



Roj: **STS 2028/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:2028**

Id Cendoj: **28079120012019100378**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/06/2019**

Nº de Recurso: **831/2018**

Nº de Resolución: **312/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO MONTERDE FERRER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GU 398/2017,**  
**STS 2028/2019**

RECURSO CASACION núm.: 831/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 312/2019**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julian Sanchez Melgar

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Alberto Jorge Barreiro

Dª. Carmen Lamela Diaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 17 de junio de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de Casación con el nº 831/2018, interpuesto por la representación procesal de la acusadora particular **Dª Isidora**, contra la sentencia dictada el 4 de diciembre de 2017 por la Sección nº 1 de la Audiencia Provincial de Guadalajara, en el Rollo de Sala nº 19/2017, correspondiente al Procedimiento Abreviado nº 47/2014 del Juzgado de Instrucción nº 2 de los de Guadalajara que absolvió al acusado y parte recurrida en este procedimiento, D. Gonzalo, como autor responsable de un delito de **descubrimiento y revelación de secretos**, habiendo sido parte en el presente procedimiento la recurrente acusadora particular, Dª. Isidora, representada por el procurador D. Domingo Lago Pato; y defendida por el letrado D. Pablo Manuel Simón Tejera; y como parte recurrida, el acusado D. Gonzalo, representado por el procurador D. Santos Pascua Díaz y defendido por el letrado D. Julio Pascual Díaz, interviniendo asimismo el Excmo. Sr. Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción nº 2 de Guadalajara, incoó Procedimiento Abreviado con el nº 47/14 en cuya causa la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Guadalajara, tras celebrar juicio oral y público, dictó sentencia el 4 de diciembre de 2017, que contenía el siguiente **Fallo:** " **Absolvemos** al acusado Gonzalo del

delito de descubrimiento y revelación de secretos del que se le acusaba, con todos los pronunciamientos favorables y declaración de oficio de las costas procesales causadas.

Procédase, una vez firme la presente resolución, al levantamiento de todas las medidas cautelares acordadas en su contra y remítase testimonio de la presente resolución a la Agencia Española de Protección de Datos y a la Gerencia de Coordinación e Inspección del SESCOAM a los efectos oportunos.

La presente resolución no es firme y contra la misma, cabe interponer RECURSO DE CASACIÓN ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que ha de prepararse mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, presentado ante este Tribunal dentro de los CINCO DÍAS siguientes a su notificación y que deberá contener los requisitos exigidos en el art. 855 y siguientes de la L.E. Criminal ."

**SEGUNDO.-** En la citada sentencia se declararon probados los siguientes **Hechos** : "Probado y así se declara que Gonzalo , mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, en su condición de médico del Servicio de Salud de Castilla La Mancha en el Centro de Atención Primaria de Hiedelaencina, disponía de acceso, con nombre de usuario y clave personal individualizada, al historial clínico de los pacientes de dicho servicio.

Desde el 28 de diciembre de 2010, y como consecuencia de los hechos ocurridos el día 11 de diciembre de 2010 entre él y su esposa, D<sup>a</sup> Isidora , en los que ella resultó con lesiones y supusieron la ruptura del matrimonio, dejó de ser el médico de cabecera de ella.

Con posterioridad, accedió, a través del programa informatizado de consulta clínica, aprovechándose de su empleo, al historial clínico de Da Isidora , sin conocimiento ni autorización de ella, y sin que concurriera motivo por su actuación asistencial, en los siguientes días:

- El día 10 de enero de 2011 realizó cinco accesos, consultando el parte de asistencia extendido a la Sra. Isidora , el día 22 de diciembre, del que tenía previamente conocimiento al haber sido aportado por la lesionada al interponer una denuncia contra él, dándosele traslado de todo ello a través de su abogado, tras ser detenido y declarar como investigado el día 24 de diciembre, para verificar la entidad de las lesiones que presentaba la misma.

- El día 13 de mayo de 2013 efectuó un acceso a una radiografía costal que el acusado, como su médico de cabecera, le había prescrito y examinado, en verano de 2010, para preparar el juicio oral que iba a celebrarse por las lesiones sufridas por la Sra. Isidora .

No ha quedado acreditado que el Sr. Gonzalo , fruto de los accesos a la historia clínica informatizada de atención primaria de la Sra. Isidora , hubiera tenido conocimiento de datos nuevos y distintos a los referenciados de salud, personal, familiar, o de otra índole, relativos a ella."

**TERCERO.-** Notificada la sentencia a las partes, la representación de la acusadora particular D<sup>a</sup>. Isidora , anunció su propósito de interponer recurso de casación que se tuvo por preparado por auto de 26 de febrero de 2018, emplazándose seguidamente a las partes para que hiciesen uso de su derecho ante esta Sala.

**CUARTO.-** Por medio de escrito, que tuvo entrada en la Secretaría de este Tribunal en 26 de marzo de 2018, el procurador D. Domingo Lago Pato, interpuso el anunciado recurso de casación articulado en los siguientes **motivos**:

**Primero y único .-** Al amparo del artículo 849.1 LECrim por indebida inaplicación del art. 197 .2 y 198 del C.Penal .

**QUINTO.-** El Ministerio **Fiscal** y la **parte recurrida**, por medio de escritos fechados el 28 y 3 de mayo de 2018, respectivamente, evacuando el trámite que se les confirió, y por las razones que adujeron, interesaron la inadmisión de todos los motivos del recurso que, subsidiariamente, impugnaron.

