



Roj: **STS 3874/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:3874**

Id Cendoj: **28079120012015100527**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/09/2015**

Nº de Recurso: **648/2015**

Nº de Resolución: **532/2015**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **ANDRES PALOMO DEL ARCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA

Sentencia N°: 532/2015

RECURSO CASACION N° : 648/2015

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial

Fecha Sentencia : 23/09/2015

Ponente Excmo. Sr. D. : Andrés Palomo Del Arco

Secretaría de Sala : Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

Escrito por : MPS

Delito de descubrimiento y revelación secretos cometida por funcionario público del artículo 198 CP .

En el artículo 197.2 CP , conforme a las SSTS 123/2009, de 3 de febrero ; 1328/2009, de 30 de diciembre y 990/2012, de 18 de octubre , 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 tendríasentido 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 mismapena- en el inciso segundo.

En cuya consecuencia, 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.

N°: 648 / 2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Andrés Palomo Del Arco

Fallo: 15/09/2015

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA N°: 532 / 2015

Excmos. Sres.:

D. Cándido Conde Pumpido Tourón

**D. Julián Sánchez Melgar**

D. Andrés Palomo Del Arco

D^a. Ana María Ferrer García

D. Carlos Granados Pérez

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Septiembre de dos mil quince.

En el recurso de casación por infracción de Ley, interpuesto por la representación procesal de Constancio contra Sentencia de fecha dieciséis de febrero de dos mil quince, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, en causa seguida al mismo por delito de descubrimiento y revelación de secretos, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan, se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco, siendo también parte el Ministerio Fiscal, estando dicho recurrente representado por la Procuradora Sra. Julia Corujo

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 7 de Palma de Mallorca tramitó Procedimiento Abreviado núm. 1126/2011 contra Constancio por delito de descubrimiento y revelación de secretos, y una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial del Palma de Mallorca, cuya Sección Segunda (Rollo de P.A. núm. 23/14) dictó Sentencia en fecha 16 de febrero de 2015 que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"En atención a las pruebas practicadas, procede declarar que el acusado Constancio, médico, personal laboral del IBSALUD, circunstancia que le equipara a la condición de funcionario, aprovechándose de tal condición y utilizando su número de usuario y contraseña personal entró repetidamente, sin autorización y sin que mediara relación asistencial entre ellos -hasta en un total de veinticinco ocasiones y en el período comprendido entre el 11 de enero de 2010 y 25 de febrero de 2011- en la base de datos del IBSALUD para consultar las historias clínicas de sus compañeros en la Zona Básica de Salud (ZBS) de

Playa de Palma, D^a Eva, D. Raimundo, D^a Pura, D^a Amelia y D^a Flor, descubriendo con su proceder datos reservados de estas personas de especial relieve (salud) y por tanto, vulnerado su derecho constitucional a la intimidad personal".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

*"Que debemos **CONDENAR y CONDENAMOS** a D. Constancio como criminalmente responsable en concepto de autor de un delito de descubrimiento y revelación de secretos de especial relieve cometido por funcionario, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a las penas de **DOS AÑOS, SEIS MESES Y UN DÍA** de privación de libertad, **MULTA** de diecisiete meses a razón de quince euros diarios, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, inhabilitación absoluta por tiempo de seis años y al abono de las costas procesales".*

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

CUARTO.- El recurso de casación formulado por la representación procesal de Constancio se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN** :

Motivo Primero.- Por infracción de Ley, al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, señalándose como infringido por indebida aplicación el artículo 197.2 del Código Penal.

Motivo Segundo.- Por infracción de Ley, al amparo del número 2 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.



Motivo Tercero.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ , señalándose como infringido por inaplicación el artículo 24.2 de la Constitución Española , derecho a la presunción de inocencia.

Motivo Cuarto.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ , señalándose como infringido por inaplicación el artículo 24.2 de la Constitución Española , derecho a un proceso público con todas las garantías.

Motivo Quinto.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ , señalándose como infringido por inaplicación el artículo 24.2 de la CE , falta de tutela judicial efectiva.

Motivo Sexto.- Por infracción de Ley, al amparo del número 1 del artículo 849 de la LECrim ., señalándose como infringido por inaplicación del artículo 4.3 del Código Penal .

