



Roj: **STS 2101/2024 - ECLI:ES:TS:2024:2101**

Id Cendoj: **28079120012024100320**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/04/2024**

Nº de Recurso: **1252/2022**

Nº de Resolución: **317/2024**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PABLO LLARENA CONDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 317/2024

Fecha de sentencia: 16/04/2024

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1252/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 12/03/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Procedencia: Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sección Apelación Penal

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

Transcrito por: crc

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1252/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 317/2024

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D.^a Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 16 de abril de 2024.



Esta Sala ha visto el recurso de casación 1252/2022 interpuesto por Sacramento , representada por el procurador don Miguel Ángel Castillo Sánchez, bajo la dirección letrada de don Javier Carlos Villalta Gutiérrez, contra la sentencia dictada el 26 de enero de 2022 por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Civil y Penal, en el Rollo de Apelación 204/2021, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por la ahora recurrente y confirmó la sentencia dictada el 21 de abril de 2021 por la Audiencia Provincial de Granada, Sección Segunda, en el Procedimiento Abreviado 35/2019, que condenó a Sacramento como autora penalmente responsable de un delito de descubrimiento y revelación de secretos por funcionario público.

Ha intervenido el Ministerio Fiscal y como parte recurrida Sonsoles , representada por la procuradora doña Clara Eugenia Sánchez Padilla, bajo la dirección letrada de doña Isabel María Taboada Ferrer.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción n.º 1 de Santa Fe (Granada) incoó Procedimiento Abreviado 140/2019 por un delito de descubrimiento y revelación de secretos por funcionario público, contra Sacramento , que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Granada, Sección Segunda. Incoado Procedimiento Abreviado 35/2019, con fecha 21 de abril de 2021 dictó Sentencia n.º 144/21 en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

" En conciencia el Tribunal considera probado lo que sigue:

PRIMERO.- En el verano de 2015 la acusada Sacramento , cuyas circunstancias personales constan más arriba y sin antecedentes penales, fue contratada temporalmente para cubrir las vacaciones estivales del auxiliar administrativo, Ruperto , que prestaba sus servicios en el Consultorio médico de DIRECCION000 (Granada) dependiente del Servicio Andaluz de Salud. Así trabajó en el citado centro con la categoría de auxiliar administrativo todo el mes de agosto del año 2015 (del 3 de agosto al 1 de septiembre). Tenía a su disposición para el desempeño de su función que se ceñía prácticamente en asignar o anular citas médicas a los usuarios un ordenador en el que está instalando una base de datos "Diraya" para cuyo acceso utilizó durante todo el mes de sustitución, las claves y contraseña del titular al que sustituía, sin que le fueran asignadas unas propias.

Los días 14 y 21 de agosto de 2015 la acusada accedió, desde su puesto de trabajo y con el ordenador que le fue facilitado para el desempeño de su trabajo, a la citada base de datos e introdujo el nombre y DNI de Sonsoles con la intención de conocer datos médicos y de salud relativos a la misma, sin la autorización y el conocimiento de aquélla. Su interés radicaba en ser la citada la pareja sentimental del que fuera su esposo Severiano con el que mantenía una relación tormentoso originada, de manera principal, por los cuidados y atención de la hija menor y común.

El día 14 accedió en dos ocasiones a las 8:38 h. y a las 9:27 h., en ambos casos se consultaron datos administrativos de la usuaria, Sra. Sonsoles consistentes en nombre apellido, domicilio, número de la Seguridad Social, centro de salud y médico asignado de atención primaria, así como citas médicas.

El día 21 accedió hasta en seis ocasiones (9:36 h., 9:36 h., 9:37 h., 9:43 h., 9:44 h. y 12:29 h.) según los registros informáticos, en todos los casos se consultaron datos administrativos de la citada.

