

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1328/2009 de 30 Dic. 2009, Rec. 1142/2009

Ponente: Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón

Ponente: Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón.

LA LEY 273457/2009

ECLI: ES:TS:2009:8457

DERECHO A LA INTIMIDAD. Dimensión de la intimidad como «libertad informática o habeas data». Datos reservados de carácter personal o familiar registrados en soportes informáticos. Doctrina general. Equiparación entre secreto y reservado como sinónimo de «no público», a efectos de la intimidad personal y familiar. Inclusión en su esfera de protección de los datos referentes a la salud y la historia clínica de los pacientes. El nombre del facultativo no tiene la consideración de dato privado sino la de un dato «inocuo» y administrativo dentro del historial clínico, de conocimiento público, al menos potencial. DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS. Acceso a datos reservados de carácter personal. Análisis del tipo del art. 197.2 CP. Elementos integradores. Interpretación de la expresión «en perjuicio de un tercero o titular del dato» recogida en el precepto. Coordinador de Centro de Salud que accede, a través del programa informático de consulta clínica, al historial médico de un compañero. Obtención del dato allí registrado de la identidad del médico de cabecera de éste. Revocación de condena. Ausencia de prueba sobre el conocimiento de datos reservados sobre la salud del agraviado, diferentes al nombre de su médico de cabecera, que no se considera integrado en el ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás. Falta de acreditación del perjuicio ocasionado al titular del dato.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la AP Islas Baleares que condenó por delito continuado de descubrimiento y revelación de secretos en su modalidad de acceso a datos reservados de carácter personal, casa y anula dicha resolución y absuelve al acusado del delito imputado.

En la Villa de Madrid, a treinta de Diciembre de dos mil nueve

SENTENCIA

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de precepto constitucional e infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por **Juan Carlos**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Primera, que condenó al acusado, por un delito **continuado de acceso a datos reservados de carácter personal**; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal y como parte recurrida Bienvenido, representado por el Procurador Sr. Estevez Rodríguez, y dicho recurrente representado por el Procurador Sr. Pujol Varela.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción número 2 de Manacor, incoó Procedimiento Abreviado con el número 824 de 2007, contra Juan Carlos, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, cuya Sección Primera, con fecha once de febrero de dos mil nueve, dictó

sentencia, que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS: El acusado Juan Carlos , mayor de edad y sin antecedentes penales, en su condición de médico del Ib-Salut y coordinador del Centro de Salud de la localidad de Artá, accedió en dos ocasiones, a través del programa informatizado de consulta clínica, al Historial clínico del también médico en el mismo Centro Bienvenido y obtuvo así el dato allí registrado referente al nombre de su medico de cabecera. Dichos accesos, producidos sin conocimiento ni autorización de aquél y sin que existiera entre ambos ninguna relación asistencial, tuvieron lugar en los días y horas siguientes: el primero, que el acusado ejecutó directamente desde el terminal informático de su despacho, a las 15:34:06 horas del día 06.10.05; el segundo, realizado por la enfermera del centro Adoracion por orden expresa y directa del acusado, a las 17:41:43, 17:41:51 y 17:42:57 horas del día 20.04.06.

El modo en que dichos accesos fueron realizados a través del programa informático consistió, en ambos casos, en introducir informáticamente el nombre Don. Bienvenido en la hoja informatizada de pacientes del día del médico acusado y, desde ella, acceder la pantalla en la que aparecen, entre otros, el icono "ficha del paciente", introducirse en él y visualizar el dato referido.

No consta debidamente acreditado que, además, accediera a algún otro dato de la historia clínica del Dr. Bienvenido .

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

FALLO: Que debemos condenar y condenamos a Juan Carlos como autor responsable de un delito continuado de acceso a datos reservadas de carácter personal precedentemente definido, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de 3 años y 3 meses de prisión, multa de 21 meses, con una cuota diaria de 6 €, e inhabilitación absoluta por un periodo de 9 años, así como al pago de las costas procesales causadas en la instancia, incluidas las devengadas por la Acusación Particular.

En el orden civil, Juan Carlos abonará a Bienvenido , en concepto de indemnización por daño moral, la suma de 1.200 euros; cantidad líquida que devengará el interés previsto en el artículo 576 LEC desde la fecha de la presente resolución.

Firme que sea la presente resolución, elévese al Gobierno de la Nación la solicitud, por si lo estimase oportuno, de la concesión de indulto a favor de Juan Carlos respecto a la extensión de las tres cuartas partes de todas las penas impuestas en la presente causa o, subsidiariamente, en la extensión que determine que las penas a cumplir no excederán de la duración de dos años.

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de precepto constitucional e infracción de Ley, por Juan Carlos , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- La representación del procesado, basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACION.

PRIMERO.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ . y del art. 852 LECrim . al considerar infringido el art. 24 CE .

SEGUNDO.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ . y del art. 852 LECrim . al considerar infringido el art. 24 CE .

TERCERO.- Al amparo del art. 851.1 LECrim . al consignar la sentencia como hechos probados conceptos jurídicos predeterminantes del fallo.

CUARTO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim . por indebida aplicación del art. 197.2 in fine CP .

QUINTO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim . por indebida aplicación del art. 197.2 CP .

SEXTO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim . por indebida aplicación del art. 197.2 CP .

SEPTIMO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim . por indebida aplicación del art. 197.2 CP .

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y solicitó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación del mismo por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día uno de diciembre de dos mil nueve.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO INTERPUESTO POR Juan Carlos

PRIMERO: El motivo primero por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 por vulneración e infracción del art. 11.1, ambos de la LOPJ. y del art. 24.2 CE. al haberse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia.

Se argumenta en el motivo que el Tribunal "a quo" declara probado en la sentencia recurrida que la prueba que dio lugar al presente procedimiento la obtuvo el denunciante Dr. Bienvenido de forma ilegal, por tanto ni la citada prueba que consistía en el acceso a su propia historia clínica ni el resto de la prueba practicada puede ser valorada por el Tribunal y por tanto no ha existido prueba que desvirtúe el principio de inocencia que ampara al recurrente Dr. Juan Carlos .

El motivo debe ser desestimado.

Como venimos afirmando -por todas STS. 1142/2009 de 24.11 -, el derecho a la presunción de inocencia se configura, en tanto regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. De modo que, como declara la STC. 189/98 de 28.9 «sólo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado».

Así pues, el Tribunal de casación debe comprobar que el Tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y su práctica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, contradicción efectiva y publicidad y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo.

Consecuentemente debe otorgarse un amplio contenido a la presunción de inocencia, como regla de juicio, lo que permite un triple control del proceso inferencial seguido por los jueces ordinarios.

1º El de la práctica de la prueba y el respeto a las garantías.

2º El de la exposición por el órgano judicial de las razones que le han conducido a constatar el relato de hechos probados a partir de la actividad probatoria practicada.

3º el de la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante (SSTC. 169/86, 107/89, 384/93, 206/94m, 24/97, 81/98, 189/98, 1/99, 235/2002, 300/2005, 66/2006).

SEGUNDO: En el caso presente la sentencia enjuiciada se limita en el apartado III del Fundamento

Derecho tercero, al analizar la declaración del denunciante, a señalar "obiter dicta", por cuanto este extremo no fue objeto de debate procesal al no haber sido alegado en la instancia -que de entrada el mismo ha admitido que accedió a su propia historia clínica (sin duda de forma irregular, ya que como paciente no podía hacerlo por ese medio, y como médico y funcionario del IB- salud, tampoco) y constató así los dos accesos. Ello implica diferenciar, a efectos del art. 11.1 LOPJ . un concepto de prueba ilícita referido exclusivamente a la que es obtenida violentando derechos y libertades fundamentales, y otra suerte de ilicitud probatoria simplemente ordinaria, que se ha dado en llamar prueba irregular, cuyos efectos no podrían ser parejos a la anterior por mor del derecho fundamental a la prueba (art. 24.2 CE).

Las diferencias entre la prueba ilícita y la prueba irregular, en orden a la eficacia probatoria en el proceso penal, no son sin embargo apreciables en un primer grado, ya que tanto una como otra carecen de virtualidad al respecto, dependiendo en el segundo caso de la naturaleza, gravedad y acumulación de irregularidades y sobre todo, de la indefensión practicada (art. 238.1 LOPJ).

La diferencia entre la prueba ilícita y la prueba irregular, por tanto, habrá de advertirse en un segundo grado, en relación con las pruebas relacionadas con ellas, ya que para las derivadas de las pruebas ilícitas se impone asimismo la ineficacia como lógica consecuencia de una fuente de contaminación -la llamada en el ámbito anglosajón doctrina del fruto podrido o manchado ("the tainted fruti) o, genéricamente, doctrina de los "frutos del árbol envenenado (The fruti o the poisonous tree doctrine), mientras que para las derivadas de las simplemente irregulares no se produce tal radical consecuencia, en base a los dispuesto en el art. 242 LOPJ . (SSTS. 22.4.99, 23.6.99) y nada obsta a que la convicción se obtenga por otros acreditamientos en la materia.