**SEXTO.-** Por providencia de 7 de mayo de 2019 se declaró el recurso admitido y concluso, señalándose para su **deliberación y fallo** el pasado día **5 de junio de 2019** en cuya fecha la Sala deliberó con el resultado decisorio que a continuación se expresa:

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El primer y único motivo se formula, al amparo del artículo 849.1 LECrim , por **infracción de ley** , por indebida inaplicación del art 197 .2 y 198 del C.Penal .

1. Alega la recurrente que la sentencia a pesar de ser absolutoria aprecia la concurrencia de la totalidad de elementos objetivos o subjetivos del delito, a excepción del denominado "perjuicio", lo que no se comparte por diversas razones:

1º) Porque no puede determinarse a qué concretos documentos efectivamente accedió el acusado.

2º) Porque para el delito no es óbice que la acusación hiciera uso de la documentación medica de la historia clínica, pues cualquier acceso anterior por parte del acusado tiene trascendencia.

3º) Porque la víctima sumó a la angustia del delito de agresión, la del acceso por el agresor a su historia clínica, cuando este ya sabía que tenía una medida cautelar de alejamiento en 24-12-, y ya no estaba autorizado.

4º) Porque parte la sentencia de una postura jurisprudencial anquilosada, al margen de la evolución de la mantenida por la Sala Segunda TS, según la que el mero acceso a datos sensibles como los contenidos en la historia, no requiere acreditar perjuicio alguno adicional. Porque conforme STS 30-12-2009 , lo "secreto" se refiere a todo conocimiento reservado que el sujeto activo no conozca o no esté seguro de conocer, y que el sujeto pasivo no desea que se conozca. Lo que ocurrió en nuestro caso, pues es obvio que si el acusado accedió a los mismos es porque, o bien quería constatar la existencia o inexistencia de datos o información adicional a la que ya conocía, o bien quería recordar o asegurarse acerca de si conocía los datos a los que accedió de forma ilícita.

Por ello la recurrente solicita que se estime el recurso, se case la sentencia y se condene al acusado como autor del delito tipificado en el art. 197.2 y 198, a la pena de prisión de tres años e inhabilitación absoluta por tiempo de nueve años, abono de indemnización como responsable civil de 9.000 euros, y pago de costas.

2. Por lo que se refiere a la infracción de ley, ha señalado esta Sala en reiteradas ocasiones (SSTS. 8.3.2006 , 20.7.2005 , 25.2.2003 , 22.10.2002 ; ATC 8-11-2007, nº 1903/2007 ), que el motivo formulado al amparo del art. 849.1 LECr . es el camino hábil para cuestionar ante el Tribunal de casación si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley, es decir, si los preceptos aplicados son los procedentes o si se han dejado de aplicar otros que lo fueran igualmente, y si los aplicados han sido interpretados adecuadamente, pero siempre partiendo de los hechos que se declaran probados en la sentencia, sin añadir otros nuevos, ni prescindir de los existentes. De tal manera, que la falta de respeto a los hechos probados o la realización de alegaciones jurídicas contrarias o incongruentes con aquellos, determina la inadmisión del motivo, -y correspondientemente su desestimación- conforme lo previsto en el art. 884.3 LECr .

3. Por tanto, hay que recordar que el cauce casacional empleado tiene como presupuesto de admisibilidad el respeto al hecho probado en la medida que el único debate que se permite en el motivo es el de la subsunción jurídica de los hechos probados declarados por el Tribunal, que, por ello, deben ser escrupulosamente respetados por el recurrente, lo que éste incumple en la medida que los cuestiona. En el supuesto que nos ocupa el juicio histórico de la sentencia da por probado que: " Gonzalo , mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, en su condición de médico del Servicio de Salud de Castilla La Mancha en el Centro de Atención Primaria de Hiendelaencina, disponía de acceso, con nombre de usuario y clave personal individualizada, al historial clínico de los pacientes de dicho servicio.

Desde el 28 de diciembre de 2010, y como consecuencia de los hechos ocurridos el día 11 de diciembre de 2010 entre él y su esposa, D<sup>a</sup> Isidora , en los que ella resultó con lesiones y supusieron la ruptura del matrimonio, dejó de ser el médico de cabecera de ella.

Con posterioridad, accedió, a través del programa informatizado de consulta clínica, aprovechándose de su empleo, al historial clínico de Da Isidora , sin conocimiento ni autorización de ella, y sin que concurriera motivo por su actuación asistencial, en los siguientes días:

- El día 10 de enero de 2011 realizó cinco accesos, consultando el parte de asistencia extendido a la Sra. Isidora , el día 22 de diciembre, del que tenía previamente conocimiento al haber sido aportado por la lesionada al interponer una denuncia contra él, dándosele traslado de todo ello a través de su abogado, tras ser detenido y declarar como investigado el día 24 de diciembre, para verificar la entidad de las lesiones que presentaba la misma.