Como consecuencia de tales accesos, la acusada conoció que Sonsoles había tenido dos citas, el día 6 de agosto a las 10:20 h. y el día 11 de agosto a las 12:20 h., en la consulta especialista de obstetricia general en el HOSPITAL000 de Granada.-

SEGUNDO.- El mismo día 21 de agosto de 2015, sobre las 13:50 h., la acusada realizó una llamada telefónica al Centro de Salud DIRECCION001 al que pertenecía Sonsoles , siendo la finalidad saber si ésta se encontraba o no embarazada. Haciéndose pasar por ella, dando su nombre y su DNI, la acusada mediante excusas consiguió que la enfermera adscrita a dicho centro, Constanza , le dijera el número de semanas de gestación en que se encontraba, para lo que la enfermera tuvo que acceder a la historia clínica de Sonsoles (árbol de la historia de primaria) a las 13:59 horas de dicho día. Con ello la acusada ampliaba su investigación sobre el estado de salud de la citada Sra. Sonsoles .

La misma noche del citado día 21 de agosto, Sacramento en el transcurso de una conversación telefónica con su ex marido le reconoció saber que iba a ser nuevamente padre. Tal dato causó en Severiano una gran sorpresa por cuanto el estado gestacional de su compañera sentimental lo habían mantenido oculto a familiares y allegados, siendo una circunstancia que solo conocían ellos."

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento:

" FALLAMOS



Que, debemos CONDENAR y CONDENAMOS a Sacramento como autora penalmente responsable de un delito de descubrimiento y revelación de secretos por funcionario público, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN, accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de veinte meses a una cuota diaria de cuatro euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas e inhabilitación especial para trabajar en el SAS o cualquier otro servicio médico, público o privado, como auxiliar administrativo durante un periodo de ocho meses. La condenada satisfará las costas procesales incluidas las causadas a la acusación particular.

Notifíquese la presente Sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe la interposición de recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Andalucía, Ceuta y Melilla, en el plazo de diez días a contar desde la última notificación."

TERCERO.- Recurrida la anterior sentencia en apelación por la representación procesal de la Sra. Sacramento , y completado el trámite de alegaciones, fueron remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que incoado Rollo de Apelación 204/2021, con fecha 26 de enero de 2022 dictó Sentencia n.º 25/22 con el siguiente pronunciamiento:

" FALLO

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por la procuradora Sra. Montoro Jiménez, en nombre de la acusada Sacramento , contra la sentencia dictada el 21 de abril de 2021 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Granada en el rollo de procedimiento abreviado n.º 35 de 2019, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la sentencia impugnada, declarando de oficio las costas de esta alzada.

Notifíquese esta Sentencia al Ministerio Fiscal y a las partes a través de su Procurador, en la forma prevenida en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1 985, de 1 de julio, del Poder Judicial, instruyéndoles de que contra la misma cabe interponer recurso de casación, a preparar en plazo de cinco días desde la última notificación ante este mismo tribunal. Únase certificación al rollo.

Una vez firme, devuélvanse los autos originales al tribunal de procedencia, con testimonio de la presente resolución y, en su caso, de la que pueda dictarse por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, con remisión del correspondiente oficio para ejecución de lo definitivamente resuelto."

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, la representación procesal de la Sra. Sacramento anunció su propósito de interponer recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- El recurso formalizado por Sacramento se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por infracción de precepto constitucional del artículo 852 de la LECRIM, por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución Española, al no existir prueba de cargo válida y suficiente que justifique la condena impuesta a la Sra. Sacramento .

Segundo.- Por infracción de ley de los artículos 847.1.º a) y 849.1.º de la LECRIM, por indebida aplicación del artículo 198 del Código Penal -agravación especial del tipo-.

Tercero.- Por infracción de precepto constitucional de los artículos 847.1 a) 1º, 849.1º y 852 de la LECRIM, por indebida inaplicación de los artículos 66.1.6.ª y 72 del Código Penal, así como los artículos 24.2 y 120.3 de la Constitución Española -ausencia de motivación en la individualización de la pena-.