QUINTO.- Instruidas las partes, el Ministerio Fiscal solicita la inadmisión del recurso y subsidiariamente impugna de fondo los motivos e interesa su desestimación, con excepción del motivo quinto (reducción pena multa) de conformidad con lo expresado en su informe de fecha 19 de mayo de 2015; quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la deliberación y votación prevenida el día 15 de septiembre de 2015.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Recurre en casación el representante procesal del condenado por delito de descubrimiento y revelación de secretos, formulando tres motivos por infracción de precepto constitucional, un cuarto por error facti y dos más por error iuris.

En el ordinal tercero de su escrito, se contiene el primer motivo por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ , al entender infringido el artículo 24.2 de la Constitución Española , el derecho a la presunción de inocencia.

Alega que no existe prueba de cargo alguna, ni indicio que refleje que el recurrente entrase repetidamente entre el 11 de enero de 2010 y 25 de febrero de 2011, en la base de datos del IBSALUD para consultar las historias clínicas de sus compañeros en la Zona Básica de Salud de Playa de Palma.

Conforme a una reiterada doctrina de esta Sala la invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite a este Tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en: a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas, c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba y d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.

Estos parámetros, analizados en profundidad, permiten una revisión integral de la sentencia de instancia, garantizando al condenado el ejercicio de su derecho internacionalmente reconocido a la revisión de la sentencia condenatoria por un Tribunal Superior (art 14 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En reiterados pronunciamientos, esta Sala viene manteniendo que el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos.

Pero también es reiterada la doctrina de que, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testificales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de Instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente.

Es decir, que a esta Sala no le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presencié, para a partir de ella confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que ambas sean coincidentes. Lo que ha de examinar es, en primer lugar, si la valoración del Tribunal sentenciador



se ha producido a partir de unas pruebas de cargo constitucionalmente obtenidas y legalmente practicadas, y, en segundo lugar, si dicha valoración es homologable por su propia lógica y razonabilidad.

Por otra parte, la jurisprudencia constitucional y la de esta Sala han establecido que, en ausencia de prueba directa, es posible recurrir a la prueba circunstancial, indirecta o indiciaria, cuya validez para enervar la presunción de inocencia ha sido admitida reiteradamente por ambos Tribunales.

Efectivamente, a través de esta clase de prueba, es posible declarar probado un hecho principal mediante un razonamiento construido sobre la base de otros hechos, los indicios, que deben reunir una serie de condiciones. Concretamente, desde el punto de vista material, que el razonamiento se apoye en elementos de hecho y que éstos sean varios; que estén acreditados; que se relacionen reforzándose entre sí. Y, desde el punto de vista formal, que el juicio de inferencia pueda considerarse razonable y que la sentencia lo exprese, lo que no supone la imposibilidad de otras versiones distintas de los hechos, de manera que el Tribunal haya debido inclinarse por la única certeza posible pero sí exige que no se opte por una ocurrencia fáctica basada en una inferencia débil, inconsistente o excesivamente abierta (STS núm. 318/2015, de 28 de mayo).

Si bien, debemos advertir con la STS núm. 77/2014, de 11 de febrero y las que allí se citan (SSTS 744/2013, 14 de octubre ; 593/2009, 8 de junio ; y 527/2009, 27 de mayo) que el análisis descompuesto y fraccionado de diferentes indicios puede conducir a conclusiones inaceptables desde el punto de vista del razonamiento impugnativo. Pues el grado de aceptación de las exigencias constitucionales impuestas por el art. 24.2 CE , no puede obtenerse a partir de una regla valorativa de naturaleza secuencial, en la que el todo se descompone hasta ser convertido en un mosaico inconexo de indicios. La cadena lógica a la hora de valorar las hipótesis iniciales no puede descomponerse en tantos eslabones como indicios, procediendo después a una glosa crítica de cada uno de ellos sin ponerlo en relación con los restantes.

La fragmentación del resultado probatorio para analizar separadamente cada uno de los indicios es estrategia defensiva legítima, pero no es forma racional de valorar un cuadro probatorio (STS 631/2013, de 7 de junio).