- El día 13 de mayo de 2013 efectuó un acceso a una radiografía costal que el acusado, como su médico de cabecera, le había prescrito y examinado, en verano de 2010, para preparar el juicio oral que iba a celebrarse por las lesiones sufridas por la Sra. Isidora .

No ha quedado acreditado que el Sr. Gonzalo , fruto de los accesos a la historia clínica informatizada de atención primaria de la Sra. Isidora , hubiera tenido conocimiento de datos nuevos y distintos a los referenciados de salud, personal, familiar, o de otra índole, relativos a ella."

4. Partiendo de ello, si examinamos la jurisprudencia emanada de esta Sala, habremos de dar la razón al tribunal de instancia, que a diferencia de lo que alega la recurrente, no aplica una doctrina anquilosada.

En efecto, la **STS 534/2015 de 23 de septiembre**, con relación al acceso de Mosso desquadra a una base de datos para no pagar multa, ya señaló que los bienes jurídicos protegidos por el artículo 198 no se reducen al interés privado en mantener la propia privacidad, sino que se extienden al de la Administración y al de la sociedad en general respecto de la correcta actuación de las autoridades y funcionarios públicos. Bien jurídico que resulta lesionado cuando la autoridad o funcionario utiliza su cargo o posición funcional para atentar contra los derechos individuales, en este caso, relativos a la privacidad.

Por su parte, la **STS.40/2016 de 3 de febrero**, -que dado su interés vamos a reproducir en gran parte- en el caso de un médico de Menorca que accede a historia clínica *de expareja* y de su familia, con 171 accesos, indica que:

"La cuestión deducida en el recurso plantea, por lo tanto, el problema interpretativo relativo a la exigencia de un *perjuicio* como requisito de la tipicidad en la modalidad de acceso del art. 197.2 del Código penal. Recordamos que el artículo presenta una variedad de modalidades típicas regida por los verbos nucleares que delimitan la acción. Se exige la falta de autorización para "apoderarse, utilizar o modificar en perjuicio de tercero datos reservados de carácter personal.", añadiendo que "Iguales penas se impondrán a quien sin estar autorizado acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero".

La sentencia impugnada -sigue diciendo la misma resolución- reproduce la jurisprudencia de esta Sala, con cita de las SSTS 1328/2009, de 30 de diciembre y de 18 de octubre de 2012, afirmando que pese a que desde una interpretación gramatical pudiera entenderse que la exigencia de perjuicio no cubre a la modalidad típica del acceso, y así lo sostiene el Ministerio público en su informe en el que impugna el motivo, sí es exigible el perjuicio desde una interpretación integradora del tipo penal, pues no tendría sentido que se exigiera el *perjuicio* para los comportamientos delictivos consistentes en apoderarse, utilizar y modificar, y no se exigiera para el acceso, cuando las anteriores conductas típicas requieren el acceso para su realización. Reseñamos también la STS 532/2015, de 23 de septiembre que añade que la conducta sería atípica si no se acreditara el *perjuicio* para el titular de los datos o que éste fuera ínsito, por la naturaleza de los datos descubiertos, como es el caso de los datos sensibles."

Y tras ello, la Sala precisa que: "Desde la perspectiva expuesta la modalidad de conducta consistente en el acceso inconsentido, *requiere un perjuicio*, porque así lo exige el tipo penal: "Iguales penas se impondrán a quien sin estar autorizado acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero". El término "en perjuicio" informa la conducta de quien accede y de quien altera o utiliza, los datos protegidos; además, y como dijimos en las Sentencias que la de instancia relaciona y añadimos la STS 234/99, de 18 de febrero, sería ilógico incluir la exigencia de un perjuicio en las modalidades típicas que implican el previo acceso al dato. La expresión del perjuicio no supone que el delito incorpore una finalidad económica.

Se trata de un delito que supone el conocimiento y voluntad en la acción realizada actuando a sabiendas, en tanto que el perjuicio se refiere al peligro de que los datos albergados en las bases de datos protegidas puedan llegar a ser conocidos por personas no autorizadas. El perjuicio se realiza cuando se apodera, utiliza, modifica o accede a un dato protegido con la intención de que su contenido salga del ámbito de privacidad en el que se incluyó en una base de datos, archivo, etc, especialmente protegido, porque no es custodiado por su titular sino por titulares de las bases con especiales exigencias de conductas de protección.

En la relación fáctica se refiere la existencia del *perjuicio* que se concreta en el acceso a *los historiales alojados en bases de datos* de varios miembros de una familia, y conociendo que esos datos no deben salir de sus bases salvo justificación y que se accede con interés en acosar a la perjudicada con la que el acusado había roto una relación, de manera que se expresa en el relato fáctico que la relación era "tormentosa", lo que dio lugar a la incoación de expedientes en el centro de salud en el que ambos trabajaban. Los accesos son plurales, 171 y 62 accesos a dos bases de datos distintas la del IB-salut, y la HSAL, prolongados en el tiempo, desde el 1 de diciembre de 2009, hasta el 9 de febrero de 2011, y afectó a la perjudicada, su esposo, su hermana e hija, lo que es indicativo de un inusitado interés en la búsqueda de información a la que no podía acceder. Esa *reiteración* de la conducta supone una agresión continuada en la intimidad de la perjudicada y sus familiares, lo que supone la realización del tipo, un acceso inconsentido realizado en perjuicio de la titular que ha visto perjudicado su derecho a la intimidad por la conducta del acusado, que la realiza no de forma casual, ni de forma involuntaria, sino reiterada."