Al examinar cual es la trascendencia mediata a los efectos inhabilitantes de la prueba obtenida con violación del derecho fundamental, en el sentido de superar las diversas interpretaciones y la integración, en los más justos términos, de lo que el mandato legal contiene como severa proscripción del uso de practicas constitucionalmente reprobables en la obtención de elementos probatorios y de la búsqueda de eficacia, en términos de estricta justicia, para el proceso penal, impone una alternativa, de la que se hacen eco sentencias como la del Tribunal Constitucional 8/2000 de 17.1 y la de esta Sala 550/2001 de 3.4 , entre otras, asentadas sobre las siguientes aseveraciones en orden a la transferencia mediata de la nulidad por vulneración del derecho fundamental a una prueba que directamente no produjo esa vulneración:

a) que en primer lugar, hemos de partir de una fuente probatoria obtenida, efectivamente, con violación del derecho fundamental constitucionalmente conocido, y no afectada simplemente de irregularidad de carácter procesal, por grave que sea ésta.

b) que la nulidad institucional de una prueba en el proceso no impide la acreditación de los extremos penalmente relevantes mediante otros medios de prueba de origen independiente al de la fuente contaminada, pues si no existe una "conexión causal" entre ambos ese material desconectado estará desde un principio limpio de toda contaminación.

c) Por ultimo, y esto es lo mas determinante, que no basta con el material probatorio derivado de esa fuente viciada se encuentre vinculado con ella en conexión exclusivamente causal de carácter fáctico, para que se produzca la transmisión inhabilitante debe de existir entre la fuente corrompida y la prueba derivada de ella lo que doctrinalmente se viene denominando "conexión de antijuricidad", es decir, desde un punto de vista interno, el que la prueba ulterior no sea ajena a la vulneración del mismo derecho fundamental infringido por la originaria sino que realmente se haya transmitido, de una a otra, ese carácter de inconstitucionalidad, atendiendo a la índole y características de la inicial violación del derecho y de las consecuencias que de ella se derivaron, y desde una perspectiva externa, que las exigencias marcadas por las necesidades esenciales de la tutela de la efectividad del derecho infringido requieran el rechazo de la eficacia probatoria del material derivado.

En definitiva, que para que tan nocivos efectos se produzcan es siempre necesario que la admisión a valoración de una prueba cualquiera también, de alguna forma, la vigencia y efectividad del derecho constitucional infringido por la originaria que, de este modo, le transmite una antijuricidad que la obligación de tutela de aquel derecho está llamada a proscribir. De no ser así, aunque la segunda prueba haya sido obtenida a causa de la constitucionalmente inaceptable, conservará su valor acreditativo, pues esa vinculación causal se ha producido en virtud de unos resultados fácticos que no pueden excluirse de la realidad y no existen razones de protección del derecho vulnerado que justifiquen unas consecuencias más allá de la inutilización del propio producto de esa vulneración.

Recordaba la STS 2210/2001 de 20.11 , que el tema ha sido abordado en diversas sentencias del TC. que han deslindado cuidadosamente la causalidad material de la causalidad jurídica en relación a la extensión que ha de dársele a la nulidad de una prueba y las consecuencias que de ella se deriven, de suerte que no es la mera conexión de causalidad la que permite extender los efectos de la nulidad a otras pruebas, sino la conexión de antijuricidad la que debe darse.

En palabras de la STS 161/99 de 3.11 , es la conexión de antijuricidad con las otras pruebas lo que permite determinar el ámbito y extensión de la nulidad declarada, de suerte que si las pruebas incriminadoras "tuvieran una causa real diferente y totalmente ajenas (a la vulneración del derecho fundamental) su validez y la consiguiente posibilidad de valoración a efectos de enervar la presunción de inocencia sería indiscutible..." Doctrina que constituye un sólido cuerpo jurisprudencial del que pueden citarse las SSTC 81/98, 49/99, 94/99, 154/99, 299/2000, 138/2001 .

En idéntico sentido podemos decir con la STS 498/2003 de 24.4 y la muy reciente 1048/04 de 22.9 , que hay que diferenciar entre las pruebas originales nulas y las derivadas de estas ya directa o indirectamente, de acuerdo con lo prevenido en el art. 11.1 LOPJ ., de aquellas otras independientes y autónomas de la prueba nula y ello porque si bien desde una perspectiva de causalidad material pueden aparecer conectadas con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho deben estimarse independientes jurídicamente por proceder de fuentes no contaminadas, como serían aquellas pruebas obtenidas fruto de otras vías de investigación tendente a establecer el hecho en que se produjo la prueba prohibida.

Por tanto la valoración en juicio de pruebas que pudiesen estar conectadas con otras obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos requiere un análisis a dos niveles: en primer lugar, ha de analizarse si existe o no conexión causal entre ambas pruebas, conexión que constituye el presupuesto para poder hablar de prueba derivada. Solo si existiera dicha conexión procedería el análisis a la conexión de antijuricidad (cuya existencia legitimaría la posibilidad de valoración de la prueba derivada). De no darse siquiera la conexión causal no sería necesario ni procedente analizar la conexión de antijuricidad, y ninguna prohibición de valoración en juicio recaería sobre la prueba en cuestión. En definitiva, se considera lícita la valoración de pruebas causalmente conectadas con la vulneración de derechos fundamentales, pero jurídicamente independientes, esto es, las pruebas derivadas o reflejas (SSTC. 81/98 de 2.4, 22/2003 de 10.2).

De este modo se ha mantenido la desconexión de antijuricidad por gozar de independencia jurídica, en supuestos de declaración autoincriminatoria, no solo del acusado en plenario (STC. 49/2007 de 12.3) sino incluso de imputado en instrucción (SSTC. 167/2002 de 18.9, 183/2003 de 23.3), pues como precisa la STC. 136/2006 de 8.5 , "los derechos a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a que las declaraciones se presten con asistencia letrada son garantías constitucionales que constituyen medio eficaz de protección frente a cualquier tipo de coerción o compulsión ilegítima, por lo que el contenido de las declaraciones del acusado puede ser valorado siempre como prueba válida. En consecuencia, «las garantías frente a la autoincriminación reseñadas permiten afirmar, cuando han sido respetadas, la espontaneidad y voluntariedad de la declaración. Por ello, *la libre decisión del acusado de declarar sobre los hechos que se le imputan permite, desde una perspectiva interna, dar por rota, jurídicamente, cualquier conexión causal con el inicial acto ilícito* . A

su vez, desde una perspectiva externa, esta separación entre el acto ilícito y la voluntaria declaración por efecto de la libre decisión del acusado atenúa, hasta su desaparición, las necesidades de tutela del derecho fundamental material que justificarían su exclusión probatoria, ya que la admisión voluntaria de los hechos no puede ser considerada un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental» (STC 161/1999 de 27.9, 8/2000 de 17.1, 136/2000 de 29.5, 66/2009 de 9.3), máxime cuando se trata de declaraciones temporales no cercanas al hecho cuya existencia se ha obtenido con la prueba tildada de ilícita o irregular, y ha tenido oportunidad de conocer las condiciones en que el hecho inculpativo fue conocido e incorporado al proceso (ver STS. 1129/2006 de 15.11).

No otra cosa ha acaecido en el supuesto actual en el que con independencia de la forma en que el denunciante accedió a su propia historia clínica y constató los dos accesos anteriores, lo cierto es que el recurrente en el acto de la vista, tal como destaca la sentencia en su fundamento jurídico segundo, reconoció haber realizado esos dos accesos informáticos al historial médico del Dr. Bienvenido , (el segundo a través de la enfermera Sra. Adoracion) explicando de forma detallada el modo en que llevó a cabo el primer acceso.

Consecuentemente aun admitiendo el acceso irregular del denunciante a su propia historia clínica, no produce efectos anulatorios sobre el resto de las pruebas existentes en la causa.

TERCERO: El motivo segundo por infracción de precepto constitucional amparo del art. 5.4 LOPJ. por haberse vulnerado el art. 24.1 y 2 CE . al no respetarse el principio acusatorio en su doble vertiente de conocer la acusación y de tener derecho a no sufrir indefensión.

Se sostiene en el motivo que los elementos objetivos contenidos en los escritos de acusación del Ministerio Fiscal y de la acusación particular y elevados a definitivos en el acto del juicio oral, se concretaban en un primer termino, a dos accesos del Dr. Juan Carlos a datos médicos de salud obrantes en el historial clínico del Dr. Bienvenido y, en segundo lugar, a la utilización por parte del recurrente a esos datos para desacreditar el prestigio o buen nombre del Dr. Bienvenido . En cambio, el tribunal a quo ha condenado al Dr. Juan Carlos por haber accedido al dato personal del nombre del médico del Dr. Bienvenido sin estar autorizado a ello y con intención de perjudicarlo, lo que vulnera el art. 24.1 y 2 CE . ya que dichos hechos no fueron objeto de investigación ni del auto de apertura del juicio oral, sino que por el juzgado de instrucción se calificaron a casi-públicos, ni de acusación, ya que se calificaron de públicos por el Ministerio Fiscal e indirectamente por la acusación particular, por lo que el Dr. Juan Carlos no fue informado ni pudo haber prueba a su defensa.

El desarrollo argumental del motivo hace necesario recordar que entre las garantías que incluye el principio acusatorio se encuentra -dice la STC. 60/2008 de 26.5 - la de que nadie puede ser condenado por *cosa distinta* de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse, habiendo precisado a este respecto que por "cosa" no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un *factum* , sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos, sino también sobre su calificación jurídica" (SSTC 4/2002, de 14 de enero; 228/2002, de 9 de diciembre; 35/2004, de 8 de marzo; 7/2005, de 4 de abril).

