



Roj: **SAP O 1891/2017 - ECLI:ES:APO:2017:1891**

Id Cendoj: **33044370032017100248**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **3**

Fecha: **22/06/2017**

Nº de Recurso: **9/2017**

Nº de Resolución: **300/2017**

Procedimiento: **Procedimiento Abreviado**

Ponente: **JAVIER DOMINGUEZ BEGEGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP O 1891/2017,**
STS 3662/2018

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

OVIEDO

SENTENCIA: 00300/2017

AUDIENCIA PROVINCIAL DE OVIEDO

Sección nº 003

ROLLO: 0000009 /2017

SENTENCIA Nº 300/2017

=====

ILMOS/AS SR./SRAS

Presidente/a:

D./DÑA. JAVIER DOMÍNGUEZ BEGEGA

Magistrados/as

D./DÑA. ANA ÁLVAREZ RODRÍGUEZ

D./DÑA. FRANCISCO JAVIER RODRÍGUEZ LUENGOS

=====

En Oviedo, a veintidós de junio de dos mil diecisiete.

Vistas, en juicio oral y público, por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial las precedentes diligencias de procedimiento abreviado Nº 984/2015, procedentes del Juzgado de Instrucción Nº 3 de Langreo, correspondientes al Rollo de Sala Nº 9/2017, seguidas por delito de descubrimiento y revelación de secretos contra Irene , nacida en Sotrandio -San Martín del Rey Aurelio- el día NUM000 de 1984, hija de Alejandro y de Sonia , titular del DNI Nº NUM001 y domicilio en El Entrego, C/ DIRECCION000 NUM002 - NUM003 , soltera, fisioterapeuta, sin declaración de solvencia, sin antecedentes penales, en libertad, siendo representada por el Procurador Don Juan Perotti Antolín y defendida por el Letrado Don Luis Tuero Fernández, y contra Delfina , nacida el día NUM004 de 1981, hija de Federico y de Matilde , titular del DNI Nº NUM005 y domicilio en Langreo, C/ DIRECCION001 Nº NUM006 , NUM007 , casada, fisioterapeuta, sin declaración de solvencia, sin antecedentes penales, en libertad, siendo representada por la Procuradora Dª María Teresa Cases Fernández y defendida por la Letrada Dª Ana Gloria Rodríguez González. Ha ejercitado la acusación particular Adriana , mayor de edad, titular del DNI Nº NUM008 y domicilio en Pola de Laviana, C/ DIRECCION002 Nº NUM009



- NUM010 , siendo representada por la Procuradora Irene Menéndez Villa y defendida por el Letrado Don Francisco Pérez Platas. Ha sido parte el Ministerio Fiscal y Ponente el Ilmo Sr D. JAVIER DOMÍNGUEZ BEGEGA que expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se declaran HECHOS PROBADOS que las acusadas Irene y Delfina , ambas mayores de edad sin antecedentes penales, prestaban sus servicios profesionales, con carácter interino, como fisioterapeutas en el Hospital Valle del Nalón -Langreo- disponiendo en esa condición de acceso, con nombre de usuario y clave personal individualizada, al historial clínico de sus pacientes. Adriana era compañera de trabajo de las acusadas, las cuales, sin conocimiento ni autorización de ella, respecto de la que tampoco tenían una relación asistencial, y aprovechándose de su empleo, accedieron, a través de aquellos códigos de usuario y claves personales, a su historial médico, y en concreto, Irene lo hizo el día 1 de diciembre de 2010 a las 14,28 horas, y Delfina los días 13 de enero de 2011 a las 14,22 horas, el 2 de febrero de 2011 a las 11,53 horas y el 10 de febrero de 2011 a las 14,09 horas. De esa forma se enteraron del estado de salud de Adriana y, entre otras, de las dolencias por las que había recibido tratamiento en el Servicio de Salud Mental, comentándolo entre ellas en el Gimnasio del Hospital, donde trabajaban como fisioterapeutas, haciéndolo en presencia de los pacientes a los que atendían.

SEGUNDO: El Ministerio Fiscal, al elevar a definitivas sus conclusiones provisionales, calificó los hechos como constitutivos de un delito de descubrimiento y revelación de secretos de los arts. 197.2 y 198 del Código Penal considerando responsables del mismo en concepto de autoras a las acusadas Irene y Delfina para las que, sin apreciar la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitó que se les impusiera, a cada una de ellas, las penas de dos años, seis meses y un día de prisión, multa de dieciocho meses con cuota diaria de seis euros y la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago del art. 53 del Código Penal e inhabilitación absoluta por seis años. Interesó también la condena al pago de las costas procesales.