Presupuesto desde los que el motivo debe ser desestimado, pues el Tribunal contó con un abundante acopio probatorio de cargo, suficiente para destruir la presunción de inocencia, que valoró pormenorizadamente de manera adecuada:

- Los informes y declaración del responsable del Servicio de Seguridad (OTIC) y de la Letrada representante del Servei de Salut que narraron las comprobaciones en el sistema de que a través de la clave y usuario del inculpado, se accedió a las historias clínicas de sus compañeras. Aclarando que en los datos del servidor queda registrado respecto de cada, día, hora y usuario, lo que además queda reflejado en la historia clínica del paciente; y que para llegar a la misma, es preciso hasta tres identificaciones sucesivas previas.

- Las declaraciones de los médicos compañeros del acusado, que en la agenda del acusado, accesible a los administrativos, para la gestión de derivación y cita de pacientes, vieron en determinado momento, su historia clínica en negro, que indica que era objeto de examen, como si estuviera en consulta. Compañeros que en ningún momento fueron pacientes del inculpado.

- El propio testimonio de la auxiliar, cuya labor se desarrolla en la zona de admisión, citando a los pacientes, para lo que tiene acceso a la agenda de los médicos, pero no a las historias clínicas.

Mientras que la prueba de descargo, resultó inocua, pues la declaración del propio recurrente, que si bien negó los accesos, sus excusas y dubitativas explicaciones sobre la posibilidad del uso de sus claves por otros compañeros o por la administrativa, resultó desmentida y carente de consistencia; la prueba pericial, que se limitó a plantear dudas, escasa fuerza concluyente tenía, cuando se basaba en el informe del Servei de Salut, pero no había examinado los ordenadores ni el sistema; y la declaración de la Dra. Tarsila poco pudo aportar cuando no fue testigo presencial en relación directa ni indirecta con los hechos enjuiciados.

SEGUNDO. - También por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ , formula motivo contenido en su ordinal cuarto, en este caso al entender infringido el derecho a un proceso público con todas las garantías del artículo 24.2 de la Constitución Española .

Alega la existencia de irregularidades que desglosa en dos partes:

- a) Inexistencia de denuncia por parte de las personas ofendidas, que se limitaron a ratificar la interpuesta por otra persona que finalmente no ha ejercido la acusación particular; y

- b) Modificación por el Ministerio Fiscal de su escrito de calificación, introduciendo calificación por el artículo 198 CP , lo que le causó indefensión.

La primera de las irregularidades alegadas, del propio enunciado se deriva su inocuidad, pues se admite expresamente la denuncia de las personas ofendidas, como bien indica el Ministerio Fiscal, no se limitaron a



ratificar la inicial denuncia del representante del IBSALUD, de manera formalista y ritualista, sino que expresando además su deseo de que continúen las diligencias, se investigue y averigüe, el motivo por el cual el denunciado ha accedido a los historiales médicos sin el consentimiento de su titulares.

En todo caso, tratándose como expresamente se mencionaba en la denuncia inicial de delito cometido por funcionario público del artículo 198, no era exigida dicha denuncia previa como requisito de procedibilidad.

Acusación por este tipo que ya se contiene en conclusiones definitivas, en las que no medió cambio en la narración fáctica respecto de las provisionales, salvo la precisión respecto de la circunstancia funcional siempre mencionada de Técnico Superior en la especialidad de medicina, su carácter de contratado laboral fijo de la Administración autonómica balear desde 2005. Precisión conocida con antelación al inicio de la vista oral en la Audiencia Provincial, al ser la circunstancia que había motivado la remisión de actuaciones desde el Juzgado de lo Penal a la Audiencia Provincial. Por ende, ninguna indefensión se había generado para el recurrente. Es doctrina reiterada de esta Sala, que la sentencia ha de dar respuesta a las conclusiones definitivas y no a las provisionales. Son aquéllas las que constituyen el instrumento real de la acusación. Las conclusiones provisionales pueden ser modificadas tras la práctica de la prueba. Si bien, no caben mutaciones tan esenciales que supongan una alteración de los elementos básicos identificadores de la pretensión penal tal y como quedó acotada provisionalmente en los previos escritos de acusación evacuados en la fase de preparación del juicio oral. el art. 732 y el mismo juicio oral; por tanto, carece de fundamento legal y doctrinal la alegación de que la modificación de las conclusiones acusatorias, signifique una reducción de los derechos de defensa del acusado. Dicho trámite, como es notorio, está previsto tanto en el art. 732 como en el 88.3 LECrim, y, en términos generales, su inexistencia convertiría poco menos que en inútil toda la actividad procesal que se desarrolla en el acto trascendental del Juicio Oral y que constituye la fase esencial de todo el proceso. De ahí que se haya mantenido que el verdadero instrumento procesal de la acusación es el escrito de conclusiones definitivas, por lo que la sentencia debe resolver sobre ellas y no sobre las provisionales.

