

Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Domicilio: C/ General Castaños, 1 - 28004

Teléfono: 914934850,914934750
31053860

NIG: 28.079.00.1-2020/0119021

Procedimiento Recurso de Apelación 319/2020

Materia: Revelación de secretos por funcionario

Apelante: D. JORDI PUJOL FERRUSOLA
PROCURADOR Dña. ADELA CANO LANTERO

Apelados: D. EUGENIO PINO SÁNCHEZ
PROCURADOR D. ESTEBAN CARLOS MARTINEZ ESPINAR
MINISTERIO FISCAL

SENTENCIA Nº 183/2022

EXCMO. SR. PRESIDENTE:

D. CELSO RODRÍGUEZ PADRÓN

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. FRANCISCO JOSÉ GOYENA SALGADO

D. DAVID SUÁREZ LEOZ

En Madrid, a trece de mayo de dos mil veintidós.

Visto ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por el Excmo. Sr. Presidente y los Ilmos. Sres. Magistrados que constan al margen, el presente rollo de apelación nº 251/2020 (ASUNTO PENAL 319/2020), correspondiente al Procedimiento Abreviado nº 1343/2019, procedente de la Sección nº 23 de la Audiencia Provincial de Madrid, siendo parte apelante la procuradora D.^a ADELA CANO

LANTERO, en nombre y representación de D. JORDI PUJOL FERRUSOLA, asistido por el letrado D. CRISTOBAL MARTELL PÉREZ-ALCALDE y como partes apeladas el MINISTERIO FISCAL y el procurador D. ESTEBAN MARTÍNEZ ESPINAR, en nombre y representación de D. EUGENIO PINO SÁNCHEZ, asistido por el letrado D. PEDRO JAVIER DÍAZ CARREÑO, habiendo ejercido la acusación popular la procuradora Sra. MARTÍN CANTÓN, en nombre y representación del partido político UNIDAS PODEMOS, asistido por la letrada D.ª MARÍA PONTE GARCÍA, sin que haya presentado alegaciones en esta alzada.

Ha sido **PONENTE EL ILMO. SR. MAGISTRADO D. FRANCISCO JOSÉ GOYENA SALGADO**, que expresa el parecer de la Sala.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- SE ACEPTAN los Antecedentes de Hecho de la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- Por la Sección nº 23 de la Audiencia Provincial de Madrid se dictó sentencia de fecha 9 de julio de 2020, en autos PA nº 1343/2019, con el siguiente fallo: “Que debemos absolver y **ABSOLVEMOS** a los acusados en esta causa **EUGENIO PINO SÁNCHEZ Y BONIFACIO DIEZ SEVILLANO** de los delitos de revelación de secreto, falso testimonio y estafa procesal de que venían siendo acusados declarando las costas de oficio.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que no es firme y que contra la misma podrán interponer recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el plazo de 10 días contados desde la última notificación.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo de Sala, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-”

TERCERO.- Frente a dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la procuradora D.ª ADELA CANO LANTERO, en nombre y representación de D. JORDI PUJOL FERRUSOLA, con base en las alegaciones que estimó oportunas e interesando se dicte sentencia por la que

estimando el recurso, se revoque la sentencia de instancia y se dicte nueva sentencia por la que se condene al acusado D. Eduardo Pino Sánchez a las penas de 2 años y 6 meses de prisión, multa de 20 meses con cuota diaria de 20 euros, con responsabilidad penal subsidiaria del art. 53 CP en caso de impago, e inhabilitación absoluta por tiempo de 9 años, por la comisión de un delito contra la intimidad del art. 197.3 del Código Penal y a la responsabilidad *ex delicto* reclamada y a las costas procesales.

CUARTO.- Admitido a trámite el recurso, se dio traslado para alegaciones a las partes apeladas, personándose en esta segunda instancia el Ministerio Fiscal y la defensa de Eugenio Pino Sánchez, que evacuaron el trámite haciendo las que estimaron oportunas y solicitando la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida.

QUINTO.- Elevadas las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, se formó el oportuno rollo de apelación, con el nº RPL 251/2020 (ASUNTO PENAL 319/2020) y tras los trámites legales vigentes, se señaló, dado que la sentencia recurrida es absolutoria, VISTA para oír personalmente al acusado.

Vista que se celebró con el resultado que obra en el rollo de Sala.

SEXTO.- SE ACEPTAN LOS HECHOS DECLARADOS PROBADOS de la sentencia de instancia, que son del siguiente tenor:

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

1. Los acusados en este procedimiento son EUGENIO PINO SÁNCHEZ, mayor de edad y sin antecedentes penales, quien ejerció como Director Adjunto Operativo (DAO) 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 BONIFACIO DIEZ SEVILLANO, mayor de edad y sin antecedentes penales, Inspector Jefe del Cuerpo Nacional de Policía núm. C.P. 16.768, adscrito a un denominado Consejo Asesor de la Dirección Adjunta Operativa desde el verano de 2014 hasta la jubilación del Director Eugenio Pino.

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. Jordi Pujol Ferrusola, 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. Jordi Pujol Ferrusola 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. Jordi Pujol Ferrusola y sus empresas la realizaba principalmente la Sra. Cristina de Francisco Cotorruelo.

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. Jordi Pujol Ferrusola, que podemos agrupar en tres grandes bloques (i) intimidad personal y familiar; (ii) vida económica personal; (iii) giro y tráfico de las sociedades Iniciatives Marketing i Inversió 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 Jordi y Mercé Pujol Gironés, 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. Jordi Puig Godés.

4. No consta 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 Eugenio Pino Sánchez 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 Eugenio Pino Sánchez el 4 de marzo de 2015 dio orden al personal de su secretaria para que copiaran la información de la que disponía de D. Jordi Pujol Ferrusola quedando grabada y almacenada en un pendrive USB, marca TOSHIBA, con número de serie 1411143A888NARG01S, de 8 GB de capacidad, cuyos archivos, carpetas y subcarpetas fueron copiados en ese soporte ese mismo día y entre las

13:07:38 y las 13:08:52.

A continuación, y siguiendo instrucciones del Director Adjunto Operativo, el acusado Eugenio Pino Sánchez, el también acusado Bonifacio Díez Sevillano, 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. 15.820, D. Manuel Vázquez López.

En el correspondiente oficio remititorio de la Secretaria 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 Pujol, así como de instituciones y miembros de la Generalitat de Cataluña"

7. No existe constancia fehaciente de que el acusado Bonifacio Díez Sevillano 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. Álvaro Ibáñez Alfaro, núm. C.P. 89.140, 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. Jordi Pujol Ferrusola 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. 9842 UDEF-BLA G24 el Inspector Jefe de Grupo núm. C.P. 89.140, D. Álvaro Ibáñez Alfaro, 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 Jordi PUJOL FERRUSOLA y Jordi PUIG GODES") 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 Jordi PUJOL FERRUSOLA 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 9842 y 3.573, -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 3.573 y 9.842". Poco después alzó parcialmente el secreto respecto del informe 3573, quedando limitada la pieza separada al informe 9842. 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 9842, 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:

- Tomo 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.

11. Por parte de UDEF se contestó al requerimiento anterior por medio de oficio de fecha 22 de julio de 2016 y registro de salida 27.135, 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 15.820.

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 Jordi PUJOL FERRUSOLA 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:

"Cuántas 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 Eugenio PINO SANCHEZ 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 Bonifacio DÍEZ SEVILLANO, 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. Manuel VÁZQUEZ, último responsable de la Unidad Central de Delincuencia Económica y Fiscal (UDEP) 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 que 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 Marcelino MARTÍN-BLAS, llevase a cabo las actuaciones que procediesen.

Esa actuación, según le informó Marcelino MARTÍN-BLAS, 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 TAMARIT.

