

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ063673

AUDIENCIA PROVINCIAL DE A CORUÑA

Sentencia 111/2018, de 8 de octubre de 2018

Sección 6.ª

Rec. n.º 61/2017

SUMARIO:

Delitos contra la intimidad, Revelación secretos por particular. El médico acusado reconoció dicho acceso al historial médico sin autorización del paciente y sin responsabilidad asistencial sobre dicha persona como paciente. Los hechos son legalmente constitutivos de un delito contra la intimidad por acceso inconsentido a datos personales del artículo 197.2 CP. Imposición de pena de 2 años y 7 meses de prisión, multa de 19 meses e inhabilitación absoluta por 6 años y un mes para el ejercicio de la medicina. El bien jurídico protegido por el tipo delictivo 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. En realidad, ha de entenderse que ese derecho, en su autonomía, es distinto de la intimidad del artículo 18.1 de la Constitución Española. Así lo ha entendido la jurisprudencia, en la que se señala que el bien jurídico protegido 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. Es un bien eminentemente personal, de la misma forma que lo es el derecho a la autodeterminación informativa, por lo que quedaría excluida la posibilidad de aplicar la continuidad delictiva. 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 sin que resulte necesario para la consumación la producción del resultado lesivo. 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 y en este caso, nos encontramos ante datos especialmente sensibles sujetos a la especial protección (datos de salud de una persona). Cuando el acceso se refiere a datos no sensibles, el perjuicio debe ser acreditado. Inaplicación del artículo 172.6 del código penal que recoge una agravación de la pena, cuando las conductas descritas afectan a datos personales que revelen, entre otros, la salud, porque la aplicación del artículo 197.2, cuando se trata de la modalidad de mero acceso inconsentido sin un perjuicio adicional al derivado de dicho quebrantamiento, para su tipificación delictual, ya se ha tenido que dicho acceso ha sido sobre un dato especialmente sensible como es la salud. Un profesional de la sanidad pública, por su formación, tiene conocimiento del carácter reservado y secreto de las historias clínicas y de las limitaciones de acceso que están establecidas por lo que no puede haber error de prohibición.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 4.3, 21.6, 28, 50.5, 53.1, 56.1, 66.6, 74, 80, 109, 113, 172.6, 197 y 198.
Ley 41/2002 (autonomía del paciente, y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica), arts. 3 y 7.1.
Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, arts. 14 y 240.
Constitución Española, arts. 18 y 120.3.

PONENTE:

Don César González Castro.

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6 (DESPL)
A CORUÑA



SENTENCIA: 00111/2018

AUDIENCIA PROVINCIAL DE A CORUÑA SECCIÓN SEXTA CON SEDE EN SANTIAGO DE COMPOSTELA

RÚA VIENA S/N, 4ª PLANTA, SANTIAGO DE COMPOSTELA

Teléfono: 981- 54.04.70

Equipo/usuario: MV

Modelo: N85850

N.I.G.: 15078 43 2 2013 0008118

PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000061 /2017

Denunciante/querellante: Severino

Procurador/a: D/Dª DOMINGO NUÑEZ BLANCO

Abogado/a: D/Dª SANTIAGO ALONSO DE LA PEÑA

Contra: Victorino

Procurador/a: D/Dª ANGELES REGUEIRO MUÑOZ

Abogado/a: D/Dª CESAR RUA MARTINEZ

SENTENCIA

ILMOS/AS SR./SRAS

Presidente/a:

ANGEL PANTIN REIGADA

Magistrados/as

CESAR GONZALEZ CASTRO

JORGE CID CARBALLO

En Santiago de Compostela, a ocho de octubre de dos mil dieciocho.

VISTO en juicio oral y público, ante la Sección 006 de esta Audiencia Provincial el procedimiento abreviado con el número 61/2017, procedente del XDO. DE INSTRUCCIÓN N. 2 de SANTIAGO DE COMPOSTELA seguidos por el trámite de DILIGENCIAS PREVIAS PROC. ABREVIADO nº4544/2013, por el delito de REVELACIÓN SECRETOS POR PARTICULAR, contra Victorino con DNI nº NUM000 representado por la Procuradora ANGELES REGUEIRO MUÑOZ y defendido por el letrado D. Cesar Rúa Martínez Siendo parte acusadora D. Severino, representado por el procurador D. DOMINGO NUÑEZ BLANCO y asistido por el letrado D. Santiago Alonso de la Peña y el Ministerio Fiscal, y como ponente el Magistrado D.CESAR GONZALEZ CASTRO.



ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Las presentes actuaciones se instruyeron por un presunto delito de REVELACIÓN SECRETOS POR PARTICULAR (ART.

199 CP) y practicadas las oportunas diligencias se convocó a las partes a juicio oral, que se celebró en el día de su fecha.

Segundo.

El Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos como constitutivos de un delito contra la intimidad del art. 197.2 y 5 , por la acusación particular se han calificado los hechos como constitutivos de un delito continuado contra la intimidad del art. 198 en relación con el 197.2 y 5 y 74 del Código Penal, o alternativamente los hechos serían constitutivos de un delito continuado contra la intimidad del art. 197.2 y 5 y 74 del C.Penal.

Tercero.

Por la defensa del acusado se solicitó la libre absolución de su patrocinado al no haber tenido participación alguna en los hechos presuntamente delictivos.

Cuarto.

Se celebró el juicio oral en el día señalado, al que han comparecido todas las partes .

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Primero. *Valoración probatoria*

Los hechos expuestos han sido declarados probados por las pruebas practicadas en el acto del juicio, con sujeción a los principios de contradicción e intermediación y derecho de defensa, conforme a la lógica y máximas de experiencia humana, apreciándolas en conciencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 18.2 de la Constitución.

