



Roj: **STSJ AS 2460/2021 - ECLI:ES:TSJAS:2021:2460**

Id Cendoj: **33044310012021100040**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **06/10/2021**

Nº de Recurso: **39/2021**

Nº de Resolución: **43/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Juicio penal**

Ponente: **JESUS MARIA CHAMORRO GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.J.ASTURIAS SALA CIV/PE**

**OVIEDO**

**SENTENCIA: 00043/2021**

-

Domicilio: C/SAN JUAN, S/N- OVIEDO

Telf: 985988411 Fax: 985201041

Correo electrónico:

Equipo/usuario: MHG

**Modelo:** N91190

**N.I.G.:** 33004 41 2 2019 0001680

**ROLLO:** RPL APELACION RESOLUCIONES DEL ART.846 TER LECRIM 0000039 /2021

Juzgado procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION SEGUNDA de OVIEDO

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000018 /2020

RECURRENTE: Enma , Erasmo

Procurador/a: MARTA MARIA ARIJA DOMINGUEZ, JOSE LUIS LOPEZ GONZALEZ

Abogado/a: MARIA JOSEFA GARCIA TAMARGO, ROCIO SOLIS LOPEZ

RECURRIDO/A: MINISTERIO FISCAL, Enma , Erasmo

Procurador/a: MARTA MARIA ARIJA DOMINGUEZ , JOSE LUIS LOPEZ GONZALEZ

Abogado/a: MARIA JOSEFA GARCIA TAMARGO , ROCIO SOLIS LOPEZ

**SENTENCIA N° 43/21**

**EXCMO. SR. PRESIDENTE**

**D. JESÚS MÁRIA CHAMORRO GONZÁLEZ**

**ILTMOS. SRES. MAGISTRADOS**

**D. IGNACIO VIDAU ARGÜELLES**

**D. JOSÉ IGNACIO PÉREZ VILLAMIL**

En OVIEDO, a seis de octubre de dos mil veintiuno.



Visto por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, los Recursos de Apelación interpuestos por la Procuradora de los Tribunales Dña. Marta María Arija Domínguez, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Enma y por el Procurador D. José Luis López González, en nombre y representación de D. Erasmo, contra la sentencia nº 166/2021, dictada por la Audiencia Provincial de Asturias, Sección Segunda de Oviedo, en la causa Procedimiento Abreviado nº 50/2019 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 7 de Avilés, que dio lugar al Rollo de la referida Sección Nº 18/2020 formando Sala en sede penal, los Magistrados de la misma han pronunciado en nombre del Rey, la siguiente:

## SENTENCIA

Ha sido Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. JESÚS MARÍA CHAMORRO GONZÁLEZ, por quien se expresa el parecer de la Sala.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La Audiencia Provincial Sección Segunda, dictó con fecha 13/05/21 la sentencia 166/21, cuyos hechos probados dicen textualmente:

"" Se declaran HECHOS PROBADOS, los que a continuación se relacionan:

*La acusada Enma quien por su condición de subinspectora del Cuerpo Sanitario de la Inspección médica del Área III (Avilés) del Servicio de Salud de Principado de Asturias, tenía acceso a diferentes programas informáticos de trabajo tales como Womi, Sagitario y Millennium, que le permitían acceder a datos médicos de todos los usuarios de dicho servicio residentes en Asturias, los utilizó, sin consentimiento ni conocimiento de Erasmo, médico de profesión, dependiente de la inspección sanitaria del Área IV, correspondiente a Oviedo, de quien se encontraba divorciada desde el 21 de febrero de 2012, para obtener información acerca de su salud, habiendo realizado las siguientes consultas:*

*El día 22 de junio de 2017, a las 15:54 horas, utilizando el ordenador de la subinspectora del Area III, Sacramento y sus claves de usuario y contraseña, a través del programa Womi.*

*El día 16 de enero de 2019, a las 11:44:49 horas a través del programa Sagitario, desde su propio ordenador.*

*El día 26 de febrero de 2019, en tres ocasiones, desde su propio ordenador, a las 9:14:08 a través del programa Womi; a las 9:16 a través del programa Sagitario, y a las 11:32:12 a través del programa Millennium, habiendo permanecido en esta página hasta las 11:35:45 horas.*

*Y el día 1 de marzo de 2019 desde el ordenador de la Subinspectora Sacramento a las 9:02:10 horas a través del programa Sagitario.*