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 MARTÍN-BLAS 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 DEL OLMO; al hermano del ex Ministro del Interior -Sr. RUBALCABA -, y otras personas relacionadas con la clase política de Cataluña, dispuse 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 MARTÍN-BLAS 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 Bonifacio DÍEZ 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 MARTÍN-BLAS 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.-€ 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 Eugenio Pino Sánchez 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 18.432, al objeto de hacer entrega de un pendrive marca Toshiba de 8 GB de capacidad referencia 1411143888NARG01S

El soporte originario pendrive USB, con número de serie 1411143888NARG01S, no contenía expresión de su código HASH en orden a producir fijeza, genuinidad y autenticidad respecto de su fuente 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 9.842 y los documentos adjuntos al mismo, que son los documentos incluidos en el 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 PS-9842, que se remitirá al Juzgado Decano de los Juzgados de Instrucción de los de Madrid, por sí los hechos cometidos por el DAO Eugenio PINO SÁNCHEZ, el funcionario de su Gabinete DIEZ SEVILLANO, 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 Julián Peribáñez Rius y Antonio Tamarit Febrero.”

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- SE ACEPTAN los fundamentos de derecho de la sentencia de instancia, en la medida en que no se opongan a los de la presente resolución, para su integración en la misma.

SEGUNDO.- Por la Sección nº 23 de la Audiencia Provincial de Madrid se dicta sentencia de fecha 9 de julio de 2020, por la que se absuelve a los acusados Eugenio Pino Sánchez y Bonifacio Díez Sevillano, de los delitos de revelación de secreto, falso testimonio y estafa procesal por los que venían acusados, declarando de oficio las costas causadas en este procedimiento.

Frente a dicha resolución se interpone recurso de apelación por la procuradora D.^a ADELA CANO LANTERO, en nombre y representación de D. JORDI PUJOL FERRUSOLA, solicitando la revocación de la misma y que se dicte sentencia condenatoria respecto a Eugenio Pino Sánchez, en los términos ya expuestos en los antecedentes de esta resolución.

TERCERO.- Examinadas las alegaciones de la parte apelante, del Ministerio Fiscal y de la defensa de Eugenio Pino Sánchez, así como la prueba practicada y oído personalmente al acusado, procede estimar el recurso formulado y revocar parcialmente la sentencia de instancia, en los términos que se dirán, aceptando los fundamentos jurídicos que no hayan quedado desvirtuados por que se expongan en la presente resolución.

A este respecto cabe hacer las siguientes consideraciones previas:

A.- Como primera cuestión, fundamental para el examen del recurso que examinamos, hay que señalar la propia manifestación de la parte apelante, en orden al respeto intangible del relato fáctico de la sentencia impugnada, a lo que añade aquellos “segmentos fácticos” que se ubican en los fundamentos de derecho de la sentencia recurrida, concretando su discrepancia respecto de la misma en el ámbito estrictamente jurídico.

Apunta la parte apelante en su primera consideración previa, que los hechos declarados probados se subsumen en el tipo penal por el que formuló acusación, discrepando en cuanto a que no concurriría causa de justificación alguna, contrariamente a lo resuelto por la Sala de instancia.

Una segunda precisión, que perfectamente indica el recurso analizado, es que el alcance del mismo se concreta en la petición de que se dicte nueva sentencia por la que se condene a D. Eugenio Pino Sánchez por la comisión de un delito de revelación de secretos –ex art- 297.3 del Código Penal--, a la pena interesada en las conclusiones definitivas de esta acusación particular.

Acepta la parte recurrente la absolución dictada en relación al otro acusado Bonifacio Díez Sevillano.

B.- El recurso formulado discrepa de la sentencia de instancia en dos aspectos, que conforman sendos motivos de impugnación: respecto de la calificación jurídica de los hechos y en cuanto a la concurrencia de la causa de justificación, prevista en el art. 20.7 del Código Penal.

A modo de consideraciones iniciales, el recurso que examinamos, hace una serie de alegaciones sobre la decisión absolutoria dictada y la fundamentación en que se apoya la Sala a quo, señalando que con ello "...habilita espacios de preocupante impunidad en lo que se refiere al tratamiento de la prueba ilícita y el uso que de la misma puedan hacer las fuerzas policiales, pese a conocer éstas que las pruebas han sido obtenidas con vulneración de derechos fundamentales o, más exactamente, mediante la comisión de delitos."

"La sentencia ahora recurrida, –sigue diciendo el recurso–sin embargo, ha excepcionado una suerte de barra libre a la infracción, y otorga ámbito de operatividad eficaz a pruebas ilícitas con origen en delito, por el solo hecho de estar en un contexto de investigación de un delito. La excepción no es asumible, [pues] a) No todo vale "La verdad real no puede obtenerse a cualquier precio" (ATS.18-6-1992; STS 23-2-2017) y b) Se trata, en suma, de una ponderación de males en conflicto. Y por eso la Sala se ve obligada a acudir a la causa de justificación del cumplimiento del deber (art. 20.7 del Código Penal), orillando, sin embargo, que, éste es siempre un deber adornado de licitud.

Y, en todo caso, un deber que solo justifica la antijuridicidad de la conducta cuando, en atención al principio de proporcionalidad, urgencia en la intervención del funcionario policial y bienes jurídicos en conflicto, procede el sacrificio del bien jurídico y la realización de la conducta típica.

...

Pero ese no es el supuesto objeto de debate. En efecto, el Juzgado Central de Instrucción nº 5 ya estaba actuando y promoviendo la persecución del eventual delito. Tampoco se vislumbra dato o información alguna que

requiriese de una actuación urgente, inminente, que permita excepcionar la inaprovechabilidad de material obtenido por la previa comisión de delitos.”

CUARTO.- La pretensión deducida por la parte recurrente se traduciría en la revocación, parcial, de la sentencia de instancia respecto del acusado Eugenio Pino Sánchez, que viene absuelto, sustituyendo dicho pronunciamiento por uno condenatorio, en los términos y expuestos.

a) El alcance del recurso de apelación debe, por tanto, ponerse en relación con el hecho de que el recurso se formula contra una sentencia absolutoria.

Trayendo a colación la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ciertamente tiene declarado:

“... cuando el Tribunal de apelación ha de conocer tanto de cuestiones de hecho como de Derecho, y en especial cuando ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que la apelación no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del acusado que niegue haber cometido la infracción considerada punible, de modo que en tales casos el nuevo examen por el Tribunal de apelación de la declaración de culpabilidad del acusado exige una nueva y total audiencia en presencia del acusado y los demás interesados o partes adversas (SSTEDH de 26 de mayo de 1988 -caso Ekbatani contra Suecia, § 32-; 29 de octubre de 1991 -caso Helmers contra Suecia, §§ 36, 37 y 39-; 29 de octubre de 1991 -caso Jan-Åke Andersson contra Suecia, § 28-; 29 de octubre de 1991 - caso Fejde contra Suecia, § 32). En este sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado más recientemente en su Sentencia de 27 de junio de 2000 -caso Constantinescu contra Rumania, §§ 54 y 55, 58 y 59- que cuando la instancia de apelación está llamada a conocer de un asunto en sus aspectos de hecho y de Derecho y a estudiar en su conjunto la cuestión de la culpabilidad o inocencia del acusado, no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir esas cuestiones sin la apreciación de los testimonios presentados en persona por el propio acusado que sostiene que no ha cometido la acción considerada infracción penal, precisando en ese supuesto que, tras el pronunciamiento absolutorio en primera instancia, el acusado debía ser oído por el Tribunal de apelación especialmente, habida cuenta de que fue el primero en condenarle en el marco de un procedimiento dirigido a resolver sobre una acusación en materia penal. Doctrina que reitera en la Sentencia de 25 de junio de 2000 -

caso Tierce y otros contra San Marino, §§ 94, 95 y 96-, en la que excluye que la ausencia de hechos nuevos sea suficiente para justificar la excepción a la necesidad de debates públicos en apelación en presencia del acusado, debiendo tenerse en cuenta ante todo la naturaleza de las cuestiones sometidas al Juez de apelación.”