En concreto, se ha valorado que:

1.- No se ha discutido que Victorino fuera funcionario del SERGAS, médico de un punto de atención continuada (PAC) los días días 23 y 29 de junio de 2011. Así lo reconoció el propio acusado en el acto del juicio al inicio de su interrogatorio por el Ministerio Fiscal. Afirmó que había aprobado las oposiciones y se había incorporado en marzo de 2011. Nos remitimos también a la documental obrante en los folios 413 a 414 (publicación DOG)

2.- Dicha persona accedió en las mencionadas fechas al historial médico de Severino. Ello resulta acreditado, en primer lugar, conforme a la documental obrante en el folio 244, de la Secretaría Xeral Técnica de la Consellería de Sanidade, donde se informa de dos accesos, en fecha 23.06.2011 y 29.06.2011 por parte de Victorino al historial médico (historia clínica) de Severino, según consta en los registros de accesos de la historia clínica de electrónica de la Consellería de Sanidade e o Servizo Galego de Saúde (sistema IAUS).

El acusado también reconoció dicho acceso al IANUS pero únicamente a los partes de alta o baja por incapacidad temporal de Severino. En concreto, literalmente en "la parte de alta y baja su historia clínica". También admitió que una vez se entra en la historia clínica electrónica del paciente se puede acceder a todas las pantallas.

Inicialmente, en el juicio oral, manifestó que accedió porque le habían llamado por teléfono preguntándole si un médico de otra área sanitaria podía firmar la baja de un asegurado del SERGAS del área de Santiago, en concreto en relación a Severino. Se lo preguntó un expleado de SEGAPREL. SL. Le contestó que no. Posteriormente afirmó que, por curiosidad, nada más, accedió a los datos de Severino para saber si estaba de baja o no, que estaba aprendiendo a usar el programa IANUS, que no figuraban bajas y que no le respondió a dicho

expleado si estaba de baja. También reconoció que accedió la primera vez para corroborar si Severino estaba de baja para asistir a un juicio.

3.- Dicho acusado no tenía autorización de Severino ni tampoco responsabilidad asistencial sobre dicha persona como paciente. Severino testificó que no tuvo conocimiento de los accesos hasta la instrucción de este juicio. No lo consintió y no tuvo relación asistencial con el acusado.

4.- Conforme informe de la Inspección Sanitaria de Santiago de Compostela (obrante folios 306 y 307), los partes de baja de fecha 22 al 27 de junio de 2011 y de 24 a 25 de enero de 2012 no aparecen registrados en el programa XESIT. El servicio de informática responsable de dicho programa, tras revisar el mismo el programa IANUS, ha informado que no se pudieron constatar accesos informáticos a los datos de dicho paciente en los días de mecanización de las dos bajas mencionadas, lo cual sería imprescindible para poder grabar la baja. Se revisó la historia clínica electrónica del asegurado (IANUS), verificando que no figuran anotaciones en atención primaria referentes a los procesos de incapacidad temporal anteriormente citados ni aparece recogida asistencia sanitaria en los días de inicio de dichos procesos.

5.- El acusado admitió que ordenó poner en conocimiento de la Inspección Médica las bajas de fecha 22 al 27 de junio de 2011 y de 24 a 25 de enero de 2012 de Severino (folio 29).

Segundo. *Calificación jurídica de los hechos*

Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito contra la intimidad previsto y penado en el artículo 197.2. del Código Penal en relación con el artículo 198 del mismo texto legal.

Las razones son:

1.- REGULACIÓN LEGAL

- Establece el artículo 197 del Código Penal en la regulación actual:

"1. El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Las mismas penas se impondrán 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. Igualmente 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.

3. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores.

Será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior.

4. Los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo serán castigados con una pena de prisión de tres a cinco años cuando:

a) Se cometan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros; o

b) se lleven a cabo mediante la utilización no autorizada de datos personales de la víctima.

Si los datos reservados se hubieran difundido, cedido o revelado a terceros, se impondrán las penas en su mitad superior.

5. Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad



o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, se impondrán las penas previstas en su mitad superior.

6. Si los hechos se realizan con fines lucrativos, se impondrán las penas respectivamente previstas en los apartados 1 al 4 de este artículo en su mitad superior. Si además afectan a datos de los mencionados en el apartado anterior, la pena a imponer será la de prisión de cuatro a siete años.

7. Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona.

La pena se impondrá en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa."

- El artículo 198:

" La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, sin mediar causa legal por delito, y prevaliéndose de su cargo, realizare cualquiera de las conductas descritas en el artículo anterior, será castigado con las penas respectivamente previstas en el mismo, en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años."

En el momento que ocurrieron los hechos, la regulación era:

" Artículo 197.

1. El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Las mismas penas se impondrán 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. 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.

3. El que por cualquier medio o procedimiento y vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, acceda sin autorización a datos o programas informáticos contenidos en un sistema informático o en parte del mismo o se mantenga dentro del mismo en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo, será castigado con pena de prisión de seis meses a dos años.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

4. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores.

Será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior.

5. Si los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo se realizan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros, se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años, y si se difunden, ceden o revelan los datos reservados, se impondrá la pena en su mitad superior.

6. Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, se impondrán las penas previstas en su mitad superior.

7. Si los hechos se realizan con fines lucrativos, se impondrán las penas respectivamente previstas en los apartados 1 al 4 de este artículo en su mitad superior. Si además afectan a datos de los mencionados en el apartado anterior, la pena a imponer será la de prisión de cuatro a siete años.

8. Si los hechos descritos en los apartados anteriores se cometiesen en el seno de una organización o grupo criminales, se aplicarán respectivamente las penas superiores en grado."

- El artículo 198:

" La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, sin mediar causa legal por delito, y prevaliéndose de su cargo, realizare cualquiera de las conductas descritas en el artículo anterior, será castigado con las penas respectivamente previstas en el mismo, en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años."

2.- INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL

2.1.- La jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, entiende, en relación al artículo 197.2 del Código Penal que el bien jurídico protegido 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. En realidad, ha de entenderse que ese derecho, en su autonomía, es distinto de la intimidad del artículo 18.1 de la Constitución Española. Así lo ha entendido la sentencia nº 586/2016 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 4 de julio, en la que se señala que el bien jurídico protegido 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.

En palabras del Tribunal Constitucional, el derecho a la protección de los datos de carácter personal deriva del art. 18.4 de la Constitución Española y consagra "en sí mismo un derecho o libertad fundamental" que "excede el ámbito propio del derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 de Constitución Española), y que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada libertad informática es así el derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data) y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención".