En consecuencia, el pronunciamiento del Tribunal debe efectuarse precisamente en los términos del debate, tal como han sido planteados en las pretensiones de la acusación, no pudiendo el Tribunal apreciar hechos o circunstancias que no hayan sido objeto de consideración en ésta y sobre las cuales, el acusado, por tanto, no haya tenido ocasión de defenderse en un debate contradictorio (SSTC. 40/2004 de 22.3, 183/2005 de 4.7). Además este Tribunal ha afirmado que con la prospectiva constitucional del derecho de defensa, lo que resulta relevante es que la condena no se produzca por hechos (o perspectivas jurídicas) que de facto no hayan podido ser plenamente debatidos (por todas STC. 87/2001 de 2.4).

En similar sentido las SSTC. 34/2009 de 9.2, 143/2009 de 15.6 , precisan que "al definir el contenido

del derecho a ser informado de la acusación, el Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente en anteriores resoluciones que "forman parte indudable de las garantías que derivan del principio acusatorio las que son contenido del derecho a ser informado de la acusación", derecho que encierra un "contenido normativo complejo", cuya primera perspectiva consiste en la exigencia constitucional de que el acusado tenga conocimiento previo de la acusación formulada contra él en términos suficientemente determinados para poder defenderse de ella de manera contradictoria (SSTC. 12/81 de 10.4, 95/95 de 19.6, 302/2000 de 11.9). Esta exigencia se convierte así en instrumento indispensable para poder ejercer la defensa, pues mal puede defenderse de algo quién no sabe qué hechos en concreto se le imputan.

Se ha señalado también que a efectos de la fijación de la acusación en el proceso, el instrumento procesal esencial es el escrito de conclusiones definitivas, el cual debe contener "los hechos relevantes y esenciales para efectuar una calificación pública e integrar un determinado delito", que es lo que ha de entenderse "por hecho punible a los efectos de la necesidad constitucional de conocer la acusación para poder ejercer el derecho de defensa" (STC. 87/2001 de 2.4). Por ello no es conforme con la Constitución ni la acusación implícita, ni la tácita, sino que la acusación debe ser formulada de forma expresa y en términos que no sean absolutamente vagos e indeterminados (SSTC. 36/96 de 11.3, 33/2003 de 13.2, 299/2006 de 23.10, 347/2006 de 11.12).

Esta Sala Segunda tiene asimismo declarado (SSTS. 609/2002 de 10.10, 368/2007 de 9.5, 279/2007 de 11.4, 922/2009 de 30.9) que el principio acusatorio exige la exclusión de toda posible indefensión para el acusado, lo cual quiere decir "en primer término, que el hecho objeto de acusación y el que es base de la condena permanezcan inalterables, esto es, que exista identidad del hecho punible, de forma que el hecho debatido en juicio, señalado por la acusación y declarado probado, constituya supuesto fáctico de la calificación de la sentencia. La otra condición consiste en la homogeneidad de los delitos objeto de condena y objeto de acusación" (SS. T.C. 134/86 Y 43/97). El T. S. por su parte tiene declarado sobre la cuestión aquí examinada que "el sistema acusatorio que informa el proceso penal especial exige que exista la debida correlación entre la acusación y la sentencia de forma tal que la defensa del imputado tenga oportunidad de alegar, proponer prueba y practicar en su práctica y en los debates, habiendo conocido con antelación suficiente aquello de lo que se le acusa, y sin que la sentencia de forma sorpresiva pueda condenar por algo de lo que antes no se acusó y respecto de lo cual consiguiente no pudo articularse la estrategia exigida por la Ley en garantía de la posición procesal del imputado", de ahí que "la acusación ha de ser precisa y clara respecto del hecho y del delito por el que se formula y la sentencia ha de ser congruente con tal acusación sin introducir ningún elemento nuevo del que no hubiera existido antes posibilidad de defenderse "(S.T.S. 7/12/96); y que "el establecimiento de los hechos constituye la clave de la bóveda de todo el sistema acusatorio del que el derecho a estar informado de la acusación es simple consecuencia (S.T.S. 15/7/91). "los hechos básicos de la acusación constituyen elementos substanciales e inalterables y la sentencia tiene que ser congruente respecto de los mismos, sin la introducción de ningún nuevo elemento del que no existiera posibilidad de defensa "(SS. T.S. 8/2/93, 5/2/94 Y 14/2/95). En suma, como se precisa en s. 26/2/94 es evidente: "a) Que sin haberlo solicitado la acusación no puede introducir un elemento "contra reo" de cualquier clase que sea; b) Que el derecho a ser informado de la acusación exige su conocimiento completo; c) Que el inculpado tiene derecho a conocer temporánea y oportunamente el alcance y contenido de la acusación a fin de no quedar sumido en una completa indefensión; y d) Que el objeto del proceso no puede ser alterado por el Tribunal de forma que se configure un delito distinto o una circunstancia penológica diferente a las que fueron objeto del debate procesal y sobre la que no haya oportunidad de informarse y manifestarse el acusado". En definitiva, se garantiza que nadie será acusado en proceso penal con una acusación de la que no se ha tenido conocimiento suficiente y, por tanto, que no recibirá un trato de desigualdad frente al acusador que le ocasione indefensión (SS. TC. 54/85 de 18 abril y 17/89 de 30 de enero). Constituye asimismo, según el citado T.C., el primer elemento del derecho de defensa, que condiciona

todos los demás, pues mal puede defenderse de algo que no sabe en concreto -s. 44/83 de 24 de mayo- Consiste substancialmente este derecho en asegurar el conocimiento del acusado acerca de los hechos que se le imputan y de los cargos que contra él se formulan -SS 14/86 de 12 noviembre, 17/88 de 16 febrero y 30/89 de 7 de febrero - y se satisface, pues, siempre que haya conocimiento de los hechos imputados para poder defenderse de los mismos- s. 170/90 de 5 noviembre.- También el Tribunal Supremo ha reconocido que el derecho a la tutela efectiva comporta, entre otros, el derecho a ser informado de la acusación, como primer elemento del derecho de defensa, que condiciona a todos los demás, SS 4/11/86, 21/4/87 Y 3/3/89 , teniendo derecho el acusado a conocer temporáneamente el alcance y contenido de la acusación a fin de no quedar sumido en una completa indefensión, cual sucede si de modo sorpresivo es blanco de novedosas imputaciones exteriorizadas y hechas saber cuando han precluído sus posibilidades de alegación y de proposición de pruebas exculpatorias S.S.9/9/87,8/5/89,25/5/90, 18/5/92, 1824/93 de 14 julio, 1808/94 de 17 octubre, 229/96 de 14 marzo, 610/97 de 5 mayo, 273/98 de 28 febrero, 489/98 de 2 abril, 830/98 de 12 junio, 1029/98 de 22 septiembre y1325/2001 de 5 julio , entre otras.

La STS. 669/2001 de 18 abril es suficientemente esclarecedora al precisar: " Una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, SS. 15/3/97 y 12/4/99 , entre otras, han declarado que lo verdaderamente importante, para no vulnerar el principio acusatorio, es que el relato fáctico de la acusación sea respetado en las líneas esenciales, no en todos sus detalles, muchos de ellos irrelevantes en la mayor parte de los casos, pero también se ha mantenido para ser respetuoso con el derecho constitucional a ser informado de la acusación y con el derecho de defensa el relato fáctico de la calificación acusatoria debe ser completo (debe incluir todos los elementos fácticos que integran el tipo delictivo objeto de la acusación y las circunstancias que influyen sobre la responsabilidad del acusado) y específico (debe permitir conocer con precisión cuales son las acciones o expresiones que se consideran delictivas) pero no exhaustivo, es decir que no se requiere un relato minucioso y detallado, por así decirlo pormenorizado, ni la incorporación ineludible al texto del escrito de elementos fácticos que obren en las diligencias sumariales y a los que la calificación acusatoria se refiere con suficiente claridad (S.T.S. 4/3/99).

La cuestión, por tanto, es si tal cambio en el relato histórico implica una mutación sustancial a los efectos del principio acusatorio y del correlativo derecho de defensa. Es sabido que las modificaciones de detalles o de aspectos meramente secundarios no conculcan tales principios y pueden ser introducidos por el Tribunal sentenciador en su resolución, con objeto de ser más respetuosos con la descripción de la verdad material de lo acontecido. Sobre este particular hemos de señalar: 1) Que lo que es objeto de contradicción en el debate del juicio oral es lo que se refleja en los respectivos escritos de acusación y de defensa, esto es, los elementos fácticos y jurídicos que enmarcan el objeto del proceso penal; 2) Que tal marco no es inflexible, sino que, por un lado, puede traspasarse con la introducción de elementos episódicos, periféricos o de mero detalle, no afectantes al derecho de defensa, y por otro, se ensancha o se acorta en el momento en que las partes elevan a definitivas sus conclusiones provisionales, dándose oportunidad de nuevos elementos probatorios posteriores que desvirtúen los introducidos en dicha fase procesal, para salvaguardar el derecho de defensa; 3) Que las modificaciones que se introduzcan no pueden modificar esencial o substancialmente los elementos fácticos del relato histórico que las acusaciones sometan a la consideración del Tribunal, si no se ha producido una petición condenatoria al menos alternativa por parte de las mismas; 4) Por último, tal modificación sustancial debe obviamente valorarse de acuerdo con las particularidades del caso enjuiciado.