Pero también, por otro lado, que: “En relación con demandas promovidas por infracción del art. 6.1 del Convenio como consecuencia de haberse fallado la apelación de una causa penal sin que se hubiese celebrado en esta fase audiencia o vista pública, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene declarado, con carácter general, que el proceso penal constituye un todo, y que la protección que dispensa el mencionado precepto no termina con el fallo en la primera instancia, de modo que el Estado que organiza Tribunales de apelación tiene el deber de asegurar a los justiciables, a este respecto, las garantías fundamentales del art. 6.1 CEDH. Más concretamente, en relación con la cuestión que ahora nos ocupa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que la noción de proceso justo o equitativo implica, en principio, la facultad del acusado de estar presente y ser oído personalmente en la primera instancia, dependiendo la exigencia de esta garantía en la fase de apelación de las peculiaridades del procedimiento considerado, para lo que es necesario examinar éste en su conjunto de acuerdo con el orden jurídico interno, el papel que ha de desempeñar la jurisdicción de apelación y la manera en la que los intereses del demandante fueron realmente expuestos y protegidos ante el Tribunal a la vista de las cuestiones que éste tiene que juzgar. Así pues, respecto a la exigencia de aquella garantía en la apelación, debe determinarse si, en atención a las circunstancias del caso, las particularidades del procedimiento nacional, examinado éste en su conjunto, justifican una excepción en la segunda o tercera instancia al principio de audiencia pública (SSTEDH de 26 de mayo de 1988 -caso Ekbatani contra Suecia, §§ 24 y 27-; 29 de octubre de 1991 -caso Helmers contra Suecia, §§ 31 y 32-; 27 de junio de 2000 -caso Constantinescu contra Rumanía, § 53).

No se puede concluir, por lo tanto, que como consecuencia de que un Tribunal de apelación esté investido de plenitud de jurisdicción, tal circunstancia ha de implicar siempre, en aplicación del art. 6 del Convenio, el derecho a una audiencia pública en segunda instancia, independientemente de la naturaleza de las cuestiones a juzgar. La publicidad, ha declarado en

este sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, constituye ciertamente uno de los medios para preservar la confianza en los Tribunales; pero desde otras consideraciones, también el derecho a un juicio en plazo razonable y la necesidad de conferir un tratamiento rápido a los asuntos han de tenerse en cuenta para determinar si los debates públicos son necesarios después del proceso en primera instancia. De modo que la ausencia o falta de una vista o debates públicos en segunda o tercera instancia puede justificarse por las características del procedimiento de que se trate, con tal que se hayan celebrado en la primera instancia. Así lo ha admitido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto a los procedimientos para autorizar la interposición de la apelación o consagrados exclusivamente a cuestiones de Derecho y no a las de hecho, en relación con los cuales ha señalado que se cumplirán los requisitos del art. 6.1 del Convenio aunque el Tribunal de apelación o casación no haya dado al recurrente la facultad de ser oído personalmente (SSTEDH de 26 de mayo de 1988 -caso Ekbatani contra Suecia, § 32-; 29 de octubre de 1991 -caso Helmers contra Suecia, § 36-; 29 de octubre de 1991 -caso Jan-Åke Anderson contra Suecia, § 27-; 29 de octubre de 1991 -caso Fejde contra Suecia, § 31-; 22 de febrero de 1996 -caso Bulut contra Austria, §§ 40 y 41-; 8 de febrero de 2000 -caso Cooke contra Austria, § 35-; 27 de junio de 2000 -caso Constantinescu contra Rumania, §§ 54 y 55-; 25 de julio de 2000 -caso Tierce y otros contra San Marino, §§ 94 y 95).”

Sobre esta cuestión la STS. 24 de octubre de 2019, con citas de las SSTS. nº 892/2007, y de la núm. 411/2007 establece: "... que la presunción de inocencia invertida que autorizaría al Tribunal de casación a suplantar la falta de convicción condenatoria del Tribunal de instancia, no se recoge nuestra Constitución, pues cuando la sentencia absolutoria se fundamenta precisamente en el derecho fundamental a la presunción de inocencia la acusación no puede invocar dicho derecho constitucional en perjuicio del reo para obtener una nueva valoración probatoria en sentido condenatorio".

Criterio igualmente expresado por el Tribunal Constitucional, que ha afirmado que " Al igual que no existe "un principio de legalidad invertido", que otorgue al acusador un derecho a la condena penal cuando concurren sus presupuestos legales (STC 41/1997, de 10 de marzo, F. 4), tampoco existe una especie de "derecho a la presunción de inocencia invertido", de

titularidad del acusador, que exija la constatación de una conducta delictiva cuando la misma sea la consecuencia más razonable de las pruebas practicadas ". (STC 141/2006, FJ 3).

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que la doctrina del Tribunal Constitucional, que ha ido evolucionando desde la *STC 167/2002* , así como la de esta Sala, siguiendo ambas en este aspecto al TEDH, han establecido severas restricciones a la posibilidad de rectificar en vía de recurso los aspectos fácticos de sentencias absolutorias para consignar un nuevo relato de hechos probados al que unir un pronunciamiento condenatorio contra quien había resultado absuelto en la instancia, o para empeorar su situación tras una sentencia condenatoria.

El Tribunal Constitucional recordaba en la *STC nº 105/2016*, de 6 de junio , que "La STC de Pleno 88/2013 de 11 de abril, FFJJ 7 a 9, efectuó un extenso resumen de dicha doctrina y de su evolución a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, concluyendo que "de conformidad con la doctrina constitucional establecida en las SSTC 167/2002 y _184/2009 vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación a partir de una nueva valoración de pruebas personales o de una reconsideración de los hechos estimados probados para establecer su culpabilidad, siempre que no haya celebrado una audiencia pública en que se desarrolle la necesaria actividad probatoria, con las garantías de publicidad, inmediación y contradicción que le son propias, y se dé al acusado la posibilidad de defenderse exponiendo su testimonio personal" (FJ 9) ".

Igualmente, en esta línea cabe citar la STS. 29/05/2019: "El recurso del Ministerio Público plantea una vez más el problema de si en el contexto de un recurso de casación puede agravarse una condena o puede condenarse a quien ha sido absuelto.

Sobre esta cuestión existe una doctrina constitucional reiterada, de la que es exponente la STC 146/2017, de 14 de diciembre, en la que se afirma lo siguiente: " [...] resulta contrario a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial, conociendo a través de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación 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 en presencia del órgano judicial que las valora - como es el caso de las declaraciones de testigos, peritos y acusados (así, entre otras, SSTC 197/2002, de 28 de octubre, FJ 4, o 1/2010, de 11 de enero, FJ 3) -, sin haber celebrado una vista pública en que se haya desarrollado con todas las garantías dicha actividad probatoria.

Por el contrario, en aplicación de esta doctrina constitucional, también se ha destacado que no cabrá efectuar ese reproche constitucional cuando la condena pronunciada en apelación o la agravación de la situación, a pesar de no haberse celebrado vista pública, tenga origen en una alteración fáctica que no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración -como es el caso de pruebas documentales (así, STC 272/2005, de 24 de octubre, FJ 5 o 153/2011, de 17 de octubre, FJ 4), pruebas periciales documentadas (así, SSTC 143/2005, de 6 de junio, FJ 6; o 142/2011, de 26 de septiembre, FJ 3); o, también, cuando dicha alteración fáctica se derive de discrepancias con la valoración de pruebas indiciarias, de modo que el órgano judicial revisor se limite a rectificar la inferencia realizada por el de instancia, a partir de unos hechos que resultan acreditados en ésta, argumentando que este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la inmediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen del recurso sin merma de garantías constitucionales (así, SSTC 43/2007, de 26 de febrero, FJ 6; o 91/2009, de 20 de abril, FJ 4). Por último, también se descarta una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías cuando la condena o agravación en vía de recurso, aun no habiéndose celebrado vista pública, no derive de una alteración del sustrato fáctico sobre el que se asienta la Sentencia de instancia sino sobre cuestiones estrictamente jurídicas (así, SSTC 143/2005, de 6 de junio, FJ 6 o 2/2013, de 14 de enero, FJ 6).