En todo caso, se trata de un delito contra la intimidad, al incluirlo el legislador en el artículo 197.2 del Código Penal, dentro del título dedicado a esa clase de delitos. Ésta, aun en su sentido más amplio, es un bien eminentemente personal, de la misma forma que lo es el derecho a la autodeterminación informativa, por lo que quedaría excluida la posibilidad de aplicar la continuidad delictiva, según dispone el artículo 74 del Código Penal, ya que, cuando se trata de dicha clase de bienes jurídicos, solamente se excluyen de la excepción general prevista en ese artículo los casos de infracciones contra el honor y la libertad sexual, en los que debe atenderse a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva.

2.2.- Señala la sentencia número 40/2016 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de fecha 3 de febrero de 2016 que el delito del art. 197.2 del Código penal, delito contra la libertad informática o "habeas data" es un delito en que se atenta 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.

Caracteriza, por lo tanto, esta figura típica el tratarse de datos propios de la intimidad de una persona guardados en bases de datos no controladas por el titular del derecho, y, por ende, sujeta a especiales normas de protección y de acceso que el autor quiebra para acceder. El carácter sensible de los datos a los que se accede incorpora el perjuicio típico.

En principio todos los datos personales analizados son "sensibles" porque la ley no distingue a la hora de darles protección y el tipo penal prevé una agravación (art. 197.6 Código Penal) para los supuestos en los que el objeto sea especialmente sensible, afectando a ideología, religión, creencias, origen racial o vida sexual.

Las distintas modalidades de acción implican una agresión a la custodia de los datos que aparece expresada con el término "sin estar autorizado" lo que implica no sólo una un acceso no permitido a la información reservada, como el que pudiera realizar una persona ajena a la base de datos o al archivo que incluye los datos especialmente protegidos, también un acceso realizado por un autorizado fuera del ámbito de la autorización y de ahí que los verbos nucleares del tipo penal han de ser interpretados en el sentido amplio comprendiendo los supuestos en los que se copian datos dejando intactos los originales, bastando con captar, aprehender, el contenido de la información, sin ser precisa un apoderamiento material del dato.

Desde la perspectiva expuesta la modalidad de conducta consistente en el acceso in consentido, 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 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 tal sentido la sentencia 144/2018 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de fecha 3 de abril:

" TERCERO.- Seguidamente considera el apelante que no concurren los elementos típicos del delito por el que ha sido condenado, concretamente, el perjuicio del titular de los datos o de terceros, ya que considera que no se trata de datos sensibles, ni el ánimo de vulnerar la intimidad de otros.

Como señala la STS núm. 638/2017, de 27 de septiembre , en relación al delito tipificado en el artículo 197.2 y no en el apartado 1 al que hace referencia la jurisprudencia citada en la sentencia recurrida, "castiga, según la redacción vigente al tiempo de los hechos, a quien, 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, así como 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 jurisprudencia (entre otras la STS núm. 557/2017, de 13 de julio), entiende que el bien jurídico protegido 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. En realidad, ha de entenderse que ese derecho, en su autonomía, es distinto de la intimidad del artículo 18.1 CE . Así lo ha entendido esta Sala en la STS nº 586/2016, de 4 de julio , en al que se señala que el bien jurídico protegido, "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.

En palabras del Tribunal Constitucional, el derecho a la protección de los datos de carácter personal deriva del art. 18.4 CE y consagra "en sí mismo un derecho o libertad fundamental" (SSTC 254/1993, de 20 de julio, FJ 6

y 254/2000, de 30 de noviembre , FJ 5, entre otras), que "excede el ámbito propio del derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE), y que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada libertad informática es así el derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data) y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención" (STC 292/2000, de 30 de noviembre , FJ 5).

En todo caso, se trata de un delito contra la intimidad, al incluirlo el legislador en el artículo 197.2, dentro del Título dedicado a esa clase de delitos. Ésta, aun en su sentido más amplio, es un bien eminentemente personal, de la misma forma que lo es el derecho a la autodeterminación informativa, (...).

Y en referencia a la concurrencia de un perjuicio del titular de los datos o de terceros en relación a la naturaleza sensible de los mismos, indica la STS núm. 803/2017, de 11 de diciembre , que "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. A esta conclusión debe conducir no sólo el argumento sistemático a que se acaba de aludir, sino la propia relevancia constitucional del bien jurídico lesionado por el delito, cuya protección penal no puede estar condicionada, so pena de verse convertida prácticamente en ilusoria, por la improbable hipótesis de que se acredite, en quien atente contra él, el deliberado y especial propósito de lesionarlo. Estamos pues -dice la sentencia 234/1999 - ante un delito doloso pero no ante un delito de tendencia."

Y por su parte, dice la STS núm. 40/2016, de 3 de febrero , que "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. Así lo expusimos en la STS de 11 de julio de 2001 , al reseñar que el perjuicio exigido va referida a la invasión de la intimidad y no a la producción de un quebranto económico patrimonial concreto. En la STS 532/2015, de 23 de septiembre , se refiere ese perjuicio en un supuesto similar al presente porque perjudica a su titular al tratarse de datos sensibles por su naturaleza cuyo acceso ya perjudica a su titular."

Y finalmente, la STS núm. 1084/2010, de 9 de diciembre , recoge 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."

4.- Sobre la expresión "en perjuicio de un tercero", la sentencia 379/2018 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de fecha 23 de julio de 2018:

"Es 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.

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. A esta conclusión debe conducir no sólo el argumento sistemático a que se acaba de aludir, sino la propia relevancia constitucional del bien jurídico lesionado por el delito, cuya protección penal no puede estar condicionada, so pena de verse convertida prácticamente en ilusoria, por la improbable hipótesis de que se acredite, en quien atente contra él, el deliberado y especial propósito de lesionarlo. Estamos pues -dice la sentencia 234/1999 - ante un delito doloso, pero no ante un delito de tendencia.

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. No es fácil precisar, "a priori" y en abstracto, cuándo el desvelamiento de un dato personal o familiar produce ese perjuicio. Baste ahora con decir que lo produce siempre que se trata de un dato que el hombre medio de nuestra cultura considera "sensible" por ser inherente al ámbito de su intimidad más estricta; dicho de otro modo, un dato perteneciente al reducto de los que, normalmente, se pretende no trasciendan fuera de la esfera en que se desenvuelve la privacidad de la persona y de su núcleo familiar.