*Se desconoce el tipo de información que Enma obtuvo como consecuencia de las consultas informáticas realizadas a través de los programas Womi y Sagitario, por cuanto en esas fechas Erasmo no se encontraba en situación de ILT y por tanto no tenía ningún expediente abierto, pero la consulta efectuada a través del programa Millennium lo fue en su historia clínica y además la duración le permitió tener conocimiento de los datos tanto personales como de su salud que allí estaban recogidos.*

*Con fecha 23 de febrero de 2019 Erasmo remitió un correo electrónico a su hija común, Verónica, que por aquel entonces contaba con 19 años de edad, con quien no mantenía relación desde que esta había alcanzado la mayoría de edad, en el que le decía: "Querida hija, comunicarte que me he realizado una analítica y hay valores alterados que sugieren la posibilidad de un carcinoma. He acudido a mi médico y ya hemos planificado el estudio a seguir. Hoy sigo en la cama con algo de fiebre es estos últimos días pero parece que esta ha desaparecido. Por mi parte estoy tranquilo. Besos, tu padre", sin obtener respuesta alguna por su parte. Verónica acude desde el 30 de abril de 2019 al Centro de Psicología Clínica de la psicóloga clínica Lucía Huskin Camino donde recibe tratamiento por diversos síntomas ansiosos-depresivos."*

El fallo dice textualmente:

**"FALLAMOS** : Que debemos condenar a Enma como responsable en concepto de autora de un delito de descubrimiento y revelación de secretos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de dos años, seis meses y un día de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de veintidós meses, con cuota diaria de seis euros, con responsabilidad personal de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas y la inhabilitación absoluta, con el contenido del art. 41 del Código Penal, por seis años. A que en concepto de responsabilidad civil indemnice a Erasmo en 3.000 euros y al pago de las costas judiciales causadas con inclusión de 1/4 de las devengadas por la acusación particular.



*Y absolverla del resto de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos imputados por la acusación particular, declarando de oficio el resto de las costas judiciales causadas.*

*Así por esta nuestra sentencia, frente a la que puede interponerse recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Asturias en el plazo de los diez días siguientes a aquel a la última notificación de la sentencia, lo pronunciamos, mandamos"*

**SEGUNDO.** - Contra dicha resolución interpuso recurso de apelación la representación de Dña. Enma y la representación procesal de D. Erasmo, en base a los motivos que en los correspondientes escritos se indican y que serán objeto del fondo del recurso.

**TERCERO.** - En el trámite del artículo 790.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Ministerio Fiscal solicitó la confirmación de la sentencia apelada y las representación procesal de Enma presentó escrito de impugnación contra el recurso presentado por la representación de D. Erasmo y a su vez éste impugna el recurso presentado por la representación de Agueda.

**CUARTO.** - Recibidos los autos en esta Sala, se formó el correspondiente rollo y conformada la Sala y designado Magistrado Ponente conforme a las normas de reparto, señalándose para su deliberación, votación y fallo el día 5 de octubre de 2020 al no estimarse necesaria la celebración de la vista.

## HECHOS PROBADOS

Se admiten y se dan por reproducidos los hechos declarados probados de la sentencia apelada

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** - El día de 13 de mayo de 2021, la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Asturias dictó sentencia por la que se condenaba a Dª Enma como autora responsable de un delito de descubrimiento de revelación de secretos.

Contra esta sentencia se interpone recurso por la Procuradora de los Tribunales Sra. Arija Domínguez en nombre y representación de la Sra. Enma, invocando como motivos impugnatorios los siguientes. En primer lugar, la vulneración del principio *indubio pro reo*, con la consiguiente infracción de la presunción de inocencia constitucionalmente recogida y ello por cuanto no considera que existiera una prueba plena de que fue la condenada quien cometió los hechos declarados probados. A su vez invocaba error en la valoración de la prueba, pues, a su juicio, no existía una prueba determinante y convincente que acreditara la certeza de que los hechos imputados se produjeran como relata la sentencia. Invocaba también la vulneración del art. 197 del Código Penal, pues consideraba que faltaba un elemento determinante del tipo como es un perjuicio para terceros. Además entendía que se vulneraba el principio de intervención mínima propio del derecho penal, pues no había una intensidad suficiente en el ataque a los datos personales de D. Erasmo que justificara la condena penal. Finalmente invocaba el art. 20.5 del Código Penal y concretamente el estado de necesidad, habida cuenta de la situación derivada en el entorno familiar con las circunstancias concurrentes.

