



Roj: **STS 683/2025 - ECLI:ES:TS:2025:683**

Id Cendoj: **28079120012025100138**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/02/2025**

Nº de Recurso: **4746/2022**

Nº de Resolución: **111/2025**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANDRES MARTINEZ ARRIETA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 8437/2020,**
STSJ M 4657/2022,
STS 683/2025

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 111/2025

Fecha de sentencia: 12/02/2025

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 4746/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 11/02/2025

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

Procedencia: T.S.J.MADRID CIVIL/PENAL

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Concepción Sáez Rodríguez

Transcrito por: GM

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 4746/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Concepción Sáez Rodríguez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 111/2025

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta, presidente

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

D.^a Susana Polo García



D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 12 de **febrero** de 2025.

Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, interpuesto por **Leandro**, representado por el procurador D. Esteban Martínez Espinar y defendido por el letrado D. José Manuel Heredia Martínez, y el **Ministerio Fiscal**; siendo parte recurrida Marino, representado por la procuradora D.ª Adela Cano Lantero y defendido por el letrado D. Cristóbal Martell Pérez-Alcalde, contra la sentencia n.º 183/2022 de fecha 13 de mayo, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Recurso de Apelación n.º 319/2020.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción n.º 11 de Madrid, incoó desde sus Diligencias Previas y procedimiento abreviado, ambos con el n.º 859/2017, contra **Leandro y Nemesio**, por delito de revelación de secreto, falso testimonio y estafa procesal. Se elevaron las actuaciones para continuar la correspondiente tramitación a la Sección Vigésimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid, Rollo de Sala n.º 1343/2019. Como acusación particular Marino, acusación popular el partido político PODEMOS, y la acusación pública el Ministerio Fiscal. Las sesiones del juicio tuvieron lugar los días 8, 9, 10 y 11 de junio habiéndose practicado la totalidad de la prueba testifical, documental y pericial propuesta y declarada pertinente, dictándose sentencia n.º 323/2020, de 9 de julio, que contiene los siguientes: "II - HECHOS PROBADOS

Son HECHOS PROBADOS en esta causa y así se declaran los siguientes:

1. Los . acusados en este procedimiento son Leandro, mayor de edad y sin antecedentes penales, quien ejerció como Director Adjunto Operativo (DAD) del Cuerpo Nacional de Policía desde el 14 de enero de 2012 hasta el 23 de julio de 2016, fecha en que se jubiló; y Nemesio, mayor de edad y sin antecedentes penales; Inspector Jefe del Cuerpo Nacional de Policía núm. CP. NUM000, adscrito a un denominado Consejo Asesor de la Dirección Adjunta Operativa desde el verano de 2014 hasta la jubilación del Director Leandro.

2. En fecha no concretada y por autores desconocidos se produjo el apoderamiento por mecanismos de acceso, extracción y copiado también ignorados, de numerosos documentos informáticos, referenciados al período temporal comprendido entre 1996 a 2002, de D. Marino, comprensivos de la generalidad de sus correos electrónicos personales y empresariales, y de datos de carácter personal, familiar o empresarial almacenados en registros de almacenamiento masivo o equipos informáticos de su propiedad.

D. Marino nunca prestó su consentimiento o autorización para el apoderamiento, utilización, revelación o cesión de sus datos.

La gestión informática y la creación de archivos en el sistema informático de D. Marino y sus empresas la realizaba Principalmente la Sra. Otilia

3. La información ilícitamente sustraída de algún dispositivo informático o sistema de almacenamiento contenía secretos, datos de intimidad y datos reservados de carácter personal y familiar de D. Marino, que podemos agrupar en tres grandes bloques (i) intimidad personal y familiar; (ii) vida económica personal; (iii) giro y tráfico de las sociedades Iniciativas Marketing i Inversión SA (IMISA), Project Marketing CAT SL e Ibadesa CAT SL

Entre la documentación vinculada a su intimidad personal y familiar cabe destacar los siguientes -documentos: el consentimiento para la realización de una intervención médico -quirúrgica, sin rellenar, trabajos escolares de sus hijos Marco Antonio y Constanza, excursión de montañismo a Kenia, encargo de viaje a China, carta de pésame dirigida a un amigo, etiquetas y listas de personas y direcciones con los regalos de navidad, así como numerosa documentación de sus actividades empresariales, proyectos y datos confidenciales de acuerdos privados con determinados socios, en especial, con D. Jesús.

4. No corista acreditada intervención, de los acusados en la fase de descubrimiento o apoderamiento ilícito del material informático.

5. Tampoco consta en qué fecha llegó a poder de Leandro esa información, pero, en todo caso, sabedor que no procedía de una intervención con previa autorización judicial, en marzo de 2015 decidió su utilización.

6. A tal efecto, el acusado Leandro el 4 de Marzo de 2015 dio orden al personal de su secretaria para que copiaran la información de la que disponía de D. Marino quedando grabada y almacenada en un pendrive USB,



marca TOSHIBA, con número de serie NUM001 , de 8 GB de capacidad, cuyos archivos, carpetas y subcarpetas fueron copiados en ese soporte ese mismo día y entre las 1.3:07:38 y las 13:08:52.

A continuación, y siguiendo instrucciones del Director Adjunto Operativo, el acusado Leandro , el también acusado Nemesio , entregó ese mismo día 4 de marzo de 2015, o alguno inmediatamente posterior, el referido pendrive al por entonces" jefe de la Unidad de Delincuencia Económica y Fiscal, Comisario Principal núm. C.P. NUM002 , D. Justino .

En el correspondiente oficio remitido de la Secretaría General de la D.A.O, con registro de salida n.º 79, de 4 de marzo de 2015, remitiendo un pendrive a la Comisaría General de Policía Judicial, de la que depende la Unidad Delincuencia Económica y Fiscal (UDEF), se exponía:

"A los efectos que procedan, se adjunta Pen- Drive, conteniendo 939 archivos distribuidos en 32 carpetas, conteniendo información confidencial sobre la familia Baldomero , así como de instituciones y miembros de la Generalitat de Cataluña"

7. No existe constancia fehaciente de que el acusado Nemesio tuviera conocimiento previo de la información o hubiera examinado el contenido del pendrive, y por tanto conociera su origen ilícito.

8. En aquellas fechas la UDEF y más en concreto el Grupo 24 de la Sección de Blanqueo, con su Inspector Jefe de Grupo al frente, D. Romeo , núm. C.P. NUM003 , venía actuando como unidad de policía judicial en las Diligencias Previas 141/2012 del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia. Nacional en las que D. Marino ostentaba la condición de investigado.

9. De la obtención y utilización de la información contenida en ese dispositivo informático no se dio cuenta ni noticia a la autoridad judicial del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 ni a los miembros del Ministerio Fiscal destacados en aquella causa, hasta que. el 1 de abril de 2016, con Registro de Salida núm. NUM004 UDEF-BLA G24 el Inspector Jefe de Grupo núm. C.P. NUM003 , D. Romeo , remite oficio al Juzgado Central de Instrucción núm. 5 con referencia a las Diligencias Previas 141/2012-PS y acompaña informe (ASUNTO: "informando sobre diversas cuestiones relacionadas con Marino y Jesús ") elaborado y suscrito por él mismo en cuya introducción expresa:

"El propósito primordial de este informe es participar a VI del contenido de archivos informáticos, que han sido facilitados a esta Instrucción Policial, mediante Mecanismos de cooperación- policial, fruto del conocimiento nacido merced a la conexión de datos en bases de inteligencia policial. Como consecuencia de la consulta a dichas bases, se tuvo conocimiento de que existían informaciones concernientes a Marino en la causa judicial dirigida por el Juzgado de Instrucción número CATORCE de Barcelona en sus Diligencias Previas 485/2013, obtenidas como consecuencia de las diligencias de entrada y registro ordenadas por dicho Juzgado, fruto de las cuales tuvo lugar la intervención de diversos soportes informáticos, en cuyo interior se albergaban los documentos que son objeto del presente informe."