TERCERO: La acusación particular, al elevar a definitivas sus conclusiones provisionales, calificó los hechos como constitutivos de un delito de descubrimiento y revelación de secretos con difusión, tipificado en el art. 197.2 y 4 en relación con el art. 197.6 y art. 198 del Código penal , considerando responsables del mismo en concepto de autoras a las acusadas Irene y Delfina , para las que, sin apreciar la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitó que se les impusiera, a cada una de ellas, las penas de dos años y seis meses de prisión e inhabilitación absoluta durante el tiempo de seis años. Interesó su condena, con carácter solidario, a indemnizar en concepto de daños morales, la cantidad de 18.000 euros, y al pago de las costas con inclusión de las devengadas por la acusación particular.

CUARTO: La defensa de la acusada Delfina , al elevar a definitivas sus conclusiones provisionales, mostró disconformidad, con las acusaciones del Ministerio Fiscal y particular, y no considerándose autora de delito alguno, interesó su libre absolución.

QUINTO: La defensa de la acusada Irene , al elevar a definitivas sus conclusiones provisionales, mostró disconformidad con las acusaciones del Ministerio Fiscal y particular, y no considerándose autora de delito alguno, solicitó su libre absolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Los hechos que se declaran probados son constitutivos de un delito de descubrimiento y revelación de secretos previsto y penado en los arts. 197.2 y 6 y art. 198 del Código Penal , viniendo caracterizada tal infracción criminal como una modalidad atentatoria a la libertad informática o "habeas data" afectante a la intimidad de las personas mediante una conducta típica que va referida a la realización de un uso ilegítimo de los datos personales insertos en programas informáticos, electrónicos o telemáticos. Se trata de datos reservados que pertenecen al titular pero que no se encuentran en su ámbito de protección directo, directamente custodiados por el titular, sino inmersos en bases de datos, en archivos cuya custodia aparece especialmente protegida en orden a la autorización de su inclusión, supresión, fijación de plazos, cesión de información, etc, de acuerdo a la legislación de protección de datos, delimitando claramente la titularidad y manejo y cesión de la información contenida en los mismos. Así lo enseña la doctrina jurisprudencial de la que es expresión la S.T.S. de 3 de febrero de 2016 , que cita la de 9 de diciembre de 2010 añadiendo que el carácter sensible de los datos a los que se accede incorpora el perjuicio típico, y que las distintas modalidades de acción implican una agresión a la custodia de los datos que aparece expresada con el término "sin estar autorizado", abarcando, no sólo un acceso no permitido a la información reservada, como el que pudiera realizar una



persona ajena ala base de datos o archivo, sino también un acceso realizado por un autorizado fuera del ámbito de la autorización, comprendiendo los verbos nucleares del tipo, interpretados en un sentido amplio, los supuestos en los que se copian datos dejando intactos los originales, bastando con captar, aprehender, el contenido de la información, sin ser preciso un apoderamiento material del dato. Esto es lo que ocurrió en el caso enjuiciado donde las acusadas, que no tenían autorización ni consentimiento de la persona a la que se refería la historia clínica, ni era su paciente, consiguen verla enterándose de su contenido, de las patologías y tratamientos reflejados en ella. Además, la historia clínica, incorpora datos personales que por referirse a la salud pertenecen a lo que se conoce como núcleo duro de la privacidad, S.T.S. de 23-9-15 , que especifica que el acceso a ella determina el perjuicio típico, dispensándose su tutela penal a través del tipo cualificado que recoge el antedicho apartado 6 -que era el vigente en la época de autos, antes de la reforma operada por la L.O. 1/15, y hoy recoge el apartado 5- aunque esta calificación jurídica que ofrece la acusación particular, y no así el Ministerio Fiscal, venga a carecer de practicidad a efectos penológicos, pues esa parte acusadora privada sólo pide una pena - prisión de dos años y seis meses- que ya vendría en imponible por razón de la aplicación del art. 198, si bien con el añadido del día que sí postula el Ministerio Fiscal conforme a las previsiones del art. 70.2 del Código Penal .