El derecho a ser informado de la acusación, junto con la interdicción de la indefensión suponen, de un lado, que el acusado ha de tener pleno conocimiento de la acusación contra él formulada, tanto en su contenido fáctico como jurídico, debiendo tener la oportunidad y los medios para defenderse contra ella, y de otro, que el pronunciamiento del Tribunal ha de efectuarse precisamente sobre los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa. El conocimiento de la acusación se garantiza inicialmente mediante las conclusiones provisionales y, una vez finalizada la actividad probatoria en el acto del juicio oral, mediante las definitivas en las que, naturalmente, se pueden introducir las modificaciones fácticas y jurídicas demandadas por aquella actividad, siempre que se respete la identidad esencial de los hechos que han constituido el objeto del proceso.

En autos, desde la remisión de las actuaciones del Juzgado de lo Penal hasta el inicio de la vista en la Audiencia Provincial, medió un relevante período, durante el cual pudo preparar adecuadamente su defensa, pues conocía los términos de la calificación de los hechos imputados desde un inicio y el cambio operado en el Juzgado sólo contenía una precisión fáctica que no integraba novedad, afectando únicamente a la tipificación, al acusar ahora por modalidad agravada por la condición personal del sujeto, de modo que ese decurso procesal, le supuso indefensión alguna.

Inclusive en la STS 446/2015, de 6 de julio, con cita de otras previas se remarca: "En nuestra STS 362/2008, 13 de junio, nos hacíamos eco de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional -de la que las SSTC 122/2000, 16 de mayo y 53/1987, 7 de mayo, son fieles exponentes-, sobre el principio acusatorio, en la exigible correlación entre acusación y defensa. Allí se explica que el principio acusatorio admite y presupone el derecho de defensa del imputado y, consecuentemente, la posibilidad de «contestación» o rechazo de la acusación. Permite en el proceso penal la posibilidad de la contradicción, vale decir la confrontación dialéctica entre las partes. Conocer los argumentos del adversario hace viable manifestar ante el Juez los propios, indicando los elementos de hecho y de Derecho que constituyen su base, así como, en definitiva, una actuación plena en el proceso. Así pues, «nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria, estando, por ello, obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse dentro de los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual, a su vez significa en última instancia que ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de la Sentencia» (SSTC 11/1992, F. 3 ; 95/1995, F. 2 ; 36/1996, F.

4), vinculando al juzgador e impidiéndole exceder los términos en que venga formulada la acusación o apreciar hechos o circunstancias que no hayan sido objeto de consideración en la misma ni sobre las cuales por lo tanto, el acusado haya tenido ocasión de defenderse» (SSTC 205/1989, F. 2 ; 161/1994, y 95/1995, F. 2). Sin embargo la correlación de la condena elementos que han sido o hayan podido ser objeto de debate contradictorio".



TERCERO. - En el último de los motivos por infracción de precepto constitucional formulado por el recurrente, alega quebranto del derecho a una tutela judicial efectiva, del artículo 24 de la Constitución española .

Argumenta que se le impuso una pena de multa en cuantía superior a la interesada por el Ministerio Fiscal, que fue multa de 24 meses a razón de 10 euros diarios, lo que importa un total de 7200 euros, mientras que se le condenó a multa de 17 meses a razón de 15 euros diarios, que conlleva una suma de 7650 euros.