Y en la **STS 586/16 de 4 de julio**, se examina un caso en que la sentencia de instancia califica los hechos declarados probados como constitutivos de un delito del art. 197.2 del CP. Así se dice que: "El acceso al dato relativo a los antecedentes penales del querellante o la utilización para su injustificado envío al órgano disciplinario del CGPJ, colmaría las exigencias del tipo. En consecuencia, *la transferencia de datos personales*





referidos a la hoja histórico-penal de ... tiene adecuado encaje en el régimen jurídico que disciplina la cesión de datos en el ámbito de la actividad judicial, ya se ejecute esa cesión con fines jurisdiccionales o no jurisdiccionales.

La gravedad de las penas asociadas al art. 197.2 del CP son bien expresivas de la *necesidad de una fundada y grave afectación del bien jurídico* protegido, que no es la intimidad, entendida en el sentido que proclama el art. 18.1 de la CE, sino la autodeterminación informativa a que se refiere el art. 18.4 del texto constitucional. Se trata de una mutación histórica de innegable trascendencia conceptual, de un derecho de nueva generación que otorgaría a cada ciudadano el control sobre la información que nos concierne personalmente, sea íntima o no, para preservar, de este modo y en último extremo, la propia identidad, nuestra dignidad y libertad."

Y la sentencia realiza un examen detenido de los **precedentes más destacados de esta Sala**, en los que el art.197.2 del CP fue aplicado y derivó en una condena, para constatar **la intrínseca gravedad de los supuestos** a los que se hacía frente. Son los casos, por ejemplo, del médico del Servicio Público de Salud que, aprovechando su cargo y el acceso a las *bases de datos de historiales médicos*, realizó numerosas consultas sin autorización ni justificación, con consciente incumplimiento del compromiso de confidencialidad que le incumbía, llegando a acceder en más de 200 ocasiones y durante el plazo de 2 años a las historias de salud e información de atención primaria de una enfermera, con la que había roto una relación amorosa, y las de sus familiares ( STS 40/2016, 3 de febrero ); del policía autonómico que, valiéndose de su libre acceso a la base de datos policial, eludía las sanciones por sus *multas de tráfico*, identificando falsamente en los pliegos de descargo a terceras personas (cfr. STS 534/2015, 23 de septiembre ); el médico del INSALUD que, aprovechando tal condición, consultó el *historial clínico* de varios compañeros sin su consentimiento, obteniendo así información clínica especialmente protegida (cfr. STS 532/2015, 23 de septiembre ); el funcionario de la TGSS que, con la utilización de la clave asignada para otras funciones, facilitaba datos de trabajadores, empresas, vida laboral y certificados de situación de cotización a mutuas laborales y a terceras personas ( STS 525/2014, 17 de junio ); el agente de la *Guardia Civil* que al amparo de su cargo accede al *registro informático* del Cuerpo y facilita datos reservados sobre varias personas, datos que luego son utilizados para chantajear a terceras personas (cfr. STS 1189/2010, 30 de diciembre ); los funcionarios *del INEM* que difunden a terceros datos de múltiples personas, extraídos de *ficheros informáticos oficiales* a los que accedían con su propio código o con el de otros compañeros y mediante los que facilitaban el embargo de sus bienes (cfr. STS 725/2004, 11 de junio ); el colaborador temporal de la Asociación de Paraplégicos y Grandes Minusválidos Físicos que se apodera de datos con indicaciones expresas de la *minusvalía y estado de salud* de algunos de los miembros, así como datos relativos a sus domicilios, teléfonos y cuentas bancarias, con el fin de utilizar dichos datos en su propio beneficio, para actividades de contactos, sexo, o trabajos fraudulentos que ofrecía (cfr. STS 1532/2000, 9 de octubre ); o la información periodística que permitió por vía referencial identificar a enfermos de SIDA internados en un establecimiento penitenciario ( STS 18 febrero 1999 )."

Y concluye que: "centrada la tutela del bien jurídico protegido por el art. 197.2 del CP, es entendible la ausencia de relieve penal de los hechos imputados al acusado, en contraste con la gravedad de los casos más arriba reseñados."

Por su parte, la **STS 557/2017, de 13 de julio**, contempla la **absolución** por la Audiencia de un *funcionario policial* que facilita a una denunciante por un delito de violencia doméstica, a través de un familiar amigo de ésta, información sobre el estado de la denuncia, destino procesal y contenido de la respuesta del denunciado. La información la extrajo el funcionario de una base de datos policial, *sin que se concrete* cuál en los hechos probados ni en la motivación de la sentencia.