El referido informe acompañaba copia del contenido del repetido pendrive USB en soporte. CD y adjuntaba impresos como anexos determinados documentos contenidos en aquel soporte.

10. El día 11 de abril 2016, y en atención a la naturaleza reservada de las actuaciones propuestas en los oficios anejos a los informes NUM004 y NUM005 , -entre otras, diversas entradas y registros-, el Juzgado Central de Instrucción nº 5 dictó Auto acordando formar Pieza Separada denominada "Informes UDEF -BLA G24, Registros de Salida número NUM005 y NUM004 ". Poco después alzó parcialmente el secreto respecto del informe NUM005 , quedando limitada la pieza separada al informe NUM006 . En esa misma resolución se acordó conferir traslado al Ministerio Fiscal de los informes policiales, a los efectos de conocimiento e informe.

Evacuado el requerido informe por parte del Ministerio Fiscal, con fecha 8 de julio de 2016 y ante los confusos e inadmisibles argumentos expuestos en el informe policial sobre el concreto origen, procedencia, correcta ubicación o fecha de entrega de la documentación que se afirmaba manejada en la confección del informe UDEF BLA G24 NUM004 , el juzgado se vio obligado a practicar una serie de diligencias que permitieran asegurar la trazabilidad de los documentos y las personas que habían intervenido en su obtención a fin de garantizar la cadena de custodia de los mismos y su correcta y regular incorporación al proceso. Para ello acabó requiriendo a la UDEF-BLA que a la mayor brevedad y en todo caso en el plazo de 5 días, comunicara formalmente al Juzgado:

- La identificación de los grupos operativos y números profesionales de los funcionarios que, de acuerdo con el informe, realizaron la investigación en las bases de datos policiales que arrojó como resultado las, informaciones que fueron facilitadas a la Instrucción policial de esta causa.

- El o los soportes originales en que tal "serie de ficheros informáticos" fue entregada a la Instrucción policial de esta causa, con todo su contenido, debiendo ser entregado o entregados a este Juzgado.



- La indicación expresa de los siguientes detalles en relación con cada uno de los documentos o ficheros informáticos: .

- * Torno o pieza documental de la causa en que están incorporados los documentos;
- * Diligencia de entrada y registro fueron intervenidos;(sic)
- * Soporte informático en que estaban incorporados, debidamente individualizados, de ser varios;
- * Identidad del propietario de tales soportes informáticos o persona a quien le fueron intervenidos;
- * Procedimiento judicial seguido para volcar, tales efectos informáticos, especificando si han Sido incorporados a la causa citada del Juzgado de Instrucción número 14 de los de Barcelona o si fueron excluidos.

En esa misma resolución de fecha 8 de julio de 2016 se acordaba que, por el momento, no había lugar a acodar ninguna de las diligencias solicitadas, y requería a la UDEF-BLA para que se abstuviera de utilizar los documentos contenidos en los ficheros informáticos referidos.

Por parte de UDEF se contestó al requerimiento anterior por medio de oficio de fecha 22 de julio de :2016 y registro de salida NUM007 , con entrada en el Juzgado en la misma fecha, en cuyo informe se indica que:

"El origen de la información que el Inspector que firma el informe utiliza proviene de un soporte que facilita el entonces jefe de la UDEF, comisario-principal con carnet profesional NUM002 .

El, soporte fue entregado por un funcionario adscrito a la Dirección Adjunta Operativa quien dijo al comisario-principal que contenía archivos que habían sido copiados de un ordenador que obraba en las oficinas de la agencia de detectives de Barcelona MÉTODO 3, y que podría contener datos susceptibles de ser utilizados en la investigación que se sigue en esta Brigada contra el señor Marino y otros. A partir de esta circunstancia, el. Inspector que realiza el informe examina los diferentes archivos existentes y, ante la apariencia de que, efectivamente; pudieren contener datos de interés para la investigación cursos (sic), comienza su trabajo de comprobación y cruce de estos datos con otros que obran en sus propios informes anteriores"

Seguidamente, en relación con los detalles requeridos en cuanto al procedimiento judicial en que estuvieran incorporados los documentos, se afirma que:

"Cuantas gestiones han, sido realizadas para la cumplimentación de los extremos indicados en este punto han resultado infructuosas. Sin embargo, y conectado con lo mencionado en el punto A), vale decir que, como quiera que la información de la que se habla en este escrito se refiere a una empresa de Barcelona, nos hemos puesto en contacto con la Brigada de Policía Judicial de esta localidad, quienes manifiestan que, en efecto, el Juzgado de Instrucción número 14 de los de Barcelona, sigue Diligencias Previas 485/13 contra Personas relacionadas con- la agencia MÉTODO 3".

A dicho informe no se adjuntó el dispositivo original por no haberse localizado.

12. A raíz de los anteriores acontecimientos e informaciones el Juzgado Central de Instrucción nº 5 inició intensas indagaciones tanto con el Juzgado de Instrucción nº 14 de Barcelona, para comprobar si los documentos utilizados procedían de las entradas y registros practicados en el seno de las DP 485/2013 en la sede de Método-3, como practicando numerosas declaraciones testificales.

13. El día 03 de noviembre de 2016 compareció de manera voluntaria ante el Juzgado Central de Instrucción nº 5 el ya ex Director Adjunto Operativo de la Policía Nacional, el acusado Leandro manifestando que, "en la condición que ostento de Director Operativo de la Policía Nacional desde enero de 2012 hasta junio de 2016, quiero realizar una manifestación voluntaria". Tal manifestación se recogía en un escrito que aportó en aquel acto. En el referido escrito menciona literalmente lo siguiente:

"He tenido conocimiento por comunicación directa del Inspector Jefe Nemesio , actualmente destinado en la Embajada de España en- México como Agregado de Interior, de la comparecencia del mismo y de la también realizada por el Comisario Pral. Justino , último responsable de la Unidad Central de Delincuencia Económica y Fiscal (UDEF) en ese Juzgado Central de Instrucción nº 5 en relación a la procedencia de un dispositivo USB (pendrive) que este último, .parece ser declaró haber recibido del Inspector Jefe citado, y cuya procedencia el Inspector Jefe no recordaba si efectivamente había entregado.

Creo recordar quo a finales del año 2012 o principios de 2013, sin poder precisar el mes, con ocasión de la práctica de unas diligencias incoadas por un Juzgado de Barcelona, encomendé a la Unidad de Asuntos Internos (UAI) -debido a aparecer presuntamente implicado en los hechos investigados un Inspector Jefe del CNP-, que el Comisario Ppal., Jefe de dicha Unidad Isidro , llevase a cabo las actuaciones que procediesen.



Esa actuación, según le informó Isidro , dio origen a una colaboración/información voluntaria de dos agentes-detectives de la Agencia de Investigación MÉTODO 3 de, los que puede indicar exclusivamente que uno de ellos se apellidaba Germán .