La STS 369/2015, de 9 de junio , en relación con el principio acusatorio, antes analizado, al expresar de manera sistematizada y resumida la doctrina de esta Sala indica que el principio acusatorio exige la separación total entre las funciones de acusar y juzgar, con lo que se preserva estructuralmente la posición imparcial del Tribunal, y asimismo supone que nadie puede ser condenado sin que se haya formulado debidamente una acusación contra él, en condiciones tales que pueda defenderse, lo que protege especialmente el derecho de defensa.

Añade que aunque este principio no aparece formulado expresamente en la Constitución, el Tribunal Constitucional, en sentencias ya clásicas núm. 17/1988 , núm. 168/1990 , núm. 47/1991, y en las de 14 febrero 1995 y 10 octubre 1994 , consagró una constante doctrina conforme a la cual «los derechos a la tutela judicial sin indefensión, a ser informado de la acusación y a un proceso con todas las garantías que reconoce el art. 24 CE conducen a señalar que este precepto consagra el principio acusatorio en todos los procesos penales, de tal manera que nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria, lo que obliga al Tribunal a pronunciarse sobre los términos del debate tal y como hayan sido formulados por la acusación y la defensa. Ello significa, además, que ha de existir una correlación entre la acusación y el fallo».

Esta correlación precisa, se manifiesta en la vinculación del Tribunal a los aspectos esenciales de la acusación, concretamente a la identidad de la persona contra la que se dirige, que no puede ser modificada; a los hechos que constituyen su objeto, que deben permanecer inalterables en su aspecto sustancial, aunque es posible que el Tribunal prescinda de elementos fácticos que no considere suficientemente probados o añada elementos circunstanciales o de detalle que permitan una mejor comprensión de lo sucedido según la valoración de la prueba practicada; a la calificación jurídica, de forma que no puede condenar por un delito más grave o que, no siéndolo, no sea homogéneo con el contenido en la acusación; y a la pena interesada por las acusaciones (Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 20 de diciembre de 2006), ya que "el Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa".

Es decir, que también se conculca el principio acusatorio, cuando se impone pena mayor que la interesada por las acusaciones. Así el contenido del referido Acuerdo del referido Pleno, luego pacíficamente incorporado en múltiples resoluciones: "El Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa".

Consecuentemente, aún cuando en atención a la profesión del imputado, el criterio de la sentencia de instancia, no sería inadecuado, desde la perspectiva del principio acusatorio, el motivo debe ser estimado, pues si bien el tramo temporal de la multa no superaba el solicitado por el Ministerio Fiscal, la cuota diaria impuesta para cuantificación de esta pena pecuniaria a proyectar sobre ese período, excede en cinco euros diarios a la pedida por el Ministerio Fiscal.

CUARTO. - El recurrente en su ordinal segundo formula motivo por infracción de ley al amparo del artículo 849.2 LECrim , por entender que ha existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador.

Concreta estos documentos en el informe pericial de Don Florentino , Ingeniero en Informática y su posterior ratificación de 21 de enero de 2015 y en la declaración de Doña Tarsila de 21 de enero de 2012, ratificada en el juicio oral.

Es reiterada jurisprudencia que la invocación del motivo expresado, queda supeditada a la concurrencia entre otros de los siguientes requisitos: A) Que se hayan incluido en el relato histórico hechos no acontecidos o inexactos.

B) Que la acreditación de tal inexactitud tiene que estar evidenciada en documentos en el preciso sentido que tal término tiene en sede casacional; es decir: "...aquellas representaciones gráficas del pensamiento, generalmente por escrito, creadas con fines de preconstitución probatoria y destinadas a surtir efectos en el tráfico jurídico, originados o producidos fuera de la causa e incorporados a la misma....".



La justificación de alterar el "factum" en virtud de prueba documental --y sólo esa-- estriba en que respecto de dicha prueba el Tribunal de Casación se encuentra en iguales posibilidades de valoración que el de instancia, en la medida que el documento permite un examen directo e inmediato como lo tuvo el Tribunal sentenciador, al margen de los principios de inmediatez y contradicción.