A su vez se interpuso recurso por el Sr. Erasmo, representado por el Procurador de los Tribunales Sr. López González, invocando como motivos impugnatorios la infracción del art. 197 del Código Penal al entender que habiendo habido varios intentos de acceso a sus datos personales a través de distintos mecanismos digitales, en concreto, seis, la condena por solo uno de ellos, dejaba impune los otros cinco, que habían sido in consentidos vulnerando en todo caso su derecho a la intimidad. Alegaba además que la sentencia apelada había cometido un error en la apreciación de la prueba, ya que de la prueba practicada se desprendía claramente la existencia de otros cinco accesos in consentidos a sus datos personales. Todo lo anterior debería de llevar a su juicio a revocar la sentencia dictada con la condena a la Sra. Enma por otros tres delitos de revelación de secretos en relación a los realizados los días 22 de julio de 2017, 16 de enero de 2019 y 1 de marzo de 2019, considerando los tres accesos del día 26 de febrero de 2019 como constitutivos de un solo delito continuado.

A los anteriores escritos de recurso se opusieron tanto el Sr. Erasmo, con la misma representación procesal al recurso de la Sra. Enma, como la Sra. Enma con su misma representación procesal al recurso del Sr. Erasmo.

Por su parte el Ministerio Fiscal también se opuso a ambos recursos solicitando la confirmación de la sentencia dictada, al entender que había un solo propósito y un único fin en los accesos a los datos personales del Sr. Erasmo por parte de la Sra. Enma, cuya intención no era si no averiguar su estado de salud y su situación de alta o baja laboral. Además consideraba que existía prueba anterior suficiente, que además fue correctamente



valorada para determinar la autoría de los hechos, en la forma fijada por la sentencia apelada. Tampoco consideraba que se dieran los requisitos para la concurrencia de estado de necesidad.

**SEGUNDO.-** Por razones de orden lógico vamos a ocuparnos, en primer lugar, del motivo impugnatorio contenido en el escrito articulado por la representación de la Sra. Enma y en el que invoca la infracción del art. 197 del Código Penal.

Efectivamente el art. 197.2 del Código Penal, dentro del Título X que lleva por rúbrica "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio", Capítulo I, rubricado "Del descubrimiento y revelación de secretos", establece que cometerá tal delito el 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.

La comisión de este delito requiere que se den todos los elementos del tipo y entre ellos que el tratamiento de los datos de carácter personal se realicen en perjuicio de un tercero. La concurrencia de este elemento del tipo ha dado lugar a reiterada jurisprudencia, habiendo destacarse en este sentido, la sentencia dictada por esta misma Sala con fecha 23 de abril de 2020, recurso de apelación 7/2020. En esta sentencia esta Sala trataba de interpretar el citado artículo del Código Penal y más en concreto ese elemento del tipo, en un caso similar al enjuiciado en el que había habido un acceso a los datos de una historia clínica.

Esta Sala señalaba que "es cierto que, desde una visión amplia, todo dato que se extrae de una "historia clínica" tiene relación con la salud de la persona a la que pertenece, pero en el ámbito penal debemos, además, considerar si la conducta enjuiciada ha producido un menoscabo sustancial en el bien jurídico tutelado por el tipo recogido en el artículo 197.2 del Código Penal, que, conforme a la doctrina jurisprudencial citada, es la privacidad o autodeterminación informática proyectada sobre los datos personales, a que se refiere el artículo 18.4 de la Constitución.

En este contexto resulta ilustrativa la STS de 17 de junio de 2019, que hace un minucioso estudio de la jurisprudencia con la finalidad de discriminar aquellos supuestos que fueron objeto de condena penal respecto de los que la sentencia fue absolutoria. El matiz fue, en todos los casos analizados, si se produjo o no "una fundada y grave afectación del bien jurídico protegido". Las condenas siempre constataron en el caso enjuiciado "una intrínseca gravedad" de los supuestos a los que enfrentaban. Mientras que las absoluciones entendían que "no había menoscabo sustancial del bien jurídico tutelado". Ello impide ampliar el ámbito del tipo de forma desmesurada, sancionando gravemente conductas inocuas, que deben de quedar al margen del derecho penal".

La sentencia del Tribunal Supremo que se cita en la de esta Sala incide en que el mero acceso no integraría el delito, salvo que se acreditara perjuicio para el titular de los datos, por lo que es preciso asegurar la concurrencia de esta circunstancia.