Fruto de esa colaboración, y según lo, que le explicó en su día el referido Comisario de la-UAI, aquellos le entregaron un dispositivo USB, concretamente un pendrive, que al parecer contenía información sobre ciertas actividades de dudosa legalidad. Como quiera que Isidro le comentó acerca del contenido del mismo que, entre las informaciones las había encriptadas de forma compleja y existían. referencias a quien fuera Director del Centro Nacional de Inteligencia, General Olegario ; al hermano del ex Ministro del Interior -Sr. Patricio - y otras personas relacionadas con la clase política de Cataluña, dispuso que se entregase una copia al Centro Nacional de Inteligencia (CNI), Comisaría General de Policía Judicial -UDEF-, y a la Comisaría General de Información siendo, posiblemente, el . original del dispositivo el entregado a la UDEF.

Que según lo que puede recordar, dado el tiempo transcurrido, es que visualizó parte de la información a la que había aludido Isidro en su propio ordenador; y que personal adscrito a la Dirección Adjunta Operativa,-es la que realizó las copias para su entrega a los destinatarios: Que en el momento de ocurrir los hechos Nemesio no estaba adscrito al gabinete del DAO, y que su intervención fue desde luego posterior a la noticia que tuve del tan citado pendrive.

Que también recuerda que entre las explicaciones que le dio Isidro acerca del origen de la información, es que los dos detectives a que ha hecho referencia accedían a ella por medio de un servidor, (en la nube) en el Reino Unido; y que el ex President de la Generalitat de Cataluña había pagado anteriormente 700.000.-€ al Director de la Agencia de Investigación MÉTODO 3 por la misma, ignorando si esto es cierto o no.

Que según la información de que dispongo los detectives continúan colaborando, con el CNP, y que el hecho inicial de esta colaboración se debe a una venganza por no haber cobrado una cantidad cercana a los 200.000.7€ que según los detectives les debía el Director de la Agencia de Investigación citada"

14. Con fecha 6 de **febrero** de 2017 el Juzgado Central de Instrucción nº 5 acordó la práctica de nuevas declaraciones testificales, entre otras la de Leandro que tuvo lugar el día 16 de **febrero**. de 2017, en la que, tras haber prestado juramento de decir verdad, se desdijo de parte del contenido de su anterior comparecencia, si bien, insistió en que el pendrive se lo había entregado el Comisario de la Unidad de Asuntos Internos con indicación de que procedía de Método 3.

15. Ese mismo día 6 de **febrero** de 2017 compareció ante el Juzgado Central de Instrucción el funcionario policial con número profesional NUM008 , al objeto de hacer entrega de un pendrive marca Toshiba de 8 GB de capacidad referencia NUM009

El soporte originario pendrive USB, con número de serie NUM001 , no contenía expresión de su código HASH en orden a producir fijeza, genuinidad y autenticidad respecto de su de obtención y sucesivas copias, con arreglo a elemental y constante práctica judicial y policial.

16. Mediante auto de fecha 28 de noviembre de 2017 el Juzgado Central de Instrucción nº 5 acordó entre otras cuestiones:

"2. Excluir definitivamente de la causa el informe policial de UDEF-BLA G24 con registro de salida NUM004 y los documentos adjuntos al mismo, que son los documentos incluidos en él soporte pendrive que fue entregado por el DAO a la UDEF. Dichos documentos no podrán ser utilizados en el procedimiento.(...)

4. Deducir testimonio de la NUM004 , que se remitirá al Juzgado Decano de los Juzgados de Instrucción de los de Madrid, por sí los hechos cometidos por el DAO Leandro , el funcionario de su Gabinete Nemesio , sin perjuicio del resultado de la instrucción en relación con terceras personas, pudieran ser constitutivos de delitos de prevaricación (arts. 404 y ss. CP), y/o falso testimonio (arts. 458 a 462 CP) o fraude procesal (art. 250.1.72 CP); sin perjuicio de ulterior calificación."

17. El material informático no consta acreditado que procediera del Juzgado de Instrucción núm. 14 de Barcelona, ni fuera fruto de entradas y registros y volcados informáticos acordados por la autoridad judicial en el marco de sus Diligencias Previas 485/2013.

Tampoco consta que su entrega inicial fuera efectuada por los empleados de Método 3 Desiderio y Germán ."

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "IV - PARTE DISPOSITIVA FALLAMOS:

Que debernos absolver y ABSOLVEMOS a los acusados en esta causa, Leandro Y Nemesio de los delitos de revelación de secreto, falso testimonio y estafa procesal de que venían siendo acusados declarando las costas de oficio. [...]."



TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la defensa de Marino , dictándose sentencia n.º 83/2022 de fecha 13 de mayo, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Recurso de Apelación n.º 319/2020, que contiene la siguiente parte dispositiva: "III.- FALLO. QUE ESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la procuradora D.ª ADELA CANO LANTERO, en nombre y representación de D. Marino , frente a la sentencia de fecha 9 de julio de 2020, dictada por la Sección nº 23 de la Audiencia Provincial de Madrid, en autos de Procedimiento Abreviado nº 1343/2019, DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS PARCIALMENTE la citada resolución, en el sentido de CONDENAR A Leandro como autor responsable de un delito de revelación de secretos, previsto y penado en el art. 197.3 párrafo 2º del Código Penal, a las penas de UN AÑO de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, durante el tiempo de duración de la pena de prisión, DOCE meses de multa, con una cuota diaria de 20 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria prevista en el art. 53 C. Penal.

Procede imponer al condenado una sexta parte de las causadas en este juicio, incluidas las de la acusación particular en dicha proporción, declarándose de oficio las restantes costas.

En vía de responsabilidad civil el acusado condenado indemnizará a D. Marino en la cantidad de 2.000 euros. Dicha cantidad devengará el interés legal previsto en el art. 576.1 LEC.

PROCEDE CONFIRMAR EL RESTO DE LOS DEMÁS PRONUNCIAMIENTOS DE LA SENTENCIA DE INSTANCIA, QUE NO SE VEAN AFECTADOS POR LA PRESENTE RESOLUCIÓN.

No procede hacer expreso pronunciamiento en costas en esta segunda instancia. [..]"

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de Leandro , y el **Ministerio Fiscal**, que se tuvo por anunciado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación de los recurrentes formalizaron el recurso, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Recurso de Leandro

1º Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la LECRIM y art. 5.4 de LOPJ, por vulneración a la tutela judicial efectiva sin indefensión artículo 24.2 de la C.E por modificación de los hechos probados que habían sido declarados en la sentencia de instancia.

2º Por Infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 852 de la LECRIM y art. 5.4 de la LOPJ, por infringir, entre otros, el artículo 24.2 de la Constitución Española en lo referente a la presunción de inocencia.

Recurso del Ministerio Fiscal

MOTIVO ÚNICO Por infracción de ley al amparo del nº 1º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida aplicación del art. 197.3, párrafo 2º, del Código Penal.

SEXTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Por Providencia de esta Sala de fecha 9 de octubre de 2024 se designa Ponente al Magistrado Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta en sustitución del nombrado anteriormente, y se señala el presente recurso para fallo para el día 17 de diciembre de 2024. Por Providencia de 18 de noviembre de 2024, se suspende el señalamiento fijado, y se efectúa nuevo señalamiento para el día 11 de **febrero** de 2025, prolongándose la deliberación del mismo hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Leandro

PRIMERO.- La sentencia objeto de la presente censura casacional es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid, condenatoria respecto del delito de difusión de secretos del art. 197.3, apartado segundo, del Código Penal, dictada en apelación contra la sentencia que había sido absolutoria del mismo tipo penal dictada por la Audiencia provincial de Madrid.