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.

La STS 1328/2009, de 30 de diciembre, distingue 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 (SSTS 1328/2009, de 30-12; 532/2015, de 23-9; y 553/2015, de 6-10).

2.3. 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 se ha 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.



2.4. En cuanto, a la condición de funcionario, dice la sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Navarra, de fecha 3 de abril de 2017, con cita de jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo:

" En el Derecho Penal el concepto de autoridad o funcionario público es más amplio que en Derecho Administrativo, como perfectamente lo expone la Sentencia del Tribunal Supremo 186/2012, de 14 de marzo de 2012 conforme a la cual:

" Cuestionándose en el caso presente la cualidad de funcionario, la jurisprudencia, STS 1030/2007, de 4-12 (RJ 2008 , 648) y 1125/2011 de 2- 11 (RJ 2012, 1380) , ha señalado, que el concepto de funcionario público contenido en el artículo 24 del Código Penal , según el cual "se considerará funcionario público a todo el que por disposición inmediata de la Ley, por elección, o por nombramiento de Autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas ", es un concepto aplicable a efectos penales, como se desprende del mismo precepto, que es diferente del característico del ámbito administrativo, dentro del cual los funcionarios son personas incorporadas a la Administración pública por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el derecho administrativo. Por el contrario, se trata de un concepto más amplio que éste, pues sus elementos son exclusivamente el relativo al origen del nombramiento, que ha de serlo por una de las vías que el artículo 24 enumera, y de otro lado, la participación en funciones públicas, con independencia de otros requisitos referidos a la incorporación formal a la Administración Pública o relativos a la temporalidad o permanencia en el cargo, (STS nº 1292/2000, de 10 de julio (RJ 2000, 6210) ; STS nº 68/2003, de 27 de enero (RJ 2003, 1033) ; STS nº 333/2003, de 28 de febrero y STS nº 663/2005, de 23 de mayo (RJ 2005, 7339)), e incluso de la clase o tipo de función pública, y aquella participación en las funciones públicas puede serlo -como expresa la STS 22-4-2003 (RJ 2003, 4674) - tanto en las del Estado, entidades locales o comunidades autónomas e incluso en los de la llamada administración institucional que tiene lugar cuando una entidad pública adopta una forma independiente, incluso con personalidad jurídica propia, en ocasiones de sociedad mercantil, con el fin de conseguir un más ágil y eficaz funcionamiento, de modo que "cualquier actuación de estas entidades donde existe un interés público responde a este concepto amplio de función pública.

Y en lo que se refiere al acceso al ejercicio de tales funciones públicas nada importan en este campo ni los requisitos de elección para el ingreso, en la categoría por modesta que fuera, ni el sistema de retribución, ni el estatuto legal y reglamentario, ni el sistema de provisión, ni aún la estabilidad o temporalidad (STS 4.12.2001 (RJ 2002, 817)).

Como dice la STS 1608/2005 de 12-12 (RJ 2006, 574) "el concepto de funcionario público es propio del orden penal y no vicario del derecho administrativo, ello tiene por consecuencia que dicho concepto es más amplio en el orden penal, de suerte que abarca e incluye a todo aquél que "...por disposición inmediata de la Ley, o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas ...", art. 24.2º y 2, el factor que colorea la definición de funcionario es precisamente, la participación en funciones públicas . Por ello se deriva que a los efectos penales, tan funcionario es el titular, o de "carrera" como el interino o contratado temporalmente, ya que lo relevante es que dicha persona esté al servicio de entes públicos , con sometimiento de su actividad al control del derecho administrativo, aunque carezca de las notas de incorporación definitivas ni por tanto de permanencia , (SSTS 1292/2000, de 10-7 (RJ 2000 , 6210) ; 4.12.2002 (RJ 2002 , 10879) , 1544/2004, de 23.12 (RJ 2005, 498)). ..." "

Y en parecidos términos, la STS núm. 874/2006, de 18 de septiembre de 2006 (RJ 2006/6479), fundamento de derecho octavo:

"... El artículo 119 del anterior Código Penal y el artículo 24.2 del vigente, establecen y delimitan el concepto de funcionario público a los efectos de la aplicación de los diversos tipos penales contemplados en el texto punitivo. Ambos preceptos coinciden en su redacción al considerar como funcionario público a todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección, o por nombramiento de autoridad competente participe del ejercicio de funciones públicas.

Como se ha puesto de relieve por la doctrina y la jurisprudencia, el Código Penal se ha decantado por un concepto amplio de funcionario, situándose un poco más allá del derecho administrativo a la hora de fijar este elemento normativo de varios tipos penales. Se ha destacado que el Código Penal prescinde de una afirmación categórica y precisa del concepto de funcionario al decir en el comienzo del precepto que se "considerará funcionario público" a los que se comprendan en algunos de los supuestos que describe a continuación. Los ejes rectores del concepto de funcionario a efectos penales pasan por criterios distintos. Por un lado tendrán esta consideración todos

aquellos que presten servicios a entidades y organismos públicos. Pero no se agota en este criterio la atribución del concepto de funcionario en cuanto que puede venir también atribuido por el hecho de actuar sometido a la actividad de control del derecho administrativo. Como ha dicho un sector de la doctrina, se trata de un concepto nutrido por ideas funcionales de raíz jurídico-política y acordes a un concreto planteamiento político-criminal que exige, por la lógica de la protección de determinados bienes jurídicos, atribuir las condiciones de funcionario conforme a unas funciones y metas propias del derecho penal y que sólo eventualmente pueden coincidir con las del derecho administrativo".

La razón de ser de la agravación de penas que contempla el art. 198 CP se apunta en la STS núm. 534/2015, de 23 septiembre (RJ 2015\4025), fundamento de derecho primero, cuando recuerda que "Como hemos dicho, 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."

3. CONCURRENCIA DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO DEL ARTÍCULO 197.2 DEL CÓDIGO PENAL

En el presente caso, concurren los elementos del tipo ya descritos:

3.1.- Victorino accedió dos veces a la historia clínica de electrónica de Severino en la aplicación IANUS del SERGAS.