Por tanto, decimos ahora que efectivamente el perjuicio para un tercero, en este caso para el titular del derecho a la intimidad vulnerado por el acceso a sus datos clínicos personales, es un elemento ineludible para poder considerar que se ha producido un hecho típico y punible. El reproche penal exige ese elemento, pues no debe olvidarse que también la legislación sectorial administrativa de protección de datos permite reprobar aquellos hechos que sin ser constitutivos de delito afecten a la protección de los datos personales.

En el caso que aquí se decide y de los hechos probados se deduce que el acceso se produjo para conocer el estado de salud de quien había sido esposo de la recurrente y ello a raíz de que tres días antes del acceso, que se produjo el 26 de febrero de 2019, en concreto el día 23 de ese mismo día, mes y año, la hija de la recurrente y del titular de la historia clínica recibió un correo electrónico de su padre en que sugería la posibilidad de padecer un carcinoma siendo así, que ya estaba recibiendo un tratamiento médico y se estaba planificando un diagnóstico certero y un tratamiento. Como señala el relato de hechos probados, eso empujó a la recurrente a realizar la consulta de la historia clínica, desconociéndose en todo caso que se haya realizado un tratamiento distinto más allá del acceso a estos datos.

Para esta Sala esta concreta circunstancia nos impide afirmar con la rotundidad necesaria que concurra el requisito del perjuicio de tercero, no acreditado en este caso y que excluye en consecuencia la existencia de delito, aún el carácter sensible de los datos de carácter personal que afectan a la salud de las personas.

En conclusión, procede estimar este motivo impugnatorio al existir un error de tipificación que nos lleva derechamente a estimar el recurso interpuesto por la Sra. Enma absolviéndola del delito por el que había sido condenada en la sentencia apelada. La estimación de este motivo impugnatorio hace ocioso el analizar y valorar el resto de los motivos impugnatorios articulados por su representación procesal. La misma razón nos evita analizar el escrito de recurso articulado por la representación procesal del Sr. Erasmo, por los mismos



motivos expuestos, que nos llevan a entender que ni ha sido delito el acceso por el que fue condenada, ni por supuesto los otros por los que el escrito de recurso al que ahora referimos pretende extender la condena.

El anterior pronunciamiento en este proceso penal, debe llevar aparejado que se deduzca el correspondiente testimonio de particulares para su remisión a la Agencia Española de Protección de Datos, a los efectos que en derecho proceda.

**TERCERO.**- Respecto a las costas, no procede hacer imposición de las mismas a ninguna de las partes, atendido lo prescrito en el artículo 239 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Vistos los textos legales citados y demás de general aplicación,

#### **FALLAMOS:**

QUE ESTIMAMOS EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LA PROCURADORA DE LOS TRIBUNALES DOÑA MARTA MARÍA ARIJA DOMÍNGUEZ, EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE D<sup>a</sup> Enma Y DESESTIMAMOS EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR EL PROCURADOR D. JOSÉ LUIS LÓPEZ GONZÁLEZ, EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE D. Erasmo , INTERPUESTOS CONTRA LA SENTENCIA DICTADA POR LA SECCIÓN SEGUNDA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ASTURIAS, CON FECHA 13 DE MAYO DE 2021 EN EL ROLLO DE APELACIÓN 18/20, Y EN CONSECUENCIA REVOCAMOS DICHA SENTENCIA, CUYA PARTE DISPOSITIVA SE MODIFICA POR LOS SIGUIENTES PRONUNCIAMIENTOS:

- a) QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS A LA ACUSADA DEL DELITO DE DESCUBRIMIENTO DE RELEVACIÓN DE SECRETOS POR EL QUE FUE CONDENADA POR LA SENTENCIA DE LA INSTANCIA.
- b) QUE DEJAMOS SIN EFECTO LOS PRONUNCIAMIENTOS RELATIVOS A LA RESPONSABILIDAD CIVIL ALLÍ CONTENIDOS.
- c) NO HACER IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS EN ESTA INSTANCIA.
- d) DEDUCIR EL CORRESPONDIENTE TESTIMONIO DE PARTICULARES PARA SU REMISIÓN A LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, A LOS EFECTOS QUE EN DERECHO PROCEDA.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación en los supuestos previstos en el artículo 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que ha de prepararse mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, presentado ante este Tribunal dentro de los cinco días siguientes a la última notificación.

Dedúzcase testimonio de esta resolución y, una vez firme remítase, en unión de los autos originales, al Tribunal de procedencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.