Más en concreto, y centrándose en la cuestión de la acreditación de los elementos subjetivos del delito, se vino considerando, también en proyección de la doctrina de la STC 167/2002, que, desde la perspectiva de la exigencia de inmediación, el elemento determinante para concluir la eventual vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías era verificar si el razonamiento judicial sobre la concurrencia de ese elemento subjetivo por el órgano judicial de segunda instancia se fundamentaba en elementos de prueba que exigieran inmediación (por todas, entre las últimas, SSTC 127/2010, de 29 de noviembre, FFJJ 3 y 4 ; o 126/2012, de 18 de junio , FJ 3

); o, por el contrario, se vinculaba con pruebas que no tuvieran carácter personal (así, STC 137/2007, de 4 de junio, FJ 3) o sobre la base de un control de la razonabilidad de la inferencia llevada a cabo en instancia, a partir de unos hechos base que se dan por acreditados, argumentando que, en este último caso, se trata de una cuestión de estricta valoración jurídica que no exige la reproducción del debate público y la inmediación (por todas, SSTC 328/2006, de 20 de noviembre FJ 3 ; o 184/2009, de 7 de septiembre, FJ 2).

En lo referente a la acreditación de los elementos subjetivos del delito, este Tribunal, perfilando el criterio de la STC 184/2000, afirmó "que también el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales, debiendo distinguirse del mismo el relativo a la estricta calificación jurídica que deba asignarse a los hechos una vez acreditada su existencia. De este modo, si bien la revisión de la razonabilidad de las inferencias a partir de la cual el órgano a quo llega a su conclusión sobre la inexistencia de dolo -u otro elemento subjetivo del tipo- no precisará de la garantía de inmediación si tal enjuiciamiento no se produce a partir de la valoración de declaraciones testimoniales, sí deberá venir presidido, en todo caso, por la previa audiencia al acusado" (STC 126/2012, de 18 de junio, FJ 4).

Tal ampliación era el corolario de la recepción de las SSTEDH de 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España, § 27; 21 de septiembre de 2010, caso Marcos Barrios c. España, § 32; 16 de noviembre de 2010, caso García Hernández c. España, § 25; 25 de octubre de 2011, caso Almenara Álvarez c. España, §39; 22 de noviembre de 2011, caso Lacadena Calero c. España, § 38; 13 de diciembre de 2011, caso Valbuena Redondo c. España, § 29; 20 de marzo de 2012, caso Serrano Contreras c. España, § 31. A las que siguieron con posterioridad, la STEDH de 27 de noviembre de 2012, caso Vilanova Goterris y Llop García c. España, y la STEDH de 13 de junio de 2017, Atutxa Mendiola y otros c. España (§ 41 a 46) [...].

En esta línea delimitadora cabe citar la más reciente STS. de 1 de febrero de 2019: «Lo que nos lleva a recordar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que expone que:

La doctrina sobre las condenas penales en segunda instancia previa revocación de un pronunciamiento absolutorio, iniciada en la STC

167/2002 , de 18 de septiembre (FFJJ 9 a 11) y reiterada en numerosas Sentencias posteriores (entre otras muchas, SSTC 182/2007, de 10 de septiembre ; 28/2008, de 11 de febrero ; 1/2009, de 12 de enero , 24/2009, de 26 de enero y más recientemente, SSTC 22/2013, de 31 de enero ; 195/2013, de 2 de diciembre ; y 105/2014, de 23 de junio), expresa que el **respeto a los principios de publicidad, inmediatez y contradicción**, que forman parte 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 que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente y en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción.**

También inciden en el tema las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (SSTEDH) de 29 de octubre de 1991, caso Jan Ake Andersson c. Suecia y 5 de diciembre de 2002, caso Hoppe c. Alemania.

En aplicación de esta doctrina hemos dicho que el respeto a los citados principios de publicidad, inmediatez y contradicción exige que el Tribunal de apelación oiga personalmente a los testigos, peritos y acusados que hayan prestado testimonio y declaración en el acto del juicio, dado el carácter personal de estos medios de prueba, a fin de llevar a cabo su propia valoración y ponderación y corregir la efectuada por el órgano de instancia, de manera que **el órgano de apelación no puede operar una modificación de los hechos probados que conduzca a la condena del acusado**, si tal modificación no viene precedida del examen directo y personal de los acusados o testigos en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción.

En la medida que la sentencia dictada en apelación **no alteró el relato de lo probado** para estimar aplicable el tipo penal, es claro que se acomoda a dicha doctrina...”

A modo de corolario, cabe citar, por último, la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2021, que trata el tema y avala la decisión de esta Sala de ser factible la revocación de la sentencia absolutoria.

Establece esta sentencia: “Recordamos ahora la sentencia del Tribunal Supremo de Pleno, 484/2015 de 7 Sep. 2015, Rec. 1765/2014, que señala que: *“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 vedada.

... 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 STC- 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.

... También se ha destacado que "desde la STC 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 15, que cuando a partir de los hechos declarados probados en la primera instancia, el núcleo de la discrepancia entre la sentencia absolutoria y la condenatoria sea una cuestión estrictamente jurídica, para su resolución no resulta necesario oír al acusado en un juicio público, sino que el Tribunal puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. "Si el debate planteado en segunda instancia versa exclusivamente sobre cuestiones jurídicas, ya sea por la configuración legal del recurso -como en nuestro sistema jurídico ocurre, en tantas ocasiones, en la casación penal-, ya sea por los concretos motivos que fundamentan la solicitud de agravación de condena planteada por los acusadores, para su resolución no resulta necesario oír personalmente al acusado en un juicio público, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse, sino que el Tribunal ad quem puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. En tales supuestos, en cuanto el debate sea estrictamente jurídico, la posición de la parte podría entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado, en quien se encarnaría la efectividad del derecho de defensa frente a los argumentos esgrimidos por la otra parte." (STC 45/2011, FJ 3). (En la misma línea, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 596/2015 de 5 Oct. 2015, Rec. 755/2015).

No existe, por ello, vulneración de la tutela judicial efectiva si:

1.- El debate que surge en la apelación se circunscribe a la calificación jurídica que merecía el comportamiento atribuido como probado al acusado.

2.- No se entra por el tribunal que resuelve la apelación (o la casación) en cuestiones atinentes a la prueba.

3.- Se respetan los hechos probados por el tribunal que resuelve el recurso.

4.- Lo que se verifica es exclusivamente el proceso de subsunción de los hechos probados en el tipo penal.

5.- Lo único que se lleva a cabo es corregir una defectuosa valoración jurídica dentro del ámbito de competencia devuelto al Tribunal de la apelación por el recurso, que de nuevo se plantea ante el Tribunal Supremo para su análisis.

6.- No existe, por ello, en estos casos limitación de la vía de recursos que nuestro derecho le otorga en un proceso penal a un condenado al moverse el tribunal de apelación en los márgenes que le permite el ordenamiento jurídico y la propia doctrina de límites del TC y del TEDH.

b) En aplicación de dicha doctrina, la habilitación de un trámite de audiencia al acusado absuelto, aseguraría su derecho fundamental a un proceso con todas las garantías.”

Al amparo de la citada doctrina, entiende esta Sala, que cabe en el presente caso que examinamos, la revocación de la sentencia absolutoria dictada respecto de Eugenio Pino Sánchez, por las razones que se expondrán en posteriores fundamentos, sin merma de sus derechos fundamentales y en particular del derecho a un juicio con todas las garantías, ya que no se trata, en palabras de la citada doctrina ya expuesta, “de una nueva fijación de hechos probados, que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen en presencia del órgano judicial que las valora, sin haber celebrado una vista pública en que se haya desarrollado con todas las garantías dicha actividad.”