Tal acceso delito se realizó con conocimiento y voluntad en la acción realizada, actuando a sabiendas. Ni se ha realizado de forma casual ni involuntaria sino reiterada (dos veces, en poco tiempo).

3.2. Accedió sin que ninguna razón vinculada a su actividad sanitaria o asistencial lo justificara y obviamente, sin contar con el consentimiento de su titular.

3.3.- Actuó al amparo de su condición de funcionario médico del Sergas.

3.4. De las diversas modalidades recogidas en el artículo 197.2 del Código Penal, en el presente caso, concurre la consistente en el acceso in consentido.

3.5. Nos encontramos ante datos especialmente sensibles sujetos a la especial protección del apartado 6 (apartado 5, en la actual regulación) del artículo 197 del Código Penal. Son relativos a la salud de una persona. El perjuicio se ha producido al tomar conocimiento de un dato personal especialmente sensible en nuestro ámbito cultural, inherente a la intimidad más estricta que no interesa sea conocido fuera de la privacidad y hacerlo con conocimiento de una actuación contraria a la norma que permite su acceso. Los historiales clínicos gozan, como ya se ha expuesto, de una especial protección jurídica conforme a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente, y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

3.6.- El acusado ha accedido a datos sensibles. El afirmó que su actuación se limitó a comprobar la existencia de una parte de baja por incapacidad temporal laboral. Ello, en sí, supone a acceder a datos sobre la salud. Además, una vez traspasado el acceso al historial médico electrónico, se desconoce que datos concretos pudo examinar y constatar. Tal solo con tenerlos a su disposición y los puede conocer, se ha quebrantado la reserva que los cubre. Estamos ante un delito de peligro que no requiere la ulterior producción de un resultado de lesión

4.- INAPLICACIÓN DEL ARTÍCULO 172.6 DEL CÓDIGO PENAL , CONFORME A LA REGULACIÓN APLICABLE EN EL MOMENTO QUE OCURRIERON LOS HECHOS (ACTUAL 172.5).

Las razones son:

4.1.- Recoge una agravación de la pena (penas previstas en su mitad superior), cuando las conductas descritas afectan a datos personales que revelen, entre otros, la salud.

4.2.- Sin embargo, en la aplicación del artículo 197.2 del Código Penal, cuando se trata de la modalidad de mero acceso in consentido sin un perjuicio adicional al derivado de dicho quebrantamiento, para su tipificación delictual, ya se ha tenido que dicho acceso ha sido sobre un dato especialmente sensible como es la salud.

4.3.- De aplicar este apartado, se estaría produciendo una doble incriminación por una misma conducta y, consecuentemente, una exacerbación punitiva. Motivo por el cual entendemos que no debe aplicarse.



En tal sentido parece pronunciarse la sentencia número 532/2015 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de fecha 23 de septiembre de 2015:

" 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."

Tercero. Autoría

Victorino es el autor de delito contra la intimidación previsto y penado en el artículo 197.2. del Código Penal en relación con el artículo 198 del mismo texto legal, de conformidad con lo establecido en el artículo 28 del Código Penal, en el que se define a los autores como quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.

Se la considera responsable por su participación directa, material y voluntaria en los hechos. Es la persona que ha accedido al historial médico electrónico, de forma voluntaria y sin autorización del paciente y sin relación asistencial con el mismo que justificara dicho acceso .

Cuarto. No concurrencia de error de prohibición

1.- REGULACIÓN LEGAL

Establece el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal:

" 1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.

2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.

3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados."

2.- DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

2.1. El reconocimiento de la conciencia de la antijuridicidad como elemento de la culpabilidad es necesario para que una determinada conducta pueda considerarse merecedora de reproche penal. Si falta tal conciencia de antijuridicidad, bien directamente por la creencia de que el hecho está legalmente permitido - error directo de prohibición -, bien indirectamente por estimarse que concurría una causa de justificación - error indirecto de prohibición-, la doctrina penal entiende que no debe ser considerado el sujeto culpable del hecho, si el error es invencible, o que puede ser merecedor de una atenuación de la pena si se considera vencible

La jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha indicado que la apreciación del error, en cualquiera de sus formas, vencible o invencible, vendrá determinada en atención a las circunstancias objetivas del hecho y subjetivas del autor.

Son fundamentales para apreciar cualquier tipo de error jurídico en la conducta del infractor, según lo expuesto:

- a) Las condiciones psicológicas y de cultura del agente.
- b) Las posibilidades de recibir instrucción y asesoramiento o de acudir a medios que le permitan conocer la trascendencia jurídica de su obra.
- c) También la naturaleza del hecho delictivo, sus características y las posibilidades que de él se desprenden para ser conocido el mismo por el sujeto activo.



Por ello, el análisis debe efectuarse sobre el caso concreto, tomando en consideración las condiciones del sujeto en relación con las del que podría considerarse hombre medio, combinando así los criterios subjetivo y objetivo, y ha de partir necesariamente de la naturaleza del delito que se afirma cometido, pues no cabe invocar el error cuando el delito se comete mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común conocimiento.

2.2. La jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha destacado la dificultad de apreciar la concurrencia de error, por pertenecer al arcano de la conciencia de cada individuo. Pese a ello, de manera reiterada, ha recordado que no basta para su apreciación con una simple alegación, sino que ha de acreditarse de forma bastante. Sobre este particular, dicha sala ha sostenido reiteradamente que, "no cabe invocar el error cuando se utilizan vías de hecho desautorizadas por el ordenamiento jurídico, que todo el mundo sabe y a todos consta que están prohibidas", añadiendo que, en el caso de error iuris o error de prohibición, impera el principio ignorantia iuris non excusat, y cuando el error se proclama respecto de normas fundamentales en el Derecho Penal, no resulta verosímil y por tanto admisible, la invocación de dicho error, no siendo posible conjeturar la concurrencia de errores de prohibición en infracciones de carácter material o elemental, cuya ilicitud es "notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada"

3.- SOBRE SU APLICACIÓN EN EL PRESENTE JUICIO

En el presente caso, que el acusado estaba en la creencia de que actuaba lícitamente tampoco es asumible. Un profesional de la sanidad pública, por su formación, tiene conocimiento del carácter reservado y secreto de las historias clínicas y de las limitaciones de acceso que están establecidas.