C) Que el documento por sí mismo sea demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas, error que debe aparecer de forma clara y patente del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis. Es lo que la doctrina de esta Sala define como literosuficiencia.

D) Que el supuesto error patentizado por el documento, no esté a su vez, desvirtuado por otras pruebas de igual consistencia y fiabilidad. Al respecto debe recordarse que la Ley no concede ninguna preferencia a la prueba documental sobre cualquier otra, antes bien, todas ellas quedan sometidas al cedazo de la crítica y de la valoración --razonada-- en conciencia de conformidad con el art. 741 LECr .

Por tanto, quedan fuera de este concepto las pruebas de naturaleza personal aunque estén documentadas por escrito, tales como declaraciones de imputados o testigos, el atestado policial y acta del Plenario, entre otras. De manera excepcional se ha admitido como tal el informe pericial (SSTS núm. 1643/98 de 23 de diciembre , núm. 372/99 de 23 de febrero , sentencia de 30 de enero de 2004 y núm. 1046/2004 de 5 de octubre , así como, núm. 1200/2005, de 27 de octubre como fundamentación de la pretensión de modificación del apartado fáctico de una sentencia impugnada en casación cuando el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que se altere relevantemente su sentido originario o bien cuando haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen. Pero en autos, el dictamen pericial, no llega a conclusión probatoria alguna, limitándose a cuestionar las conclusiones de un previo informe de organismo oficial (OTIC) y su nula relevancia ha sido motivada por el Tribunal de instancia.

Debemos recordar con la STS núm. 356/2015, de 10 de junio , que no se trata de que los documentos a los que se alude pudieran dar pié, ocasionalmente, a unas conclusiones probatorias distintas de las alcanzadas por el Tribunal de instancia, sino que, en realidad, se produzca una contradicción insalvable entre el contenido de aquellos, de carácter fehaciente e inevitable, y las afirmaciones fácticas a las que llega la Sentencia recurrida, de modo tal que se haga evidente el error de éstas, que no pueden apoyarse en otras pruebas, de la misma fuerza acreditativa, que desvirtúen válidamente la eficacia de aquellos documentos. No es el caso de autos, donde exclusivamente el recurrente invoca los documentos como fuentes probatorias que pretende otra versión de lo acaecido, planteamiento que no tiene cabida por el cauce del motivo elegido.

En definitiva, ni la testifical ni la pericial alegada, integran prueba documental a los efectos casacionales del *error facti* , su contenido es contradicho por otras pruebas y carecen de autarquía suficiente para acreditar por sí solas, la inocencia del recurrente; lo que obliga a desestimar necesariamente el motivo.

QUINTO. - El motivo que inicialmente formula por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 LECrim , lo fundamenta en indebida aplicación del artículo 197.2 CP .

Tras cita jurisprudencial de resoluciones de esta Sala, argumenta que en el relato de hechos probados no se manifiesta que haya causado perjuicio alguno a los denunciados, requisito exigido en el tipo.

El artículo 197.2, castiga:

- a) al que sin estar autorizado, se *apodere, utilice o modifique* , en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado;
- b) al que sin estar autorizado, *acceda* por cualquier medio a los mismos y c) a quien los *altere o utilice en perjuicio del titular* de los datos o de un tercero.

Antes de analizar la cuestión alegada, conviene destacar que lo que se protege en este apartado segundo es 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 una dimensión positiva de la intimidad que constituye el bien jurídico protegido como recuerda la STS núm. 1328/2009, de 30 de diciembre que a su vez advierte, en relación al ámbito de los *datos personales* :

- a) En principio, todos los datos personales automatizados, son "sensibles" porque la Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento de Datos Personales (LORTAD) 5/92 de 29 de octubre, no distingue a la hora de ofrecerles protección (vd. art. 2. 1º y 3º de dicha Ley). Datos en principio, inocuos al informatizarlos, pueden ser objeto de manipulación, permitiendo la obtención de información.