El recurrente condenado, cuestiona en el primer motivo la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, al considerar lesionado su derecho al haber sido condenado en la segunda instancia, que estimó el recurso de apelación contra la sentencia absolutoria dictada por la Audiencia Provincial de Madrid.



Formaliza otros cuatro motivos en los que interesa la modificación del hecho. Analizamos, en primer lugar, el motivo que opone por vulneración de la tutela judicial efectiva, a continuación el opuesto por el Ministerio Fiscal, por error de derecho, y continuaremos resolviendo los motivos de la impugnación de este recurrente.

Plantea como primer motivo de oposición la defensa del condenado por el Tribunal Superior de Justicia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva e indefensión, por cuanto el Tribunal Superior de Justicia ha procedido a "la modificación de los hechos probados que habían sido declarados en la sentencia de instancia". Desarrolla en el motivo, como fundamento de su impugnación, la copiosa doctrina sobre la imposibilidad del Tribunal encargado de la revisión en recurso de apelación o casación de modificar un hecho probado por un tribunal que no haya presenciado con inmediación la prueba y que no haya dispuesto de la presencia del acusado con posibilidad de contradecir la prueba. El Ministerio Fiscal, sin apoyar el motivo, expresa en el recurso que opone por infracción de ley, error de derecho, como "advertencia previa que la sentencia del TSJ parece incluir en su análisis, a manera de extensión del *factum*, una supuesta remisión del *pendrive* a otros destinatarios", y considera que esa argumentación es indebida y desacertada, por suponer una ampliación del relato fáctico. La defensa del acusado, también refiere una ampliación del hecho sobre ese mismo extremo y amplía su queja a otros apartados de la fundamentación de la sentencia, y señala que del hecho probado no resulta ni el conocimiento de la ilicitud de la obtención, ni siquiera el conocimiento de su contenido, en lo referente a la afectación a la intimidad del perjudicado. Estos apartados, en cuanto implican una denuncia de vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, sobre la concurrencia de los elementos de la tipicidad, serán objeto de análisis cuando abordemos ese concreto motivo de impugnación. En este fundamento nos centramos en la denuncia de vulneración de la tutela judicial efectiva sobre las facultades revisoras de un órgano de apelación, en cuanto refieren una valoración probatoria en perjuicio del acusado realizado en la instancia de revisión.

En su desarrollo, la defensa del condenado recurrente, reproduce la totalidad de la fundamentación de la sentencia y de la misma extrae apartados en los que expresa que la sentencia realiza una nueva valoración de la prueba contraviniendo la doctrina jurisprudencial sobre el alcance de la revisión respecto de sentencia absolutorias.

Recordamos para la resolución del motivo la Sentencia del Tribunal Supremo de Pleno, 484/2015 de 7 de septiembre de 2015, al fijar el ámbito de recurribilidad de las sentencias absolutorias:

"La revisión puramente jurídica de una sentencia absolutoria para sustituirla por un pronunciamiento condenatorio sin afectar en nada de signo agravatorio al relato fáctico de la sentencia de instancia es legítima y conforme con esa reiterada doctrina. Ni la revisión en beneficio del reo ni la fiscalización, aunque sea contra reo, de la subsunción jurídico penal están vedadas".

La STC 205/2013, de 5 de diciembre desarrolla estas ideas cumplidamente:

"La cuestión referida a la condena en segunda instancia en virtud de valoración de pruebas personales no practicadas con inmediación ha sido objeto de tratamiento en múltiples ocasiones por este Tribunal, que ha establecido a través de sus pronunciamientos un cuerpo de doctrina estable cuyo origen se encuentra en la STC 167/2002, de 18 de septiembre, y que viene reiterándose en otras muchas desde entonces.

Tal como recordábamos en la STC 272/2005, de 24 de octubre, "según esta doctrina consolidada resulta contrario a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen a presencia del órgano judicial que las valora. Corolario de lo anterior será que la determinación de en qué supuestos se ha producido vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (cristalizado ahora en la garantía de inmediación) es eminentemente circunstancial, pues lo decisivo es si la condena de quien había sido absuelto en la instancia trae causa en primer lugar de una alteración sustancial de los hechos probados y, de ser así, si tal apreciación probatoria encuentra fundamento en una nueva reconsideración de medios probatorios cuya correcta y adecuada apreciación exige la inmediación; esto es, que sea el órgano judicial que las valora el órgano ante quien se practican... Por ello no cabrá efectuar reproche constitucional alguno cuando la condena pronunciada en apelación (tanto si el apelado hubiese sido absuelto en la instancia como si la Sentencia de apelación empeora su situación) no altera el sustrato fáctico sobre el que se asienta la Sentencia del órgano a quo, o cuando, a pesar de darse tal alteración, ésta no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración o, finalmente, cuando el órgano de apelación se separe del pronunciamiento fáctico del Juez de instancia por no compartir el proceso deductivo empleado a partir de hechos base tenidos por acreditados en la Sentencia de instancia y no alterados en la de apelación, pero a partir de los cuales el órgano ad quem deduce otras conclusiones distintas a las alcanzadas por el órgano de instancia, pues este proceso deductivo, en la



medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la intermediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen en vía de recurso sin merma de garantías constitucionales" (FJ 2).

Si -prosigue esta Sentencia del Tribunal Constitucional- el razonamiento del Tribunal Supremo se limitó a un aspecto puramente jurídico: la interpretación de la norma penal y de las causas de exclusión de la antijuricidad, sin alterar el relato contenido en los hechos probados, no puede hablarse de vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías".

En parecidos términos la STS 596/2015, de 5 de octubre, y también la STS de 24 de noviembre de 2021, que analiza la conocida doctrina constitucional limitadora de las posibilidades de revisión de sentencias absolutorias al margen de la intermediación, de la mano de la anterior Sentencia.

"El hito inicial en nuestro ordenamiento de ese estándar hay que situarlo en la STC 167/2002, de 18 de septiembre . Se ha reiterado luego en más de un centenar de pronunciamientos del TC (entre muchas otras, SSTC 21/2009, de 26 de enero , o 24/2009, de 26 de enero , 80/2013 o 120/2013).

Tal doctrina, bien asentada en la actualidad, hunde sus raíces en una más lejana en el tiempo emanada del TEDH. La STEDH Ekbatani contra Suecia es un primer punto de referencia (26 de mayo de 1988). Luego vendrían otras tres que comparten fecha: 29 de octubre de 1991 (casos Helmer, Jan-Ake Anderson y Fejde respectivamente contra Suecia). La doctrina ha sido refrendada en múltiples pronunciamientos más próximos en el tiempo: SSTEDH de 8 de febrero de 2000 (casos Cooke contra Austria y Stefanelli contra San Marino); 27 de junio de 2000 (caso Constantinescu contra Rumanía) y 25 de julio de 2000 (caso Tierce y otros contra San Marino), y con matices y variaciones y modulaciones, muchas posteriores.

