



APM 3.9.

Publicación digital. - Asociación Profesional de la Magistratura

JULIÁN GARCÍA MARCOS

PAÍS VASCO

EL PERJUICIO COMO ELEMENTO NUCLEAR DEL ARTÍCULO 197.2. DEL CÓDIGO PENAL

La Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo nº 412/2020 de 20 de Julio (Ponente: Andrés Palomo del Arco) califica el artículo 197 de nuestro Código Penal como un auténtico galimatías de *"diabólica, atormentada e inacabable redacción"*.

Dicho artículo contiene, de hecho, una amalgama casi infinita de conductas que no siempre encajan con la rúbrica del Capítulo a que el artículo pertenece, **"Del descubrimiento y revelación de secretos"**.

Sus dos primeros apartados, además, tal como esa misma Sentencia reconoce, no constituyen compartimentos estancos sino que algunos de los comportamientos que describen son susceptibles de encajar, al mismo tiempo, en su bizarra sucesión de tipos punibles.

Ambos artículos *"mantienen"*, dice esta resolución, *"una zona de confluencia, especialmente en relación con las conductas de apoderamiento documental y apoderamiento de datos e incluso con el mero acceso"*.

El apoderamiento de los *"mensajes de correo electrónico"*, por ejemplo, si bien no plantea problemas cuando dicho mensaje se encuentra ya impreso (fuera del sistema) puede implicar la entrada en juego de ambos apartados cuando alguien procede a la apertura un mensaje de correo electrónico cuyo destinatario aún no lo ha leído, ya

sea en el mismo terminal que dicho destinatario utiliza o en otro distinto.

Resulta ciertamente complicado, por otro lado, entrar a definir los criterios que han de tenerse en cuenta para determinar lo que se ha de entender por "*los secretos o (...) la intimidad de otro*".

En este sentido, ¿la protección del bien jurídico que el tipo penal ampara ha de estar asociado a la expectativa razonable de privacidad o ha de protegerse la intimidad y los datos sensibles con independencia de cuál sea la conducta del sujeto perjudicado por la conducta típica?

Y centrándonos en el artículo 197.2 del Código Penal, ¿qué conductas castiga?; ¿Qué debe entenderse por "*en perjuicio del titular de los datos o de un tercero*"?; ¿Es el perjuicio un elemento común a todas las conductas descritas en el tipo?

La Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo nº 412/2020 de 20 de Julio, toma como referencia "*la posición subjetiva del autor en relación con los datos*" para diferenciar los comportamientos descritos en el artículo 197.2 del Código Penal.

De esta manera,

1.- Si el sujeto activo del delito está autorizado para operar en el sistema, en los ficheros o en los soportes en cuyo seno se apodere, utilice o modifique los datos (obviamente, excediéndose de las facultades que tiene concedidas, a este respecto) estaríamos en el primer inciso del artículo 197.2 del Código Penal

2.- Si el sujeto activo del delito es un "extraneus" a dicho sistema, fichero o soporte estaríamos en presencia del segundo de los incisos del tipo, el cual castiga al que acceda a los datos registrados en dichos sistemas o ficheros o se apodere de ellos o los utilice.

La primera cuestión que cabe plantearse a este respecto es si este perjuicio del titular de los datos o de un tercero lo es, exclusivamente, en relación con el apoderamiento o utilización que de los datos haga el "extraneus" (como parece deducirse del tenor literal) o, *contrario sensu*, es predicable también del acceso.

El Tribunal Supremo en su Sentencia nº 312/2019 de 17 de Junio (Ponente: Francisco Monterde Ferrer) zanja, de plano, este debate cuando dice que *"pese a que desde una interpretación gramatical pudiera entenderse que la exigencia de perjuicio no cubre a la modalidad típica del acceso (...) sí es exigible el perjuicio desde una interpretación integradora del tipo penal, pues no tendría sentido que se exigiera el perjuicio para los comportamientos delictivos consistentes en apoderarse, utilizar y modificar, y no se exigiera para el acceso, cuando las anteriores conductas típicas requieren el acceso para su realización"*.

La segunda de las incógnitas que este elemento del tipo plantea es si el perjuicio a que se refiere lo es, exclusivamente, económico o cabe entender perjudicado al titular de los datos aunque no sufra un daño económicamente valuable.

La Sentencia del Tribunal Supremo nº 312/2019 de 17 de Junio antes citada es también tajante, en este sentido, ya que dice que la *"expresión del perjuicio no supone que el delito incorpore una finalidad económica"*.

Si los hechos se cometen con fines lucrativos se impondrán las penas en su mitad superior, conforme a apartado 6º del artículo 197.

Y teniendo en cuenta la ubicación sistemática del precepto y los bienes jurídicos protegidos por este tipo de conductas *"el perjuicio se refiere al peligro de que los datos albergados en las bases de datos protegidas puedan llegar a ser conocidos por personas no autorizadas"*.