SEXTO.- Dado traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal y la representación procesal de Sonsoles solicitaron la inadmisión y subsidiariamente la desestimación de los motivos del recurso interpuesto. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del Fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento para el Fallo, comenzó la deliberación el día 12 de marzo de 2024, prolongándose hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.1. La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Granada, en su Procedimiento Abreviado n.º 35/2019, dictó sentencia el 21 de abril de 2021 en la que condenó a Sacramento como autora criminalmente responsable de un delito de descubrimiento y revelación de secretos perpetrado por funcionario público, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, imponiéndole las penas de 3 años de prisión; inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena;



multa de 20 meses en cuota diaria de cuatro euros e inhabilitación especial para trabajar en el Servicio Andaluz de la Salud u cualquier otro servicio médico, público o privado, como auxiliar administrativo durante un periodo de 8 meses.

Contra esta resolución se interpuso por la acusada recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que fue desestimado en su Sentencia 25/2022, de 26 de enero, la cual es ahora objeto de un recurso de casación que se estructura en tres motivos, el primero de ellos formalizado por infracción de precepto constitucional de los artículos 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECRIM, al entender la recurrente que se ha producido un quebranto de su derecho a la presunción de inocencia.

La recurrente aduce en su alegato que no haya prueba de cargo válida y suficiente que sostenga la responsabilidad que declara la sentencia, reiterando para ello los argumentos expresados con ocasión del recurso de apelación interpuesto, en concreto, que nadie vio que Sacramento accediera a las citas médicas de Sonsoles o que se pusiera en contacto con el centro ambulatorio donde fue asistida para, simulando ser ella, obtener la información médica por la que había sido atendida.

1.2. Nada nuevo aporta el motivo respecto a las consideraciones que ya se plantearon en el recurso de apelación. No existe ninguna disidencia sobre los argumentos reflejados en la sentencia que ahora se impugna, sino que la recurrente insiste en destacar los elementos que suscitó en el recurso de apelación y que a su juicio operan como marcadores de que la convicción del Tribunal de instancia estuvo equivocada y de que una ponderación prudente del material probatorio debería haber conducido a dictar un pronunciamiento absolutorio por falta de suficiente prueba incriminatoria.

Sin embargo, la insistencia no modifica las reglas de análisis de la prueba que deben regir en las diferentes instancias, particularmente cuando el órgano judicial devolutivo carece de un contacto directo con los elementos que ilustran sobre lo acontecido. Hemos destacado de manera reiterada que en los procedimientos con doble instancia contemplados en el artículo 847.1.a) de la LECRIM, el control casacional de las sentencias no sólo comporta realizar un examen de legalidad referido a la interpretación y aplicación de la ley que han hecho los tribunales encargados de la apelación, sino también una inspección de la supervisión que realizaron de la valoración de la prueba desplegada por el Tribunal de instancia, esto es, que la apelación haya examinado el proceso racional del Juzgador y confirmado que se ajusta a criterios lógicos que permiten corroborar de forma sólida y concluyente, más allá de toda duda razonable, las conclusiones fácticas de la sentencia impugnada. No otra cosa pueden hacer los Tribunales cuando están despojados de la inmediatez en la práctica de la prueba y carecen de capacidad para ponderar sus detalles e, incluso, filtrar los matices con los que se desarrolló la prueba personal.

1.3. Desde esta consideración de la función casacional como evaluadora de la supervisión que ha hecho el Tribunal de apelación, debe rechazarse la pretensión que sustenta el motivo.

A la vista de la fundamentación recogida en la sentencia impugnada, frente a la que el recurso no plantea objeciones específicas y significativas, debe concluirse que el Tribunal Superior de Justicia respetó las reglas que se han expuesto para la valoración del juicio probatorio hecho por el Tribunal de instancia. El Tribunal de apelación valida el análisis probatorio efectuado por el órgano de enjuiciamiento al apreciar que expuso las razones de su convicción y que estas conducen de forma racionalmente unívoca a las conclusiones que objeta la recurrente, pues si bien no hay prueba directa de que fuera ella quien accedió a la información médica correspondiente a la nueva pareja de su esposo, sí existen una pluralidad de datos corroborados que, pese a no constituir el objeto del enjuiciamiento, permiten construir un juicio lógico que apunta a su responsabilidad más allá de toda duda razonable.