Ni siquiera hay una alteración fáctica –nuevamente en palabras de la citada doctrina—“que no resulte del análisis de medios probatorios que exijan presencias su práctica para su valoración.”

Ni siquiera dicha alteración fáctica “se deriva de discrepancias con la valoración de pruebas indiciarias, de modo que el órgano judicial revisor se limite a rectificar la inferencia realizada por el de instancia, a partir de unos hechos que resulten acreditados en ésta.”

Nos encontramos, en definitiva, con el examen que debe hacer la Sala,

a tenor de los motivos del recurso de apelación, de la correcta adecuación al tipo delictivo que se imputa al acusado, de los hechos que se declaran acreditados, que ni se alteran en esta alzada, ni se reexaminan a la vista de la valoración probatoria realizada por el Tribunal a quo, que no es objeto de impugnación por la parte recurrente, aunque sí lo sea las conclusiones a que llega la Sala de instancia, a los efectos de no considerar típica la conducta del acusado o estar amparada por una circunstancia eximente.

En cualquier caso, reiterando lo que tiene señalado el Tribunal Constitucional: “la revisión de la razonabilidad de las inferencias a partir de la cual el órgano a quo llega a su conclusión sobre la inexistencia de dolo -u otro elemento subjetivo del tipo- no precisará de la garantía de intermediación si tal enjuiciamiento no se produce a partir de la valoración de declaraciones testificales, sí deberá venir presidido, en todo caso, por la previa audiencia al acusado”

QUINTO.- El primer motivo del recurso se articula por INFRACCIÓN EN LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS.

Considera el motivo inatendible el razonamiento de la Sala de instancia, que “centra el problema de encaje en la tipicidad invocada, sobre la idea de que la cesión a un tercero, en concreto a un policía de otra unidad policial, que sabe que está investigando como policía judicial en un procedimiento penal en curso, “no puede catalogarse como alguna de las modalidades de difusión, revelación o cesión contemplados en el tipo del art. 197.3 párrafo segundo del CP”

Dicha interpretación, señala el motivo de recurso, no encuentra cobijo en el Código Penal, ni tampoco en precedentes jurisprudenciales del Tribunal Supremo.

A juicio de la parte recurrente, el razonamiento de la sentencia de instancia, conforme al cuál la conducta del Código Penal no puede ser cometida por un policía o funcionario público que haya accedido a la información invasora de la intimidad de un ciudadano por razón de su cargo, desvirtúa y vacía de contenido el tipo de art. 197.3 del Código penal, amplificando la lesión de la intimidad, al permitir la cesión de un objeto altamente intoxicado por provenir de un delito.

Señala el motivo que: “Es indiferente que el tercero sea policía o no. Es indiferente que el tercero está adscrito a la misma unidad que el acusado, o que se integre en otra. Lo únicamente relevante es que el tercero no conocía esa información y documentación que obraba en el “pendrive” y que

Eugenio Pino Sánchez, a sabiendas del origen ilícito y delictivo y sin haber tomado parte en su descubrimiento, cedió esos datos o hechos descubiertos.”

El motivo, extensa y argumentalmente desarrollado, merece, a juicio de esta Sala, favorable acogida.

A este respecto cabe hacer las siguientes consideraciones:

a) Debemos insistir en que no se impugna el relato de hechos probados. Todo lo contrario, cabe partir estrictamente del mismo, así como de la valoración que de la prueba hace el tribunal a quo para fijar dicho relato, que asumimos.

Por otra parte, es encomiable, por su exhaustividad, el estudiado examen de las figuras penales en juego que hace la sentencia de instancia, para concluir que nos encontramos –y a ello se sujeta en su impugnación la parte apelante—ante el delito tipificado en el art. 197.3, párrafo 2º del C. Penal, a cuyo tenor: “Será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior.”

La conducta a la que se alude, consiste en revelar o ceder a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores. Dichos datos, hechos o imágenes se habrían logrado apoderándose de papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, o interceptando sus telecomunicaciones o utilizando artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción de sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación. Dicho apoderamiento, por terceros ha de ser ilícita, al no venir avalado por el consentimiento del titular y todo ello con la finalidad de descubrir los secretos o vulnerar la intimidad del mismo.

Como correctamente señala la sentencia de instancia, la conducta que se imputa al acusado, constituye una modalidad delictiva autónoma, que “castiga la mera revelación (difusión o cesión) de datos, hechos descubiertos o imágenes captadas, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en la conducta previa de acceso ilícito a los mismos” en los términos de los tipos básicos del art. 197 que ya hemos expuesto.

El sujeto activo debe conocer el origen ilícito de la obtención de los datos, o de los hechos descubiertos o de las imágenes captadas.

Cabe, por lo demás, asumir y dar por reproducido el análisis del tipo penal que lleva a cabo la sentencia en el apdo. 5, fundamento jurídico quinto.

b) Discrepa esta Sala, en la línea indicada por el recurso formulado, de la consecuencia interpretativa que hace el tribunal a quo, en el sentido de que “La modalidad autónoma de indiscreción del párrafo segundo del art. 197.3 CP, sustentada en deberes genéricos de discreción, no puede ser cometida

por policía o funcionario público que haya accedido a la información invasora de la intimidad de un ciudadano particular por razón de su cargo. En ese concreto supuesto, que es el que nos ocupa, el acceso a las fuentes de información por parte del funcionario del CNP no sería ilícito, y, de revelar o difundir dicha información, le debería ser de aplicación el tipo específico del art. 417 CP, apartado 2 en el caso de información atinente a un particular. Es decir, en el momento en que la información confidencial le llega en razón al desempeño de su función policial, y no como Eugenio Pino, solo le incumbe el deber de sigilo profesional, pero no el genérico de indiscreción, que, en todo caso, solo se vulnera mediante la divulgación o revelación a tercero, y no mediante su transmisión a la concreta unidad encargada de la investigación en curso. Y en ese precepto, art. 417.2 CP, no se contempla más que la revelación o difusión, es decir, conductas que supongan vulnerar el deber de sigilo y reserva funcional, que no encaja con la simple remisión, transmisión, a la unidad encargada del expediente/investigación a quien corresponderá valorar o sopesar la legitimidad o utilidad de la fuente de prueba facilitada. Este es el núcleo básico de la cuestión debatida, el debido manejo de una información que puede ser relevante o valiosa a los fines de una determinada investigación penal en curso, pero cuyo origen es ilícito por la vulneración para su obtención de un derecho fundamental.

Una vez las conductas objeto del presente proceso han quedado delimitadas al margen de cualquier participación en la inicial intromisión ilícita en la intimidad de D. Jordi Pujol Ferrusola, pero al tiempo, anteriores y escindidas de la decisión autónoma de incorporarlas a un determinado informe policial destinado a formar parte del procedimiento judicial en curso, el único deber de sigilo que hubiera podido infringirse sería el profesional, es decir ad extra, hacía fuera de la función encomendada, y nunca puede colmar los requisitos del tipo el simple dato de encauzar o dirigir la información, conforme a las pautas ordinarias de confidencialidad y sigilo de la actuación policial, a la unidad encargada del desarrollo de la investigación.”

c) No se discute la falta de participación del acusado en la obtención ilícita de los datos contenidos en el pendrive, solo el carácter, delictivo o no, a la vista del art. 197.3, párrafo 2º C. Penal, de su entrega al otro acusado absuelto Bonifacio Díez Sevillano (Inspector Jefe del CNP), para a su vez ser entregado por éste último al Comisario Principal (Jefe de la UDEF) D. Manuel Vázquez López.