El respeto a los principios de publicidad, intermediación y contradicción, integrantes los tres del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), impone inexorablemente que toda condena se fundamente en una actividad probatoria examinada directa y personalmente por el Tribunal que proclama ex novo la culpabilidad en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción sobre la totalidad del acervo probatorio. Por tanto, cuando en apelación -o casación- se plantean cuestiones de hecho referidas a la valoración o ponderación de pruebas personales de las que depende la condena o absolución del acusado, deviene imprescindible la celebración de vista pública en segunda instancia para que el órgano judicial de apelación pueda resolver tomando conocimiento directo e inmediato de dichas pruebas. El Tribunal de apelación ha de oír personalmente a los testigos, peritos y acusados que hayan prestado declaración en el acto del juicio, dada la naturaleza personal de estos medios de prueba, a fin de llevar a cabo su propia valoración y corregir la efectuada por el órgano de instancia. Sin esa percepción directa no podrá modificar los hechos probados para conducir a la condena del acusado.

Queda a salvo lo que es valoración estricta de cuestiones jurídicas. La revisión puramente jurídica de una sentencia absolutoria para sustituirla por un pronunciamiento condenatorio sin afectar en nada de signo agravatorio al relato fáctico de la sentencia de instancia es legítima y conforme con esa reiterada doctrina. Ni la revisión en beneficio del reo ni la fiscalización, aunque sea contra reo, de la subsunción jurídico penal están vedadas."

Por último, destacamos la reciente la STC 72/2024, de 7 de mayo, destaca las posibilidades de revisión, actualizando su doctrina "en observancia de la regularidad constitucional al ejercer las facultades revisoras por un órgano judicial encargado de la revisión de una sentencia absolutoria, o parcialmente absolutoria, declaraba que desde la STC 167/2002, de 18 de septiembre, en una doctrina jurisprudencial seguida de forma conteste, que ha sido llevada a la legislación, art. 792.2 de la LECrim el ordenamiento proclama la prohibición de condenar en apelación, o casación, al encausado absuelto en la primera instancia, o de agravar la condena previa, como consecuencia de la apreciación de un error en la valoración de la prueba. La STC 72/2024, de 7 de mayo, reproduce esa doctrina y actualiza sus contenidos concluyendo en su argumentación afirmando que "las posibilidades efectivas de revocación de una sentencia absolutoria al amparo de este motivo de recurso se limitan constitucionalmente a un control de razonabilidad cuyo objeto puede extenderse: a) a la motivación o justificación de la conclusión probatoria, cuando resulte ausente, insuficiente o apoyada en un error de hecho patente que derive de las actuaciones; b) a la utilización de reglas de inferencia fáctica contrarias a la lógica, el conocimiento científico o las máximas de experiencia; c) a la omisión de razonamiento sobre pruebas practicadas que sean relevantes para el fallo; o finalmente, d) a la previa decisión de excluir las del hacer comprobatorio por considerarlas inválidas (contrarias a los principios de igualdad de armas y contradicción) o ilegítimas (por haberse declarado que fueron obtenidas como consecuencia de la vulneración directa o indirecta de derechos fundamentales sustantivos). Se trata, en última instancia, de criterios de control que son garantía frente a la arbitrariedad de la decisión judicial absolutoria lesiva de una garantía constitucional esencial de las acusaciones reconocidas en el artículo 24.1 de la Constitución y que sintetizando



la jurisprudencia anterior han sido oportunamente recogidas en el artículo 790.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal tras su reforma por la ley 41/2015".

En el caso de la presente casación, no procede declarar ninguna lesión a la doctrina anteriormente señalada. Consta en la causa que a la vista de la apelación concurrió el acusado, quien fue indagado sobre extremos que las partes interesaron. En la fundamentación de la resolución el órgano de la revisión en apelación, califica la motivación de la sentencia que revisa de "ilógica", desde la perspectiva de la motivación contenida en la sentencia que revisa, y declara expresamente, como no puede ser de otra manera, su respeto absoluto al hecho probado. La sentencia impugnada reproduce con la jurisprudencia en la que se apoya, las facultades revisoras que le competen y concluye afirmando que su decisión se "circunscribe a la calificación jurídica que merecía el comportamiento atribuido como probado al acusado sin entrar a valorar cuestiones atinentes a la prueba, respetando el hecho probado, verificando, exclusivamente el proceso de subsunción de los hechos probados en el tipo penal. Lo que se lleva a cabo es la corrección de una defectuosa valoración jurídica dentro del ámbito de competencia devuelto al tribunal de la apelación en el recurso" (fundamento cuarto de la sentencia objeto de la presente casación).

Tras esa exposición de la doctrina sobre las posibilidades de revisión en apelación de las sentencia absolutorias, en el fundamento quinto, considera "inatendible" el razonamiento contenido en la sentencia que revisa, y, contrariamente a lo declarado por la Audiencia considera que la conducta declarada probada, la cesión de una información obtenida sin amparo legal a una unidad policial que está investigando un hecho, debe ser catalogada de delictiva, en cuanto entiende, y así lo explica, que la conducta del acusado, conocedor del origen ilícito y sin haber procedido a su descubrimiento, participa a un tercero, otro funcionario policial que investiga al sujeto pasivo cuyos secretos han sido descubiertos de forma ilícita. En consecuencia, la información obtenida ilegalmente, que afecta a la intimidad de una persona, y que es transmitida a un tercero, es una conducta que califica de típica del delito de difusión de datos reservados pertenecientes a la intimidad de otra persona sin haber participado en su obtención. Esa distinta valoración no ha supuesto ni una modificación del relato, que es enteramente respetado, ni una valoración probatoria, sino una acomodación, a un tipo penal, de una conducta declarada probada. La diferencia entre ambas valoraciones es jurídica y se centra, como expondrá el Ministerio fiscal en su recurso, en dar relevancia jurídica a la consideración del sujeto activo del delito objeto de aplicación, art. 197.3, párrafo segundo, pues mientras que para la Audiencia provincial, el tipo penal no puede ser cometido por funcionario público, el Tribunal Superior de Justicia, entiende que el tipo penal no limita la autoría a los particulares. La anterior argumentación se expone sin perjuicio del examen que realizaremos al abordar la impugnación sobre la correcta enervación del derecho a la presunción de inocencia, objeto de otro motivo opuesto por la defensa.

La argumentación expuesta en la sentencia impugnada se articula sobre tres premisas: en primer lugar, se parte del hecho declarado probado y ambas sentencias discrepan en la atribución del hecho, no en cuanto a la prueba, sino en lo referente al sujeto activo del tipo penal. Como antes se señaló, para el tribunal de la primera instancia, la tipicidad del art. 197.3 CP, en la modalidad autónoma de indiscreción sustentada en deberes genéricos de discreción, no puede ser cometida por funcionario público o policía, y en caso de revelar o difundir esa información le debería ser de aplicación el art. 417 del Código Penal. En segundo término, no se discute la no participación del acusado en la obtención ilícita de los datos, aunque se declara probado que el acusado era sabedor de que no procedía de una intervención previa autorización judicial. En tercer lugar, igualmente ambas sentencias parten del relato fáctico probado al referir que el acusado, a sabiendas del contenido ilícito del *pendrive* a cuyas manos había llegado, decidió darle un uso que no puede estar amparado, dado que sin alertar de dicha ilicitud de origen, ni a sus subordinados ni a la autoridad judicial o fiscal, lo introdujo oficialmente, desde la autoridad que le daba su condición de Director Adjunto Operativo de la policía, a la investigación que llevaba a cabo otra dependencia policial, "a los efectos que procedan". Por último, no puede disponerse el acceso de forma consciente de una prueba ilícita desde su origen, a un procedimiento penal con la fórmula en los efectos que procedan. La referencia en la motivación de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia a que esa información obtenida fue cedida al Centro Nacional de Inteligencia, no afecta a la subsunción del hecho probado que relata que esa información, respecto a la que el acusado conocía que no procedía de una previa autorización judicial, ni autorizada por el titular del derecho afectante a su intimidad, eran cedidos a otra unidad policial que le investigaba.