La sentencia impugnada valida la sentencia sobre la base de que por los registros electrónicos se acreditó documentalmente (folio 105) que alguien había accedido a las citas médicas correspondientes a la denunciante, que obraban en los archivos informáticos del Servicio Andaluz de Salud; estando reflejado que el acceso se realizó desde el consultorio de la localidad de DIRECCION000 . Esas consultas se realizaron utilizando el nombre de usuario y contraseña del administrativo Sr. Ruperto (folio 105), que estaba en esos días de vacaciones y al que -manejando las mismas claves- sustituía la acusada (certificación municipal, folio 107).

Queda también probado que para hacer esas consultas, el sistema exige introducir el número de DNI de la persona sobre la que se recaban los datos, admitiendo la recurrente que conoció el número de DNI de la pareja de su esposo por haberlo recibido para otorgar una autorización escolar para que Sonsoles pudiera recoger al hijo del matrimonio cuando, por el régimen de visitas establecido en la separación, el menor había de estar en compañía de su padre.

Entre los datos obtenidos, constaba una cita médica que Sonsoles había tenido en el servicio de obstetricia del centro de salud de DIRECCION001 , habiendo declarado una enfermera de dicho centro que recibió la



llamada de una persona que se identificó como Sonsoles y le preguntó por el tiempo de gestación que llevaba. Respecto de este testimonio, el Tribunal de instancia no tuvo ninguna razón para dudar de su verosimilitud, tanto por la ausencia de relación personal entre la enfermera y los afectados por el proceso, como por cuanto existe una conexión temporal entre los accesos a los datos informáticos. En concreto, el último acceso a las citas médicas de Sonsoles se produjo a las 12:29 (folio 25 en relación con el folio 105) y la enfermera dice haber recibido la llamada y consultó el historial médico de Sonsoles a las 13:59 del mismo día.

Por último, Sonsoles y Severiano (anterior esposo de Sacramento) han relatado que la acusada se jactó ante ellos de saber que su esposo iba ser padre de nuevo, circunstancia que no habían hecho pública todavía. Un testimonio que se valora veraz en cuanto que fue la razón impulsora de la denuncia y la posterior investigación fue confirmando que la recurrente había realizado las consultas que se sospechaban y que se han expuesto.

Con todo, resulta indiscutiblemente válida la consideración de que la acusada accedió a las citas médicas de Sonsoles y efectuó la llamada telefónica al centro asistencial para conocer la información de su estado. Aunque sea materialmente posible que fueran diversas personas quienes realizaron las consultas de las citas médicas o que las contraseñas del administrativo sustituido fueran conocidas por otros sujetos, y aun no existiendo ninguna identificación de la persona que telefoneó al centro asistencial, la conjetura se desvanece en consideración conjunta del resto de material probatorio. No se refleja que nadie tuviera interés en las consultas y contara con el número de DNI de Sonsoles, del mismo modo que la especulación sobre la intervención de otros sujetos no se concilia con que la recurrente conociera la información reservada que quedó desvelada. Como indica la sentencia de apelación que ahora se impugna "la prueba de la autoría de la acusada no por indiciaria es menos contundente y su valoración en la sentencia de instancia es perfectamente razonable, concreta y detalladamente motivada y no carente de pautas objetivas de valoración; una apreciación, en suma, en la que no cabe apreciar ninguna infracción de las reglas de la lógica, de la experiencia o de la crítica probatoria".

El motivo se desestima.

SEGUNDO.- 2.1. Su segundo motivo de impugnación se formaliza por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, al entender indebidamente aplicado el artículo 198 del Código Penal.

Afirma la recurrente que fue contratada como auxiliar administrativo y en sustitución vacacional de su titular. Por ello, rechaza que tenga la consideración de funcionario público y sí de personal laboral de carácter temporal. Añade que no participaba en el ejercicio de funciones públicas y que el acceso a los datos reservados no fue aprovechando esas funciones sino una circunstancia eminentemente personal, en concreto, conocer el nombre y número de DNI de la pareja de su anterior esposo en virtud de una autorización escolar otorgada en ejecución del régimen matrimonial. Por último, objeta que la información de que está embarazada se obtuvo gracias a un engaño y no a datos informáticos.

2.2. La última objeción del alegato, al venir referida a la conducta básica, se proyecta no sobre el artículo 198 del Código Penal, sino sobre el artículo 197.2 que ha sido aplicado en la sentencia de instancia.