En la calificación que acoge la Sala entra la modalidad especial impropia que recoge el citado art. 198, pues la cualidad funcional de las acusadas, con arreglo a las previsiones del art. 24 que engloba -vid. S.T.S. de 14-2-17 - no sólo a los funcionarios de carrera, sino también a interinos o contratados temporalmente como eran las acusadas, que lo admiten en el plenario, Irene cuando señala que era fisioterapeuta interina y Delfina expresa que es eventual, y decimos que esa cualidad fue la que, con uso excesivo de sus facultades de actuación, es decir, abusando de ella, les permitió acceder a la historia clínica, sirviéndose de sus personales códigos de usuario y claves de acceso.

Finalmente, no cabe apreciar la integración del subtipo agravado que al amparo del art. 197.4 (anterior a la L.O. 1/2015 , actual apartado 3) cita la acusación particular, aunque, una vez más, carecía de practicidad a efectos de pena por las mismas razones que antes se indicaron respecto de la cita del apartado 6 del art. 197. Es cierto que informaciones de la historia clínica a la que accedieron las acusadas fueron exteriorizadas y percibidas por terceras personas, entre ellas la testigo Magdalena que declaró que oyó a las acusadas, cuando estaba en la sala de atención como paciente, hablar, y criticar a su compañera Adriana con mención a su salud mental, haciéndolo en presencia también de otros pacientes que en ese momento estaban siendo tratados, entre cuatro y cinco, pero esa verbalización mantenida en el contexto de un diálogo singular entre las acusadas no incorpora la potencialidad que fundamenta la cualificación, que radica en el plus de ataque al bien jurídico protegido por la difusión de lo descubierto en la historia clínica, y se dice difusión, que es una de las expresiones que emplea el subtipo junto con la de revelar o ceder a tercero, porque el efecto expansivo de la publicidad de los datos personales que comporta, tiene que mostrarse homogéneamente con los demás supuestos, estos son, de revelación y cesión a tercero, porque no sería admisible fundamentar la agravación en casos que según el significado de los términos legales serían diferentes, es decir, que si difundir, que equivale a extender, propalar o divulgar, justifica la agravación, el revelar, que equivale a manifestar o declarar, y no tiene por qué suponer aquella expansión, para que merezca el mismo trato penal como subtipo agravado tiene que producir el mismo efecto expansivo que la divulgación. Como en nuestro caso la revelación no determinó esa amplificación, el subtipo no es apreciable.

SEGUNDO: De aquel delito son responsables en concepto de autoras las acusadas Irene y Delfina , porque ejecutaron los actos típicos delictivos haciendo necesaria su condena. A los folios 48, 162 a 165, 189 vlt., 190 y 190 vlt. constan los accesos a la historia clínica de Adriana efectuados a través de los códigos de usuario y claves personales de las acusadas, siendo de una lógica elemental concluir que el valimiento de tales códigos y claves tuvo lugar por parte de sus titulares, las acusadas, que fueron, precisamente, las que exteriorizaron el conocimiento de los datos de salud de la titular de la historia, tal y como declaró la testigo Magdalena , a la sazón paciente del servicio de fisioterapia del Hospital Valle del Nalón, diciendo que oyó a las acusadas hablar entre ellas de una compañera, que era Adriana , a la que no conocía más que de "oídas", esto es, por aquellos comentarios en los que se decía que estaba de baja por depresión. Esos datos fueron conocidos por aquel acceso a la historia, donde se recoge el tratamiento con fármacos pautados para esos padecimientos de salud mental, vid. folio 164. siendo inadmisibles las defensas en el sentido de que pudo ser Adriana la que accedió a su historial u otra persona del servicio de fisioterapia. En cuanto a Adriana es creíble su versión según la cual, primero, no iba divulgando esas enfermedades, porque no es normal hacerlo ante el cierto componente estigmatizante que incorporan, y segundo, porque lo natural era que de acceder a su historia lo hiciera con su propio código y clave personal. Además, en dos ocasiones que hubo el acceso no estaba trabajando vid. folio 366. Se alega también que no debe haber descubrimiento y revelación del secreto cuando la enfermedad documentada en la historia clínica era conocida, viniendo - según se dice a efectos exculpatórios- ese conocimiento del hecho de que Adriana era vista en la Sala de