Como señala el auto 199/2018 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 18 de enero:

" En aquellos historiales en los que el acusado, médico, no ha intervenido profesionalmente, como en el presente caso, su contenido es secreto y su descubrimiento rellena la tipicidad del art. 197 del Código Penal (en este sentido, STS 778/2013, de 22 de octubre).

En línea con lo expuesto por la Audiencia, un profesional de la sanidad tiene conocimiento del carácter reservado y secreto de las historias clínicas y de las limitaciones de acceso que están establecidas"

Los móviles que guían la conducta del autor, salvo cuando existe la relación asistencial o autorización del paciente, son irrelevantes en la construcción dogmática del tipo subjetivo. En otras palabras, carece de relevancia si el imputado realiza la acción con intención de hacer un favor, de complacencia, por afinidad personal o para cualquier causa, lo relevante es si cuando realiza la acción comprendía el alcance de la norma prohibitiva y si era capaz de actuar conforme a esa comprensión, y a esa conclusión se llega cuando se constata que el imputado guió su conducta a la realización del tipo penal. En consecuencia, la consideración de los motivos es irrelevante a efectos penales, salvo cuando se recoge como elemento del tipo penal o se tiene en cuenta en circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

Quinto. *Inexistencia de continuidad delictiva*

No cabe apreciarla ya que:

1.- Establece el artículo 74 del Código Penal:

" 1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.

2. Si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas.

3. Quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo. En estos casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva."

2.- Señala la sentencia 638/2017 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2017:

" 3. La cuestión, es, pues, si puede ser aplicada la figura del delito continuado. En principio, la respuesta ha de ser negativa, dado que se trata de bienes eminentemente personales. El hecho de que, junto a ellos, aparezcan otros, de forma que, de un lado, queda justificada la posibilidad de proceder sin necesidad de denuncia previa, y, de otro, desaparece la eficacia del perdón del agraviado, no supone que el bien jurídico protegido no siga siendo, en primer lugar, la intimidad, entendida en este caso en relación con la autodeterminación informativa, como ya se ha dicho, que no pierden por ello su naturaleza de bienes eminentemente personales. Su carácter preferente respecto de los demás bienes jurídicos que también se protegen en esos casos, resulta del Título del Código en el que se incluye el artículo 197, que hace referencia a los delitos contra la intimidad, dato que, aunque no sea definitivo, ha de ser valorado."

Sexto. *De las circunstancias modificativas de la responsabilidad*

No concurren circunstancias modificativas de responsabilidad

1.- NO PROCEDE APRECIAR LA CONCURRENCIA DE LA CIRCUNSTANCIA ATENUANTE SIMPLE DE DILACIONES INDEBIDAS

1.1.- El art 21.6ª del Código Penal, reformado por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, reconoce como circunstancia atenuante, siguiendo la doctrina jurisprudencial previa que era de aplicación con anterioridad a dicha reforma, que en todo caso sería de aplicación retroactiva: " La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa " .

Su aplicación exige cuatro requisitos: 1) que la dilación sea injustificada; 2) que sea extraordinaria; 3) que no sea atribuible al propio inculpado; y 4) que no guarde proporción con la complejidad de la causa.

La apreciación como muy cualificada, como señala la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, requerirá que las circunstancias particulares del caso permitan hablar de una dilación grave, especialmente extraordinaria o superlativa, a tenor de la redacción que le ha dado el legislador en el nuevo artículo 21. 6ª del Código Penal. Pues si para apreciar la atenuante genérica o simple se requiere una dilación indebida y extraordinaria en su extensión temporal, para la muy cualificada siempre se requerirá un tiempo superior al extraordinario. Para aplicarla con ese carácter la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo requiere que concurren retrasos en la tramitación de la causa de una intensidad extraordinaria y especial, esto es, que se trate de supuestos excepcionales de dilaciones verdaderamente clamorosas y que se sitúen muy fuera de lo corriente o de lo más frecuente, que sea superextraordinaria

1.2.- En la jurisprudencia se ha resaltado la necesidad de examinar el caso concreto, y se ha vinculado la atenuación en estos casos a la necesidad de pena, debilitada si el transcurso del tiempo es relevante y si las particularidades del caso lo permiten. Asimismo, la jurisprudencia la ha relacionado con el perjuicio concreto que para el acusado haya podido suponer el retraso en el pronunciamiento judicial. Ambos aspectos deben ser tenidos en cuenta al determinar las consecuencias que en la pena debe tener la existencia de un retraso en el proceso que no aparezca como debidamente justificado.

Tal y como se indica en la Sentencia 680/2017 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 18 de octubre , "en el caso de las dilaciones indebidas es carga procesal del recurrente nunca dispensable la de, al menos, señalar los períodos de paralización, justificar por qué se consideran "indebidos" los retrasos y/o indicar en qué momentos se produjo una ralentización no justificada. La desidia del recurrente no sería subsanable. No se puede obligar al Tribunal de casación ante la novedosa alegación de "dilaciones indebidas" a zambullirse en la causa para buscar esos supuestos e hipotéticos períodos de paralización, supliendo la indolencia de la parte".

1.3. La atenuante no ha de apreciarse. La parte recurrente solicita la aplicación de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, pero sin señalar plazos concretos de paralización que permitan su posible valoración. Alude a una paralización general.

1.4. En todo caso, la concurrencia de dicha atenuante sería irrelevante desde el momento en que se impone al acusado la pena en la mitad inferior de la que el tipo permite.

Séptimo. Individualización de la pena

Condenamos a Victorino como autor del un delito contra la intimidad previsto y penado en el artículo 197.2. del Código Penal en relación con el artículo 198 del mismo texto legal, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad, a las penas de prisión de 2 años y 7 meses, multa de 19 meses, a razón de 10 euros diarios, con una responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, así como la de inhabilitación absoluta por tiempo de 6 años y un mes para el ejercicio de la medicina, y la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena privativa de libertad.