El examen de la conducta del acusado Sr. Pino debe hacerse desde el respeto de los hechos declarados probados y que supone que: “**5.** Tampoco

consta en qué fecha llegó a poder de Rodolfo 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 el 4 de marzo de 2015 dio orden al personal de su secretaria para que copiaran la información de la que disponía de D. Jordi Pujol Ferrusola quedando grabada y almacenada en un pendrive USB, marca TOSHIBA, con número de serie NUM005, de 8 GB de capacidad, cuyos archivos, carpetas y subcarpetas fueron copiados en ese soporte ese mismo día y entre las 13:07:38 y las 13:08:52.”

Dicha entrega al otro acusado absuelto y con destino al Jefe de la UDEF, lo era, según se recoge en el relato de hechos probados: ““A los efectos que procedan, se adjunta Pen- Drive, conteniendo 939 archivos distribuidos en 32 carpetas, conteniendo información confidencial sobre la familia Pujol, así como de instituciones y miembros de la Generalitat de Cataluña”

Con base en lo anterior, sin hasta ese momento dar cuenta a la autoridad judicial o del Ministerio Fiscal, que conocían de las Diligencias Previas 141/2012—en las que aparecía como investigado Jordi Pujol Ferrusola—por el Inspector Jefe de Grupo del CNP D. Álvaro Ibáñez Alfaro, se remite oficio al Juzgado de Instrucción Central nº 5, con referencia a las indicadas DPO 141/2012-PS, un informe que se recoge en los hechos declarados probados en los siguientes términos: “(ASUNTO: "informando sobre diversas cuestiones relacionadas con JORDI PUJOL FERRUSOLA y Jordi PUIG GODES") 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 Jordi PUJOL FERRUSOLA 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."

Debe destacarse, por último, que merced a las diligencias de instrucción practicadas por el Juzgado Central de Instrucción nº 5, para averiguar el origen de dicha información, se dictó, tal como se recoge en los hechos probados: "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 9.842 y los documentos adjuntos al mismo, que son los documentos incluidos en el soporte pendrive que fue entregado por el DAO a la UDEF. Dichos documentos no podrán ser utilizados en el procedimiento. (...)”

La relatada actuación del acusado, a juicio de la Sala, no solo constituye una actuación profesional incorrecta, poniendo en riesgo de contaminación una investigación judicial en curso, sino que integra el delito que se le imputa.

d) 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, de derecho o de hecho, pero desde la autoridad que le daba su condición de Director Adjunto Operativo del CNP, en el curso de una investigación que se llevaba a cabo en el Juzgado Central de Instrucción nº 5, “a los efectos que procedan”, que cabe afirmar no eran la de que se tuviera en cuenta la ilicitud de su contenido y en definitiva del medio de prueba que suponía, a fin de que por la autoridad judicial se actuara en consecuencia, sino a los efectos de que pudiera surtir dicho contenido efectos, entre los que no cabe descartar los perjudiciales para un investigado en la causa penal en curso, y que en todo caso suponía revelar datos que afectaban a la intimidad del mismo, irrelevantes para la investigación.

e) En ningún caso puede hacerse acceder de forma consciente, una prueba ilícita desde su origen a un procedimiento penal, a resultas de lo que pueda pasar, sin que la diligencia en última instancia de la autoridad judicial, con su definitiva y terminante expulsión del procedimiento, subsane o

legitime la ilícita conducta de aportación.

Analiza esta problemática la STS. 116/2017, de 23 de febrero de 2017 –dictada en el conocido “caso Falciani--, que creemos es de aplicación al caso, sin perjuicio del resultado concreto que analizaba la citada sentencia, en cuanto que el acusado era un particular y no como aquí que era un funcionario público, señalando:

“Una complejidad que se deriva del significado mismo de la prueba ilícita y de los radicales efectos que su declaración lleva asociada. La determinación del alcance del art. 11 de la LOPJ ha sido objeto de numerosas aportaciones dogmáticas y de una jurisprudencia constitucional que ha evolucionado sensiblemente desde los primeros precedentes sobre la materia (cfr. SSTC 9/1984, 30 de enero, 114/1984, 29 de noviembre y 60/1988, 8 de abril), hasta la formulación del principio de la conexión de antijuridicidad (STC 81/1998, 2 de abril; 121/1998, 15 de junio y 49/1999, 5 de abril).

Que la prueba obtenida con vulneración de un derecho fundamental ha de ser excluida de la apreciación probatoria forma parte de las garantías del sistema constitucional. Más allá de su proclamación expresa en un enunciado normativo, su vigencia es nota definitoria del derecho a un proceso con todas las garantías. La exclusión de prueba ilícita del material valorable por el órgano decisorio forma parte del patrimonio jurídico de los sistemas democráticos. Y es que como proclamara esta Sala mediante un brocardo de obligada cita cuando se aborda esta materia, *la verdad real no puede obtenerse a cualquier precio* (cfr. *ATS 18 de junio de 1992 -rec. 610/1990 -*). La necesidad de hacer eficaz esa regla de exclusión viene impuesta incluso por una exigencia ética ligada a la fuente legitimante de la función jurisdiccional. La incorporación de un acto lesivo de los derechos fundamentales al conjunto probatorio que ha de ser apreciado por el órgano sentenciador acarrea el riesgo de lo que la STS 195/2014, 3 de marzo, ha denominado una metástasis procesal. De ahí la importancia de que con anterioridad al proceso valorativo se proceda a un verdadero saneamiento del proceso, excluyendo aquellos elementos de prueba con virtualidad contaminante.

...

El poder del Estado para la persecución y enjuiciamiento de hechos ilícitos no puede valerse de atajos. El ejercicio de la función jurisdiccional

sólo se ajusta al modelo constitucional cuando se asienta sobre los principios que definen el derecho a un proceso con todas las garantías. Estos principios, a los que no falta una verdadera dimensión ética, actúan como una fuente de limitación de la actividad estatal. La vulneración de derechos del acusado, ya sea mediante un acto de carácter delictivo, ya mediante la vulneración de sus derechos y libertades fundamentales, abre una grieta en la estructura misma del proceso penal. Sus efectos contaminantes alcanzan a otros actos procesales conectados a la antijuridicidad originaria y que pueden resultar afectados en su aparente validez.

En definitiva, está fuera de discusión la necesidad de excluir el valor probatorio de aquellas diligencias que vulneren el mandato prohibitivo del art. 11 de la LOPJ. Pero más allá del fecundo debate dogmático acerca de lo que se ha llamado la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, es evidente que la acción vulneradora del agente de la autoridad que personifica el interés del Estado en el castigo de las infracciones criminales nunca puede ser artificialmente equiparada a la acción del particular que, sin vinculación alguna con el ejercicio del *ius puniendi*, se hace con documentos que más tarde se convierten en fuentes de prueba que llegan a resultar, por una u otra circunstancia, determinantes para la formulación del juicio de autoría. El particular que por propia iniciativa desborda el marco jurídico que define la legitimidad del acceso a datos bancarios, ya actúe con el propósito de lograr un provecho económico, ya con el de fomentar el debate sobre los límites del secreto bancario, no lo hace en nombre del Estado. No rebasa el cuadro de garantías que define los límites constitucionales al acopio estatal de fuentes de pruebas incriminatorias. Nada tiene que ver esa actuación con la de un agente al servicio del Estado. Lo que proscribe el art. 11 de la LOPJ no es otra cosa que la obtención de pruebas ("*no surtirán efecto las pruebas obtenidas...*"). Es el desarrollo de la actividad probatoria en el marco de un proceso penal - entendido éste en su acepción más flexible- lo que queda afectado por la regla de exclusión cuando se erosiona el contenido material de derechos o libertades fundamentales.”

f) El origen ilícito de la obtención de los datos e información contenidos en el pendrive entregado por el acusado Sr. Pino, determina que no pudieran o debieran acceder como prueba al proceso penal en curso, que

se seguía en el Juzgado Central de Instrucción nº 5, por mor de lo ordenado por el art. 11 LOPJ, y este deber se inicia ya desde la intervención de los integrantes de los Cuerpos e Instituciones de Seguridad del Estado, en el caso presente de la Policía Nacional.