La cuestión de la gravedad de la conducta, la entidad del perjuicio y la necesidad de individualizar el daño causado a los efectos de tener por cumplidos los requisitos del tipo ha sido uno de los "caballos de batalla" de nuestra Jurisprudencia en los últimos años.

1.-La Sentencia del Tribunal Supremo nº 392/2020 de 15 de Julio (Ponente: Carmen Lamela) explica que *"la gravedad de las penas asociadas al artículo 197.2 del Código Penal son bien expresivas de la necesidad de una fundada y grave afectación del bien jurídico protegido"* siendo que **"el mero acceso no integraría delito, salvo que se acreditara perjuicio para el titular de los datos o que este fuera ínsito, por la naturaleza de los descubiertos, como es el caso de los datos sensibles"**.

Tomando dicha Sentencia como punto de partida nos encontramos con toda una sucesión de resoluciones que gravitan en torno a la interpretación que de estos conceptos se efectúa¹.

2.- En la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias nº 43/2021 de 16 de octubre (Ponente: Jesús María Chamorro) se consideró que el acceso por parte de una Subinspectora del Cuerpo de Inspección Médico al Historial Clínico de su marido, de quien se estaba divorciando, no encajaba en el tipo del artículo 197.2 del Código Penal pues, aunque fuera cierto que, *"desde una visión amplia, todo dato que se extrae de una "historia clínica" tiene relación con la salud de la persona"* en el caso concreto *"el acceso se produjo para conocer el estado de salud"* de aquel de quien la condenada se estaba divorciando pero no se efectuó tratamiento alguno con los datos a los que se accedió lo que, para la Sala, *"impide afirmar con la rotundidad necesaria que concurra el requisito del perjuicio de tercero"*.

Esta sentencia, entendemos, toma como referencia la **Sentencia del Tribunal Supremo nº 312/2019 de 19 de Junio (Ponente: Francisco Monterde Ferrer)** en la que, tras un exhaustivo análisis de la

¹ Cabe destacar, a estos efectos, las Sentencias del Tribunal Supremo nº 40/2016 de 3 de Febrero, nº 588/2016 de 4 de Julio, nº 557/2017 de 13 de julio, nº 803/2017 de 11 de diciembre, nº 379/2018 de 23 de Julio, nº 319/2018 de 29 de junio o nº 221/2019 de 21 de abril.

evolución jurisprudencial al respecto de este elemento (con referencia a Sentencias ya mencionadas en este artículo) concluye, en un supuesto de acceso, por parte de un profesional médico, a los resultados de una prueba diagnóstica y un parte de primera asistencia que se había extendido a la perjudicada (con quien el acusado tenía un pleito pendiente) que *"la conducta de autos no identifica el perjuicio alegado por la parte recurrente"* y que, además, que *"no ha quedado acreditado que fruto de los accesos a la historia clínica informatizada de atención primaria (...) , hubiera tenido conocimiento de datos nuevos y distintos a los referenciados de salud, personal, familiar, o de otra índole, relativos a"* la perjudicada.

3.- -En cambio, en el caso de la **Sentencia del Tribunal Supremo nº 250/2021 de 17 de marzo (Ponente: Eduardo de Porres Ortiz de Urbina)** se condena a una enfermera que había accedido al Historial Clínico de otra sanitaria y sus dos hijos, sin motivo aparente alguno.

En esta resolución se dice que el perjuicio a que hace referencia el tipo puede configurarse desde un doble punto de vista: por un lado, es posible que el acceso *"por las circunstancias concretas (...) produzca un perjuicio concreto al titular o a un tercero, cuestión circunstancial que ha de analizarse caso por caso"*; por otro lado, *"el perjuicio puede venir por la propia relevancia del dato afectado y es aquí donde tiene incidencia la distinción entre datos sensibles y datos no sensibles. El perjuicio está ínsito en la conducta de simple acceso no autorizado cuando se produce sobre datos sensibles"*.

Y se concluye² *"tratándose de datos albergados en ficheros de salud, ese perjuicio aparece ínsito en la conducta de acceso"*.

4.- La **Sentencia del Tribunal Supremo nº 260/2021 de 22 de marzo (Ponente: Colmenero Menéndez de Luarca)** absuelve a un Agente de la Policía Nacional que, valiéndose de su condición de tal, había realizado una consulta de Antecedentes Penales de un tercero y había verificado si el afectado era titular de algún vehículo.

² En la misma línea de una previa Sentencia del propio Tribunal Supremo, la nº 178/2021 de 1 de marzo en la que se enjuició un caso muy similar en el que una profesional sanitaria entró en una historia clínica sin autorización y, como aquí, por curiosidad, y se tuvo conocimiento de ese acceso por una conversación posterior que dio lugar a la formulación de la denuncia.