El tipo penal objeto de análisis sanciona a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a 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, y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

En nuestra Sentencia 260/2021, de 22 de marzo, destacamos que el bien jurídico protegido por el tipo penal es la libertad o privacidad informática de los individuos proyectada sobre los datos personales, recordando que ya la Sentencia n.º 586/2016 fijó que el bien jurídico objeto de protección no era la intimidad, entendida en el sentido que proclama el artículo 18.1 de la Constitución Española, sino la autodeterminación informática a que se refiere el artículo 18.4 del texto constitucional (STS n.º 221/2019, de 29 de abril). En el mismo sentido, la STS n.º 532/2015, de 23 de septiembre, reflejó que "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".

Decíamos en la sentencia que por datos de carácter personal ha de entenderse toda información sobre una persona física identificada o identificable, tal como se desprende del artículo 4.1 del 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. Y que datos de carácter reservado eran aquellos que no son susceptibles de ser conocidos por cualquiera (SSTS n.º 1328/2009, de 30 de diciembre y 532/2015, de 23 de septiembre), esto es, todo conocimiento desconocido u oculto que el sujeto activo no conozca o que no esté seguro de conocer y que el sujeto pasivo no desea



que se desvele, con independencia de su contenido concreto, pues la protección se extiende a todos los que se encuentren en los ficheros o archivos a los que se hace referencia, siempre que sean de carácter personal o familiar.

Respecto de la cuestión relativa a si la modalidad de acceso requiere también que se realice "*en perjuicio*" del titular o de un tercero, al igual que ocurre con la alteración y la utilización de los datos, la sentencia que nos sirve de orientación subrayaba que ha sido respondida afirmativamente por esta Sala, pues la Sentencia n.º 1328/2009, de 30 de diciembre señaló, con relación a las conductas tipificadas en el artículo 197.2 del Código Penal, 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 2.º (apodere, utilice, modifique) no tendría sentido que en el mero acceso no se exija perjuicio alguno y en conductas que precisan ese previo acceso añadiendo otros comportamientos, se exija ese perjuicio, cuando tales conductas ya serían punibles -y con la misma pena- en el inciso segundo".

En todo caso, destacamos que la misma sentencia proclamó que cuando se trata de datos sensibles, el perjuicio consiste en su mero conocimiento derivado del simple acceso, de modo que se actúa "*en perjuicio*" cuando se accede a los datos que merezcan la calificación de sensibles, sin que sea necesario un perjuicio añadido a su mero conocimiento. Si bien limitábamos 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 sexual, pues en el artículo 9 de la actual LOPDP, 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, como lo son también 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 que, al diferenciar entre datos personales y datos sensibles, se refiere a estos últimos 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.

Respecto de 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 de cualquiera de las otras acciones típicas. En este sentido recordábamos la STS n.º 234/1999, de 18 de febrero y la STS n.º 803/2017, de 11 de diciembre, que expresaban que "Parece razonable que no todos los datos reservados de carácter personal o familiar puedan ser objeto del delito contra la libertad informática. Precisamente porque el delito se consuma tan pronto el sujeto activo "*accede*" a los datos, esto es, tan pronto los conoce y tiene a su disposición (pues sólo con eso se ha quebrantado la reserva que los cubre), es por lo que debe entenderse que la norma requiere la existencia de un perjuicio añadido para que la violación de la reserva integre el tipo".

En todo caso, subrayábamos 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. Un posicionamiento que se reflejó también en nuestra reciente Sentencia 43/2022, de 20 de enero. Y aun cuando el acceso a un fichero vacío supondría confirmar, al menos, que no se dan las circunstancias que aparecerían anotadas si se hubiera constatado la realidad de referencia en el fichero, para que esta *no información de concurrencia* fuera penalmente relevante, sería preciso que se proyectara sobre los aspectos sensibles anteriormente expuestos o, en la eventualidad de tratarse de cualquier otra información de carácter personal, que hubiera generado un efectivo perjuicio.