No existen, por consiguiente, datos personales automatizados reservados y no reservados, por lo que debe interpretarse que todos los datos personales automatizados quedan protegidos por la comunicación punitiva del art. 197 .2 CP .

b) Tampoco hacen distinción alguna, ni la Ley vigente de Protección de Datos Personales, LO. 15/99 de 13 de diciembre, que ha sustituido a la LORTAD, ni la Directiva 95/46 de la Unión Europea, ni el Convenio del Consejo de Europa, en la propia LORTAD.

c) No es posible, a su vez, interpretar que "los datos reservados" son únicamente lo más sensibles, comprendidos en el "núcleo duro de la privacidad", (v.g. ideología, creencias, etc.) para quedar los no reservados en el grupo de los sancionables administrativamente, por cuanto dicho enfoque hermenéutico chocaría con una interpretación sistemática del art. 197 CP , ya que si en él se prevé un tipo agravado para esta clase de datos (numero 5) "a sensu contrario" los datos tutelados en el tipo básico, serían los no especialmente protegidos (o "no reservados") en la terminología de la Ley.

d) En consecuencia y en línea de principio, no importa la trascendencia e importancia objetiva de los datos personales y familiares. No cabe, pues, diferenciar a efectos de protección entre datos o elementos "objetivamente" relevantes para la intimidad que serían los únicos susceptibles de protección penal y datos "inocuos" cuya escasa significación los situaría directamente fuera de la intimidad penalmente protegida (vd. STS. 725/2004 de 11 de junio). Es decir, el legislador ha querido alcanzar todos los datos de estas características porque, indudablemente, todos son merecedores de protección penal. Ahora bien, sí debe exigirse que los datos o información pertenezcan al ámbito privado y personal o familiar del sujeto. La STS. 358/2007 de 30 de abril , recordó que aunque en el segundo apartado del art. 197 se refiere a datos reservados de carácter personal o familiar, no siendo preciso que pertenezcan al núcleo duro de la privacidad, pues de ser así se aplicaría la agravación del apartado quinto del artículo 197, si es necesario que afecten a la intimidad personal.

e) 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.

Ya en relación con la alegación del recurrente, la jurisprudencia, al contemplar las diversas conductas tipificadas en el artículo 197.2, en las SSTS 123/2009, de 3 de febrero ; 1328/2009, de 30 de diciembre y 990/2012, de 18 de octubre , destaca 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.

Ya la STS. 234/1999 de 18 de febrero , precisa 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, al titular de los datos o a un tercero, perjuicio que se produce siempre que se trata de un dato considerado "sensible" por ser inherente al ámbito de su intimidad más estricta.

De igual modo la STS 1328/2009, de 30 de diciembre , diseccionaba en cuanto a la distinción entre datos "sensibles" y los que no lo son, precisando que los primeros son por sí mismos capaces para producir el perjuicio típico, por lo que el acceso a los mismos, su apoderamiento o divulgación, poniéndolos al descubierto comporta ya ese daño a su derecho a mantenerlos secretos u ocultos (intimidad) integrando el "perjuicio" exigido, mientras que en los datos "no sensibles", no es que no tengan virtualidad lesiva suficiente para provocar o producir el perjuicio, sino que debería acreditarse su efectiva concurrencia.

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.

Consecuentemente el motivo debe ser desestimado, pues toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley, formando parte de su derecho a la intimidad (art. 7.1 Ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica). La historia clínica definida en el art. 3 de esta ley como el conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre la situación y la evolución clínica de un paciente a lo largo del proceso asistencial, estaría comprendida en ese derecho a la intimidad y además forma parte de los datos sensibles, el núcleo duro de la privacidad, cuyo mero acceso, como hemos descrito, determina el perjuicio de tercero; el del titular de la historia, cuyos datos más íntimos, sobre los que el ordenamiento le otorga un mayor derecho a controlar y mantener reservados, se desvelan ante quien no tiene autorizado el acceso a los mismos.

Pudiera entenderse que al ponderar ya esta circunstancia para aplicar el tipo básico del artículo 197.2, ya no cabría acudir al 197.6, pues la afectación de la conducta prohibida sobre datos sensible sería objeto de una doble desvaloración, al servir para integrar el tipo básico del 197.2 y a su vez el tipo agravado del 197.6; pero sucede que la Audiencia Provincial, sólo acude a la imposición de la pena de prisión y de multa en su mitad superior, que autorizaría una vez el artículo 197.6 y otra el artículo 198, en una ocasión, precisamente para evitar una doble incriminación. Dicho de otra manera, la pena impuesta en la sentencia recurrida es la correspondiente al artículo 198 en relación con el artículo 197.2, sin tener en consideración la agravación punitiva específica del artículo 197.6 que la Audiencia elude.