CUARTO: La aplicación de la doctrina expuesta debe implicar la desestimación del motivo.

El escrito de calificación provisional de la acusación particular de agosto 2007 se señala como el acusado... médico de profesión y excoordinador del Centro de Salud de Artá (Mallorca) y ostentando tal cargo, siendo las 15,34 horas del día 6.10.2005, ostentando tal cargo, sin el conocimiento, ni el

consentimiento en la autorización del perjudicado Dr. Bienvenido , también médico de profesión y destinado en el mismo Centro de Salud de Artá, accedió al historial clínico de éste último, sin que existiera entre ambos ninguna relación asistencial o profesional que justificara dicho acceso... asimismo, siendo las 17,41 horas del día 20.4.2006, el acusado Sr. Juan Carlos ... indicó a la enfermera que tenía asignada en el citado Centro de Salud, D^a. Adoracion , que accediera al historial clínico del perjudicado Dr. Bienvenido , lo que ésta cumplimentó, siguiendo las instrucciones del acusado, mediante tres accesos al historial clínico del perjudicado... realizados a las 17,41'43" horas, a las 17,41'51" horas y a las 17:42'57" horas, respectivamente del indicado día 20 de abril de 2.006.

Por su parte el Ministerio Fiscal en escrito de acusación de enero de 2.008 se recogía que el acusado... en Artá, a las 15,34 horas del día 6.10.2005, médico de profesión y aprovechando el cargo de coordinador del Centro de Salud de dicha localidad, sin autorización de Bienvenido , también médico de profesión y destinado en el mismo Centro de Salud, **accedió al "historial clínico" de éste, sin existir entre ambos ninguna relación asistencial que justificase dicho acceso, al no ser el acusado su médico de cabecera, para averiguar de este modo si en el mismo figuraba algún antecedente médico de interés, tanto físico como psíquico, al haber oído rumores sobre ello.**

La sentencia recurrida en su relato de Hechos probados consigna como el acusado... en su condición de médico del Ib-Salut y coordinador del Centro de Salud de la localidad de Artá, **accedió en dos ocasiones, a través del programa informatizado de consulta clínica, al historial clínico del también médico en el mismo Centro Bienvenido y obtuvo así el dato allí registrado referente al nombre de su médico de cabecera.** Dichos accesos, producidos sin consentimiento ni autorización de aquél y sin que existiera entre ambos ninguna relación asistencial, tuvieron lugar los días...

No consta debidamente acreditado, que, además accediera a algún otro dato de la historia clínica del Dr. Bienvenido .

Siendo así no se aprecia infracción del principio acusatorio. El recurrente conoció perfectamente lo que el Ministerio Fiscal y la acusación particular le imputaban: haber accedido al historial clínico del denunciante, sin su conocimiento y sin su autorización, sin existir entre ambos relación asistencial que lo justificara, añadiéndose por el Ministerio Fiscal que tal acceso tenía como finalidad averiguar algún antecedente médico de interés, físico o psíquico de aquél, y en base a esta acusación articuló su defensa en el sentido de que esos accesos se limitaron a conocer el nombre del médico que le atendía. La sentencia recurrida acoge precisamente su versión, esto es, no considera probado que accediera a otro dato de la historia clínica del Dr. Bienvenido que no fuera el nombre de su médico de cabecera, Si este dato, es una información cuasi pública a la que el recurrente podía tener acceso lícito, como se indicó en el auto de 28.9.2007 del Juzgado de Instrucción 2 de Manacor al resolver el recurso de reforma y subsidiario de apelación planteado por el denunciante contra el sobreseimiento de las actuaciones en relación a la enfermera Sra. Adoracion , y en el escrito de impugnación del Ministerio Fiscal de 21.9.2007 al que se refiere el anterior auto en el que al referirse a la actuación de aquélla averiguando el nombre del médico de cabecera, entendió que esa actuación no era "descubrir" un secreto, toda vez que para tener acceso a lo interesado, al no tratarse de un dato privado, sino público, tiene acceso al mismo cualquier particular a través de tres formas, al ser un dato administrativo; e incluso por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma en auto de 29.11.2007 desestimando el recurso de apelación, subsidiariamente interpuesto y que confirmó el sobreseimiento de la enfermera razonando que al actuar a petición del medico, solo para obtener el dato de quien era el facultativo que atendía al Sr. Bienvenido , es un dato que oscurece el dolo propio del delito de revelación de secretos; o si, por el contrario, tal dato del médico de cabecera al formar parte de los que se contienen en la historia clínica, constituye un dato reservado que afecta a la intimidad, por lo que acceso al mismo, sin estar autorizado, está penalizado en el art. 197.2 CP .

postura de la sentencia recurrida, en modo alguno ha producido indefensión al hoy recurrente, pues, siendo objeto de debate, precisamente, los distintos medios o caminos que permiten conocer el médico de Cabecera asignado a un concreto paciente (ver otrosi cuarto del escrito de acusación de D. Bienvenido , apartado D, Documental anticipada) tuvo oportunidad de articular su defensa como hubiera considerado oportuno y alegar las eximentes o atenuantes que estimase de aplicación, posibilidad que subsistiría en esta sede casacional, por cuanto si bien es consustancial a este recurso el circunscribirse al examen de los errores legales que pudo cometer el tribunal de consustancial al enjuiciar los temas que las partes le plantearon, sin que quepa "ex novo" y "per saltum" formular alegaciones relativas a la aplicación de preceptos sustantivos no invocados, es decir, sobre cuestiones jurídicas no formalmente propuestas ni debatidas por las partes (SSTS. 1256/2002 de 4.7, 545/2003 de 15.4), la misma jurisprudencia (STS. 707/2002 de 26.4) admite dos clases de excepciones a este criterio. En primer lugar, cuando se trate de infracciones constitucionales que puedan ocasionar materialmente indefensión. Y en segundo lugar, y sería el caso presente, cuando se trate de infracciones de preceptos penales sustantivos cuya subsanación beneficie al reo (por ejemplo la apreciación de una circunstancia eximente o atenuante) y que puedan ser apreciadas sin dificultad en el tramite casacional porque la concurrencia de todos los requisitos exigibles para la estimación de las mismas, conste en el propio relato fáctico de la sentencia impugnada, independientemente de que se haya aducido o no por la defensa. Otra cosa conduciría a una injusticia manifiesta, contraria a la dignidad humana y al respeto a la persona en el ámbito procesal, porque obligaría al Juez a condenar a un inocente que no alegó el dato exculpatorio o a condenar más gravemente, estando en una situación de atenuación de su responsabilidad, tan solo porque su alegación no consta en el acto del juicio, expresa o formalmente aducida por su abogado defensor.

QUINTO: El motivo tercero por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.1 LECrim. **por consignar la sentencia como hechos probados conceptos que por su carácter jurídico impliquen la predeterminación del fallo.**

Así según el tribunal a quo "son hechos probados que el Dr. *Juan Carlos* , accedió y obtuvo así el dato. Dichos accesos, producidos sin conocimiento ni autorización. Para continuar incidiendo nuevamente en que dichos accesos fueron realizados a través del programa informático, y visualizar el dato referido, bastando una simple comparación con el art. 197.2 en el que se recoge el delito por el que se condena al recurrente para que en idéntico orden se contengan los siguientes conceptos gemelos a los anteriores: sin estar autorizado, se apodere de datos, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio.

Consecuente aquellas palabras y conceptos "datos", "informáticos", "sin estar autorizado", "acceso", sin los que definen y dan la esencia del logro por lo que están predeterminando el fallo.

El motivo debe ser desestimado.

El motivo por quebrantamiento de forma por consignarse en los hechos probados conceptos jurídicos que predeterminan el fallo exige para su estimación, según reiterada doctrina jurisprudencial (SSTS. 23.10.2001, 14.6.2002, 28.5.2003, 18.6.2004, 11.1.2005, 11.12.2006, 26.3.2007, 2.10.2007 y 28.11.2007).

- a) que se trate de expresiones técnico-jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado;
- b) que tales expresiones sean tan sólo asequibles por regla general para los juristas y no sean compartidas en el uso del lenguaje común;
- c) que tengan valor causal respecto al fallo, y
- d) que suprimidos tales conceptos jurídicos, dejen el hecho histórico sin base alguna.

El vicio sentencial denunciado no es viable -dice la STS. 401/2006 de 10.4 -, cuando el juzgador

emplea expresiones en el relato fáctico que están en el lenguaje común, que no son sino meramente descriptivas, pero no técnicas en sentido jurídico, de modo que es válido que se utilicen en la redacción de las sentencias, al conformar su relato histórico, y que desde luego, aunque las emplee el legislador también al describir los tipos penales, no por ello puede decirse que predeterminan el resultado correspondiente a la subsunción judicial, pues en ocasiones se convierten en imprescindibles, arrojando más claridad semántica que, si por un purismo mal entendido, se quisieran construir a base de sinónimos o locuciones equivalentes, muchas veces con aportaciones de frases retorcidas, fruto de un incorrecto léxico, en todo caso, poco comprensible para la ciudadanía.