La absolución se fundamenta, -nos dice la sentencia- "en primer lugar, en que en el *factum* de la sentencia no se concreta el elemento objetivo del tipo del artículo 197.2 del C. Penal, y en la motivación se afirma que no consta acreditado ni el elemento objetivo ni el subjetivo del tipo penal. Con lo cual, ha de operar la jurisprudencia del TC y de esta Sala, en relación con la del TEDH, sobre los *límites de la revisión de las sentencias absolutorias* cuando se declaran no probados los elementos objetivos y subjetivos del delito imputado. Al margen de lo anterior, ya de por sí suficiente para refrendar la absolución recurrida, tampoco consta que estemos ante un supuesto en que se acredite un menoscabo con entidad suficiente del bien jurídico tutelado por la norma penal: la libertad informática entendida como derecho del ciudadano a controlar la información personal y familiar que se encuentra recogida en ficheros de datos, lo que constituye, como se anticipó en su momento, una dimensión positiva de la intimidad que comporta el bien jurídico protegido.

Se está ante un supuesto en que se dan unas circunstancias singulares de las que no se desprende que, en lo que se refiere al supuesto fáctico objeto del recurso, concurra un menoscabo sustancial del bien jurídico que tutela la norma penal: la libertad informática entendida como derecho del ciudadano a controlar la información personal y familiar que se encuentra recogida en ficheros de datos, lo que constituye, como se anticipó en su momento, una dimensión positiva de la intimidad que comporta el bien jurídico protegido.

Y se llega a esa conclusión *porque* la persona destinataria de la información obtenida por el funcionario policial acusado es *la mujer* que formuló la denuncia contra su esposo por un delito de violencia doméstica. Ello significa que, al formar la denunciante parte de la pareja, *estaba al tanto* de las intimididades relacionadas con la vida en común que hacía con el denunciado, y era *ya de por sí conocedora* de la intimidad personal y familiar. A este respecto, procede traer a colación con respecto al menoscabo del bien jurídico tutelado por el tipo penal del art. 197.2 del texto punitivo, lo argumentado en la sentencia de esta Sala 586/2016, de 4 de julio (argumentación que ha sido después reiterada en la STS 961/2016, de 20-12) sobre la antijuridicidad material exigible en la interpretación del delito previsto en el referido precepto penal."

Igualmente de interés es la **STS 803/2017 de 11 de diciembre**, que desestima el recurso interpuesto por la acusación particular en el que solicitaba la condena del acusado, su exmarido, como autor de un delito contra la libertad informática:

"El acusado, siendo *funcionario del Catastro*, fotocopió un expediente *relativo a su exmujer* en el que figuraba su patrimonio inmobiliario y su valor catastral y presentó la fotocopia en el juzgado que tramitaba las medidas acordadas en el curso de un procedimiento de divorcio. No procede dejar sin efecto la *absolución* del acusado, por cuanto no está probado que fuera él quien extrajo de la sede electrónica del Catastro para obtener los datos, ni tampoco obtuvo datos relevantes del patrimonio que no conociera con anterioridad dada su relación con su expareja. Los datos económicos nucleares del patrimonio inmobiliario de su excónyuge *ya los conocía*, y su objetivo era aportarlos al juzgado que tramitaba el divorcio, como así hizo. El Tribunal de instancia no consideró acreditado el elemento objetivo del artículo 197.2 del C. Penal ni tampoco el subjetivo, al estimar que desde la perspectiva del bien jurídico tutelado por la norma penal no consta un perjuicio que permita aplicar el precepto. Interpretación jurisprudencial de la expresión "en perjuicio de..."

Las sentencias de esta Sala generalmente no interpretan la expresión "**en perjuicio**" como un *elemento subjetivo* del injusto. Así lo acredita la sentencia 234/1999, de 17 de junio, en la que se argumenta que esta Sala no puede compartir que la expresión "en perjuicio de" supone la exigencia de un ánimo o especial intención de perjudicar al titular de los datos o a un tercero, aunque no deja de reconocer que la preposición "en" ha sido interpretada frecuentemente en dicho sentido. En el tipo que analizamos, sin embargo, situado inmediatamente después de otro -el del art. 197.1- en que el ánimo específico aparece indicado con la inequívoca preposición "para", el perjuicio producido por la acción tiene que estar naturalmente abarcado por el dolo pero no tiene que ser el único ni el prioritario móvil de la acción.

Y en lo que atañe al *elemento objetivo* afirma la misma sentencia que parece razonable que no todos los datos reservados de carácter personal o familiar puedan ser objeto del delito contra la libertad informática. Precisamente porque el delito se consuma tan pronto el sujeto activo "accede" a los datos, esto es, tan pronto los conoce y tiene a su disposición (pues sólo con eso se ha quebrantado la reserva que los cubre), es por lo que debe entenderse que la norma *requiere la existencia de un perjuicio añadido* para que la violación de la reserva integre el tipo, un perjuicio que puede afectar, como hemos visto, al titular de los datos o a un tercero.

En la misma línea de no interpretar la expresión "en perjuicio" como un elemento subjetivo del injusto sino en una clave más objetiva se muestran otras sentencias de esta Sala, como la 1084/2010, de 9 de diciembre, en la que se señala que el tipo penal del art. 197.2 exige que la conducta se lleve a cabo en perjuicio de tercero, aunque no haya un ánimo específico de perjudicar, pues basta con que la acción se realice con la finalidad dicha, sin que resulte necesario para la consumación la producción del resultado lesivo. Se trata por tanto de un delito de peligro que no requiere la ulterior producción de un resultado de lesión.