El acusado, por su condición de funcionario público, ocupando un altísimo nivel, debía sujetarse a dicho principio y siendo conocedor del origen ilícito de los datos y documentación contenidos en el pendrive, aunque no hubiera intervenido en dicha obtención, así como del concreto contenido de dichos datos y documentación, que conocía, debió abstenerse de su entrega “a los efectos que procedan”, dado que, ningún efecto debía producir.

Dicho conocimiento del origen ilícito del pendrive y del propio contenido en sí, por parte del acusado, se declara en el relato de hechos probados: “Tampoco consta en qué fecha llegó a poder de Eugenio Pino Sánchez esa información, pero, en todo caso, sabedor que no procedía de una intervención con previa autorización judicial, en marzo de 2015 decidió su utilización.”, procediendo: “el acusado Eugenio Pino Sánchez el 4 de marzo de 2015 dio orden al personal de su secretaria para que copiaran la información de la que disponía de D. Jordi Pujol Ferrusola quedando grabada y almacenada en un pendrive USB, marca TOSHIBA, con número de serie NUM005, de 8 GB de capacidad, cuyos archivos, carpetas y subcarpetas fueron copiados en ese soporte ese mismo día y entre las 13:07:38 y las 13:08:52.”, por lo que cabe lógicamente inferir que habría comprobado previamente su contenido, para ordenar hacer la copia, que en realidad fueron varias, según reconoció el acusado y que se enviaron a otros destinatarios ajenos a la actividad de investigación judicial.

Pues bien, lejos de actuar así o, en su caso, dar cuenta a la autoridad judicial, advirtiendo de dichas circunstancias, procedió, a sabiendas, a darle curso “reglamentario” para el empleo por parte de otros integrantes del CNP de su contenido “a los efectos que procedan”, miembros de la Policía que estaban en relación con la investigación que se llevaba a cabo frente a D. Jordi Pujol Ferrusola, determinando ni más ni menos que se elaborara un informe, que se recoge en los hechos declarados probados, apoyado en los datos y documentos contenidos en el pendrive, accediendo, como medio de prueba al procedimiento judicial, sin que en ningún momento se advirtiera ni a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal del origen ilícito de la prueba.

Llegados a este punto hay que concretar que la conducta del acusado Eugenio Pino Sánchez, no solo supuso introducir un medio de prueba ilícito, poniendo en riesgo evidente el procedimiento judicial al que accedía, sino también, y esto encaja en el tipo penal por el que la Acusación particular formula su petición de condena, en la acción típica prevista en el párrafo 2º del art. 197.3 del C. Penal: “difundir, revelar o ceder a terceros los datos o hechos descubiertos... a que se refieren los números anteriores.”

En efecto, desde el momento en que el acusado no cumplió con el deber, que como funcionario público tenía, de impedir que el pendrive tuviera recorrido alguno, sino que por el contrario le dio curso con la finalidad de un uso espurio de su contenido, procedió a difundir, revelar o ceder a terceros, datos y documentación pertenecientes a la intimidad de D. Jordi Pujol Ferrusola, además con un evidente ánimo de perjudicarle – aunque este requisito no se exija en el tipo penal--, y en modo alguno se justifica o subsana dicha difusión, revelación o cesión porque se entregue a otros miembros de la Policía, pues dicha entrega solo tiene una “aparente regularidad reglamentaria o procedimental, bajo la sedicente fórmula de “a los efectos que procedan”, pues, repetimos, ningún efecto podían o debían producir.

En consecuencia, y discrepando de la tesis de la Sala de instancia, los hechos que se imputan al acusado, circunscritos al objeto del presente recurso, sí integran la conducta típica del delito descrito en el párrafo 2º del art. 197.3 del C. Penal y en consecuencia debemos estimar el motivo de apelación examinado.

Cabe, por último, salir al paso brevemente de alguna de las consideraciones realizadas por las partes en la vista en esta alzada.

Considera la Sala que la interpretación que, del precepto penal, cuya aplicación pretende el recurrente, es perfectamente admisible y de hecho la comparte la Sala, conforme a los argumentos expuestos. Consideramos que no es contraria a la voluntad del legislador ni una interpretación *in malam partem, en expresión del Ministerio Fiscal*, sino que es acorde a la actuación realizada por el acusado, que se refleja en el relato de hechos probados, y que sí es típica, conforme a la postura que presenta la defensa y acoge la Sala.

No cabe albergar dudas, pese a lo manifestado por el Ministerio Fiscal, que la conducta del acusado iba dirigida a causar un perjuicio a la víctima, o

desde luego, debía considerar como muy posible, que la aportación de los datos contenidos en el pendrive, podría dar lugar a ello, dado que se encontraba incurso como investigado en una causa penal. De no haber advertido el Magistrado instructor el origen ilícito de la prueba aportada por el acusado, las consecuencias judiciales podían ser potencialmente perjudiciales.

Ya hemos señalado, por otra parte, que resulta indiferente a quién se remite la prueba ilícita, con la finalidad de su incorporación a un procedimiento penal en curso, ya que, por su condición de policía, precisamente lo que debió es impedirlo y no facilitar su acceso, respecto de lo que sí es relevante el medio utilizado, esto es a través de la propia estructura policial y en el seno de la investigación que se llevaba a cabo.

No podemos obviar, en el examen del presente caso, la circunstancia tan relevante como que también facilitó copias a otros organismos, respecto de los que cabe afirmar, en la línea que señala el Ministerio Fiscal, que eran ajenos al procedimiento judicial. Se dio con ello publicidad (distribución) a la información que sabía que no procedía de cauce lícito y autorizado judicialmente, y por ello se refuerza la consumación del delito de revelación de secretos del art. 197.3. C. Penal.

El artículo 197 del Código Penal, en su apartado 3, párrafo segundo, castiga con pena de prisión de uno a tres años y multa la difusión, revelación o cesión a terceros de los datos o hechos descubiertos a los que se refieren los números anteriores, por quien no hubiese tomado parte en el descubrimiento, aunque se exige la conciencia del origen ilícito. El subtipo agravado del párrafo primero de este mismo apartado encuentra su justificación según la jurisprudencia, en el hecho de que con semejante conducta se produce un incremento de la vulneración de la intimidad del sujeto pasivo (STS 1219/2004, de 10 de diciembre), configurándose el párrafo segundo como un tipo autónomo dado que el autor del delito no interviene en la acción constitutiva del tipo básico (apoderarse de los datos personales).

De acuerdo con el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, derivados de una prueba tan directa como la confesión personal del acusado, éste no solo llevó a cabo el uso del tan mencionado *pen drive* en los dos destinos ya expuestos (el Juzgado Central de Instrucción y otra unidad perteneciente al Cuerpo Nacional de Policía). En su decisión de difundir los

datos que sabía que no tenían soporte en ninguna base lícita de obtención, el acusado declara que ordenó que se hiciera llegar otra copia del dispositivo electrónico al Centro Nacional de Inteligencia (Hecho Probado N° 13), cuya condición de “tercero” no admite la menor duda.

No desvirtúa en absoluto este extremo en el que se materializa otra nueva vulneración del deber de secreto y custodia que pesaba sobre el Sr. Pino, el hecho de que durante su intervención ante esta Sala en el acto de la vista de apelación –que tuvo por objeto el que pudiera exponer cuanto quisiera en su defensa- no mencionase el tercer destino del *pen drive*. Consta en el relato fáctico de la sentencia de instancia y no ha sido desmentido; ni siquiera cuestionado. Objetivamente se colman las exigencias del tipo penal, pues la acción, por sí misma, abarca cuanto describe el artículo 197.3 CP: el acusado, conociendo el origen ilícito del dispositivo electrónico que contenía abundantes datos personales del Sr. Pujol, ordenó que se hiciesen copias y dispuso su remisión a distintos destinatarios. Se culminó con ello una espuria utilización de los datos alojados en el *pen drive*, consumada directamente con su entrega a terceros a sabiendas de la ilicitud de su captura.