Como dice la Sentencia 1519/2004, de 27 de diciembre, lo que la Ley de Enjuiciamiento Criminal prohíbe por este motivo es la utilización de expresiones estrictamente técnicas que describen los tipos penales, como sería decir que el acusado dictó una resolución injusta o arbitraria (sin más descripciones) en el delito de prevaricación, o llevó a cabo un vertido contaminante (sin describir el mismo) en el delito medioambiental, por solo poner dos ejemplos. No lo será, cuando se diga que A mató a B, en el delito de homicidio, aunque tal verbo (matar) sea precisamente el utilizado en el art. 138 del Código penal. O en palabras de la Sentencia 152/2006, de 1 de febrero, la predeterminación del fallo, como vicio impugnabile de cualquier sentencia penal, tiende a evitar que la estructura lógica del razonamiento decisorio, sustituya lo descriptivo por lo valorativo. Con su articulación se impone al órgano judicial la necesidad de una nítida separación entre el juicio histórico y el juicio jurídico, pero no hay, en el sentido propio de esta expresión, consignación de conceptos jurídicos predeterminantes, cuando se relatan unos hechos susceptibles de ser calificados como delito, pues ésta es previamente la finalidad de la premisa menor del silogismo sentencial cuando la conclusión de la sentencia es un fallo condenatorio (STS. 28.5.2002). Por ello, en un cierto sentido los hechos probados tienen que predeterminar el fallo, pues el "factum" en cuanto es la base de la calificación jurídica de los hechos enjuiciados es lógicamente determinante de ésta, salvo manifiesta incongruencia, por ello debe relativizarse la vigencia de este vicio formal (SSTS. 429/2003 de 21.3, 249/2004 de 26.2, 280/2004 de 8.3, 409/2004 de 24.3, 893/2005 de 6.7).

En esta dirección la STS. 7.11.2001, nos dice: "*En realidad el relato fáctico debe, en todo caso, predeterminar el fallo, pues si no fuese así, la absolución o condena carecería de imprescindible sustrato fáctico. Lo que pretende este motivo casacional no es evitar dicha predeterminación fáctica - imprescindible- sino que se suplante el relato fáctico por su significación jurídica, es decir, que se determine la subsunción no mediante un relato histórico sino mediante una valoración jurídica que se lleve indebidamente al apartado de hechos probados*".

SEXTO: Articula a continuación la parte cuatro motivos de casación por infracción de Ley, **por aplicación indebida del art. 197.2**, in fine del CP. alegando en síntesis que el nombre del médico de cabecera del Dr. Bienvenido era de acceso permitido al personal administrativo, enfermeras, médicos y al coordinador del Centro de Salud, por lo que el recurrente en su doble condición de médico del IB. Salud y Coordinador del Centro de Salud estaba autorizado a conocerlo (**motivo cuarto**); que el recurrente actuó en la creencia de que como médico y como coordinador del Centro de Salud estaba autorizado a conocer el nombre del médico de Dr. Bienvenido y por tanto, actuó sin dolo (**motivo quinto**), que el conocimiento del dato personal consistente en la identidad del médico de cabecera del Dr. Bienvenido por parte del recurrente, médico del IB Salud y Coordinador del Centro de Salud no es un dato protegido penalmente (**motivo sexto**); y que toda vez que el delito se consuma tan pronto como el sujeto activo "accede" a los datos, ha de entenderse que la norma refiere la existencia de un perjuicio añadido para que la violación de la reserva integre el tipo; perjuicio añadido que no se da en el presente caso (**motivo séptimo**), motivos todos que en cuanto afectan a la estructura típica y requisitos del delito del art. 197.2 pueden ser analizados conjuntamente.

Siendo así debemos recordar que el art. 197.2 se encuentra ubicado en el capítulo primero "Del descubrimiento y revelación de secretos, del Título X del Libro II del Código Penal que se rotula como

"Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio".

En este sentido los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen garantizados por el art. 18.1 CE , forman parte de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada. Salvaguardan estos derechos un espacio de intimidad personal y familiar que queda sustraído a intromisiones extrañas, destacando la necesaria protección frente al creciente desarrollo de los medios y procedimiento de captación, divulgación y difusión de la misma y de datos y circunstancias que pertenecen a la intimidad.

Por intimidad, por tanto, se pueden entender diversos conceptos, siendo significativo a estos efectos que la terminología usada para referirse a dicho concepto varía en los distintos países, así en Italia se habla de "riservatezza", en Francia de "vie privé", en los países anglosajones de "privacy", y en Alemania de "privatsphäre", pero que vienen a coincidir en la existencia de una esfera de privacidad que cabe considerar secreto en el sentido de ser facultad de la persona su exclusión del conocimiento de terceros. El Código actual ha hecho además especial referencia a la llamada "libertad informática, ante la necesidad de conceder a la persona facultades de control sobre sus datos en una sociedad informatizada, siguiendo las pautas de la Ley Orgánica de Regulación del tratamiento Automatizado de Datos personas (LORTAD) 5/92 de 29.10 , relacionada con el Convenio del Consejo de Europa de 28.1.81 , y la Directiva 95/46 del Parlamento de la Unión Europea relativos a la protección de tales datos y a su libre circulación.

Esta segunda dimensión de la intimidad conocida como libertad informática o **habeas data**, encuentra su apoyo en el art. 18.4 CE , en donde taxativamente se dispone que "la Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos". De esta proclamación se deriva su poder de acción del titular para exigir que determinados datos personales no sean conocidos, lo que supone reconocer un derecho a la autodeterminación informativa, entendido como libertad de decidir qué datos personales pueden ser obtenidos y tratados por otros. La llamada libertad informática significa, pues, el derecho a controlar el uso de los datos de carácter personal y familiar que pueden recogerse y tratarse informáticamente (habeas data); en particular -como señala la doctrina- entre otros aspectos, la capacidad del ciudadano para oponerse a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquél legítimo que justificó su obtención (SSTC. 11/98 de 13.1, 45/99 de 22.3).

Esta evolución del concepto de intimidad puede apreciarse en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional así en un primer momento la intimidad se configura como el derecho del titular a exigir la no injerencia de terceros en la esfera privada, concibiéndola pues, como un derecho de corte garantista o de defensa. En un segundo momento a partir de la STC. 134/99 de 15.7 , la intimidad pasa a ser concebida como un bien jurídico que se relaciona con la libertad de acción del sujeto, con las facultades positivas de actuación para controlar la información relativa a su persona y su familia en el ámbito público: "el derecho a la intimidad garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a una persona o a su familia, pudiendo imponer a terceros (sean estos simples particulares o poderes públicos, su voluntad de no dar a conocer dicha información, prohibiendo su difusión no consentida" (SSTC. 134/99 de 15.7 y 144/99 de 22.7).

En esta dirección la STS 358/2007 de 30.4 destacó analizando el art. 197 CP . que dicho precepto contiene varias conductas en una compleja redacción y sanciona en primer lugar al que se apodere de los papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales de otra persona, al quien interceptare las comunicaciones de otro y al que utilizare artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o la imagen o de cualquier otra señal de comunicación, en todos los casos sin su consentimiento y con la finalidad de descubrir sus secretos o vulnerar su intimidad. Se trata de conductas distintas que no precisan que el autor llegue a alcanzar la finalidad perseguida. En los dos primeros casos requiere sin embargo un acto de apoderamiento o de interceptación efectivos, mientras que en el supuesto de utilización de

artificios basta con la creación del peligro que supone su empleo con las finalidades expresadas para la consumación de la infracción penal.

También sanciona a quien, sin estar autorizado, se apodere, en perjuicio de tercero, de 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 simplemente acceda a ellos por cualquier medio sin estar autorizado y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

El bien jurídico protegido es la intimidad individual. Aunque la idea de secreto puede ser más amplia, como conocimientos solo al alcance de unos pocos, en realidad deben estar vinculados precisamente a la intimidad pues esa es la finalidad protectora del tipo. En este sentido, la STS nº 666/2006, de 19 de junio, en la que se dice que "la idea de secreto en el art. 197, 1º CP resulta conceptualmente indisoluble de la de intimidad: ese «ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás» (SSTC 73/1982 y 57/1994 entre muchas)". Así se desprende de la ubicación del precepto en el Título dedicado a los delitos contra la intimidad, y es coherente con su propia redacción, pues en el primer apartado relaciona los papeles, cartas o mensajes de correo electrónico con otros documentos o efectos personales. Y en el segundo apartado se refiere a datos reservados de carácter personal o familiar.

En relación a la conducta enjuiciada, interesa resaltar que el tipo objetivo requiere solamente un acto de apoderamiento, sin necesidad de que el autor llegue a descubrir los secretos o vulnerar la intimidad en el primer caso, y en el mero acceso de los datos protegidos en el segundo. El tipo subjetivo exige, sin embargo, aquella finalidad, junto con el dolo en el acto de apoderamiento o de acceso.

Centrándonos en el análisis de los delitos recogidos en el segundo apartado del art. 197, éstos tienen un sentido claramente distinto a los recogidos en el apartado primero: ya que las conductas afectan a datos que no están en la esfera de custodia del titular, sino en bancos de datos y pueden causar perjuicios a terceros distintos del propio sujeto al que se refiere la información concernida.