Ese relato fáctico probado, respetado en ambas instancias, es objeto de una distinta valoración jurídica analizando su subsunción en el art. 197.3, párrafo segundo.

Desde la perspectiva expuesta, no hay modificación del hecho probado, tampoco revaloración de la prueba, sino desde el respeto a la relación fáctica probada en la sentencia de la primera instancia, una distinta valoración jurídica del hecho, sin asomo de una adicción fáctica, objetiva o subjetiva, sino que expone la



valoración jurídica del hecho a partir de la constatación de lo ilógico de la argumentación jurídica de la primera instancia.

Recordamos que la sentencia de la primera instancia pone de manifiesto que la conducta del acusado "está alejada de un correcto actuar profesional...", y funda la absolución en la falta de constancia "de una prevalencia de su posición funcional en la obtención del material, ilícito, ni un uso que, más allá de graves omisiones o incorrecciones formales, puedan catalogarse de alejado de la pauta profesional indicada, no parece que quepa efectuarle reproche penal". La sala de la apelación, cuestiona el anterior argumento y, sin valoración probatoria, señala que "la conducta del acusado no sólo supuso introducir un medio de prueba ilícito, poniendo en riesgo evidente el procedimiento judicial al que accede, sino también, y esto encaja en el tipo penal.... del art. 197.3 CP, difundir, revelar o ceder a terceros los datos o hechos descubiertos.... a que se refieren los números anteriores".

En definitiva, resolviendo sobre la subsunción del hecho, más concretamente, la posibilidad de que pudiera ser tenido por autor del hecho típico, o no, un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, extremo sobre el que la Audiencia provincial afirma una interpretación jurídica que niega que el acusado, funcionario público, pudiera ser autor del delito, en tanto que el Tribunal Superior de Justicia, con un razonamiento jurídico ajeno a una valoración probatoria, lo afirma.

Recurso de Ministerio Fiscal

SEGUNDO.- La acusación pública formaliza un único motivo en el que denuncia un error de derecho, la aplicación indebida del art. 197.3, segundo párrafo, y lo hace transcribiendo el hecho probado, que forzosamente, desde la vía de impugnación elegida, ha de ser respetado y cuyo contenido damos por reproducido. En síntesis, el Director Adjunto Operativo de la Policía Nacional, conocedor de que una información consistente en archivos que contenían secretos, datos de intimidad, extraídos de un sistema informático, que le habían sido proporcionados por un funcionario policial y respecto de los que conocía que no procedían de una injerencia judicialmente acordada, los entregó al Comisario de la Unidad Central de Delincuencia Económica y Fiscal (UDEF) "a los efectos que procedan", conociendo que esa unidad policial actuaba como policía judicial en una causa penal que investigaba y en la que aparecía como imputada la persona a la que se referían los secretos y datos de intimidad ilícitamente obtenidos.

Señala el Ministerio Fiscal los hechos y admite que "considera reprobable de todo punto la actuación del condenado", pero la misma "debe pasar por el ineludible filtro del principio de legalidad", que el Ministerio Fiscal debe defender. Continúa su alegación afirmando la razón de la exclusión de la tipicidad: "En términos generales, los tipos que conforman el art. 197 CP, tienen como sujeto activo al particular" y señala como excepciones a esa afirmación, las del art. 197.4 a) y las del art 198 CP, afirmación que constituye el nudo gordiano de la cuestión debatida en el recurso.

Anticipamos que el motivo será desestimado.

Analizamos la tipicidad del art. 197 CP. Su lectura pone de manifiesto los siguientes tipos y subtipos agravados, siempre referidos a secretos y datos reservados, que afectan al derecho a la intimidad del ciudadano afectado por la injerencia.

-Tipicidad básica 197.3 apartado 2.º, que recoge como tipicidad la de quien, con conocimiento de su origen ilícito y sin tomar parte en su descubrimiento, los difunde, revela o cede a terceros.

-Tipo agravado del 197.1 CP, la realización de una conducta de apoderamiento, interceptación de telecomunicaciones, utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión grabación o reproducción...

- Tipo agravado del art. 197,2 CP, por su realización en bases de datos, ficheros o soportes informáticos, etc.

- Tipo agravado respecto de las conductas de los apartados 1 y 2 del art. 197 CP (art. 197.3, primer párrafo). Si los secretos apoderados de la forma descrita en dichos párrafos, se revelan, difunden o ceden a terceros.

- Otro tipo agravado respecto de las figuras típicas de los apartados 1 y 2 del art. 197 CP (art. 197.4). a) cuando se cometan por las personas encargadas de ficheros o b) se lleven a cabo mediante la utilización no autorizada de datos personales.

Este tipo agravado presenta a su vez una nueva agravación cuando los datos reservados se ceden a terceros. (último párrafo del art. 197.4 CP)

-Tipo agravado 197.5 CP, por la afectación de datos de carácter personal que revelen ideología ... o fuera un menor de edad, discapacitado, etc.

-Tipo agravado 197.6 CP, por la concurrencia de fines lucrativos.



-Tipo agravado 197.7, párrafo 1, referido a la difusión sin autorización de imágenes o grabaciones audiovisuales obtenidas bajo anuencia que menoscabe gravemente la intimidad. A su vez, la difusión sin haber participado en su obtención, es objeto de tipificación en el párrafo segundo de este apartado.

-Tipo agravado 197.7, tercer párrafo, por sujetos especialmente cualificados por su relación con la víctima.

Los arts. 197 bis, 197 ter, 197 quater y 197 quinquies, contemplan distintas agravaciones y situaciones en razón a la realización por personas jurídicas, organizaciones criminales.

Desde luego, estos preceptos adolecen de una redacción deficiente que obliga a un detenido análisis distinguiendo las distintas conductas.

El art. 198 CP contiene otro tipo agravado, al referir como conducta típica la del funcionario público, que prevaliéndose de su cargo y sin mediar causa por delito, realizare conductas del art 197 CP, con el que pretende la criminalización de conductas de los funcionarios públicos que difunden datos o secretos sin mediar causa por delito, conductas que la realidad demuestra se han producido cuando el funcionario, encargado de bases de datos o con acceso a ellas, las cede a terceros, normalmente a entidades financieras o de comercio. No se trata de un tipo agravado por la condición especial del sujeto activo, sino de definir un apartado típico no contemplado en la tipicidad del art. 197 CP, la cesión de datos a los que tiene acceso, sin mediar causa por delito.

Además, el art. 417 CP castiga, por su parte, a quien revelara secretos que tengan conocimiento por razón de su cargo y que no deben ser divulgados, tipo penal que se agrava cuando se trate de secretos de un particular.

Expuesta la normativa de aplicación analizamos las subsunciones posibles. Hemos de excluir la aplicación, por no constar en el hecho probado que el acusado participara en el apoderamiento de datos o secretos. Mas en concreto, el hecho probado dice expresamente los datos fueron apoderados por personas desconocidas, sin intervención del acusado. Consecuentemente, quedan al margen de la subsunción los números 1 y 2 del art. 197, el párrafo 1 del art. 197.3, 197.4 y los números 5, 6 y 7 del art. 197, todos del CP, por la no concurrencia de sus presupuestos típicos. Tampoco es de aplicación del art 198 CP porque los hechos de la difusión se enmarcan en una investigación por delito.