Las razones son:

1.- El artículo 66.6º del Código Penal establece que, cuando no concurren atenuantes ni agravantes, se aplicará la pena establecida por la ley para el delito cometido en la extensión que se estime adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.

2.- El principio de proporcionalidad supone la adecuación de la pena al hecho por el que se impuso, incumbiendo el juicio sobre tal principio en inicio al legislador y en el momento de la aplicación de la pena al caso concreto, al juzgador, quien no infringirá la proporcionalidad en la individualización de las penas, si éstas se atemperan a las reglas contenidas en el Código Penal.

La sentencia número 717/2016 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 27 de septiembre, recuerda que dicho tribunal reiteradamente ha señalado que la obligación constitucional de motivar las sentencias, expresada en el artículo 120.3 de la Constitución, comprende la extensión de la pena. El Código Penal en el artículo 66 establece las reglas generales de individualización, y en el artículo 72, concluye disponiendo que los jueces y tribunales razonarán en la sentencia el grado y la extensión de la pena concretamente impuesta. La individualización realizada por el tribunal de instancia es revisable en casación no solo en cuanto se refiere a la determinación de los grados a la que se refiere especialmente el citado artículo 66, sino también en cuanto afecta al empleo de criterios admisibles jurídico-constitucionalmente en la precisa determinación de la pena dentro de cada grado o de la mitad superior o inferior que proceda.

3.- Tal y como señala la sentencia 17/2017 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 20 de enero, en cuanto a la individualización de la pena a imponer deben tenerse en cuenta las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho. En cuanto a las primeras son las que se refieren a los motivos o razones que han llevado a delinquir el acusado, así como aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar tal individualización penológica y que deben corregirse para evitar su reiteración delictiva.

La gravedad del hecho a que se refiere el precepto no es la gravedad del delito, toda vez que esta "gravedad" habrá sido ya contemplada por el legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal delito. Se refiere la ley a aquellas circunstancias fácticas que el juzgador ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando; estos elementos serán de todo orden, marcando el concreto reproche penal que se estima adecuado imponer. Por ello, en cuanto a los caracteres del hecho, es decir, a un mayor o menor gravedad, tiene que tenerse en cuenta que el legislador ha puesto de manifiesto en la infracción, su doble consideración de acto personal y de resultado lesivo para el bien jurídico, de modo que para determinar ese mayor o menor gravedad del hecho ha de valorarse el propio hecho en sí, con arreglo a la descripción que se contenga en el relato de hechos, es decir, con arreglo al verdadero hecho real, y así concretar el supuesto culpable, por cuanto la gravedad del hecho aumentará o disminuirá en la medida que lo haga la cantidad del injusto (antijuricidad o el grado de culpabilidad del delincuente, la mayor o menor reprochabilidad que merezca). Por ello, y considerando que el legislador, al establecer el marco penal abstracto, ya ha valorado la naturaleza del bien jurídico afectado y la forma básica del ataque al mismo, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá:

En primer lugar, de la intensidad del dolo, -y si es directo, indirecto o eventual- o, en su caso, del grado de negligencia imputable al sujeto.

En segundo lugar, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá de las circunstancias concurrentes en el mismo, que sin llegar a cumplir con los requisitos necesarios para su apreciación como circunstancias atenuantes

o agravantes, ya genéricas, ya específicas, modifiquen el desvalor de la acción o el desvalor del resultado de la conducta típica.

En tercer lugar, habrá que atender a la mayor o menor culpabilidad -o responsabilidad- del sujeto, deducida del grado de comprensión de la ilicitud de su comportamiento (conocimiento de la antijuricidad del grado de culpabilidad y de la mayor o menor exigibilidad de otra conducta distinta).

Y en cuarto lugar, habrá que tener en cuenta la mayor o menor gravedad del mal causado y la conducta del reo posterior a la realización del delito, en orden a su colaboración procesal y su actitud hacia la víctima y hacia la reparación del daño, que no afectan a la culpabilidad, por ser posteriores al hecho, sino a la punibilidad.

Se trata en definitiva, de un ejercicio de discrecionalidad reglada, que debe ser fundamentalmente explicado en la propia resolución judicial y controlable en casación, incluso por la vía del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para la infracción de Ley.

4.- Conforme a lo previsto en el apartado nº 6 del art. 197 CP, " cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, se impondrán las penas previstas en su mitad superior "

Por su parte, el artículo 198 del Código Penal establece que "La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, sin mediar causa legal por delito, y prevaliéndose de su cargo, realizare cualquiera de las conductas descritas en el artículo anterior, será castigado con las penas respectivamente previstas en el mismo, en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años ."

En consecuencia, la pena imponible conforme a esta agravación se sitúa en un mínimo de 2 años, 6 meses y 1 día y un máximo de 4 años para la prisión y en un mínimo de 18 meses y 1 día hasta el máximo de 24 meses para la multa.

La pena de prisión impuesta conlleva, conforme a lo previsto en el art. 56.1.2º del Código Penal, la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

En cuanto al importe de la cuota diaria de la pena de multa estimamos razonable la de 10 euros, conforme a lo previsto en el último inciso del artículo 50.5 del Código Penal, la solicitada por las acusaciones, por encontrarse muy próxima al mínimo legal (2 euros) y no tratarse, el acusado de una persona que se encuentre en situación de indigencia o suma precariedad económica (es médico de la Seguridad Social y realiza otras actividades).

Conforme a lo dispuesto en el art. 53.1 del Código Penal, si la condenada no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas.

Finalmente, el artículo 198 el Código Penal sanciona también con la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años a la autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la ley, sin mediar causa legal por delito, y prevaliéndose de su cargo, realizare cualquiera de las conductas descritas en el artículo anterior.

Tal pena de inhabilitación absoluta produce, conforme a lo dispuesto en el artículo 41 del Código Penal " la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el penado, aunque sean electivos. Produce, además, la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos, y la de ser elegido para cargo público, durante el tiempo de la condena. "

5.- En el presente caso, conforme a las pautas dosimétricas legales aludidas, se fija la pena de prisión en la mitad inferior en un grado muy próximo a su límite mínimo, atendiendo a la ausencia de antecedentes en el acusado, a la gravedad de la conducta, valorable bajo las premisas de que efectuó dos accesos in consentidos, a la naturaleza de la conducta (mero acceso) y la falta de divulgación de los datos consultados.