Y en la sentencia 525/2014, de 17 de junio, también se requiere sólo el elemento del dolo, sin hacer referencia a un elemento subjetivo del injusto, requisito que tampoco se exige en otras sentencias de esta Sala (SSTS 532/2015, de 23-9; y 553/2015, de 6-10).

En cuanto al elemento objetivo del **perjuicio** ocasionado por la acción delictiva, la jurisprudencia viene entendiendo (ver STS 532/2015), al contemplar las SSTS 123/2009, de 3 de febrero; 1328/2009, de 30 de diciembre y 990/2012, de 18 de octubre, que sólo con relación al inciso primero (apoderamiento, utilización o modificación) y al último (alteración o utilización), menciona expresamente el legislador que la conducta se haga en perjuicio de tercero, mientras que no exigiría tal perjuicio en el caso de la conducta de acceso; si bien, resulta necesario realizar una interpretación integradora del precepto, pues no tendría sentido que en el mero acceso no se exija perjuicio alguno, y en conductas que precisan ese previo acceso añadiendo otros comportamientos, se exija ese perjuicio, cuando tales conductas ya serían punibles -y con la misma pena- en el inciso segundo.

En definitiva, **el mero acceso no integraría delito, salvo que se acreditara perjuicio** para el titular de los datos o que este fuera insito, por la naturaleza de los descubiertos, como es el caso de los datos sensibles. Interpretación integradora, que acota el ámbito delictivo, de otro modo desmesurado y con sanciones graves

para conductas en ocasiones inocuas, pero a su vez, supera la crítica de quienes entendían que al limitar la punición del mero acceso a los datos que causan un perjuicio apreciable a los datos "sensibles", suponía una restricción excesiva, pues se produce el efecto de asimilar el perjuicio a la parte más básica de la intimidad ("núcleo duro de la privacidad"): salud, ideología, vida sexual, creencias, etc. que ya se castiga como subtipo agravado en el actual art. 197.6, lo que conllevaría la práctica inaplicación del art. 197.2 CP.

Pues bien, tal como ya se anticipó, en el caso que ahora se juzga el Tribunal de instancia afirma que no consta acreditado el *perjuicio* de la querellante ni tampoco que el acusado actuara con ánimo de causárselo. Y desde luego *ni en el factum* de la sentencia recurrida ni en la motivación probatoria se hacen constar datos concretos sobre esos extremos.

La Audiencia parece partir del hecho de que el acusado ya conocía los datos sustanciales referentes al patrimonio inmobiliario de la querellante, a partir de lo cual considera que no hay un perjuicio para su excónyuge.

La argumentación de la Audiencia nos ubica en el ámbito propio de las valoraciones probatorias que no cabría ahora abordar debido a que nos hallamos ante un recurso de casación contra una sentencia absolutoria dictada en un procedimiento en que se han practicado relevantes pruebas personales, entre las que se halla la propia declaración del acusado, que ni siquiera ha sido oído en casación. Todo lo cual, como es sabido, impide tanto desde la perspectiva de las garantías probatorias del proceso penal (inmediación, contradicción y oralidad) como desde la dimensión del ejercicio del derecho de defensa, convertir una decisión absolutoria en otra condenatoria."

Además, la **STS 379/18, de 23 de julio**, examinando el concepto de perjuicio desde su visión tanto objetiva como subjetiva, precisa que: "entrándonos en el análisis de los delitos recogidos en el segundo apartado del art. 197, éstos tienen un sentido claramente distinto a los recogidos en el apartado primero: ya que las conductas afectan a datos que no están en la esfera de custodia del titular, sino en bancos de datos y pueden causar perjuicios a terceros distintos del propio sujeto al que se refiere la información concernida.

Hay que *distinguir entre la irrelevancia "objetiva"* del contenido e importancia de la información para que la protección penal opere en el caso de datos de carácter personal o familiar, a que se refiere el art. 197.2, que, desde el punto de vista sustancial y aisladamente considerados, son generalmente inocuos; y la necesaria equiparación que debe establecerse entre "secreto" y "reservados" a efectos de la intimidad personal y familiar. En efecto de una interpretación teleológica y sistemática se debe concluir que el término reservados" que utiliza el Código hay que entenderlo como "Secretos" o "no públicos", parificándose de este modo el concepto con el art. 197.1 CP. Secreto será lo desconocido u oculto, refiriéndose a todo conocimiento reservado que el sujeto activo no conozca o no esté seguro de conocer y que el sujeto pasivo no desea que se conozca."

Y la sentencia, tras analizar otros elementos prescindibles ahora, por ya haberse reseñado más arriba, cree: "necesario analizar el sentido y alcance de la expresión " *en perjuicio de un tercero* "del inciso primero del art. 197.2 y " *en perjuicio del titular de sus datos o de un tercero*" y las dudas interpretativas que genera sobre si se está refiriendo a la exigencia de un elemento subjetivo del injusto o al elemento objetivo del resultado de la conducta de apoderarse o utilizar los datos referentes a los titulares de estos, sí establece que no está probado ese inciso del tipo penal.

