 de julio, 1027/2002, de 3 de junio; 67/2013, de 30 de enero; 424/2014 de 28 de mayo, SAP Álava 257/2010, de 13 de julio; SAP Córdoba 264/2013 de 21 de octubre ; SAP Madrid 177/2015, de 17 de marzo

Aplicando la doctrina al caso, hemos de señalar que es el propio querellante quien aporta informe pericial (doc. 20) cuyo objeto es dictaminar si los 25 documentos aportados cumplen con la legislación vigente en materia de documentos clasificados e imagen formal e institucional y en las conclusiones del mismo se señala, "1º Existen 4 documentos en el expediente que por su contenido y naturaleza deberían estar clasificados como de USO OFICIAL y que, sin embargo, carecen de todo sello o registro que cubra la seguridad del documento en relación con la legislación vigente (Documentos 1, 2, 3 y 6).

2º Existen 7 documentos en el expediente que por su contenido y naturaleza deberían estar clasificados como de RESERVADO y que, sin embargo, carecen de todo sello o registro que cubra la seguridad del documento en relación con la legislación vigente (Documentos 8, 10, 11, 14, 15, 16 y 24).

3º Existen 4 documentos en el expediente que por su contenido y naturaleza no están convenientemente clasificados mostrando sellos o registros tales como CONFIDENCIAL u otros y que, sin embargo, no corresponden a su tipología en relación con la legislación vigente y que no cubren la seguridad del documento (Documentos 4, 5, 17 Segundo Subdocumento y 23).

4º Existen 11 documentos que deberían incorporar el sello del Órgano Oficial de Control asignado, tanto de salida como, de entrada, no constando sello ni identificación de clase alguna que así lo acredite y, además, careciendo de registro y asignación del número de documento, imposibilitando la adecuada trazabilidad de éstos (Documentos 5, 15 y 23 carecen de registro de salida y entrada de los Órganos de control; 4, 12, 17, 18, 19, y 21 carecen del registro de salida del correspondiente Órgano de control; y 22 carece del registro de entrada del correspondiente Órgano de control).

5º Existen 6 documentos cuya trazabilidad oficial está quebrada, según la legislación vigente, al incorporar receptores de éstos no debidos o fuera de la cadena oficial de comunicaciones convirtiéndose es un eslabón no necesario ni reglamentario en la cadena de comunicación y que, en algunos casos, se podría interpretar como una indebida manipulación del precinto del doble sobre portador de la información clasificada (Documentos 4, 5, 13, 15, 20 y 22).

6º Existen 4 documentos con sellos y registros innecesarios que no cubren la trazabilidad exigida (Documentos 4, 15, 21 y 23).

Por lo tanto, tal y como señala el Fiscal en su informe si los documentos no están clasificados con sello o registro ellos impide a los funcionarios tener un conocimiento real del tipo de documento con el que están trabajando.

A mayor abundamiento, ya nos hemos referido a que la jurisprudencia señala que aun tratándose de una información susceptible de calificarse como reservada o confidencial, se hace necesario realizar un juicio de relevancia que permita considerar su revelación como penalmente sancionable y rebasar el ámbito del ilícito administrativo, y en este caso nos parece claro que es el ámbito administrativo donde deben examinarse los defectos de los documentos que conforman el expediente disciplinario impuesto al querellante y que se destallan en el informe pericial.

Igualmente, debe rechazarse que el incumplimiento de la legislación vigente en materia de documentos clasificados o de la relativa a formalización e imagen institucional de los documentos oficiales pueda ser constitutiva de un delito de falsedad documental del artículo 390 del Código Penal, pues ello o supone en ningún caso la alteración de un elemento esencial que induzca a error sobre su autenticidad en la forma exigida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En cuanto al delito de usurpación de funciones y de abuso en el ejercicio de la función, delitos que son analizados extensamente en el auto recurrido, no se relata en la querrela ningún hecho que pueda ser incardinado en los tipos penales invocados, como tampoco de un delito de intrusismo o de incompatibilidad de funciones.



Respecto al delito de prevaricación cuya jurisprudencia también es examinada en el auto recurrido, hemos de señalar que las posibles irregularidades que se hayan podido cometer en el expediente disciplinario del querellante no pueden ser examinadas en el orden jurisdiccional penal. Esta Audiencia Provincial ya ha dicho en reiteradas resoluciones que es principio generalmente asumido por doctrina y jurisprudencia, el de "intervención mínima" en el área del Derecho Penal, ya que éste viene a garantizar la convivencia elemental a través de la tipificación de aquellas agresiones más graves a la misma, bien en el área inter-individual o social, por lesionar gravemente bienes jurídicos individuales o colectivos, que no pueden ser solventados adecuadamente sino a través del recurso a la pena. En consonancia con lo anteriormente señalado, es preciso atender a la apreciación de la gravedad y antijuridicidad de la conducta, considerando el conjunto de circunstancias concurrentes, en aplicación del mencionado principio de intervención mínima que excluye la sanción penal en los supuestos en que el ordenamiento jurídico provea de medios o instrumentos adecuados para resolver el conflicto, y ello porque el Derecho punitivo cumple una función de carácter subsidiario y consiste en la última ratio, de manera que debe ceder ante las normas que disciplinan prioritariamente el comportamiento antijurídico (sentencias del Tribunal Supremo de 28 de Noviembre y 16 de Julio de 1.993, por todas). La decisiva influencia general del principio de subsidiariedad del derecho sancionador, o de intervención mínima, reclama la aplicación prioritaria del derecho común para resolver, en principio, todos los conflictos de intereses que se susciten en las relaciones sociales entre personas. El principio de intervención mínima exige que el sistema penal de control social sólo pueda actuar frente a agresiones graves de los principios informadores de la convivencia, no contra meras irregularidades que encontrarán sus mecanismos de control en otros órdenes sancionadores.

Considerando, por todo lo expuesto, acertada la resolución del Juzgado de Instrucción al decretar el sobreseimiento y archivo de las actuaciones puesto que de los hechos relatados no se desprende la existencia de ningún ilícito penal.

TERCERO.- Sin expreso pronunciamiento en materia de costas en aplicación de los arts. 123, 124 y 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Por lo expuesto, este Tribunal acuerda:

PARTE DISPOSITIVA .

DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS EL RECURSO DE APELACIÓNinterpuesto por Renato contra el Auto de fecha 7 de marzo de 2023 que acuerda el sobreseimiento libre y archivo de las actuaciones. Resolución dictada por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Burgos en las Diligencias Previas nº 459/21, habiéndose desestimado el previo recurso de reforma por auto de fecha 16 de enero de 2024 y **CONFIRMAR**las referidas resoluciones en todos sus pronunciamientos. Todo ello sin imposición a la parte recurrente de las costas procesales causadas en la presente apelación.

Así por este auto contra el que no cabe recurso alguno y del que se unirá testimonio al rollo de Sala y se remitirá otro al Juzgado Instructor, el que acusará recibo para constancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

DILIGENCIA.-Seguidamente se cumple lo acordado. Doy fe.