Resta por examinar la tipicidad en el art. 197.3, segundo párrafo, y en el art. 417 CP. El relato fáctico refiere la conducta del acusado que conocedor de que los datos que le habían sido facilitados -referidos a secretos y a la intimidad de una persona identificada- no habían sido obtenidos con autorización judicial, información que había sido ilícitamente sustraída por personas desconocidas, realiza la conducta de ceder a terceras personas, un grupo policial que investigaba a la persona cuyos datos de intimidad y secretos habían sido descubiertos por terceras personas de forma ilícita. El art. 197.3, 2º párrafo, no requiere ningún elemento de autoría especial, y el autor es identificado con la expresión "el que", normalmente utilizada en el Código para no determinar un elemento especial de autoría.

El artículo 417 CP también sería de aplicación, pero no ha sido objeto de acusación, lo que no puede suponer que el tipo penal objeto de la acusación, de menor gravedad en cuanto a la consecuencia jurídica, no deba ser aplicado en ausencia de una acusación por el delito de mayor gravedad en su consecuencia jurídica.

El Ministerio Fiscal argumenta que del art. 197.3, segundo párrafo, ha de excluirse a los funcionarios públicos, de manera que solo pueden ser cometidos por particulares, y designa, como ejemplo de su afirmación, situaciones que estima de similar configuración, como el delito de detención ilegal (art. 163 CP) y el de allanamiento de morada (art. 202 CP), cuyas respectivas tipicidades prevén la comisión del tipo por los particulares, con un supuesto agravado en los art. 167 y 203 CP, respectivamente, para los funcionarios públicos que realicen la conducta. Olvida que las conductas típicas que señala como de similar estructura, prevén su comisión por los particulares (arts. 163 y 202 CP) y en un subsiguiente artículo su comisión por el funcionario público (respectivamente, art. 167 y 203 CP), situación típica que no aparece en el delito que examinamos, el delito de revelación de secretos, cuyo art. 197.3, segundo párrafo, refiere al autor con la expresión "el que" que no supone ningún elemento de autoría especial, y que el art. 198 CP, prevé una conducta con un presupuesto típico distinto del precedente, la actuación de un funcionario sin mediar causa por delito.

Consecuentemente, ningún error cabe declarar, por lo que el motivo se desestima.

Continuación Recurso de Leandro

TERCERO.- Retomamos el análisis de la oposición de este recurrente a partir del segundo de los motivos de su oposición, en el que denuncia la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia del art. 24 de la Constitución.



Después de un acertado desarrollo del contenido esencial del derecho que invoca, cuyo contenido aceptamos y damos por reproducido, centra su alegación exponiendo que "no existe ni un solo testigo ni un solo documento que acredite, de forma directa e inequívoca, que mi mandante conociera la obtención ilícita de los datos que se encontraban en el *pendrive*, ni siquiera el contenido de este, más allá que se trataba de documentación relativa a la familia Baldomero ". Añade, que "por el hecho de no haber precedido una autorización judicial, todo apoderamiento de los datos resulta ilícito es una conclusión "*non sequitur*" que no obedece a un razonamiento lógico... Mi representado lo que hizo fue seguir el cauce normal de las investigaciones en el seno de la policía que, quizás lo que no han llegado a entender los integrantes de los órganos jurisdiccionales, es decir, poner la información en manos de quienes estaban investigando los presuntos delitos de la familia Baldomero ". Una última alegación refiere la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia se produce cuando la sentencia "da por cierto que el envío del *pendrive* a los funcionarios encargados de la investigación de los presuntos delitos tenía por finalidad perjudicar al Sr. Marino . Resulta inaceptable, dicho sea en términos de defensa, que un tribunal de justicia considere que investigar presuntos delitos tenga por finalidad perjudicar al presunto responsable cuando lo único que se pretende es el esclarecimiento de los hechos investigados".

La argumentación desarrollada presenta una actuación policial completamente desconectada de las funciones que corresponden no sólo a cualquier funcionario policial, sino a las posiciones funcionariales de los más altos responsables del Cuerpo Nacional de Policía. El acusado, hoy recurrente, recibe un material de otro funcionario policial, el Comisario-jefe de la unidad de asuntos internos, extremo que el propio acusado revela en una carta dirigida al juzgado y que se documenta en el hecho probado, y el acusado, afirma el hecho probado, remitió esa documentación al Comisario Jefe de la Unidad de Delincuencia Económica y Fiscal que investigaba al perjudicada en el delito, y lo hace mediante un oficio en el que, textualmente, se afirma "A los efectos que procedan, se adjunta Pen-drive, conteniendo 939 archivos distribuidos en 32 carpetas, conteniendo información confidencial sobre la familia Baldomero , así como de instituciones y miembros de la Generalitat de Cataluña". En otros apartados de los hechos probados se detallan el contenido de los archivos y su carácter de confidencialidad.

De la anterior documentación resulta, desde criterios de lógica, que el acusado conocía su contenido y el carácter de información reservada y secreta, y el mismo documento de remisión, que acabamos de reseñar, así lo expresa. La ausencia de mandato judicial lo reconoce en la impugnación y resulta del propio contenido, al tratarse de informaciones y datos extraídos de un ordenador, correos electrónicos, cartas, mensajes, etc., que requieren una autorización, o bien del titular, que no la ha dado, o judicial, extremo que el recurrente, por su condición profesional, conoce y no puede alegar su desconocimiento. El relato fáctico refiere que el acusado examina su contenido y refleja el mismo en su remisión. El mismo es, ciertamente injerente en la intimidad de una persona. Por su posición en la estructura policial debe cuestionar la legalidad de la obtención del documento que le es entregado, como premisa previa a cualquier actuación posterior sobre el mismo. Sería ir contra toda lógica afirmar, como se argumenta en el recurso, que los funcionarios policiales no tienen capacidad de cuestionar la legalidad de las actuaciones que desarrollan en la investigación de hechos presuntamente delictivos. En este sentido no pueden ser atendidas, por contrarias a la lógica y al propio quehacer policial cuando se argumenta "no es función de la policía, de nadie de la policía, sea DAO o simple agente, calificar jurídicamente la adecuación a derecho, o no, de conductas o datos", función que corresponde a los jueces.

Desde luego, si es función de la policía, de cualquier funcionario y también de un cuerpo de seguridad, la de ejercer su función con absoluto respeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, art. 5 de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado, LO 2/1986, de 13 de marzo, siendo responsables personal y directamente por los actos que en su actuación profesional llevaren a cabo, infringiendo o vulnerando las normas legales, así como las reglamentarias que rijan su profesión y los principios enunciados anteriormente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial que pueda corresponder a las Administraciones Públicas por las mismas (en el mismo sentido art. 126 CE y Real Decreto 769/1987, de 19 de junio, de policía judicial)

El cuestionamiento de la función jurisdiccional que realiza en el recurso afirmando lo inaceptable de suponer en la policía una finalidad de perjudicar al investigado, pues lo pretendido era el esclarecimiento de los hechos, aparte de referir una mera conjetura desprovista de base real, no deja de poner de manifiesto que tan importante es el esclarecimiento de los hechos como el respeto al ordenamiento constitucional y jurídico en el esclarecimiento de esos hechos que se investigan.

Consecuentemente, el motivo se desestima.