2.3. Lo expuesto determina el rechazo de la alegación de la recurrente.

Es cierto que la acción típica que fundamenta la punición es el acceso a las citas médicas de la denunciante que aparecían registradas en el Sistema Andaluz de Salud. Solo respecto de ellas es predicable un acceso no autorizado al banco de datos y no la mera obtención torticera de la información, más aún cuando la recurrente viene condenada en su condición de funcionario público y no participaba de esas funciones públicas cuando telefoneó al centro asistencial y suplantó la identidad de Sonsoles .

Sin embargo, ello no supone la atipicidad de los hechos. Las citas médicas, como base inicial y esencial del historial médico de una persona, son datos reservados no susceptibles de ser conocidos por cualquiera. Y su naturaleza sensible, que permite proclamar la presencia de un perjuicio inherente a la revelación, no sólo deriva de que el conocimiento de las citas médicas comporta una intromisión en la salud de las personas sino, en este caso, de que las visitas programadas lo eran para el servicio de obstetricia y, consecuentemente, eran reveladoras de circunstancias directamente vinculadas con la sexualidad de la paciente.



2.4. En lo tocante a la aplicación del subtipo agravado del artículo 198 del Código Penal, no podemos sino remitirnos a la estable jurisprudencia establecida al respecto.

El artículo 24.2 del Código Penal considera funcionario público a "todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente, participe en el ejercicio de funciones públicas".

En tal sentido, hemos proclamado que para el Derecho Penal, el concepto de funcionario público es independiente de las categorías y definiciones que nos ofrece el Derecho administrativo, pues la razón penal de su consideración es proteger de modo eficaz la función pública, así como también los intereses de la Administración en sus diferentes facetas y modos de operar (SSTS de 27 de enero de 2003 y 4 de diciembre de 2001). Se trata de un concepto más amplio que el que se utiliza en otras ramas del ordenamiento jurídico y más concretamente en el ámbito del Derecho administrativo, pues mientras que para éste los funcionarios son personas incorporadas a la Administración Pública por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho administrativo, por el contrario, el concepto penal de funcionario público no exige las notas de incorporación ni permanencia, sino fundamentalmente "la participación en la función pública" (STS de 4 de diciembre de 2002), a la que debe accederse por cualquiera de las tres vías de designación que recoge el precepto, esto es, por disposición inmediata de la Ley, por elección o por nombramiento de una autoridad competente para hacerlo.

Y en mayor concreción para este supuesto, nuestra jurisprudencia también ha subrayado la indiferencia de que el funcionario público sea interino o de plantilla. Decíamos en nuestra STS 663/2005, de 23 de mayo, que los llamados funcionarios de hecho que desempeñan una función pública, aunque no reúnan todas las calificaciones o legitimaciones requeridas, así como los interinos, sustitutos o funcionarios de empleo, en contraposición de los funcionarios de carrera, tienen similar cuadro de derechos y obligaciones que los recogidos en el propio Estatuto de los funcionarios de propiedad, siendo lo relevante que el trabajador participe en el ejercicio de funciones públicas (SSTS 1544/2004, de 23 de diciembre; 252/2008, de 22 de mayo, o 1008/2022, de 9 de enero de 2023, entre muchas otras).

Por último, el elemento de participar en funciones públicas también ha sido interpretado en términos extensivos. Como sintetizábamos en nuestra STS 876/2006, de 6 de noviembre, para una correcta determinación del carácter público de la actuación debe de partirse de que concurra una actividad dirigida a satisfacer los intereses generales, esto es, a las potestades legislativa, jurisdiccional y ejecutiva de la Administración pública, y dentro de éstas las dirigidas a la satisfacción del bien común, enseñanza, justicia, hacienda, fomento, comunicaciones, seguridad, agricultura, sanidad o abastecimientos, entre muchas otras. Criterio que, en todo caso, debe ser delimitado por el requisito subjetivo, en cuya virtud el órgano del que emane la actuación debe ser público, y otro objetivo, por el que se exige que la actividad sea regida por normas de carácter público, aunque la relación entre el sujeto que la realiza y el órgano pueda ser regulada por normas no públicas.