Se ajusta esta concreción de la acción perfectamente a cuanto se requiere, por ejemplo, en la STS de 27 de mayo de 2008 (ROJ: STS 2451/2008): una difusión efectiva de los secretos que habían llegado a su poder.

Constituye asimismo la realización de “*un acto de divulgación del archivo que incrementó la divulgación de un aspecto de la intimidad protegida por la norma penal*”, por utilizar los términos en los que se expresa la STS de 27 de mayo de 2015 (ROJ: STS 2198/2015).

En suma: se colman los componentes de los elementos del delito en plenitud a la vista del relato –insistimos una vez más- de hechos que la Audiencia Provincial ha declarado probado. De ahí que, ciñéndonos en exclusiva al análisis de tipicidad y aceptando el resultado fáctico que el Tribunal sentenciador ha obtenido de la prueba, alcancemos una conclusión diametralmente distinta de la que se materializa en la sentencia recurrida: afirmamos que la conducta del acusado sí es constitutiva de delito según su estricta tipicidad, y por ello puede revocarse el sentido del Fallo de la resolución apelada.

SEXTO.- Como segundo motivo de apelación se alega INFRACCIÓN DE PRECEPTO SUSTANTIVO. NO CONCORRE CAUSA DE JUSTIFICACIÓN DEL ART. 20.7 DEL CÓDIGO PENAL.

El motivo impugna la sentencia de instancia con base en la alegación de infracción de ley, por indebida aplicación del citado precepto penal.

El art. 20.7º del C. Penal considera exento de responsabilidad penal al “que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.”

Concretamente la sentencia de instancia establece: “De lo que acabamos de exponer la conducta enjuiciada no sería típica, pero aun cuando lo fuera estaría amparada por el cumplimiento del deber de promover la prosecución del delito, y, más allá de irregularidades procedimentales o formales, incluso de posibles responsabilidades disciplinarias, la conducta, al limitarse a la remisión a la unidad operativa de investigación, no sería antijurídica.”

Señala la doctrina del Tribunal Supremo que “La antijuricidad de cualquier comportamiento típico se manifiesta por la introducción de un riesgo para el bien jurídico objeto de protección, siempre acompañada de la intencionalidad o de la representación mental del daño por parte el sujeto (desvalor de la acción), a lo cual se añade una efectiva lesión o real puesta en peligro del derecho amparado por la norma (desvalor del resultado). Existen sin embargo circunstancias que, proyectadas sobre una conducta típica, justifican la actuación del autor y le eximen de todo tipo de responsabilidad. Son supuestos en los que, como destaca la doctrina, concurren condiciones en el hecho típico e indiciariamente antijurídico, que convierten el comportamiento en justificado y neutralizan su antijuricidad, de ahí que no quepa imponer ninguna pena o medida de seguridad, ni siquiera una responsabilidad civil si no es en los limitados supuestos que para el estado de necesidad se fijan en el artículo 118.3.ª Código Penal.”

Como señala la doctrina científica, presupuesto de la concurrencia de la citada eximente es que “concurra un deber de lesionar el bien jurídico vulnerado”

En el caso presente, de acuerdo con lo que hemos desarrollado en el fundamento precedente, en modo alguno cabe aceptar que el acusado tuviera

el deber de lesionar el bien jurídico lesionado de D. Jordi Pujol Ferrusola, que ya habían sido previamente vulnerados, desde que se accede ilícitamente a contenidos que afectan a su intimidad, sin su consentimiento, dado que, precisamente el deber que se le imponía al acusado era impedir que el pendrive con dicha información tuviera ningún recorrido. Fue todo lo contrario, su conducta tuvo el efecto de una doble victimización del Sr. Pujol, al difundir, revelar o ceder datos y documentación que afectaban a su intimidad.

Hay que volver a insistir, por otra parte, que al no cumplir *ab initio* con dicho deber el acusado, la entrega a otros miembros del CNP, no subsana o justifica su conducta.

Dado que no cabe admitir, que la persecución de un delito lo sea a costa de la legalidad de los procedimientos establecidos al efecto –supuesto de la utilización de medios de prueba ilícitos--, no entra en juego el deber previsto en el art. 408 del C Penal, al que se acoge la sentencia de instancia.

En consecuencia, procede estimar, asimismo, el segundo motivo del recurso de apelación formulado.

SÉPTIMO.- La estimación de los motivos del recurso implica acoger la pretensión deducida por la acusación particular, de condena del acusado EUGENIO PINO SÁNCHEZ, como autor de un delito de revelación de secretos, previsto y penado en el art. 197.3, párrafo segundo del Código Penal, al concurrir los elementos típicos del citado delito, según hemos expuesto en los fundamentos precedentes.

Del referido delito es responsable criminalmente, en concepto de autor, conforme a los arts. 27 y 28 del Código Penal el acusado Eugenio Pino Sánchez, por haber realizado directa y personalmente los hechos que se le imputan.

En la realización del expresado delito no han concurrido circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

No concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad ni otras circunstancias personales o relativas al hecho, que motiven la imposición de la pena más allá del mínimo previsto, de conformidad con el art. 197.3. párrafo 2º del art. 66. 6ª del C. Penal, procede imponer 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.

Dado que el acusado se encuentra en la actualidad jubilado, no procede la imposición de la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de empleo o cargo público como funcionario.

Para la determinación de la cuota de la pena de multa, a los efectos del art. 50 C. penal, se tiene en cuenta que el acusado es perceptor de la correspondiente pensión por jubilación de su anterior condición de funcionario público.

En relación a las costas, procede imponerle una sexta parte de las causadas en este juicio (primera instancia), incluidas las de la acusación particular en dicha proporción, declarándose de oficio las restantes costas.

En vía de responsabilidad civil, el acusado indemnizará a D. Jordi Pujol Ferrusola en la cantidad de 2.000 euros, derivada de la condena por el delito revelación de secretos.

Dicha cantidad se fija en atención a que por la acusación particular se solicitaba de los dos acusados la cantidad de 12.000 euros. Dado que uno de ellos fue absuelto en la instancia, lo que no se ha recurrido, la responsabilidad civil en relación a Eugenio Pino Sánchez, deberá referenciarse a 6.000 euros. Ahora bien, dado que se le acusaba de tres delitos, de los que solo se ha mantenido uno en esta alzada, por el que sí se le condena, es por lo que se fija dicha cantidad de 2.000 euros.

Dicha cantidad devengará el interés legal previsto en el art. 576.1 LEC.

OCTAVO.- No procede hacer expresa imposición de costas en esta segunda instancia.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

III.- FALLO.

QUE ESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la procuradora D.^a ADELA CANO LANTERO, en nombre y representación de D. JORDI PUJOL FERRUSOLA, 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 EUGENIO PINO SÁNCHEZ** 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. Jordi Pujol Ferrusola 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.

Notifíquese la presente resolución a las partes y con certificación de la misma, una vez sea firme, devuélvanse los autos al órgano judicial de referencia.

Líbrense por el Sr. Letrado de la Administración de Justicia de este Tribunal certificación de la presente resolución, que se dejará en el rollo correspondiente, llevando la original al Libro de Sentencias penales de esta Sala.

Frente a la presente resolución cabe interponer recurso de casación, ante la Sala 2ª del Tribunal Supremo, de conformidad con el art. 792. 4 en relación con el art. 847. 1 b) de la LECrim., con sujeción a lo previsto en el art. 855 y ss. de la LECrim., formulando la petición a que se refiere el art. 855 mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación de la sentencia.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