Un sector doctrinal considera que en el art. 197.2 se protegen, en realidad, dos bienes jurídicos. Por una parte, la intimidad del sujeto pasivo, en relación con las conductas de apoderarse, acceder y utilizar los datos. Por otra parte, la integridad de los datos, en relación con los comportamientos de modificar o alterar. Distinción, no obstante, relativa por el hecho de quien pretende modificar o alterar, primero debe acceder, con lo que se habría lesionado también la intimidad en estas modalidades de conducta.

Consecuentemente, como ya hemos indicado, lo que se protege en este apartado segundo es la **libertad informática** entendida como derecho del ciudadano a controlar la información personal y familiar que se encuentra recogida en ficheros de datos, lo que constituye una dimensión positiva de la intimidad que constituye el bien jurídico protegido.

art. 3 a) de la Ley Orgánica 15/99 de 13.12, de Protección de Datos de Carácter Personal (LPDP) **dato de carácter personal** es "cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables. No se define, sin embargo, qué datos son reservados, ni siquiera se utiliza la denominación de datos de carácter familiar. Según el

Advierte la doctrina que el calificativo de **reservado** carece en absoluto de sentido, debiendo descartarse -como después se analizará más extensamente- la tesis de que la protección penal haya de limitarse a solo cierto tipo de datos personales de mayor relevancia, con exclusión de otros, cuya protección quedaría reservada al ámbito administrativo. Prueba de que ello no es así lo proporciona el apartado 5º que agrava la pena que corresponde a las conductas realizadas sobre esos datos de especial relieve, lo que evidencia que los demás están incluidos dentro del apartado 2. Por ello en el sentido del tipo el entendimiento más adecuado del carácter reservado de los datos es considerar que

son tales los que no son susceptibles de ser conocidos por cualquiera. El precepto insiste en ello al aclarar por partida doble que el delito lo comete el que accede a los datos o los utiliza "sin estar autorizado", evidencia de que no son datos al alcance de cualquiera.

Los datos, además, ha de estar **"recogidos (registrados) en ficheros o soportes** informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. **Fichero** es todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso (art. 3 b. LPDP). En el sentido del art. 197.2 debe exigirse que se trate de un conjunto organizado de información relativa a una generalidad de personas. Dado el carácter reservado de los datos, los ficheros o registros han de ser de acceso y utilización limitada a personas concretas y con finalidades específicas, siendo indiferente, su naturaleza: personal, académica o laboral, medica, económica, etc... Se trata, en realidad de informaciones de carácter personal relacionadas más con la privacidad que con la intimidad. No tienen por qué ser informativos, porque se acoge también a **cualquier otro tipo de archivo o registro** público o privado.

Las conductas van dirigidas a **datos que se hallen registrados**, es decir a bancos de datos preexistentes, entendiéndose por la doctrina que no es típica la creación clandestina de bancos de datos, que queda en el ámbito administrativo sancionador.

Se apodere se ha interpretado por un sector doctrinal en sentido estricto como el apoderamiento que precisan los delitos contra el patrimonio. Otro sector se inclina por una interpretación más amplia, comprendiendo los supuestos en que se copian los datos, dejando intactos los originales o simplemente se capta, se aprehende, el contenido de la información, acepción en la que "apoderarse" resultaría **equivalente a acceder** al dato que se castiga también en el inciso final. **Utilizar** es usar sin apoderarse de ellos. **Modificar** es alterar los mismos, tanto si se trata de mejorar como de perjudicar la situación del sujeto al que afectan.

Las conductas tienen que producirse **sin estar autorizado** para acceder, manipular o modificar el banco de datos y realizarse **en perjuicio de tercero**, tercero que puede ser distinto al titular de los datos produciéndose una triple implicación de sujetos (sujeto activo, titular de los datos y eventual perjudicado) que responde, a la idea de que el titular de los datos no puede ser sujeto activo del delito porque él es el sujeto pasivo, dado que lo tutelado es su intimidad.

SEPTIMO: En el caso que analizamos el recurrente cuestiona la concurrencia de estos elementos.

En primer lugar entiende que dada su doble condición de médico del IB-Salud y de Coordinador del Centro de Salud de la localidad de Artá tenía derecho a acceder al dato del médico de cabecera.

Ciertamente el art. 4 del RD. 137/84 de 11.1, sobre estructura básica de salud regula específicamente las funciones del Coordinador médico disponiendo que "el personal del Equipo de Atención Primaria dependerá funcionalmente de un coordinador medico, el cual, sin perjuicio de desempeñar sus propias actividades, realizan las actividades específicas propias de su cargo, entre las cuales figurarán las de relación con los demás Servicios e Instituciones Sanitarias y con la población".

2) El nombramiento, que en todo caso será por tiempo definido, recaerá sobre uno de los componentes del equipo de atención primaria.

3) El coordinador médico armonizará los criterios organizativos del conjunto de profesionales sanitarios, y no sanitarios tengan éstos vinculación estatutaria o funcional por su pertenencia a los Cuerpos Técnicos del Estado al Servicio de la Sanidad Local.

Dicho art. 4 en relación con el art. 3.3h) de la citada norma considera que **los Equipos de Atención Primaria son elementos organizativos de carácter y estructura jerarquizados, bajo la dirección de un Coordinador Médico.**

Relacionando ambos preceptos argumenta el recurrente que en el contexto del Centro de Salud, el coordinador estaba autorizado a conocer el dato administrativo de quien era el médico de cabecera de un médico, que estaba bajo su dirección y subordinado a él invocando al efecto el art. 8 de la LO. 15/99 de Protección de datos de carácter personal ("**Datos relativos a la salud. Sin perjuicio de lo que se dispone en su art. 11 respecto de la cesión, las instituciones y los centros sanitarios públicos y privados y los profesionales correspondientes podrán proceder al tratamiento de los datos de carácter personal relativos a la salud de las personas que a ellos acudan o hayan de ser tratados en los mismos, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación estatal o autonómica sobre sanidad**"), y el art. 16.5 de Ley 41/2002, reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica ("**usos de la historia clínica: 5. El personal sanitario debidamente acreditado que ejerza funciones de inspección, evaluación, acreditación y planificación, tiene acceso a las historias clínicas en el cumplimiento de sus funciones de comprobación de la calidad de la asistencia, el respeto de los derechos del paciente o cualquier otra obligación del Centro en relación con los pacientes y usuarios o la propia Administración sanitaria**").

El motivo equivoca el planteamiento de la cuestión debatida. Una cosa es que el recurrente en su condición de coordinador pudiera estar autorizado a conocer el nombre del médico de cabecera, en el cumplimiento de las funciones a que se refiere el citado art. 16.5 y otra muy distinta es que, sin expediente incoado ni denuncia alguna, acceda a este dato de la forma en que lo hizo: introduciendo en la agenda de sus pacientes el nombre del denunciante, que no era paciente suyo, esto es, con una utilización incorrecta del programa informático de que disponía.

OCTAVO: En relación a que el Sr. Juan Carlos actuó en la creencia de que como médico y como coordinador del Centro de Salud estaba autorizado a conocer el nombre del médico de Dr. Bienvenido y por tanto, actuó sin dolo, sin que el Tribunal explique ni motive el camino argumental para declarar probado que su ánimo fue doloso (motivo quinto) es necesario recordar que los juicios de valor sobre intenciones y los elementos subjetivos del delito pertenecen a la esfera del sujeto, y salvo confesión del acusado en tal sentido, solo pueden ser perceptibles mediante juicio inductivo a partir de datos objetivos y materiales probados (STS. 22.5.2001).

En esta dirección la STS. 1003/2006 de 19.10, considera juicios de inferencia las proposiciones en que se afirma o eventualmente se niega, la concurrencia de un hecho subjetivo, es decir de un hecho de conciencia que, por su propia naturaleza no es perceptible u observable de manera inmediata o directa.

Esta conclusión - se afirma en las SSTS. 120/2008 de 27.2 y 778/2007 de 9.10, debe deducirse de datos externos y objetivos que consten en el relato fáctico y aun cuando el propio juicio de inferencia se incluya también en el relato fáctico como hecho subjetivo es revisable en casación tanto por la vía de la presunción de inocencia, art. 852 LECrim. en relación con el art. 5.4 LOPJ., como por la del art. 849.1 LECrim., por cuanto el relato de hechos probados de una sentencia es vinculante cuando expresa hechos, acontecimientos o sucesos, pero no cuando contiene juicios de inferencia, que puedan ser revisados vía recurso, siempre que se aporten elementos que pongan de relieve la falta de lógica y racionalidad del juicio, en relación con los datos objetivos acreditados (SSTS. 30.10.95, 31.5.99).

Por tanto, los juicios de valor no son hechos en sentido estricto y no son datos aprehensibles por los sentidos, si bien son revisables en casación por el cauce procesal del art. 849.1 LECrim., y ello supone que el elemento subjetivo expresado en el hecho probado pertenece a la tipicidad penal y supone una actividad lógica o juicio de inferencia porque como lo subjetivo y personal aparece escondido en los pliegues de la conciencia, puede ser inducido únicamente por datos externos, concluyentes y suficientemente probados en la causa (SSTS. 151/2005 de 27.12, 394/94 de 23.2).