SEXTO. - En el último motivo formulado por el recurrente, también por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 LECrim, se afirma infringido por inaplicación, el artículo 4.3 CP.

Argumenta que la pena resulta excesiva atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del reo, por lo que el Tribunal de instancia, de acuerdo con las previsiones del artículo 4.3 CP, debió haber solicitado el indulto.

Aunque ciertamente, las penas resultantes son de especial gravedad en relación con la conducta imputada, sucede que el artículo 4.3 CP contiene una facultad discrecional del Tribunal, sin posibilidad de acceso a la casación. La STS 1341/1993, de 22 de abril, ante la formulación de idéntico motivo, lo desestima, en atención a que "la norma a que se alude consagra una facultad discrecional del Tribunal, sin posibilidad de acceso a la casación".

La cuestión atinente al indulto es ajena a la cuestión dirimida en la sentencia recurrida; y si bien tanto la Audiencia Provincial, cuando dictó su sentencia, como esta Sala Segunda, cuentan con facultad de proposición, no es menos cierto que las peculiaridades del caso, en cuanto la especial afflictividad punitiva deriva no sólo de pena privativa de libertad sino también privativa de derechos, aconsejan la remisión del informe al cauce previsto en la Ley de su regulación a iniciativa del condenado, donde la mayor información exclusivamente referida a este extremo, circunstancias personales del recurrente incluidas, permite en su caso, concretar más adecuadamente la extensión en que se estime conveniente la concesión; informe, que como consecuencia de estimarse parcialmente el recurso de casación, corresponde emitir a esta Sala Segunda.

SÉPTIMO. - En materia de costas rigen las previsiones del artículo 901 LECr, que determinan al ser la sentencia parcialmente estimatoria, sean declaradas de oficio.

III. FALLO

Declaramos **HABER LUGAR PARCIALMENTE** al recurso de casación formulado por la representación procesal de **Constancio** contra Sentencia de fecha dieciséis de febrero de dos mil quince, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, en causa seguida contra el mismo por delito de descubrimiento y revelación de secretos, con declaración de oficio de las costas originadas por su recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Cándido Conde Pumpido Tourón Julián Sánchez Melgar Andrés Palomo Del Arco



Ana María Ferrer García Carlos Granados Pérez

648/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Andrés Palomo Del Arco

Fallo: 15/09/2015

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA N°: 532/2015

Excmos. Sres.:

D. Cándido Conde Pumpido Tourón

D. Julián Sánchez Melgar

D. Andrés Palomo Del Arco

D^a. Ana María Ferrer García

D. Carlos Granados Pérez

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Septiembre de dos mil quince.

En la causa seguida por la Sección Segunda de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, por delito de descubrimiento y revelación de secretos contra el acusado Constancio , se dictó sentencia de fecha dieciséis de febrero de dos mil quince , que ha sido recurrida en casación y ha sido casada y anulada parcialmente por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen.

Ha sido Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco.

I. ANTECEDENTES

ÚNICO. - Se admiten los antecedentes de hecho y la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO. - De conformidad con la argumentación contenida en el fundamento jurídico tercero de nuestra sentencia casacional, en observancia del principio acusatorio de conformidad con lo establecido en el Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 20 de diciembre de 2006, los diecisiete meses de multa impuestas, serán a razón de una cuota diaria de diez euros, cantidad solicitada por la acusación, en vez de la impuesta que sobrepasa esa cifra.

III. FALLO

Con mantenimiento íntegro de todos los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida, se sustituye la pena de multa impuesta al acusado Constancio de diecisiete meses a razón de quince euros diarios, por una multa de diecisiete meses a razón de diez euros diarios euros.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Cándido Conde Pumpido Tourón Julián Sánchez Melgar Andrés Palomo Del Arco



Ana María Ferrer García Carlos Granados Pérez

PUBLICACIÓN .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