Octavo. Responsabilidad civil

Condenamos a Victorino a que indemnice a Severino, en la suma de 1500 euros, cantidad que devengará el interés previsto en el artículo 576.1 del Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de esta sentencia.

Las razones son:

1.- Los artículos 109 y siguientes del Código Penal establecen que un hecho descrito por la ley como delito o falta obliga a reparar los daños y perjuicios causados, mediante la restitución, la reparación del daño o la indemnización de los perjuicios materiales y morales.

2.- En una primera aproximación la traducción económica de una reparación por daños morales es tarea reservada a la discrecionalidad del tribunal de instancia. Se podrán discutir las bases pero no el monto concreto,

que no solo no está sujeto a reglas aritméticas; sino que resulta de precisión exacta imposible cuando hablamos de daños morales. Cuando la cuantificación se ajusta a estándares habituales y parámetros que, sin ser exactos, se mueven en torno a pautas comúnmente compartidas y reconocibles, no será preciso un razonamiento, imposible, que justifique por qué se dan "x" euros y no una cantidad ligeramente superior, o ligeramente inferior.

Señala la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que, al indemnizar los daños morales, los órganos judiciales no pueden disponer de una prueba que les permita cuantificar con criterios económicos la indemnización procedente, por tratarse de magnitudes diversas y no homologables, de tal modo que, en tales casos, poco más podrán hacer que destacar la gravedad de los hechos, su entidad real o potencial, la relevancia y repulsa social de los mismos, así como las circunstancias personales de los ofendidos y, por razones de congruencia, las cantidades solicitadas por las acusaciones. Solo cuando la cantidad fijada está huérfana de la más mínima fundamentación, y, además, se aparta de estándares habituales o comprensibles, de manera que se presente como el fruto de un puro voluntarismo o capricho será posible la revisión tal y como recuerda la sentencia número 957/2007 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

3.- No se acreditado que como consecuencia al acceso al historial médico, Victorino, hubiese causado algún tipo de perjuicio directo a Severino en su actividad laboral en aquel tiempo. El conocimiento de las bajas médicas los tuvo por otros medios. No existía anotación alguno en el historial médico. El cese en la actividad laboral ninguna relación ha tenido con dicho incumplimiento.

4.- Se ha valorado el daño moral ínsito en la humillación, desprotección y vulneración de los más íntimos datos personales. Dada la escasa repercusión, se estima adecuada dicha cantidad.

Noveno. *Costas procesales*

Conforme a los artículos 113 del Código Penal y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede imponer al condenado el abono de las costas procesales.

Según reiterada y pacífica jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, las costas de la acusación particular en los delitos perseguibles de oficio se incluyen como regla general. Únicamente procederá su exclusión cuando su actuación haya resultado notoriamente inútil o superflua o bien haya formulado peticiones absolutamente heterogéneas respecto de las conclusiones aceptadas en la sentencia, lo que no ocurre en el presente caso, bastando, por otro lado, con una genérica afirmación de que se impongan .

En el presente caso, la actuación procesal de la acusación particular, aunque siguiendo la estela del Ministerio Fiscal, ni se considera inútil o superflua ni ha formulado peticiones absolutamente heterogéneas respecto de las conclusiones aceptadas en la sentencia, se personó desde el inicio de las diligencias, intervino activamente en la instrucción, formuló acusación y propuso las pruebas en el juicio oral que han servido para el enjuiciamiento de los hechos.

Décimo. *Proposición de indulto parcial*

Sin minimizar la relevancia de la conducta enjuiciada, la Sala estima que resulta procedente hacer uso de una de las opciones contempladas en el art. 4.3 del Código Penal, conforme a la que el juez o tribunal acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del juez o tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo.

A estos efectos hemos tenido singularmente en consideración que los accesos sancionados se produjeron en fechas lejanas, comprendiendo dos accesos, realizados el 23.06.2011 y el 29.06.2011, realizados sin autorización del interesado y sin que mediara relación asistencial, no constando que el perjudicado hubiese sufrido otra afectación que la ínsita al delito cometido. Además, que la conducta enjuiciada se encuentra en el rango inferior del estándar de gravedad de las conductas para las que a tenor de la descripción legal y las penas conminadas se reserva la aplicación del artículo 197.2 del Código Penal, siendo en el caso las penas resultantes de especial gravedad (así como la primariedad delictual de la acusada).

En función de tales parámetros resulta prudente y aconsejable hacer uso de la alternativa prevista en el indicado precepto y solicitar del Gobierno la tramitación de indulto para el condenado, con el fin de que la respuesta penal que, por imperativo de la interpretación del tipo penal vigente, consideramos ajustada al tenor de la ley y de sus posibles interpretaciones, no genere una sanción objetivamente desproporcionada y socialmente reprobada.



Por ello, una vez alcance firmeza la presente resolución, iniciaremos de oficio ex art. 4.3 del Código Penal el trámite para la concesión de indulto por el Gobierno de la Nación a fin de que la pena privativa de libertad quede confinada a los dos años de prisión y la de inhabilitación absoluta a seis años, posibilitándose de esta manera la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad conforme a lo previsto en el artículo 80 del Código Penal

Vistos los artículos y preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Condenamos a Victorino como autor del un delito contra la intimidad previsto y penado en el artículo 197.2. del Código Penal en relación con el artículo 198 del mismo texto legal, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad, a las penas de prisión de 2 años y 7 meses, multa de 19 meses, a razón de 10 euros diarios, con una responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, así como la de inhabilitación absoluta por tiempo de 6 años y un mes para el ejercicio de la medicina, y la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena privativa de libertad y al pago de las costas procesales, con inclusión de las de la acusación particular.

Condenamos a Victorino a que indemnice a Severino, en la suma de 1500 euros, cantidad que devengará el interés previsto en el artículo 576.1 del Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de esta sentencia.

Notifíquese la presente resolución a los acusados personalmente, y a las demás partes, haciéndoseles saber que contra esta sentencia cabe recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que, en su caso, habrá de prepararse en el plazo de cinco días contados a partir de la última notificación de la presente resolución.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.