En definitiva, el mero acceso no integraría delito, salvo que se acreditara *perjuici* o para el titular de los datos o que este fuera ínsito, por la naturaleza de los descubiertos, como es el caso de los datos sensibles. Interpretación integradora, que acota el ámbito delictivo, de otro modo desmesurado y con sanciones graves para conductas en ocasiones inocuas, pero a su vez, supera la crítica de quienes entendían que al limitar la punición del mero acceso a los datos que causan un perjuicio apreciable a los datos "sensibles", suponía una restricción excesiva, pues se produce el efecto de asimilar el perjuicio a la parte más básica de la intimidad ("núcleo duro de la privacidad"): salud, ideología, vida sexual, creencias, etc. que ya se castiga como subtipo agravado en el actual art. 197.6, lo que conllevaría la práctica inaplicación del art. 197.2 CP; tal asimilación no la predicamos, pero cuando el acceso se refiere a datos no sensibles, el perjuicio debe ser acreditado ( SSTS 1328/2009, de 30-12; 532/2015, de 23-9; y 553/2015, de 6-10 )."

Por su parte, la **STS 319/18 de 28 de junio**, analiza un supuesto en que: "en fecha 30 de mayo de 2011 a las 12:46:31 horas, el acusado ... facilitó al también acusado ...información sobre la persona de ... , concretamente su DNI, fecha de nacimiento, domicilio, el hecho de que tenía retirado el permiso o licencia de conducir ciclomotores "de forma penal por un Juzgado", indicando el número de expediente ..."

Y sigue diciendo que: "Los datos consultados fueron obtenidos a partir de la base de datos policial propia de la Guardia Civil. Se accedió mediante el código de usuario del acusado... , núm. y su clave personal, desde la IP terminal ... , el día 30 de mayo de 2011 a las 12:44 horas.

Así centrada la tutela del bien jurídico protegido por el art. 197.2 del CP -como dice la sentencia 586/2016 - es entendible *la ausencia de relieve penal* de los hechos imputados al acusado. Y es que la nula afectación del bien jurídico -por más que la ya razonada ausencia de otros elementos del tipo objetivo sería suficiente para el desenlace absolutorio- es otra de las razones para concluir la falta de tipicidad de los hechos.

Basta un examen detenido de los precedentes más destacados de esta Sala -remarca la referida sentencia de esta Sala-, en los que el art. 197.2 del CP fue aplicado y derivó en una condena, para constatar la intrínseca gravedad de los supuestos a los que se hacía referencia en la relación de sentencias coincidentes con la mas arriba transcritas, *frente a la de autos* .

La sentencia (de instancia) absuelve al acusado por entender que de los hechos probados no se desprende la concurrencia de los elementos del tipo por el que se acusa en atención a dos puntos concretos: 1º) la no consideración de los datos obtenidos y defendidos de manera ilícita como "datos reservados"; y

2º) *la no actuación del acusado " en perjuicio de tercero "*.

En definitiva, el *mero acceso no integraría delito, salvo que se acreditara perjuicio* para el titular de los datos o que este fuera ínsito, por la naturaleza de los descubiertos, como es el caso de los datos sensibles. Interpretación integradora, que acota el ámbito delictivo, de otro modo desmesurado y con sanciones graves para conductas en ocasiones inocuas, pero a su vez, supera la crítica de quienes entendían que al limitar la punición del mero acceso a los datos que causan un perjuicio apreciable a los datos "sensibles", suponía una restricción excesiva, pues se produce el efecto de asimilar el perjuicio a la parte más básica de la intimidad ("núcleo duro de la privacidad"): salud, ideología, vida sexual, creencias, etc. que ya se castiga como subtipo agravado en el actual art. 197.6, lo que conllevaría la práctica inaplicación del art. 197.2 CP ; tal asimilación no la predicamos, pero cuando el acceso se refiere a datos no sensibles, el perjuicio debe ser acreditado ( SSTS 1328/2009, de 30-12 ; 532/2015, de 23-9 ; y 553/2015, de 6-10 ).

Pues bien, tal como ya se anticipó, en el caso que ahora se juzga el Tribunal de instancia afirma que no consta acreditado el *perjuicio de los titulares ni tampoco que el acusado actuara con ánimo de causárselo*. Y desde luego ni en el *factum* de la sentencia recurrida ni en la motivación probatoria se hacen constar datos concretos sobre esos extremos.

La Audiencia parece partir del hecho de que el acusado ya conocía los datos sustanciales referentes al patrimonio inmobiliario de la querellante, a partir de lo cual considera que *no hay un perjuicio para su ex cónyuge* , al no concurrir un menoscabo para el bien jurídico que tutela la norma penal. Para ello sigue en gran medida el criterio pautado en la sentencia 586/2016 de esta Sala centrado en la liviandad de la antijuricidad material de la conducta enjuiciada.

La **STS 679/18, de 20 de diciembre** , partiendo de que los acusados hicieron uso de la información sobre, clientes, proveedores y precios obtenida con ocasión de su actividad en Glassnrietal 2000, S.A., a la cual podían acceder terceras personas a través de la web de ésta y la de sus proveedores y se absolvió los acusados del delito de revelación de secretos, concluyó " no podemos llegar a la conclusión mantenida por el recurrente, que los acusados son autores del delito de revelación de secreto profesional imputado, ya que no estamos ante "secretos de empresa", que como hemos indicado, son los propios de la actividad empresarial, conocidos contra la voluntad de la empresa, y que pueden afectar a su capacidad competitiva, puesto que a los datos de proveedores, clientes y precios que podían acceder terceras personas a través de la web, por lo que la citada información era conocida y fácilmente accesible .