Y lo hace porque, por un lado, ese tercero carecía de antecedentes penales y, por otro lado, porque los datos relativos a la titularidad de vehículos podían obtenerse a partir de otras Bases de datos.

Subraya esta Sentencia, en primer lugar, que *"el tipo penal exige el acceso a un dato, pues lo que el precepto sanciona no es el acceso no autorizado al fichero, sino el acceso no autorizado al dato"*.

Y añade que, aunque el acceso a un fichero vacío sirviera para constatar una realidad buscada, sólo sería penalmente relevante si afectara a datos especialmente sensibles.

Y, en segundo lugar, especifica la Sentencia, que ha de limitarse *"la denominación de datos sensibles a los que dan lugar a la agravación prevista en el apartado 5 del artículo 197, es decir, los relativos a ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual³"*.

Respecto a los demás casos de datos personales *"el perjuicio pretendido debe justificarse suficientemente, esto es, debe acreditarse una consecuencia negativa que suponga algo más que el efecto propio del mero acceso o cualquier otra acción típica"*.

5.- En un sentido similar se pronuncia la interesante **Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 30 de noviembre de 2022** en donde se juzgaba a un Policía Nacional que, facilitando su contraseña y clave para el acceso a la aplicación SIDENPOL había accedido al contenido de un atestado.

Se dice, en dicha Sentencia, que, aunque el Agente ha reconocido los hechos, no consta acceso a dato alguno que permitiera valorar el alcance y trascendencia de la conducta descrita y que, en puridad, no cabe presumir que se haya causado perjuicio a tercero.

³ En el artículo 9 de Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, se consideran una categoría especial de datos los relativos a ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, creencias u origen racial o étnico y en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos se refiere a datos sensibles como los que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física, justificando por ello una protección especial.

No puede, en consecuencia, aplicarse lo dispuesto en los artículos 197 y 198 del Código Penal.

Entiende, no obstante, la Audiencia Provincial de Valencia que los HECHOS PROBADOS encajan en el artículo 417 del Código Penal que, aún no habiendo sido objeto de expresa acusación, es homogéneo al apreciado y mucho más favorable que el delito que había sido objeto de acusación.

6.- La Sentencia del Tribunal Supremo nº 744/2022 de 21 de julio (Ponente: Pablo Llarena Conde) expone la necesidad de que toda sentencia recoja *"la información que obtiene el sujeto activo cuando accede a una base de datos de carácter personal, así como detallar cuáles han sido las consecuencias perjudiciales que se han derivado de ese conocimiento si se ha obtenido información que no tiene la consideración de sensible"*.

En la Sentencia, que absuelve a un Agente de la Guardia Civil que, valiéndose de su cargo, había accedido a varias bases de datos con el fin de obtener información personal de su expareja, nada se indica sobre lo que el acusado encontró en tales bases o sobre lo que podía estar anotado y realmente no lo estaba.

Esta interpretación restrictiva resulta coherente con el sentido que al tipo, en concreto, atribuye la **Sentencia del Tribunal Supremo nº 974/2022, de 17 de marzo (Ponente: Javier Hernandez)** que en un supuesto, eso sí, diverso a los que aquí estamos analizando, consistente en la difusión por parte del acusado de información que había obtenido de la víctima en conversaciones privadas, deja entrever que el artículo 197 *"no protege cualquier afectación del derecho a la privacidad"* y que *"la protección penal solo se activa frente a específicos modos de lesión mediante los que un tercero no autorizado accede al dato divulgado por alguna de las fórmulas prohibidas precisadas en el tipo"*. Y concluye que *"respecto a los actos entre individuos que revistan menos (...) la obligación del Estado (...) de poner en marcha y aplicar un marco jurídico adaptado que ofrezca protección no implica siempre que se adopten leyes penales eficaces para los diferentes actos que se puedan dar. El marco jurídico también*

puede consistir en mecanismos dentro del ordenamiento civil que proporcionen la suficiente protección"

En resumen, aun no siendo, en absoluto, una cuestión sencilla sujeta, incluso en la actualidad, a cambios profundos de enfoque lo cierto es que parece ya asentado en nuestra Jurisprudencia que el elemento del "perjuicio" resulta exigible a toda conducta descrita en el artículo 197.2 del Código Penal y que sólo cabe presumir que existe dicho perjuicio en caso de que, efectivamente, se produzca el acceso a un dato de los que el Tribunal Supremo considera sensibles (*los relativos a ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual*) siendo en los casos restantes necesario que el perjuicio sea objeto de cumplida prueba sin que, en todo caso, sea preciso vincular dicho perjuicio a circunstancias económicas o daños somáticos.