2.5. Lo expuesto muestra la correcta aplicación del artículo 198 del Código Penal.

El artículo establece una penalidad agravada para las conductas expresadas en el artículo 197 de aplicación en este supuesto, cuando se ejecuten por *autoridad ofuncionario público, fuera de los casos permitidos por la Ley, sin mediar causa legal por delito, y prevaliéndose de su cargo*. Un comportamiento plenamente observable en la recurrente que, por más que hubiera sido contratada temporalmente para la sustitución de un funcionario en permiso vacacional, en el momento de ejecutar los hechos realizaba funciones públicas en el Servicio Andaluz de Salud, aprovechando tal coyuntura y los instrumentos informáticos de los que se le dotó para ejercer su función, a fin de conocer los datos reservados que en materia sanitaria centraliza la Administración autonómica para ejercer la competencia autonómica asistencial que tiene asignada.

El motivo se desestima.

TERCERO.- 3.1. Su tercer motivo de impugnación se formaliza por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, al entender indebidamente aplicado los artículos 66.1.6 y 72 del Código Penal, así como los artículos 24.2 y 120.3 de la Constitución Española, por ausencia de motivación en la individualización de la pena.

En su alegato reclama que se le aplique la pena en su mínima extensión legal, argumentando que la que impuso la sentencia de instancia es desproporcionada y está carente de argumentos que justifiquen válidamente su exacerbación.

3.2. El motivo entremezcla indebidamente la transgresión de exigencias constitucionales, que debería formalizarse por cauce del artículo 852 de la LECRIM, con la infracción de preceptos de legislación penal



ordinaria, que encuentran su viabilidad en el artículo 849.1 de la ley procesal. En todo caso, ambas objeciones carecen de fundamento sustantivo.

El principio de legalidad conduce a que el Tribunal deba partir de la consecuencia penológica prevista para el delito objeto de condena, respetando el marco penal abstracto fijado por el legislador. Deben observarse, además, las reglas dosimétricas que en orden a la individualización de la pena vienen establecidas en el artículo 66 del Código Penal, que para supuestos de ausencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal se recogen en la regla 1.6.^a, al preceptuar que "Cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho".

En todo caso, existe un tercer espacio de individualización judicial de la pena, función exclusiva del Juez por cuanto responde a extremos que el legislador no puede prever. Desde la gravedad del hecho y las circunstancias personales del delincuente, el arbitrio judicial en esta materia, permite y obliga a expresar un criterio razonado, y razonable, sobre la pena que se entiende adecuada imponer, entre los límites fijados por el legislador.

Y la razonabilidad de la individualización de la pena, observada desde las circunstancias personales del delincuente, entraña contemplar los motivos que han llevado a delinquir al acusado, así como aquellos rasgos diferenciales de su personalidad que deben corregirse para evitar una reiteración delictiva.

Por lo que hace referencia a la gravedad del hecho, esta Sala tiene declarado que la ponderación no se concreta en una evaluación de la gravedad del delito, pues el legislador ya considera la naturaleza del bien jurídico afectado por el delito y la forma básica del ataque a éste, cuando fija el marco penológico abstracto en cada uno de los tipos penales descritos en el Código. La gravedad de los hechos que se sancionan hace referencia a aquellas circunstancias fácticas concomitantes en el supuesto concreto que se está juzgando, es decir, la dimensión lesiva de lo realmente acontecido, desde la antijuricidad de la acción, el grado de culpabilidad del autor y la mayor o menor reprochabilidad que merezca su comportamiento.

Ambos parámetros muestran la extensión adecuada de una pena que debe contemplar la resocialización del autor, atendiendo a la prevención especial y al juicio de reproche que su conducta merece, debiendo el Tribunal expresar su criterio para evitar cualquier reparo de arbitrariedad y para poder satisfacer el derecho del justiciable a alcanzar la comprensión de la resolución judicial que le afecta. De este modo, el Tribunal Constitucional establece en su Sentencia 21/2008, de 31 de enero, que el deber de motivación incluye no solo la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica, sino también la pena finalmente impuesta en concreto (SSTC 108/2001, 20/2003 o 148/2005); en los mismos términos que se recoge en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS 198/2012, de 8 de marzo o 116/2013, de 21 de febrero, entre muchas otras).