Ahora bien lo que realmente se alega en el motivo es la concurrencia de un error de prohibición (creencia de que estaba el recurrente actuando lícitamente).

El error de prohibición constituye el reverso de la conciencia de la antijuridicidad como elemento constitutivo de la culpabilidad y exige que el autor de la infracción penal ignore que su conducta es contraria a Derecho o, expresado de otro modo, que actúe en la creencia de estar obrando lícitamente, como decía el texto del anterior artículo 6 bis a) en su párrafo 3º, o como del modo aún más expresivo podemos leer ahora en el mismo párrafo del vigente artículo 14 "error sobre la licitud del hecho constitutivo de la infracción penal". Sólo hay un error de esta clase cuando se cree obrar conforme a Derecho, sin que tenga nada que ver con esto el caso en que el autor del delito piense que la infracción cometida es más leve de como en realidad la sanciona la Ley Penal. Únicamente se excluye (o atenúa) la responsabilidad criminal por error de prohibición cuando se cree obrar conforme a Derecho, no cuando hay una equivocación sobre cuál sea la sanción jurídica que se puede derivar de la propia conducta.

Conviene añadir, además, que el error de prohibición no puede confundirse con el caso en que exista en el sujeto una situación de duda, como ha señalado la referida sentencia de 14 de noviembre de 1997, núm. 1141/1997. La duda es incompatible con el concepto de creencia errónea. La creencia para que sea propiamente tal ha de ser firme, es decir, sin duda al respecto (véase el Diccionario de la Real Academia de la Lengua). Hay que considerar que existe suficiente conciencia de la antijuridicidad cuando el autor duda y pese a tal duda se decide a actuar mediante la conducta delictiva. Este conocimiento eventual del injusto es un concepto paralelo al del dolo eventual: en estos casos hay culpabilidad del mismo modo que en los casos de dolo eventual hay dolo. En este sentido la STS. 698/2006 de 26.6, precisa que para excluir el error no se requiere que el agente tenga seguridad respecto de un proceder antijurídico, pues basta con que tenga bien determinante comprobar las circunstancias concurrentes, como la específica preparación y profesionalidad del sujeto y lo que le es exigible en el marco de su actuación. en el mismo sentido habrá de ponderarse si al sujeto le era imposible llevar a cabo una comprobación más eficiente de la situación fáctica concurrente, lo mismo en sentencia 181/2007 de 7.3, insistiendo en que "la duda es incompatible con el concepto de creencia errónea" o cuando "se pone en situación de ignorancia deliberada, sin querer saber aquello que puede y debe saber" (STS. 126/2007 de 5.2).

Por ello para que el error comporte la exención de la responsabilidad criminal es esencial que sea probado por quien lo alega (SSTS. 280/98 de 20.2 y 22.3.2001) y como se dice en las SS. 1171/97 de 29.9 y 302/2003 de 27.2:

a) queda excluido el error si el agente tiene normal conciencia de la antijuridicidad o al menos sospecha de lo que es un proceder contrario a Derecho (Sentencia de 29 noviembre 1994), de la misma manera y en otras palabras (Sentencia de 16 marzo 1994), que basta con que se tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad no la seguridad absoluta del proceder incorrecto; y

b) no es permisible la invocación del error en aquellas infracciones cuya ilicitud es notoriamente evidente, la STS. 11.3.96, afirma que no cabe invocarlo cuando se utilizan vías de hechos desautorizadas por el Ordenamiento Jurídico que a todo el mundo le consta están prohibidas pues su ilicitud es notoriamente evidente.

La apreciación del error de prohibición no puede basarse solamente en las declaraciones del propio sujeto (STS. 1145/2006 de 23.11), sino que precisa de otros elementos que les sirvan de apoyo y permitan sostener desde un punto de vista objetivo, la existencia del error. 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.

En el caso presente, en cuanto a la conciencia de la ilicitud el propio método utilizado para acceder al dato de la identidad del médico por un procedimiento de acceso subrepticio, cuando según el propio recurrente había otros de acceso semipúblico, revela el conocimiento de la antijuricidad de su conducta y la concurrencia del dolo en su proceder, dolo que no debe confundirse con el móvil, pues en tanto que el primero es único e inmediato, el segundo es plural y mediato (amistad, afinidad ideológica, motivos profesionales etc...) de modo que mientras no se incorpore el móvil o animo especial al tipo del injusto (animo de lucro, por ejemplo, en los delitos patrimoniales que lo exigen) no tendrá ningún poderío destipificador y solo podrá moverse en el ámbito de las atenuantes o agravantes genéricas o específicas, que se recojan (SSTS. 2.2.87, 390/97 de 25.3, 1688/99 de 1.12, 474/2005 de 17.3).

NOVENO: En cuanto a la infracción denunciada en el motivo sexto cual es que el dato personal consistente en la identidad del médico de cabecera del Dr. Bienvenido por parte del recurrente, médico del Ib-Salud y Coordinador del Centro de Salud, no es un dato protegido penalmente, es necesario realizar unas consideraciones previas, tal como precisó la STS. 1461/2001 de 11.7:

a) En principio, todos los datos personales automatizados, son "sensibles" porque la Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento de Datos Personales (LORTAD) 5/92 de 29.10 , no distingue a la hora de ofrecerles protección (veáse art. 2.1º y 3º de dicha Ley). Datos en principio, inocuos al informatizarlos, pueden ser objeto de manipulación, permitiendo la obtención de información.

No existen, por consiguiente, datos personales automatizados reservados y no reservados, por lo que debe interpretarse que todos los datos personales automatizados quedan protegidos por la comunicación punitiva del art. 197.2 CP .

b) Tampoco hacen distinción alguna, ni la Ley vigente de Protección de Datos Personales, LO. 15/99 de 13.12 , que ha sustituido a la LORTAD, ni la Directiva 95/46 de la Unión Europea , ni el Convenio del Consejo de Europa, en la propia LORTAD.

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

En consecuencia y en línea de principio, no importa la trascendencia e importancia objetiva de los datos personales y familiares. No cabe, pues, diferenciar a efectos de protección entre datos o elementos "objetivamente" relevantes para la intimidad que serian los únicos susceptibles de protección penal y datos "inocuos" cuya escasa significación los situaría directamente fuera de la intimidad penalmente protegida. En esta dirección la STS. 725/2004 de 11.6 nos dice que el art. 197. 2 CP no hace distinciones respecto del objeto de la acción que tengan fundamento en normas no penales y se refiere a "datos reservados de carácter personal o familiar" registrados en soportes informáticos, electrónicos o telemáticos de archivos o registros públicos o privados. Es decir, que el legislador ha querido alcanzar todos los datos de estas características porque, indudablemente, todos son merecedores de protección penal.

Ahora bien si debe exigirse que los datos o información pertenezcan al ámbito privado y personal o familiar del sujeto. La STS. 358/2007 de 30.4 , recordó que aunque en el segundo apartado del art. 197 se refiere a datos reservados de carácter personal o familiar, no siendo preciso que pertenezcan al núcleo duro de la privacidad, pues de ser así se aplicaría la agravación del apartado quinto del artículo 197 , si es necesario que afecten a la intimidad personal.

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

DECIMO: En el caso actual, según los hechos probados, el único dato que el acusado obtuvo con uso inadecuado del programa informático de consulta clínica, fue el relativo al nombre del médico de cabecera del también médico del mismo Centro Bienvenido , no estando debidamente acreditado que, además accediera a algún otro dato de su historia clínica.

Resulta evidente que 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 14.11 , 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, pero aunque en el Capítulo V historia clínica, en el art. 14 relativo a la definición y archivo de la historia clínica se señala que ésta comprende el conjunto de los documentos relativos a los procesos asistenciales de cada paciente, **con la identificación de los médicos** y de los demás profesionales que han intervenido en ellos, con objeto de obtener la máxima integración posible de la documentación clínica de cada paciente, al menos en el ámbito de cada Centro, lo cierto es que el art. 15 relativo al contenido de la historia clínica de cada paciente, en el apartado 2 al especificar su contenido mínimo, en los dieciséis datos que enumera no se refiere al nombre del facultativo, dato, por tanto, que aunque pudiera referirse a la intimidad personal, no puede entenderse secreto o reservado de los efectos del tipo del art. 197.2 CP ., al tener la posibilidad de acceso al mismo cualquier persona a través de las formas que la propia acusación particular señaló en su escrito de conclusiones: a través del personal administrativo de cada Centro de Salud o Punto de Atención Continuada con consulta de la hoja de datos administrativos de cada paciente; llamando al servicio de cita previa ("call center") al número 902079079 y/0 contactando con los servicios de la Tarjeta Sanitaria de la Gerencia de atención Primaria.

Consecuentemente la propia Administración Sanitaria considera que no se debe proteger como dato accesible y privado el nombre del médico de cabecera, siendo un dato totalmente inocuo dentro del historial clínico del paciente, no pudiendo equipararse el acceso al conocimiento de un dato médico como puede ser el conocimiento de una enfermedad -máxime si es psíquica- con el acceso a un dato meramente administrativo.