CUARTO.- En el tercer motivo, cuestiona un error de derecho, infracción de ley por aplicación indebida del art. 197.3, párrafo segundo, cuyo análisis hemos realizado en el segundo fundamento de esta sentencia al que nos remitimos para su desestimación, toda vez que en el mismo reproduce la argumentación del Ministerio



Fiscal, igualmente desarrollada en la sentencia de la Audiencia provincial, en el sentido de la imposibilidad de que el funcionario policial cometiera el delito del párrafo segundo del art. 197.3 CP, argumentando sobre la aplicación del art. 417 CP o del art. 198 CP.

Ya aludimos a que el art. 198 CP, prevé una tipicidad ajena a los hechos. En el caso de esta casación constituye la revelación del hecho, por un funcionario público prevaliéndose de su cargo y mediando una causa judicial. El supuesto típico del art. 198 CP no es el declarado probado, por si existía causa judicial. Y el art. 417 CP, que podría ser de aplicación, no ha sido objeto de acusación.

Otro aspecto de la impugnación al que debe darse respuesta es el referido a la justificación de la conducta. Refiere el recurrente que "si mi representado hubiese optado por destruir el *pendrive*, posiblemente hubiese incurrido en responsabilidad penal, así lo entendió y por eso remitió ese soporte a la unidad que podía estar interesada en sus contenidos". El argumento no deja de ser sorprendente, aunque se apoye en la fundamentación de la sentencia que ha sido revocada por la que es objeto de esta impugnación. No es admisible calificar de "meras irregularidades procedimentales o formales" la obtención de informaciones secretas, documentos y datos reservados que afectan a la intimidad -derecho fundamental- de una persona y afirmar que su difusión y entrega a terceros, como lo es un departamento policial que investiga una conducta, de acto propio de la actividad profesional de un funcionario policial. Anteriormente hemos transcrito el principio rector de actuación de la policía con sujeción a la Constitución y al ordenamiento jurídico, no incorporando al proceso de investigación aquellas diligencias, informaciones y actuaciones realizadas en vulneración de derechos fundamentales y apartando del proceso de investigación actuaciones contrarias al ordenamiento. El art. 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el art. 11.1 de la LOFycSE, han de ser complementados en el desarrollo de sus funciones con el art. 5 del mismo cuerpo legal y los mandatos constitucionales que informan la actuación de los funcionarios públicos sujetos al principio de legalidad y al respeto a los derechos constitucionales. Tampoco puede quedar sin respuesta la frase con la que concluye este motivo de oposición. "De penalizarse la conducta de D. Leandro, tal y como hace la sentencia recurrida, estaríamos obligando a que todo policía al que le llega una determinada información, que puede tener relevancia en investigaciones que se están desarrollando, si se plantea alguna duda sobre la legitimidad en la obtención de la misma, se vea en la obligación de decidir autónomamente y sin más trámite, rechazar y no dar cauce a esa información. Obligar a la policía a decidir *prima facie*, lo que es una prueba ilícita y la eliminación de la misma bajo amenaza de condena penal, no tiene acomodo en nuestro sistema jurídico". Esta frase expresa una alteración del hecho probado que no dice lo que el recurrente señala. El relato fáctico refiere que el acusado conocía que los datos eran de carácter reservado y secreto y afectaban a la intimidad, los relaciona, y los envía a una unidad policial de investigación, conocía que no habían sido obtenidos bajo autorización judicial o con consentimiento del perjudicado. Consecuentemente, su procedencia no se ajustaba a las previsiones legales sobre obtención de datos alojados en ordenadores personales. Por su contenido, el ordenador era propio y particular del perjudicado. Conocedor de esa situación, los entrega a una oficina especializada de investigación policial, la UDEF, "a los efectos oportunos", especificando su contenido y sin advertir la procedencia de la información, que el conocía, con la intención de que surtiera efecto en la investigación una información obtenida de manera no ajustada al ordenamiento, con incumplimiento grave de los principios rectores de actuación policial que resultan de la Constitución y del ordenamiento jurídico.

Se trata de una información que afecta a la intimidad de una persona, que no ha sido obtenida legalmente, y por ello no debió cederla a terceros, sin depurar la conducta que resultaba de la información recibida.

QUINTO.- Denuncia en el cuarto de los motivos el error de derecho por infracción de ley, art. 849.1 de la ley procesal penal "por indebida fundamentación y motivación de la sentencia en relación con la individualización de la pena".

En el desarrollo del motivo se aparta del contenido propio de un error de derecho y plantea una especie de argumentación sobre la concurrencia de un error de prohibición, al considerar que el recurrente actuó en la creencia de estar obrando con total licitud.

El motivo debe ser desestimado. La vía impugnatoria elegida, el error de derecho, debe partir del respeto al hecho probado y este no refiere, en ningún momento, una situación que pudiera ser tenida como un error, que no llega a ser calificado de vencible o invencible, que permita declarar el error que afirmar concurrió en la conducta del acusado, que nunca arguyó su concurrencia ni su alegación podría ser atendida dada la regulación específica a la que se sujeta la actividad profesional del recurrente, respecto a la que no es posible argüir un error de prohibición respecto al contenido de la función policial que desarrollaba.

SEXTO.- En este motivo formaliza una impugnación por error de hecho en la apreciación de la prueba afirmando ese error desde la propia documentación que obra en la causa y, concretamente, el oficio de remisión a la UDEF y el oficio de remisión desde esta al Juzgado Central de Instrucción encargado de la investigación, sosteniendo



que cuando afirma el hecho probado que el condenado remitió al juzgado el *pendrive* con la información reservada obtenida fuera de los cauces legales, el error resulta de atribuirle esa remisión.

El motivo se desestima. El recurrente no cuestiona el hecho probado en el particular referido a la remisión por el acusado del material secreto, cuya obtención irregular e ilícita, se declara probado así como el conocimiento de la obtención fuera de las previsiones legales. Esa remisión a la Unidad de investigación que se identifica rellena la tipicidad del art. 197.3, segundo párrafo, en la medida en que la información subrepticamente obtenida, afectante a la intimidad del perjudicado, ha sido cedida a un tercero, ajeno al funcionario que la conocía, para que surta efectos en la investigación que desarrollaba, de alguna manera, blanqueando la ilicitud de su origen.

El motivo se desestima.

SÉPTIMO.- En el último motivo de la oposición plantea un quebrantamiento de forma del art. 851.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la incongruencia omisiva.

El motivo plantea dificultades en la inteligencia del contenido impugnatorio. El vicio procesal que denuncia supone un quebrantamiento del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva cuando el órgano judicial no da respuesta a las pretensiones deducidas en los escritos presentados al tribunal por una parte personada que pretende hacer valer sus intereses legítimos, en este caso, ante un órgano jurisdiccional encargado de la revisión en apelación. Examinada la causa, la única pretensión deducida por la parte que ahora recurre es la de instar la desestimación del recurso, y esa pretensión, oportunamente deducida, ha sido resuelta en la sentencia de manera expresa al afirmar el fallo la resolución de estimación del recurso.

Las argumentaciones del recurso nada tienen que ver con la vía de impugnación elegida, por lo que el motivo se desestima.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º) Desestimar el recurso de Casación interpuesto por la representación procesal de Leandro, y el **Ministerio Fiscal**; contra la sentencia n.º 183/2022 de fecha 13 de mayo, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Recurso de Apelación n.º 319/2020.

2.º) Condenar a los recurrentes al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso de casación.

Comuníquese esta resolución al Tribunal de procedencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.