3.3. En el fundamento sexto de la sentencia de instancia, el Tribunal argumenta la pena impuesta de este modo: "El delito de descubrimiento y revelación de secretos del artículo 197.2 del Código Penal resulta castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses, estableciéndose en el artículo 198 siguiente que cuando el delito fuera perpetrado por la autoridad o funcionario público, prevaleciendo de su cargo, y sin mediar causa legal por delito, como es el caso, será castigado con las penas previstas en su mitad superior (esto es, de dos años y seis meses a cuatro años de prisión y multa de 18 a 24 meses) y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años.

En nuestro caso consideramos que la conducta desplegada por la Sra. Sacramento encierra una mayor culpabilidad, siendo merecedora de un reproche por encima del límite legal pero dentro de la mitad inferior, por cuanto la conducta, aun respondiendo a una misma finalidad es repetida dos días y en varias ocasiones, completando el proceso delictivo una artimaña, llegando a realizar una conducta usurpadora de la identidad de otra. También se ha de tener en cuenta a la hora de individualizar la pena el marco de persecución al que la acusada tenía sometida a la familia a tiempo de los hechos, así como el dato de no ser una conducta aislada, al margen de las aquí enjuiciadas consta por documentación obrante que también se produjeron accesos a los datos administrativos de es marido (f. 104).

Por tanto consideramos que la pena a imponer ha de ser de tres años de prisión con la pena accesoria del art. 56 del CP.

En cuanto a la multa, con idéntica proporción, la pena será de veinte meses y atendiendo a la deficitaria situación económica de la acusada que se desprende la documentación aportada por su representación procesal en el acto del juicio, la cuota será de cuatro euros día. Todo ello con la responsabilidad subsidiaria del art. 53 del CP.

Por último, la pena de inhabilitación absoluta será de ocho años (art. 41 del CP) de duración".



Consecuentemente, tanto la exigencia de respeto de la regulación normativa como la obligación de justificar la extensión que específicamente impone el Tribunal, se cumplen en el caso que analizamos. La consideración de tratarse de un delito de descubrimiento de secretos del artículo 197.2 de Código Penal, perpetrado por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones del artículo 198 del mismo texto punitivo, determina un marco penológico que fluctúa entre el límite mínimo de 2 años y 6 meses de prisión y los 4 años como límite máximo. En este margen de discrecionalidad reglada, la acusada no puede exigir la aplicación del mínimo legal y el Tribunal ha optado por aplicar la pena en su mitad inferior y, dentro de ésta, la ha exacerbado mínimamente en atención a determinadas razones que potencian la antijuricidad del comportamiento y la reprochabilidad de su autora. En concreto expresa que la acción delictiva se reiteró en diversas ocasiones, por más que la naturaleza del comportamiento no justifique la consideración de concurrir un delito continuado que hubiera determinado la aplicación de una pena que hubiera arrancado en la mitad superior de la inicialmente prevista por el legislador y podría haber llegado a la mitad inferior de la pena superior en grado (art. 74.1 del Código Penal). Pero además de contemplar la reiteración, observa la persistencia de la recurrente en su determinación criminal y cómo aprovechó la transgresión penal para incidir en la lesión al bien jurídico de la intimidad, utilizando los datos informáticos obtenidos para ampliar la información íntima y reservada que resultó desvelada.

El motivo se desestima.

CUARTO.- La desestimación del recurso conlleva la condena en costas a la recurrente, de conformidad con las previsiones del artículo 901 de la LECRIM.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Sacramento , contra la sentencia dictada el 26 de enero de 2022, por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el Rollo de Apelación 204/2021, que desestimó el recurso de apelación formulado por la Sra. Sacramento contra la sentencia dictada el 21 de abril de 2021 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Granada, en el Procedimiento Abreviado 35/2019, con imposición a la recurrente del pago de las costas causadas en la tramitación de su recurso.

Comuníquese esta sentencia al Tribunal sentenciador a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Ana María Ferrer García Pablo Llarena Conde

Vicente Magro Servet Leopoldo Puente Segura