espera del Servicio de Salud Mental, pero ello no es así. Que una persona esté en la sala de espera de cualquier servicio médico no autoriza la conclusión de que sea enferma tratada en él, pues las razones por las que se está o puede estarse allí son múltiples, como ver a algún compañero del centro hospitalario, acompañar a otra persona etc. Si fuese así de simple el proceso deductivo sobre la razón de la presencia de una persona en ese lugar es obvio que no hacía falta entrar en su historial, y si se entró fue para tomar conocimiento de lo que no se alcanzaba por aquel método. Respecto a que pudo ser cualquier otra persona la que accedió sólo hay que insistir en el dato de que los códigos usados fueron los que fueron, de Irene y Delfina, y nadie planteó siquiera, a ninguna de las testigos que declararon en el juicio oral y que eran compañeras del servicio de fisioterapia, que utilizaban en el mismo ordenador, que pudieran haber sido ellas las intrusas. En cuanto a la posibilidad de que la entrada en la historia hubiese podido tener lugar de manera accidental o inadvertida es insostenible, entre otras razones porque ni siquiera lo admiten las acusadas, y la actividad para entrar en la historia de quien no figuraba como paciente en el servicio requería acudir al sistema específico de búsqueda introduciendo algún dato personal del titular, como DNI, número de seguridad social, de su historia o nombre y apellidos, tal y como declaró Carolina, y si, como aportó Laureano, desde el ordenador del servicio de fisioterapia se puede acceder al historial de cualquier paciente ello es posible con la clave y usuario del que entra, y en nuestro caso fueron las acusadas.

TERCERO: No concurren -tampoco se han alegado- circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, siendo imponibles las penas que solicita el Ministerio Fiscal, hallándose en el mínimo legal, con la única precisión en cuanto a la pena de multa que la cuota postulada se considera proporcionada, porque se enumera dentro de márgenes del mínimo que no puede ser absoluto dado que es predicable en las acusadas una capacidad económica suficiente para afrontarlas, vista su actividad laboral de la que provienen los naturales emolumentos con los que, además, se permiten el servicio de profesionales de libre designación para su legítimo ejercicio del derecho de defensa.

CUARTO: Toda persona criminalmente responsable de un delito también lo es civilmente y debe proceder a la reparación de los daños y perjuicios causados conforme a lo previsto en los arts. 109, 116 y concordantes del Código Penal, traduciéndose, en el presente caso, en la necesidad de reparar los inequívocos menoscabos causados que dimanaban del sentir la profanación de los datos íntimos a los que ilegítimamente se accedió por las autoras. En esta base indemnizatoria no se puede incluir el menoscabo que se relaciona con el padecimiento psicológico que alega la acusación particular, pues no hay prueba del mismo, tal y como se reconoció en el trámite de informe donde se hizo patente que no se aportaron los dictámenes facultativos pretendidamente expresivos de los mismos, pero ello no excluye aquel otro componente de daño moral que si se explicita como tal en la reclamación que contiene la conclusión provisional de esa parte, elevada a definitiva. Por tal concepto se considera adecuada la cantidad de seis mil euros.

QUINTO: Las costas procesales causadas, con inclusión de las devengadas por la acusación particular que las ha pedido desde su escrito de conclusiones provisionales, deben ser impuestas a las condenadas, por iguales partes, conforme a lo previsto en los arts 123 y 124 del Código Penal, en relación con el art. 201 de dicho texto penal y los 239 y siguientes de la L.E.Crim.

Por lo expuesto

FALLAMOS:

Que debemos condenar y condenamos a Delfina y a Irene, como autoras de un delito de descubrimiento y revelación de secreto, ya definido, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas, para cada una de ellas, de dos años, seis meses y un día de prisión, multa de dieciocho meses con una cuota diaria de seis euros, quedando sujetas a una responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas, e inhabilitación absoluta por seis años.

Las condenadas deberán abonar por iguales partes las costas procesales causadas, con inclusión de las devengadas por la acusación particular, e indemnizar de forma conjunta y solidaria a Adriana en la cantidad de 6000 euros, que devengará los intereses legales prevenidos en el art. 576 de la L.E.Crim.

Notifíquese esta sentencia a las partes, instruyéndoles que no es firme y que procede RECURSO DE CASACIÓN ante este Tribunal a interponer en el plazo de cinco días desde su notificación

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