Siendo así no resulta aplicable la propia jurisprudencia recogida en la sentencia recurrida (SSTS. 18.2.99, 11.7.2001, 2.12.2004, 29.9.2005 y 18.11.2005), el dato del médico de cabecera no es 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, pues es un dato de conocimiento público, al menos potencial -y no inherente a la intimidad, dato administrativo al alcance de todos los empleados del Centro- y no se

trata de un dato personal secreto como "ámbito propio y reservado" frente a la acción y conocimiento de los demás (SSTC. 73/82, 57/94).

En este punto debe resaltarse como la propia sentencia (FJ. Tercero apartado III) destaca como el Dr. Jesús Manuel ha afirmado que todo el mundo en el Centro de Salud (y no ha excluido al acusado) conocía que él era el médico de cabecera del Dr. Bienvenido (afirmación que ha de ponerse en relación con otra, hecha por el propio Dr. Bienvenido, relativa en una ocasión, tuvo un proceso de baja por un cuadro banal y su médico, que era el Dr. Jesús Manuel, le extendió la baja, la cual, debió entregar al coordinador del Centro -el acusado- lo que evidenciaría que éste tuvo conocimiento de quien era su médico.

Consecuentemente, la cuestión no reviste carácter penal, y en todo caso no quiere decir, que tal conducta no puede ser objeto de acción en el ámbito administrativo sancionador, que parece el cauce procesal idóneo para solucionar este tipo de conflictos, respetando el principio de mínima intervención inherente al Estado Social y Democrático del Derecho (art. 1.1 CE.) en el que la respuesta penal constituye la "ultima ratio" del Derecho (ATS. 11.2.2009).

DECIMO: El motivo por lo razonado debe ser estimado con la consiguiente absolución del recurrente, máxime cuando -como indica en el motivo séptimo, al amparo del art. 849.1 LECrim. por aplicación indebida del art. 197.2 CP. éste artículo, en su inciso final preceptúa, según jurisprudencia de esta Sala, que el acceso a datos reservados debe hacerse en perjuicio del titular de los datos, perjuicio añadido al acceso que no se da en el presente caso.

Aun cuando la prosperabilidad del motivo precedente haría innecesario el estudio de la cuestión planteada, dado el contenido de la impugnación del Ministerio Fiscal y la jurisprudencia en cierto punto equivoca sobre este extremo, se entiende conveniente 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 los datos o de un tercero" de su inciso final.

Un sector doctrinal considera que "en perjuicio" es un elemento subjetivo del injusto, de manera que el propósito de perjudicar a otro debe presidir el apoderamiento, la utilización o modificación de los datos. El inconveniente que tiene esta postura es que aunque anticipa el momento de la intervención penal -pues la consumación ya no tiene que esperar a la efectiva producción de resultado alguno-, a la vez limita el ámbito de lo punible, pues solo los comportamientos que vayan presididos de esa particular intención resultan típicas. Por ello otro sector de opinión estima que el "en perjuicio de tercero" no debe ser interpretado como un elemento subjetivo del injusto, sino como el resultado de la conducta, causalmente añadido a la simple utilización, modificación o al apoderamiento de los datos. Esta es la línea que siguió esta Sala en la STS. 234/99 de 18.2, al matizar que parece razonable que no todos los datos reservados de carácter personal o familiar puedan ser objeto del delito contra la libertad informática, puesto que, 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 (...), 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, perjuicio que se produce siempre que se trata de un dato considerado "sensible" por ser inherente al ámbito de su intimidad más estricta.

Es cierto que esta postura ha sido objeto de críticas al limitar los datos que causan un perjuicio apreciable a los datos "sensibles", los de mayor relevancia para la intimidad y ha sido matizada en otras posteriores, como la 1461/2001 de 11.7, que a la pregunta de si la expresión de tercero debe interpretarse como un plus en la lesión del bien jurídico protegido, entendió que existían argumentos para responder negativamente:

a) Si el ámbito de la intimidad protegida se restringe mucho, 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 art. 197.5 , lo que conllevaría la inaplicación del art. 197.2 .

b) De la sentencia 18.2.99 , parece colegirse que ese posible mayor perjuicio proviene y se traduce en el desvelamiento de un dato personal o familiar, exclusivamente.

c) La conducta se consuma, sin necesidad de que un ulterior perjuicio se produzca como textualmente exprese las tantas veces referida sentencia de esta Sala.

d) Derivada de la anterior afirmación hemos de entender que sí el perjuicio se materializa habría que acudir a un concurso medial de infracciones penales.

e) El precepto analizado tutela o protege exclusivamente la intimidad y no contempla con tal previsión penal la lesión de otros bienes jurídicos. En realidad se trata de poner freno a los abusos informáticos contra la intimidad, es decir, contra aquellas manifestaciones de la personalidad individual o familiar cuyo conocimiento queda reservado a su titular.

f) En una interpretación sistemática, si quisiéramos establecer una simetría con las descripciones típicas contenidas en el art. 197.1 y referidas al aspecto subjetivo del tipo, advertiríamos que en esta figura delictiva, la acción típica se dirige "a descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro", que en cierto modo estaría sustituida por la frase "en perjuicio de otro", contenida en el tipo penal previsto en el art. 197.2, habida cuenta de que ambas infracciones penales, tratan de proteger idénticos bienes jurídicos.

g) Asimismo la STS. 123/2009 de 3.2 -citada por el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación al recurso- al analizar el hecho del "acceso" que se ubica en la modalidad básica del art. 197.2, indica que ésta modalidad básica incluye, a su vez, tres figuras diversas: 1ª apoderamiento, utilización o modificación de datos; 2ª el mero acceso, y 3ª la alteración o utilización.

h) Pues bien, por difícil que resulta comprenderlo, las modalidades 1ª y 2ª exigen que el sujeto actúe en perjuicio de tercero, la 3ª que se haga en perjuicio de tercero o del titular del dato, y lo que aquí es relevante, en la 2ª no se exige perjuicio alguno...

Baste advertir que el supuesto típico imputado -mero acceso-, es decir la modalidad 2ª, no exige tal perjuicio de tercero. El perjuicio de tercero es presupuesto de las otras modalidades típicas del apartado 2º del art. 197 CP . constituido por la conducta de "apoderarse, utiliza o modificar" y la de "alterar o utilizar" los datos a los que nos venimos refiriendo. Es decir reservados y de carácter personal o familiar existente en los ficheros o archivos allí indicados.

Pero cuando la conducta típica es la descrita en la primera parte del inciso segundo del mismo apartado 2º del citado art. 197 CP . es decir el acceso a los datos por cualquier medio, no exige el perjuicio del tercero.

Pues bien creemos que es necesario realizar una interpretación integradora en el sentido de que como en el inciso primero, se castigan idénticos comportamientos objetivos que el inciso 2º (apodere, utilice, modifique) no tendría sentido de 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 solución sería -partiendo de que en el termino "tercero" debe incluirse el afectado, en su intimidad, sujeto pasivo, al que esencialmente se refiere el tipo- entender que los apoderamientos, accesos, utilizaciones o modificaciones de datos de carácter personal, realizadas en perjuicio de tercero se incluirían en el inciso inicial del art. 197.2, y en cambio, en el inciso segundo deberían ser subsumidas las conductas de acceso en perjuicio del titular de los datos.

Y en cuanto a la distinción entre datos "sensibles" y los que no lo son, debe hacerse en el sentido de 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 y en el caso presente, no se ha acreditado -ni se ha articulado prueba en este sentido- de que el acceso por parte del recurrente al nombre del médico cabecera -dato administrativo, y en principio, inocuo- del Dr. Bienvenido haya ocasionado perjuicio a éste como titular de al dato.

UNDECIMO: Estimándose el recurso las costas se declaran de oficio.

III. FALLO

Que con **estimación de los motivos sexto y séptimo por infracción de Ley**, debemos **declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación**, interpuesto por **Juan Carlos**, contra sentencia de 11 de febrero de 2009, dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Primera, en causa seguida por delito continuado de acceso a datos reservados de carácter personal, y en su virtud CASAMOS y ANULAMOS referida resolución dictando nueva sentencia, más conforme a derecho, con declaración de oficio de las costas del recurso.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos **D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar D. Jose Ramon Soriano SorianoD. Miguel Colmenero Menendez de Luarda D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la TorreD. Diego Ramos Gancedo**

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Diciembre de dos mil nueve

En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Manacor, y fallada posteriormente por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca; y que fue seguida por un delito continuado de acceso a datos reservados de carácter personal, contra Juan Carlos, con DNI. NUM000, mayor de edad, nacido el día 9.2.53, sin antecedentes penales, no privado de libertad por esta causa; la Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, hace constar los siguientes:

I. ANTECEDENTES

Se aceptan los de la sentencia recurrida incluidos los hechos probados.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.-Tal como se ha razonado en los Fundamentos Juridicos sexto, noveno, decimo y undecimo de la sentencia precedente, los hechos probados no constituyen el delito del art. 197.2 CP.

III. FALLO

Que debemos absolver y absolvemos al acusado Juan Carlos del delito continuado de acceso a datos reservados de carácter personal por el que viene siendo condenado, declarando de oficio las costas.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos **D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar D. Jose Ramon Soriano SorianoD. Miguel Colmenero Menendez de Luarda D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la TorreD. Diego Ramos Gancedo**

PUBLICACIÓN

.- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.