La **STS 1245/19, de 23 de abril** desestimó el recurso en el caso en que se había declarado probado que el recurrente, funcionario del Servicio de Vigilancia Aduanera de la AEAT con destino en Barcelona, "abusando de su condición como tal y de la autorización que por tal puesto tenía para consultar bases de datos de dicho organismo en relación con la investigación del posible blanqueo en materia de importaciones y exportaciones aduaneras, contraviniendo los deberes propios de su puesto y teniendo conocimiento de la ilicitud de su proceder, sin tener un motivo por razón de este cargo y autorización que lo justificase, accedió...", precisando a continuación los distintos accesos a los datos tributarios de ... y del Grupo Caterdata."

La **STS 221/19, de 29 de abril** , examinó el caso de quien estuvo destinada como funcionaria interina en el Juzgado de Primera Instancia número 4 de la ciudad de Sevilla y en septiembre de 2008 la Agencia Tributaria le asignó el número de usuario ...para acceder a la Base de Datos del *Punto Neutro Judicial* , gestionado por el Consejo General del Poder Judicial, para el ejercicio de sus funciones, para obtener un documento emitido por la A.E.A.T., Mod. 187(R), que contenía información patrimonial sobre fondos de inversión 2006 de su ex marido, y ello con finalidad de utilizar esa información en ejecución de la sentencia de divorcio y, concretamente, en la liquidación de la extinta sociedad de gananciales con su ex esposo.



En el caso examinado, la sentencia de instancia realiza un estudio ponderado de la jurisprudencia de esta Sala en torno al **delito de revelación de secretos**, en su modalidad de acceso a datos de carácter personal o familiar, por el que la Sra. L. venía siendo acusada. Tras ello, analiza el supuesto sometido a su consideración, y llega a la *conclusión*, en la línea marcada por la sentencia de esta Sala núm. 557/2017, de 13 de julio, de que no ha existido menoscabo sustancial del bien jurídico que tutela la norma penal contenida en el artículo 197.2 del Código Penal, procediendo en base a ello a *absolver* a la acusada del **delito de revelación de secretos** del que venía siendo imputada.

Se sostiene que *el perjuicio* que alega el recurrente debería haberse acreditado, lo que no ha sucedido a juicio del Tribunal. Además, los datos del Sr. F. *no han trascendido a terceras* personas ajenas al procedimiento, y en concreto a sus clientes, por lo que no puede compartirse el perjuicio o daño moral que invoca.

*La aportación al proceso* no supuso revelación alguna, ya que se trataba de datos necesarios para la resolución de la contienda. En todo caso, además, la incorporación de los datos de carácter económico que pudieran afectar al acusado fue acordado por la autoridad judicial y no han trascendido fuera del procedimiento civil.

5. En el caso que nos ocupa, puede concluirse finalmente que la conducta de autos no identifica el perjuicio alegado por la parte recurrente. El acusado accedió a la base de datos, que se encontraba legalmente a su disposición profesional, para consultar en un primer momento el parte de asistencia extendido a la señora, del que tenía previamente conocimiento al haber sido aportado por la lesionada al interponer una denuncia contra él, haciéndolo con el propósito de verificar la entidad de las lesiones que presentaba la misma. **En la segunda ocasión, el acusado efectuó un acceso a una radiografía costal que había prescrito y examinado, para preparar el juicio oral que iba a celebrarse por las lesiones sufridas por la señora.**

Y además, y en contra de lo que insinúa la recurrente, hay que recordar que el *factum* declara probado en su último párrafo que: "No ha quedado acreditado que fruto de los accesos a la historia clínica informatizada de atención primaria de la Sra. Isidora, hubiera tenido conocimiento de datos nuevos y distintos a los referenciados de salud, personal, familiar, o de otra índole, relativos a ella."

6. Así pues, y por todo lo dicho, conforme a la doctrina jurisprudencial antes expuesta, tanto desde la perspectiva sustantiva, pues no se aprecia el elemento del tipo referido; como procesal, pues la argumentación de la Audiencia nos ubica en el ámbito propio de las valoraciones probatorias que no cabría ahora abordar debido a que nos hallamos ante un recurso de casación contra una sentencia absolutoria dictada en un procedimiento en que se han practicado relevantes pruebas personales, entre las que se halla la propia declaración del acusado, ha de rechazarse la estimación del motivo del recurso.

**SEGUNDO.** - Desestimado el recurso, de conformidad con el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deben imponerse a la recurrente las **costas** derivadas de su recurso, y la pérdida del depósito, en su caso.

## FALLO

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

**1º) Desestimar** el recurso de casación interpuesto por D<sup>a</sup> Isidora, contra la sentencia dictada por la Sección nº 1 de la Audiencia Provincial de Guadalajara, con fecha 4 de diciembre de 2017; cuyo contenido confirmamos en su integridad.

**2º)** Hacer imposición de las **costas** del recurso a la recurrente, y acordar la pérdida del **depósito**, en su caso.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Julian Sanchez Melgar D. Francisco Monterde Ferrer D. Alberto Jorge Barreiro

D<sup>a</sup>. Carmen Lamela Diaz D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina